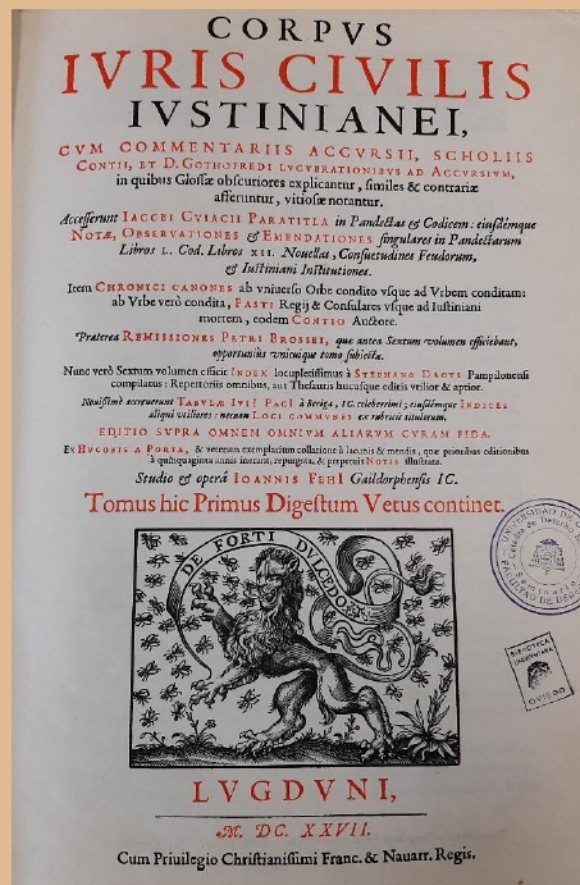


# RIDROM

## REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO



Universidad de Oviedo



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril 2025

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



## ÍNDICE NÚMERO 34

Abril 2025

### ARTÍCULOS

- A propósito de la prueba testifical y de los elementos de valoración contenidos en D. 22.5.3.1 (Call. 4 *cogn.*): problemáticas pretéritas y actuales.  
*Regarding testimonial evidence and the assessment elements contained in D. 22.5.3.1 (call. 4 cogn.): historical and contemporary issues.*  
ANA I. CLEMENTE FERNÁNDEZ 1
- Mujeres abogadas en la historia: de la literatura clásica (Hortensia) al cine (On the basis of sex). Dos discursos ejemplares.  
*Female lawyers in History: from classical Literature (Hortensia) to cinematography (On the basis of sex). Two exemplary speeches.*  
ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ 172
- La situación de la mujer en la regulación de los pactos de *non succedendo*.  
*The situation of women in the regulation of non-succession agreements.*  
BELÉN FERNÁNDEZ VIZCAÍNO 236
- Gayo, ¿el pedagogo?  
*Gaius, the pedagogue?*  
DANIEL SANTIAGO GAITÁN CALDERÓN 297
- Quis tulerit Gracchos...* El episodio de los hermanos Graco según los relatos antiguos y su impacto en el pensamiento político y jurídico contemporáneo.

- Quis tulerit Gracchos... The Gracchi brothers episode according to ancient writings and its impact on contemporary political and legal thought*  
MIGUEL ÁNGEL GARCÍA OLMO - LUCÍA MELGAREJO MESEGUER 364
- El rito de la *paelex*  
*The ritual of the paelex*  
RAIMUNDO TOMÁS GÓMEZ GOLDENBERG 460
- Revocatio donationis ad libitum donatoris.*  
Revocación de las donaciones a voluntad del donante.  
*Revocation of gifts at the donor's will.*  
ALFONSO MURILLO VILLAR 511
- Derrumbes, desprendimientos e incendios urbanos: una visión desde la jurisprudencia romana y el interés público.  
*Urban landslips, rockslides and fires: a view from roman jurisprudence and the public interest.*  
BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ 551
- Un hito de la mujer romana para la historia jurídica: del repudio unilateral patriarcal al divorcio libre de los cónyuges.  
*A milestone of the roman woman for legal history: from unilateral patriarchal repudiation to the free divorce of spouses*  
GUILLERMO SUÁREZ BLÁZQUEZ 596
- Paralelismos y diferencias entre la *actio legis aquiliae* y la *actio vi bonorum raptorum*.  
*Parallels and differences between the actio legis aquiliae and the actio vi bonorum raptorum.*  
ARMANDO TORRENT RUIZ 653

## RECENSIONES

- ANA VÁZQUEZ LEMOS, *El hórreo en Derecho romano*, J.M. Bosch, Barcelona, 2024, ISBN: 9788410448438, 148 págs.  
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ 702
- OBARRIO MORENO, JUAN ALFREDO. *Himno (Ayn Rand). Diálogos entre el Derecho y la Literatura: Los totalitarismos IV*, Dykinson, Madrid, 2024, 249 páginas. Prólogo Luis de las Heras Vives.  
ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA 708

## VARIA

- Crónica del IV CONGRESO INTERNACIONAL DE INNOVACIÓN DOCENTE. EL PROFESOR DEL SIGLO XXI EN EL DERECHO GLOBAL celebrado en la Universidad de Oviedo, España, los días 16 y 17 de diciembre del 2024.  
CARLOS MARÍA ANTUÑA SUÁREZ 719
- Crónica del VI SEMINARIO INTERNACIONAL SICEDIED celebrado en Campus de Ourense de la Universidad de Vigo, los días 10 a 12 de marzo de 2025.  
ANTÓN LOIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ 739
- Memoria de publicaciones de Derecho romano año 2024  
MARÍA TERESA DUPLÁ MARÍN-PATRICIA PANERO ORIA 745



**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO (RIDROM). ISSN-1989-197**

## **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. Universidad de Cagliari. Italia
- Chiara Buzzacchi**, Catedrática. Universidad de Milano-Bicocca. Italia
- Fermín Camacho De los Ríos**, Catedrático. Universidad Miguel Hernández de Alicante.
- Consuelo Carrasco García**, Profesora Titular. 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.
- Paula Domínguez Tristán**, Profesora Titular. 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. Universidad de A Coruña. España
- Luigi Garofalo**, Catedrático. Universidad de Padua. Italia
- Carmen González Carrasco**, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha. España
- Gábor Hamza**, Catedrático. Universidad ELTE de Budapest, de la Academia de Ciencias de Hungría
- Ramón Herrera Bravo**, Catedrático. Universidad de Jaén. España
- Eva Jakab**, Catedrática, Universidad de Szeged, Hungría
- Carmen Lázaro Guillamón**, Catedrática. Universidad Jaime I de Castellón. España.
- Adela López Pedreira**, Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. España
- Giovanni Luchetti**, Catedrático. Universidad de Bolonia. Italia
- Belén Malavé Osuna**, Profesora Titular. Universidad de Málaga. España
- Dario Mantovani**, Catedrático. Universidad de Pavía, Director del CEDANT. Italia
- Carla Masi Doria**, Catedrática. Universidad Federico II, Nápoles. Italia
- Fabiana Mattioli**, Catedrática. Universidad de Bolonia. Italia
- Rosa Mentxaka Elexpe**, Catedrática. 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. Universidad del País Vasco. España

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

**Martin Pennitz**, Catedrático. Universidad de Innsbruck. Austria

**Xesús Pérez López**, Profesor Titular. Universidad Rey Juan Carlos. 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. Universidad Miguel Hernández de Alicante. España.

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

**Michael Rainer**, Catedrático. Universidad de Salzburgo. Austria

**Pedro Resina Solá**, Catedrático. Universidad de Almería. España

**Luis Rodríguez Ennes**, Catedrático. Universidad de Vigo

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

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

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

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

**Antonio Dos Santos Justo**, Catedrático. 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. Universidad del País Vasco. España

**Gema Tomás Martínez**, Catedrática. 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

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|   |  |
|---|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>10/03/2025  | <b>Fecha de aceptación:</b><br>22/04/2025  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Callistratus, jurista romano; prueba testifical romana; valoración de la prueba en Derecho romano; psicología del testimonio; epistemología; IAs y Derecho</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Callistratus, Roman jurist; Roman testimonial evidence; assessment of evidence in Roman law; psychology of testimony; epistemology; AIs and Law</i> |



**A PROPÓSITO DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y DE LOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN  
CONTENIDOS EN D. 22.5.3.1 (CALL. 4 COGN.): PROBLEMÁTICAS PRETÉRITAS Y ACTUALES  
REGARDING TESTIMONIAL EVIDENCE AND THE ASSESSMENT ELEMENTS CONTAINED  
IN D. 22.5.3.1 (CALL. 4 COGN.): HISTORICAL AND CONTEMPORARY ISSUES**

**Ana I. Clemente Fernández**

Profesora Contratada Doctora  
Universidad Castilla-La Mancha

[ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9831-4344](https://orcid.org/0000-0002-9831-4344)

(CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana I. A propósito de la prueba testifical y de los elementos de valoración contenidos en D.22.5.31 (CALL. 4 COGN.): Problemáticas pretéritas y actuales. RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp.1-171. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

**Resumen:**

A partir de D. 22.5.3.1 (Call. 4 *cogn.*) analizamos una disposición del emperador Adriano, en la cual se mencionan una serie de factores en el marco de la valoración de los testimonios por parte del juez dentro de la praxis de las cogniciones penales relativas al procedimiento *extra ordinem*. El fragmento analizado, junto a otras fuentes, nos aproxima a un juicio de credibilidad basado en un proceso de razonamiento, lo que, a su vez, conecta con la pertinente motivación, y posible apelación, de las sentencias judiciales. La detección de la mentira y la consiguiente estimación de credibilidad del testimonio constituyen una difícil tarea para el juez de toda época. De ahí las variadas técnicas, instrumentos y protocolos que se han utilizado a lo largo de la historia a tal fin. Actualmente, la psicología del testimonio, la perspectiva epistemológica y los sistemas de inteligencia artificial son corrientes científicas que se ocupan de las problemáticas que atañen a la prueba testifical, ya que ésta, sin duda, tiene una gran repercusión en el ámbito del proceso judicial en cualquier sistema jurídico, antiguo o moderno, por tratarse de una fuente probatoria muy controvertida en lo que se refiere a su apreciación por parte del órgano judicial.

**Abstract:**

Based on D. 22.5.3.1 (Call. 4 *cogn.*) we analyse a provision by Emperor Hadrian, in which a number of factors are mentioned in the context of the judge's assessment of testimony in the praxis of criminal cognitions relating to the *extra ordinem* procedure. The fragment analysed, together with other sources, brings us closer to a credibility judgment based on a reasoning process, which, in turn, connects with the relevant motivation, and possible appeal, of judicial sentences. The detection of a lie and the consequent assessment of the credibility of the testimony is a difficult task for the judge of all times. Hence the various techniques, instruments and protocols that have been used throughout history for this purpose. Currently, the psychology of testimony, the epistemological perspective and the artificial intelligence systems are scientific fields that study the problems concerning the testimonial evidence, since this, without doubt, has a great impact in the field of the judicial proceeding in any legal system, ancient or modern, because it is a very controversial evidence source in relation to the assessment by the judicial body.

**Sumario:** 1. Preámbulo. 2. Contexto histórico-jurídico del fragmento de Calístrato. 3. Contenido del pasaje. 4. Alcance jurídico del rescripto adrianeo. 5. Sobre la motivación de las decisiones judiciales en el proceso romano. 6. Algunas problemáticas y enfoques actuales en relación con la prueba testifical y su valoración. 6.1. Un apunte sobre la psicología del testimonio o psicología de la declaración. 6.1.1. La memoria del testigo. 6.1.2. La obtención del testimonio desde la perspectiva de la psicología. 6.2. El enfoque epistemológico o gnoseológico. 6.3. Prueba testifical e IAs. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

## **1. Preámbulo**

La disciplina de la prueba y la valoración de ésta por parte del juez son asuntos centrales en el denominado juicio de hecho. Como reza el antiguo aforismo latino, *da mihi factum, dabo tibi ius*, es decir, proporciónese al juez el hecho y él dará a las partes el derecho. Un aspecto particular del juicio de hecho es el valor probatorio de los testimonios, por cuanto éste repercute en la formación del convencimiento del órgano juzgador.

Ciertamente, como decía Bentham, con una imagen muy vívida, los testigos son las orejas y los ojos de la justicia. Precisamente, al poder judicial se le ha conferido el cometido de procurar la «certeza histórica» a partir de los informes y atestiguaciones de terceros, a diferencia de la «certeza metafísica», alcanzada mediante procesos

deductivos, y de la «certeza física», apoyada de forma directa en el conocimiento que nace de los sentidos<sup>1</sup>.

La función del testigo la integran tres acciones: observar o constatar, recordar y declarar sobre un hecho; así, el vocablo *testis* designa a toda persona llamada, bien a validar un acto con su presencia o a certificarlo<sup>2</sup>, bien a prestar su testimonio ante un tribunal<sup>3</sup>.

Desde antiguo existe una preocupación por la prueba testifical porque la acreditación probatoria de un hecho incierto lleva consigo, por lo general, consecuencias que pueden llegar a ser muy graves, especialmente en lo que atañe a la jurisdicción penal.

La evaluación de la credibilidad del testimonio ha sido a lo largo de la historia de la justicia una de las piedras angulares de las decisiones judiciales, ideándose diversos y variados procedimientos para su estimación, los cuales han constituido sucesivos intentos de racionalización que han perseguido encajar la obtención y la valoración de la prueba testifical dentro de los prototipos de racionalidad imperantes en cada momento.

En el presente estudio partimos de un texto romano claramente circunscrito a la prueba testimonial y a su concomitante estimación

---

<sup>1</sup> MESSINA, S., "La testimonianza nel processo penale romano", en *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 73, fasc. 3, 1911, p. 279.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana", en *Revista Jurídica*, 12, 2005, pp. 117-142.

<sup>3</sup> LÉCRIVAIN, CH., s. v. "*testimonium, testis*", en CH. Daremberg y E. Saglio (dirs.), *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, v. 5, Ed. facs. de la de París, Librairie Hachette, 1877-1919, Akademische Druck, Graz, 1969, pp. 146 y 152; BERGER, A., s. v. "*testimonium*", en N. G. L. Hammond y H. H. Scullard (eds.), *The Oxford Classical Dictionary*, 2ª ed., Oxford, 1970, p. 1047.

por parte del juzgador. Se trata de un pasaje del jurista romano Calístrato, perteneciente a su obra *De cognitionibus* (libro IV), recogido en el Digesto de Justiniano, Libro 22, Título V, bajo la rúbrica *De los testigos*, que contiene un rescripto del emperador Adriano dirigido a un legado de la provincia de Cilicia (*Vibio Varo*). Primeramente, el fragmento se refiere al que juzga como el que mejor puede conocer cuanta *fides* puede conceder a los testigos. Posteriormente, el jurista expone el contenido de la disposición imperial respondiendo al gobernador que el juzgador es el que mejor puede conocer qué confianza pueden merecer los testigos, según quienes sean, la dignidad y la reputación que tengan, y si por ventura hubiesen prestado una y la misma meditada declaración, o si a lo interrogado hubieran dado improvisadamente respuestas verosímiles. El fragmento reza lo siguiente:

D. 22.5.3.1 (Call. 4 cogn.): *Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: "Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint"*<sup>4</sup>.

Como podemos observar, el texto hace referencia a la valoración de los testimonios por parte del juez, a la par que expone una serie

---

<sup>4</sup> Con arreglo a LEVY, E., RABEL, E. y MITTEIS, L., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar, 1931, p. 40, cf. Mo Dig [Ideoque], vid. BESELER, G., "Miscellen", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 45, 1925, p. 468, (22.5) 3<sup>p1</sup> Call 4 cogn. [Testium-. Ideoque].

de elementos a tener en cuenta en dicha tarea. Además, forma parte de un pasaje más amplio, conformado por varios fragmentos que proporcionan diversas orientaciones al juez a la hora de valorar la prueba testimonial<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> D. 22.5.3 *Callistratus libro quarto de cognitionibus pr. Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit), admittendus est.*

1. *Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: "Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint".*

2. *Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: "Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris".*

3. *Idem divus Hadrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum. Verba epistulae ad hanc partem pertinentia haec sunt: "Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est (nam ipsos interrogare soleo), quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret et nisi implesset quod intenderat, relegaretur".*

4. *Gabinio quoque Maximo idem princeps in haec verba rescripsit: "Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia".*

5. *Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parente eius liberaverit, quive impuberes erunt, quique iudicio publico damnatus erit qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiae publica erit, quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quaeve palam quaestum faciet fecerit, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse iudicatus vel convictus erit. Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.*



Más allá de una simple lectura del párrafo en análisis, comprobamos cómo Calístrato nos revela una realidad mucho más amplia y compleja. Todo ello nos sugiere un examen en profundidad de estos renglones de los que se van a derivar implicaciones de diversa índole, no sólo estrictamente jurídicas, como vamos a tener la oportunidad de mostrar.

Principiamos este trabajo proporcionando unos datos esenciales sobre la vida y obra de Calístrato, para después encuadrar el texto en el marco histórico-jurídico que le corresponde, que no es otro que el de la praxis de las *cognitiones* penales relativas al procedimiento *extra ordinem*, concretamente, dentro de la fase procesal en la que se recaba la prueba testimonial y a la que sigue su ulterior valoración por parte del juez. No perdemos de vista que la disposición imperial en análisis es obra del emperador Adriano, de la dinastía de los Antoninos, y que ésta, a su vez, ha sido recopilada, tiempo después, en una obra de un jurista severiano, como es el caso de Calístrato, pues de toda esta coyuntura emergerán unos rasgos distintivos aplicables al procedimiento extraordinario y a la prueba testifical.

Asimismo, llevaremos a cabo un análisis pormenorizado del contenido del rescripto adrianeo, descifrando las nociones de *fides*, *dignitas* y *existimatio* que el juez está llamado a valorar en los testigos, así como prestaremos especial atención al examen de otros

---

6. *Testes non temere evocandi sunt per longum iter et multo minus milites avocandi sunt a signis vel muneribus perhibendi testimonii causa, idque divus Hadrianus rescripsit. Sed et divi fratres rescripserunt: "Quod ad testes evocandos pertinet, diligentiae iudicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in quam iudicat, fuerit". Nam si probabitur saepe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit qui iudicat.*Fuente: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-22.htm#5>

factores trascendentes que emergen en el transcurso del acto mismo de deposición de los declarantes, circunscritos al contenido de dicha declaración, y que el juzgador estimará a fin de otorgar el pertinente grado de verosimilitud y credibilidad testimonial según proceda en cada caso.

Tendremos también en cuenta las más relevantes opiniones doctrinales de la romanística acerca de las repercusiones jurídicas del texto en cuestión en relación con la valoración de la prueba testifical y su incidencia o no en el principio de libre apreciación de la misma.

Al mismo tiempo, las indicaciones expresadas en el fragmento de Calístrato nos llevarán a plantearnos la posibilidad de la motivación de las sentencias en el Derecho romano, pues las pautas que se señalan en este y otros textos pueden ser determinantes a la hora de dotar de un armazón justificativo a las decisiones judiciales en consonancia con una idea de racionalización en el ámbito de la labor jurisdiccional.

Finalmente, las dificultades probatorias y estimativas que afloran a raíz del análisis del rescripto de Adriano interpelan al aquí y al ahora, puesto que el debate al respecto sigue abierto en nuestros días. Por ello, dedicaremos algunas líneas a describir problemas actuales relacionados con la evaluación de la prueba testimonial, lo que nos permitirá explorar algunos de los más significativos caminos que se van trazando hoy día para valorar la credibilidad del testigo a partir de la vía de la psicología del testimonio, del

enfoque epistemológico o gnoseológico e incluso desde el punto de vista de las herramientas de inteligencia artificial.

## 2. Contexto histórico-jurídico del fragmento de Calístrato

D. 22.5.3.1, anteriormente transcrito y como ya se ha anticipado, es atribuido a Calístrato<sup>6</sup>, jurista severiano, fechado en los siglos II y

---

<sup>6</sup> Para una semblanza sobre este jurisconsulto y su obra, cuyos datos más relevantes resumimos en los párrafos siguientes, *vid.*, entre otros, GRAVES, J. T., s. v. "Callistratus", en *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, I, London, 1867, pp. 578-579; LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Justiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, Leipzig, 1889, pp. 81-106; KOTZ-DOBRZ, W., s. v. "Callistratus", en A. Pauly, G. Wissowa, and W. Kroll (eds.), *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft Suppl. III*, Stuttgart, 1918, pp. 225-229; SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, reimpr. corr., Oxford, 1953, p. 238; ORESTANO, R., s. v. "Callistrato", en *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1957-1975, p. 677; HONORÉ, A. M., "The Severan Lawyers: a preliminary survey", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, 1962, pp. 162-232; SEIDL, E., "Tryphoninus und Callistratus", en *Eranion Maridakis*, 1, 1963, pp. 231-252; BONINI, R., *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1964, pp. 11 ss.; KUNKEL, W., *Herkunft und Soziale Stellung der Römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967, p. 235; TALAMANCA, M., "Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici", en G. G. Archi (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel Tardo Impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi, Firenze 2-4 maggio 1974*, Milano, 1974, pp. 146-159; TALAMANCA, M., "Per la storia della giurisprudenza romana", en *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, 19, 1977, pp. 321-331; BRETONI, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971, pp. 193-204; PULIATTI, S., *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, pp. 1-76; MAROTTA, V., "I giuristi romani come 'intellettuale': La cultura di Callistrato", en *Ostraka: Rivista di Antichità*, anno I, n. 2, Napoli, dicembre 1992, pp. 287-293; HON, T., s. v. "Callistratus", en S. Hornblower y A. Spawforth, *The Oxford Classical Dictionary*, 3ª ed., Oxford-New York, 1996, p. 279; KRÜGER, P., *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, trad. esp. reimpr. facs., Pamplona, 2003, p. 187; MATEO SANZ, A., s. v. "Calístrato", en R. Domingo (ed.), *Juristas universales. Vol. 1. Juristas antiguos*, Madrid, 2004, pp. 124-126; MCKLINTOCK, A., s. v. "Callistratus", en K. Brodersen, A. Erskine y D.

III d. C., probablemente oriundo de la zona helenística del Imperio, sobre el cual sólo disponemos de exiguos datos biográficos. Ha sido considerado por algunos un jurista menor -calificación cuestionable- debido a la ausencia de citas sobre el mencionado jurisconsulto de época clásica por parte de los juristas contemporáneos y posteriores a él, hecho que puede explicarse por razones de naturaleza sociocultural. En este sentido, se ha señalado su condición periférica y ha sido calificado como un jurisconsulto más receptivo que creativo. También nos encontramos ayunos de referencias directas en los escritos del propio Calístrato, pues las alusiones indirectas tienen tan sólo una cronología aproximada.

En efecto, apenas se pueden ofrecer datos seguros sobre la vida de Calístrato. Sumariamente, podemos afirmar que su fecha de nacimiento puede ubicarse entre el año 160 y 170 d. C. En lo que respecta a su actividad, ésta parece coincidente con los reinados de Septimio Severo (193-211 d. C.) y Caracalla (211-217 d. C.). Su origen oriental está casi fuera de discusión, sobre todo si atendemos a la derivación del griego del nombre de este jurista, a los caracteres lingüísticos y, en general, a los aspectos de estilo de sus obras, que en todo caso conducen a un mundo y a un ambiente oriental como destino. De manera que parece que nació y trabajó en alguna provincia de habla griega, aunque se duda si prestó sus servicios en la cancillería imperial. Poseía una sólida formación jurídica y tenía

---

Hollander (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, 2019, pp. 1-2; PULIATTI, S., *Callistratus. Opera*, en A. Schiavone (dir.), *Scriptores Iuris Romani*, 5, Roma-Bristol, 2020.

conocimientos en filosofía y ética<sup>7</sup>, disciplinas en las que también pudo instruirse, demostrando, por tanto, una formación literaria cuasi humanística y unos consistentes soportes culturales, en los cuales el contexto económico-social asumirá un papel dominante en relación con el pensamiento de Calístrato.

Pertenece a los llamados juristas del silencio en el sentido de que nunca es citado por otros juristas romanos, como anteriormente se dijo, aunque él sí cita a algunos de ellos<sup>8</sup>. Además, nos ilustra sobre el derecho de la época de los Severos y sus contenidos normativos. La ideología subyacente en las decisiones de este jurisconsulto parece corresponderse con la de un miembro de las élites romanas extendidas por el Imperio.

En cuanto a sus obras, las más relevantes denotan un giro de la jurisprudencia clásica tardía hacia temas isagógicos, fiscales, o bien relacionados con el pujante ordenamiento procesal de la *cognitio extra ordinem*<sup>9</sup>. Algunos de sus escritos se pueden datar con cierto grado de probabilidad: los dos libros de *Quaestiones* y el *De iure fisci*

---

<sup>7</sup> Muy significativo al respecto resulta el fragmento D. 50.11.2 (Call. 3 *cogn.*) en el que Calístrato hace una referencia explícita a Platón y a una de sus obras: (...) *Denique summae prudentiae et auctoritatis apud Graecos Plato cum institueret, quemadmodum civitas bene beate habitari possit, in primis istos negotiatores necessarios duxit. Sic enim libro secundo politeias ait (...).*

<sup>8</sup> Excepto los compiladores de Justiniano, que sí lo tuvieron presente porque posiblemente ejerció magisterio. Vid. ORTUÑO PÉREZ, M<sup>a</sup>. E., "A propósito de un texto de Calístrato sobre el aprovisionamiento de alimentos a las ciudades", en J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 9, AIDROM/BOE, 2021, p. 160, n. 4 (= S. Bello Rodríguez y J. L. Zamora Manzano (coords.), *El Derecho Comercial: de Roma al Derecho Moderno. IX Congreso Internacional XII Iberoamericano de Derecho Romano*, 2, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 571-588).

<sup>9</sup> Según BREZONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., p. 39 s., los juristas severianos se ejercitan en nuevos temas: estructuras constitucionales y administrativas, fisco e impuestos, sistema penal y mecanismos procesales.

han sido escritos a partir del 193, durante el periodo en el cual Septimio Severo fue único emperador; el *De cognitionibus*, poco más allá de la mitad del 197, después de que Caracalla deviene *imperator designatus* junto a su padre, pudiendo haber sido iniciada y compuesta en una mínima parte antes de este hecho; finalmente, las *Institutiones* y los *Libri ad edictum monitorium* son más complejos de fechar<sup>10</sup>.

Desde tiempos de Adriano, con una considerable acentuación a partir de los reinados de Antonino Pío y de Marco Aurelio, se observa en el ámbito jurisprudencial un mayor interés en la producción legislativa imperial, hecho que se manifiesta en un incremento cuantitativo de las citas por parte de los juristas de dichos periodos, lo que, a su vez, resalta la importancia de esta fuente normativa y su gran repercusión en toda la ciencia jurídica<sup>11</sup>. Justamente, los aportes de Calístrato se incardinan en la tarea jurisprudencial que llevaron a cabo los juristas de esta etapa, un extraordinario trabajo interpretativo y crítico que recaía sobre las normas procedentes de la voluntad del *princeps*, dando forma a originales y complejas construcciones de diversas figuras jurídicas; así, fruto de este quehacer de los *iurisprudentes* tendrá lugar una técnica de elaboración, desarrollo y adaptación de las leyes imperiales para, en última instancia, quedar integradas en el sistema normativo romano gracias a este proceso<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> BONINI, I *'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, cit., pp. 14 ss.

<sup>11</sup> GUALANDI, G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963, p. 159.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 159 s.; ORTUÑO PÉREZ, M<sup>a</sup>. E., "Algunas consideraciones sobre la

Dentro de este escenario, se ha adjetivado a Calístrato como un teórico del proceso y del ordenamiento provincial, puesto que es evidente que su atracción recae sobre los temas y problemas propios de la *cognitio extra ordinem*, proceso preponderante en provincias, y es clara también su inclinación por el ordenamiento provincial<sup>13</sup>.

El fragmento de Calístrato en análisis pertenece al libro IV de su obra *De cognitionibus*, considerada como la mejor conservada, cuyo valor principal consiste en haber sido la primera que ofrece un tratamiento de conjunto sobre el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, o sea, aborda la cuestión de la sistematización orgánica de esta disciplina procesal<sup>14</sup>. La mencionada obra aparece articulada en ciertas partes sobre la figura del magistrado provincial y está orientada a la creación de un nuevo tipo de literatura especializada, pero se separa notablemente de las obras *de officio* y, en particular, de aquellas sobre los *officia* de los magistrados provinciales; además, destaca en este escrito la absoluta prevalencia de las constituciones imperiales en contraste con la falta de referencias jurisprudenciales<sup>15</sup>. El especial *modus procedendi* al que se dedican

---

tentativa", en J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 10, AIDROM/BOE, 2021, p. 18 (= F. Camacho de los Ríos y A. Calzada González (coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid, 2005, pp. 441-452).

<sup>13</sup> PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*", cit., p. 24.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 25. Presumiblemente, afirma PULIATTI, *Callistratus. Opera*, cit., pp. 111 ss., esta obra pudo ser redactada en torno al a. 205, en 6 libros, de los cuales sólo se conservan 52 fragmentos (11 del primero, 3 del segundo, 7 del tercero, 8 del cuarto, 10 del quinto y 13 del sexto libro), respondiendo a una tentativa de diseño de un cuadro de conjunto del proceso civil y penal, con una subdivisión en géneros y una determinación de las características, dentro de una elaboración más científica y completa y de un cuadro más unitario.

<sup>15</sup> Según BONINI, *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione*

estos libros, que se alejaban de las construcciones sistemáticas adoptadas en otros lugares por los juristas, tenía en las provincias su mayor campo de difusión<sup>16</sup>. De los fragmentos que se conservan de esta obra se puede inferir el rasgo de la flexibilidad del nuevo procedimiento en el que los gobernadores provinciales contaban con una amplia discreción que abarcaba desde la determinación de las penas a imponer dentro de los procesos penales hasta la decisión sobre el medio de prueba, así como la valoración asignada al testimonio oral o escrito<sup>17</sup>.

Refiriéndonos ahora más concretamente al pasaje en análisis, éste contiene un rescripto que Calístrato atribuye al emperador Adriano<sup>18</sup>. Como es sabido, ante supuestos nuevos y controvertidos

---

*giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem', cit., pp. 31 y 129.*

<sup>16</sup> TALAMANCA, "Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici", cit., p. 147 s.

<sup>17</sup> MCKLINTOCK, s. v. "Callistratus", en *The Encyclopedia of Ancient History*, cit., p. 1.

<sup>18</sup> ARCARIA, F., 'Referre ad principem'. Contributo allo studio delle 'epistulae' imperiali in età classica, Milano, 2000, p. 22 s., n. 75, señala 23 *epistulae* emanadas del emperador Adriano, de un total de 117 medidas de esta misma índole de las cuales se tiene noticia durante el siglo II y III d. C., con la salvedad de que en las fuentes jurídicas no quedan evidencias de *epistulae* surgidas durante el s. I d. C. Una breve pincelada sobre la obra del citado emperador puede verse en D'ORS, A., "La signification de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du droit romain" en A. Piganiol y H. Terrase (eds.), *Les empereurs romains d'Espagne*, Paris, 1965, pp. 147-161. Asimismo, vid. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, cit., pp. 24 ss., para las intervenciones adrianeas en el ámbito del Derecho privado; D'ORGEVAL, B., *L'Empereur Hadrien: Oeuvre législative et administrative*, Paris, 1950, desde una perspectiva jurídico-administrativa más amplia. Por su parte, PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*", cit., pp. 66 ss., hace constar la preeminencia de la normativa imperial en el sistema de Calístrato respecto de otros juristas severianos, concentrándose principalmente en Adriano, ya que este emperador desempeñó un papel esencial en la historia jurídica, además, su obra reformadora en el campo del derecho privado y público y su postura respecto de la *cognitio extra ordinem* eran temas que atraían especialmente a Calístrato. Adicionalmente,



se podían dirigir consultas al Emperador, también con carácter preventivo, para que éste emitiera su opinión sobre las cuestiones jurídicas que suscitaban los asuntos dudosos. Los rescriptos, por consiguiente, eran respuestas por escrito del emperador a consultas sobre cuestiones jurídicas planteadas por magistrados, funcionarios o simples particulares; podían adoptar forma de carta (*epistulae*), o bien, en otros casos, al mismo documento de la consulta (*libellus*) se añadía la respuesta (*subscriptio*)<sup>19</sup>. Sin embargo, esta distinción, desde el punto de vista de la forma, no está exenta de discusión<sup>20</sup>.

---

sobre la intervención normativa del citado emperador en la esfera del Derecho criminal, *vid.* GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., “Legislación penal de Adriano”, en *e-Legal History Review*, 38, 2023, pp. 1-26.

<sup>19</sup> DE CHURRUCA, J. y MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho Romano*, 10ª ed., Bilbao, 2015, p. 176 s.

<sup>20</sup> Por lo general, atendiendo a una categorización estricta, se han distinguido los rescriptos, respuestas imperiales dirigidas a particulares desde la cancillería *a libellis* al pie de la consulta del solicitante, de las *epistulae*, respuestas dadas a magistrados o funcionarios en forma de carta, suscritas por el emperador y remitidas al solicitante desde la cancillería *ab epistulis*. *Vid.*, por ejemplo, VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni*, 2ª ed. rev. ed ampl., Torino, 2012, p. 78. Sin embargo, como sucede en el texto en análisis, no es extraño encontrarse con los dos términos: *rescriptsit* y *epistulae*. Al respecto, PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, p. 43 s., n. 66, considera que este desorden terminológico obedece, antes de la época de Adriano, al hecho de que no estaba muy extendida la práctica de los rescriptos a los particulares y tampoco estaban bien delimitadas las competencias de ambas cancillerías (*ab epistulis* y *a libellis*). Con posterioridad, afirma el citado autor, el verbo *rescribere*, más allá de su significado técnico, se ha empleado por los clásicos para designar, en general, el responder «por escrito»; además, se acostumbraba también a adjuntar al *rescriptum* una *epistula*. En todo caso, los presupuestos, las situaciones, las formas y procedimientos que daban lugar a estas respuestas eran muy diversos. Asimismo, *vid.* ARCARIA, ‘*Referre ad principem*’. *Contributo allo studio delle ‘epistulae’ imperiali in età classica*, cit., pp. 3 ss., en relación con las analogías y diferencias entre *epistulae* y *rescriptae*, datos estadísticos, criterios de distinción y usos. Por otro lado, D’ORS, A., “Rescriptos y cognición extraordinaria”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47, 1977, pp. 8 ss., considera que

En el caso del fragmento D. 22.5.3.1 figura una *inscriptio* reducida de forma simple al nombre del emperador y del destinatario, seguida de lo que podría ser una máxima general que resume el contenido del rescripto, para después incluir, entrecomillado, lo que parece ser el texto original o fragmento de la *epistula*<sup>21</sup>. En concreto, el pasaje de Calístrato, como venimos señalando, comprende un rescripto de Adriano que consiste en una repuesta por escrito del emperador a la consulta efectuada por *Vibio Varo*<sup>22</sup>, el legado de la provincia de Cilicia, de manera que está dirigida al *praeses* de una provincia oriental, inscrito en la categoría de los *legati Augusti pro praetore*<sup>23</sup>, dentro de la actividad jurisdiccional que desarrollan estos

---

Palazzolo califica como rescriptos algunas decisiones que no lo son; así, D'ORS denomina falso rescripto, por tratarse a su juicio de una *epistula*, el texto que estamos estudiando, y alega que aunque existan decisiones imperiales que figuren bajo el nombre de *rescripta* (introducidos con la palabra '*rescripsit*', '*rescripserunt*', etc.), no lo son, precisamente porque van destinados a un magistrado o funcionario, y no a un particular. Ténganse en cuenta todas estas puntualizaciones precedentes, aunque a efectos del análisis que vamos a realizar no son especialmente trascendentes.

<sup>21</sup> VOLTERRA, E., "Il problema del testo delle costituzioni imperiali", Firenze, 1971 (*Estratto da Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. Venezia 18-22 Settembre 1967*), p. 938 s.

<sup>22</sup> DE DOMINICIS, M. A., "I destinatari dei rescritti imperiali da Claudio a Numeriano", en *Annali Univ. di Ferrara*, N.S. 8, 1950, p. 6 s. (elenco).

<sup>23</sup> Según los datos en los que se apoya ARCARIA, '*Referre ad principem*'. *Contributo allo studio delle 'epistulae' imperiali in età classica*, cit., p. 20 s., nn. 58, 59, 60 y 61, los gobernadores de las provincias son destinatarios sólo de la mitad de todas las *epistulae* de las que se tienen constancia porque sirvieron de intermediarios entre la autoridad central y los jueces de las comunidades menores y además poseían las competencias sobre los juicios correspondientes al *ordo iudiciorum* y a la *cognitio extra ordinem* (16 solicitudes de dictámenes enviadas al *princeps* de parte de los *praesides* en las provincias occidentales y 13 provenientes de las occidentales); a su vez, 12 *epistulae* fueron dirigidas genéricamente al *praeses*, en cuanto al resto, 11 tuvieron como destinatarios *pro consules* y 10 funcionarios imperiales, mayormente *legati Augusti pro praetore* y minoritariamente *consulares* e *correctores*, y ninguna a *procuratores*. Considera PALAZZOLO, N., *Processo civile e política giudiziaria nel Principato*, Torino, 1980, p. 113, que la *epistula* o la

gobernadores provinciales<sup>24</sup>, y que en este caso tiene forma de carta (*epistula*), a partir de la cual el emperador alude a una serie de factores a considerar por el juez a la hora de evaluar la credibilidad de un testigo.

El texto hace alusión a la fase procesal en la que se recaba la prueba testimonial y a la consiguiente valoración de dicha prueba por parte del juzgador, y, además, resulta encuadrable en el marco del procedimiento extraordinario de naturaleza penal, pues la doctrina apela a la praxis de las *cognitiones* penales en relación con las disposiciones adrianeas contempladas a lo largo de todo el fragmento D. 22.5.3<sup>25</sup>.

---

*subscriptio* venía enviada siempre al solicitante, fuese este un magistrado o funcionario, o un particular.

<sup>24</sup>Para una somera aproximación a los gobernadores provinciales, principalmente *legati Augusti pro praetore* y *pro consules*, *vid.* por ejemplo, MOMMSEN, T., *El Derecho penal romano*, I, trad. P. Dorado Montero, reprod. facs. de la ed. de Madrid de 1905, Ed. Analecta, Pamplona, 1999, pp. 236 ss.; VON PREMERSTEIN, A., s. v. "*legatus Augusti pro praetore*", en G. Wissowa (ed.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XII, 1, Stuttgart, 1924, col., pp. 1143-1147; JONES, A. H. M., *Studies in Roman Government and Law*, Oxford, 1960; SHERWIN-WHITE, A. N., *The letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966, pp. 80-82; GARNSEY, P., "The Criminal Jurisdiction of Governors", en *The Journals Roman Studies*, 58, 1968, pp. 51-59; DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, IV. Parte Seconda, Napoli, 1975, pp. 824 ss.; JACQUES, F. y SCHEID, J., *Rome et l'intégration de l'Empire (44 av. J.-C.-260 ap. J.-C.). Tome 1, Les structures de l'Empire romain*, 1<sup>a</sup> ed., Paris, 1990, pp. 168 ss.; WERNER, E., "Die italischen *legati Augusti pro praetore* unter Hadrian und Antoninus Pius", en *Historiae Augustae Colloquium Parisinum*, Macerata, 1991, pp. 183-195; TOMMERAY, F., '*Legati augusti pro praetore provinciae syriae*': *Projet d'étude sur l'activité et les fonctions des gouverneurs romains de la province de Syrie (Syrie-Coelé et Coelé et Syries-Phénicie à partir de 194), d'Auguste à Dioclétien*, Mémoire préparé sous la direction de M. Yves Móderan, prof. D'Histoire romaine à l'Université de Caen, 2004; OLMO LÓPEZ, R., *El centro en la periferia. Las competencias de los gobernadores provinciales romanos en Hispania durante el Principado*, Zürich, 2018.

<sup>25</sup> ZILETTI, V., "Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra*

A modo de inciso, en este punto conviene tener presente la coexistencia, durante gran parte del periodo clásico, del procedimiento ordinario y del procedimiento *extra ordinem*, además de la vitalidad de una jurisprudencia que desempeñó un papel esencial en la armonización y coordinación de ambos sistemas, cuyo resultado nos conduce a un ordenamiento muy complejo, rico en conexiones y contrastes que se hacen cada más evidentes a partir de Adriano<sup>26</sup>.

Adicionalmente, se ha advertido que el momento de la elaboración conceptual de la *cognitio extra ordinem* se lleva a cabo en una época que se inicia con los Severos y abarca siglos sucesivos, afirmación esta que puede inferirse del empeño de la última jurisprudencia clásica con miras a definir unitariamente el nuevo proceso y reconducirlo dentro de los esquemas y las categorías tradicionales, el cual, en el s. II, todavía no se presenta unitario, sino como singulares *cognitiones*, relaciones tuteladas, con rasgos diversos y encomendadas a jueces diversos, y, no en vano, las primeras obras jurisprudenciales en esta materia son de la etapa de

---

*ordinem*", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 29, 1963, p. 140; BONINI, I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem', cit., p. 173; LÉVY, J. PH., "Dignitas, gravitas, auctoritas testium", en *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 29, n. 1.

<sup>26</sup> ZILETTI, "Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra ordinem*", cit., p. 128, n. 16. Precisamente, el empeño divisorio en las categorías *ordo/extra ordinem* y *publicum/non publicum*, llevado a cabo por juristas de la etapa antonino-severiana, tiene su razón práctica en la competencia de los sistemas jurisdiccionales y en la consolidación del nuevo sistema de jurisdicción, como advierte BOTTA, F., "Ordo/Extra ordinem. Sistemi giurisdizionali e ordenamenti penali durante il Principato", en A. Guidara (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutetele*, Torino, 2021, pp. 8 ss.

los Severos, como, por ejemplo, sucede con los *Libri de cognitionibus* de Calístrato<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, cit., p. 206, n. 6 y p. 207. ORESTANO, R., "La *cognitio extra ordinem*: una chimera", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 46, 1980, p. 237, como estudioso principal de la *cognitio*, señaló la imposibilidad de concebir unitariamente los procesos extraordinarios durante el Principado: «La *cognitio extra ordinem*. Non esiste. Esistono le *cognitiones extraordinariae*, esistono gli *extraordinaria iudicia*, esistono le *extraordinariae actiones*. Ma la *cognitio extra ordinem*, nel senso abitualmente attribuito -che tutti attribuiamo- a quest'espressione, ripeto, non esiste. Né nelle fonti, né nella realtà». No es de extrañar entonces que la misma expresión «*cognitio extra ordinem*», utilizada por la doctrina moderna, haya sido poco empleada por la jurisprudencia romana, como advierte BUTI, I., "La *cognitio extra ordinem*: da Augusto a Diocleciano", en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, T. II, Bd. 14, Berlín-NewYork, 1982, p. 30. En tal sentido afirma RICCOBONO, S., "Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del *ius novum*", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, II, 1949, p. 292, «gli epiteti 'novum', 'extraordinarium' sono sporadici nelle fonti». Para KASER, M., "Gli inizi della *cognitio extra ordinem*", en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, 1, 1968, p. 175, la jurisdicción *per cognitionem* reúne en sí misma esferas de acción fuertemente heterogéneas, a saber: los procedimientos creados para tutelar situaciones no contempladas en el procedimiento ordinario, en sentido propio; la jurisdicción del príncipe; y la jurisdicción de las provincias en las cuales no fue adoptado el procedimiento formulario. Según LUZZATTO, G. I., "In tema di origine del processo *extra ordinem*. Lineamenti critici e ricostruttivi", en *Studi in onore di E. Volterra*, 2, Milano, 1971, pp. 736 ss. y 744 s., el conjunto de intervenciones distintas y habitualmente aisladas del emperador o de sus funcionarios que dieron origen al proceso *extra ordinem*, sólo después de un largo desarrollo y a partir de una etapa relativamente tardía confluyeron en una noción unitaria sobre el plano procesal, de forma que la estructura y la posición misma del proceso *extra ordinem* no estaba todavía claramente definida en la etapa de los Severos, con el agravante de las situaciones tan diversas que se daban entre las distintas provincias y de las particularidades existentes dentro cada provincia singularmente hablando. Para BONINI, I. "Libri de cognitionibus di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'", cit., pp. 32 ss., el jurista no arranca de una noción unitaria de *cognitio*, puesto que «la *cognitio* no procede dentro de ella a aislar formas (o materias) que presenten características comunes; al contrario, exige siempre la conciencia de las diferentes matrices históricas, de la variedad de *causae* de las *cognitiones*, de modo que cualquier agrupación corre el riesgo de traicionar, simplificándola, la complejidad de un asunto aún inacabado. Dentro de estos límites, sin embargo, no escapan a la atención de Calístrato las líneas maestras sobre las que acabará asentándose la *cognitio*, abarcando todo el ámbito del

Añade Luzzato que es muy significativo, en la literatura al respecto, el empleo persistente del término plural *cognitiones*, vocablo que aleja de una configuración unitaria; además, anota el hecho de que dentro de los dos tratados *de cognitionibus*, pertenecientes a Calístrato y Paulo, en los ensayos con fines clasificatorios se mezclan las intervenciones procesales y extraprocesales, predominando estas últimas; así, concibe el citado autor que en la jurisprudencia de la etapa de los Antoninos, y en parte en la de los Severos, falta una percepción de unidad conceptual respecto del conjunto de las *cognitiones* imperiales, aplicable también al propio Calístrato, quien parece no tener conciencia de encontrarse frente a un nuevo tipo de procedimiento conformado unitariamente desde una perspectiva procesal (como se desprende de D. 50.13.5); aclara el mencionado autor que con los Antoninos la jurisprudencia estaba todavía a gran distancia de conformar las diversas intervenciones *extra ordinem* bajo un perfil unitario, encuadradas en un nuevo tipo de proceso, e igualmente da cuenta, en relación con la jurisprudencia severiana, de las cautelas en el proceder de estos juristas frente al nuevo tipo de proceso, sobre todo si nos atenemos a las precauciones con las que estos juristas actúan, eludiendo enunciados y clasificaciones demasiado rígidas y precisas, y prescindiendo de una terminología demasiado nítida<sup>28</sup>. También destaca Luzzato en su estudio que todavía en la etapa de los Severos el encuadre sistemático y doctrinal del proceso *extra ordinem* se hallaba en un punto de inicio, lo que explica que los

---

proceso civil, penal y, *lato sensu*, administrativo».

<sup>28</sup> LUZZATTO, "In tema di origine del processo *extra ordinem*. Lineamenti critici e ricostruttivi", cit., pp. 750 ss.

compiladores no pudieran ir más allá de la elaboración doctrinal realizada por la jurisprudencia clásica tardía<sup>29</sup>.

En todo caso, la flexibilidad y el carácter inquisitorio dominaban el procedimiento *extra ordinem*, cuyo inicio no precisaba acusación alguna, pudiéndose actuar de oficio por parte del magistrado, aplicándose el principio de la libre *inquisitio* del juez; así, al contrario de lo que sucedía en el procedimiento ordinario, en la *cognitio* el juez decidía la instauración del juicio, regulaba su desarrollo y emitía la sentencia, además, no estaba constreñido a atenerse sólo a las pruebas aportadas por el acusador y por el acusado -como sucedía en los juicios de las *quaestiones*-, sino que podría recurrir a otros medios idóneos a fin de poder pronunciar una sentencia fundada; por ende, también disponía de una amplia discrecionalidad a la hora de determinar la sanción penal -a diferencia del sistema de las *quaestiones*, en el cual la pena era fijada por la ley que instituía cada corte- y ésta podía variar según las circunstancias subjetivas y objetivas que concurriesen en el delito, es decir, el juzgador poseía una amplia libertad para precisar el tipo y el alcance de la pena a partir de la condición de la persona y de la gravedad del delito, de manera que no infligiera una pena ni más leve ni más grave que la que requería el caso concreto (D. 47.9.4.1; D. 48.19.11pr.)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, n. 245, p. 753 s.

<sup>30</sup> SANTALUCIA, B., *Derecho Penal Romano*, trad. J. Paricio y C. Velasco, Madrid, 1990, pp. 113 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Milano, 1998, pp. 245 ss. El mencionado autor considera que «gli imperatori, quando venivano consultati in merito alla punibilità di determinati fatti, si limitavano a dare delle elastiche direttive piuttosto che delle disposizioni di carattere vincolante, ed anche là dove si richiamavano ad una pena determinata avevano cura di lasciare al giudicante una certa libertà di

A juicio de Olmo López, si bien existía una cierta supervisión por parte del *princeps*, el procedimiento extraordinario pone de manifiesto una amplia libertad de decisión de los gobernadores provinciales en el ejercicio de su actividad jurisdiccional<sup>31</sup>. Son claras la discrecionalidad y el papel preeminente del gobernador a la hora de iniciar el proceso, agilizar los interrogatorios y las vistas, seleccionar los testimonios y las pruebas procesales, como se desprende de Apul. *Apol.* 84.6<sup>32</sup>. A la vista de Salinero González, la actuación coercitiva de los tribunales -a propósito de las causas

---

apprezzamento, nell'evidente presupposto che nessun fatto criminoso è perfettamente uguale a un altro».

<sup>31</sup> OLMO LÓPEZ, R., "La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las Actas de los Mártires", en *Antesteria*, 1, 2012, p. 189. En la esfera del procedimiento privado, de conformidad con BUTI, "La *cognitio extra ordinem*: da Augusto a Diocleciano", cit., pp. 46 y 50, el titular de la jurisdicción *extra ordinem* contaba con una amplia libertad de juicio, cuya discrecionalidad recorría la instrucción y la averiguación de las pruebas, incluyendo la libre apreciación de las mismas y la emisión de la sentencia. En este sentido, FERNÁNDEZ BARREIRO, A., "Los principios 'dispositivo' e 'inquisitivo' en el proceso romano", en *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 41, 1975, p. 157, asevera que «desde el momento en que el poder público asume como función específica la de administrar justicia, es natural que se dote al juez de poderes suficientes para cumplir su cometido y que se estime que su tarea es esclarecer la verdad encubierta en las encontradas posiciones de las partes».

<sup>32</sup> Los textos de Apuleyo a los que alude OLMO LÓPEZ, *El centro en la periferia. Las competencias de los gobernadores provinciales romanos en Hispania durante el Principado*, cit., p. 152, nn. 67, 68, 69 y 70, son muy significativos respecto del papel central y de las capacidades y dotes oratorias que tenía el gobernador de la provincia dentro del proceso, en este caso concreto, el procónsul (Apul. *Apol.* 78.6; 94.6-8; 95.2-6; 2.5-6). Apuleyo (125 d.C.-170/180 d.C. ¿?), en dicho proceso, para su defensa ante una acusación de magia por los parientes de su esposa, pronunció en Sabrata, ante el procónsul Claudio Máximo, el discurso -de posterior reelaboración- denominado *Apología* o *Pro se de magia liber*. Es el único discurso jurídico de toda la latinidad imperial que ha llegado hasta nosotros. Este proceso se sitúa en el reinado de Antonino -años 148 a 161-. Era entonces procónsul de África Claudio Máximo, que se había desplazado a Sabrata, ciudad situada a unas cincuenta millas de Oea (Trípoli), para presidir en esta ciudad su *conuentus*, donde tuvo lugar el proceso contra Apuleyo ante un tribunal presidido por el propio procónsul, asistido por un *consilium consularium uirorum*.



contra los cristianos- concordaba con la laxitud procesal de la *cognitio extra ordinem*, donde el magistrado desempeña al mismo tiempo el papel de instructor de la causa, acusador y juez<sup>33</sup>.

Siguiendo con la contextualización del pasaje y poniendo ahora la mirada en la prueba testimonial, Pugliese<sup>34</sup> recoge una síntesis sobre el desarrollo de la prueba de testigos en distintos procedimientos del proceso romano. En este sentido, los testimonios se podían obtener en el proceso *per tabulae* y también de forma oral. En ambos casos, según el parecer de este autor, los testigos debían prestar juramento. Los testimonios *per tabulas* serían objeto de lectura durante el desarrollo del alegato; los testimonios orales tenían lugar en el proceso penal ordinario (*iudicium publicum*) al final del debate (*actio*) después del alegato de los patronos, igual que sucedía en las *cognitiones* senatoriales<sup>35</sup>; parece que en los *iudicia privata* y en las *cognitiones* no existía ninguna regla fija al respecto y que el juez establecería *motu proprio* el momento en el cual los testigos debían ser interrogados.

Los testigos no hablaban si no eran interrogados. En los procesos ordinarios -penales y civiles- el interrogatorio era conducido por los patronos de las partes<sup>36</sup>; el magistrado o *quasi* magistrado que

---

<sup>33</sup> GONZÁLEZ SALINERO, R., *Las persecuciones contra los cristianos en el Imperio romano*, Madrid-Salamanca, 2015, p. 35.

<sup>34</sup> Seguimos en las sucesivas líneas el discurso de PUGLIESE, G., "La prova nel proceso romano classico", en *Ius*, 11, 1960, p. 409 s. Vid. igualmente, PULIATTI, S., "Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e Diritto", en *Atheneum. Studi Periodici di Letteratura e Storia dell'Antichità*, 2, 2009, p. 405 s., n. 26.

<sup>35</sup> Plin. *Ep.* II.11.18.

<sup>36</sup> En las fuentes retóricas se puede apreciar una técnica muy refinada, próxima a la *cross-examination* de las modernas cortes anglosajonas. Vid. COSSA, G., "La

presidía los jurados penales, igual que el juez o los *recuperatores* en los *iudicia privata*, no realizaba preguntas, sino que se limitaba a supervisar el debate; en los procesos comiciales, que podían darse de forma ya residual en el s. I a.C., la investigación *-anquisitio-* era realizada por el magistrado. En el procedimiento de las *cognitiones*, aun conservando el acusador y el acusado el poder de interrogar, el interrogatorio era efectuado también, y principalmente, por el príncipe<sup>37</sup>, por el magistrado o por el funcionario imperial<sup>38</sup>.

Al respecto, también es reseñable el hecho de que Adriano apele en un rescripto (Call. D. 22.5.3.3)<sup>39</sup> dirigido al procónsul de Macedonia, Junio Rufino, a no conceder importancia más que al interrogatorio, es decir, el emperador daba crédito a los testigos y no a los testimonios escritos, pues éstos últimos no eran admitidos en su tribunal para sostener una acusación. Es más, en otro rescripto (Call. D. 22.5.3.4)<sup>40</sup>, el mismo emperador, aun corroborando la libertad del gobernador en la valoración de estas pruebas, recalca

---

prova testimoniale tra prassi istruttorie romane e odierna *cross-examination*", en *Studi Senesi*, CXXVII, 2015, pp. 7-69.

<sup>37</sup> Como queda corroborado en un rescripto de Adriano a Giunio Rufino, el emperador interrogaba personalmente a los testigos, D. 22.5.3.3 (Call. 4 *cogn.*): *nam ipsos (testes) interrogare soleo*.

<sup>38</sup> Plin. *Ep.* VI.31.5. *Vid.* PULIATTI, S., "Giudizio di fatto e nuovi principi nel processo romano tardoantico. La regola *unus testis nullus testis*", en F. Reinoso Barbero (coord.), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 142, n. 41, para quien la intervención directa del juez en el interrogatorio de testigos se halla en consonancia con un enfoque procesal dirigido a priorizar la directa relación entre el órgano juzgador y las pruebas.

<sup>39</sup> *Vid. supra* n. 5.

<sup>40</sup> *Vid. supra* n. 5.

que una es la autoridad de los testigos que están presentes y otra la de los testimonios que se suelen recitar<sup>41</sup>.

En definitiva, estas disposiciones ponen de manifiesto que en el procedimiento *extra ordinem* rige la asunción inmediata de la prueba testimonial, a través de la cual se acentúa la participación directa del juez en la formación de la prueba, siendo posible una valoración de la credibilidad de los *testes*, pero esto no puede decirse de igual manera respecto de los *testimonia*, pues aquí escapa al juez el control de la fuente de la declaración y la posibilidad de formarse un convencimiento efectivamente libre sobre la modalidad y los límites de la declaración. De ahí la importancia del principio de inmediación, que queda plasmado en ese conocimiento directo, inmediato y simultáneo por parte del juez de la prueba testifical, circunstancias que le permitirán disponer de una información más contrastada cuando dicte su fallo, de tal manera que la prueba sea practicada ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. Paralelamente, rige el principio de oralidad de la actuación procesal probatoria testifical, esto es, que sea expresada mediante el habla y que simultáneamente resulte ser escuchada por el juzgador.

Como ya hemos señalado previamente, el rescripto que Adriano dirige a *Vibio Varo*, en su condición de legado de la provincia de Cilicia, se situaría dentro de las *cognitiones* penales que se sustanciaban en el ámbito de las provincias del Imperio. En este sentido, por lo que se refiere al desarrollo del procedimiento judicial *extra ordinem*, sobre el mismo dan buena cuenta las Actas de los

---

<sup>41</sup> PUGLIESE, “La prova nel processo romano classico”, cit., p. 411.

Mártires, fuentes que constituyen un ejemplo elocuente de este tipo de procesos relativos a la cognición extraordinaria incoados contra los cristianos. Estos documentos, basados en actas reales, son igualmente ilustrativos en relación con la audiencia y el interrogatorio de testigos, así como resultan especialmente reveladores respecto de la actividad judicial desarrollada por los gobernadores provinciales<sup>42</sup>.

Según se desprende de estos registros, los sospechosos de ser cristianos eran apresados a partir de la intervención de las autoridades municipales o de la correspondiente delación, para después permanecer detenidos, bajo vigilancia, hasta que el gobernador se personara en la ciudad si esta se trataba de una capital conventual, o bien eran llevados a la capital provincial o a la sede conventual más próxima donde se hallara el gobernador, a quien compete la función jurisdiccional en el tribunal pertinente; no obstante, cabía la posibilidad también de que se llevaran a cabo interrogatorios previos o instrucciones preliminares a cargo de las autoridades municipales para facilitar la tarea del gobernador<sup>43</sup>.

La libre discrecionalidad del gobernador se hace patente cuando los acusados comparecen ante éste. Muestra de ello es la conocida

---

<sup>42</sup> Al respecto pueden servir de muestra, entre otros, los siguientes ejemplos: *Actas del martirio de los Escilitanos*, 1-17; *Actas del martirio de Santiago, Mariano y otros*, 4, 5, 8 y 9; *Actas del martirio de Saturnino, Dativo y otros*, 2-17; *Actas del martirio de Táraco, Probo y Andrónico*, 1-9; *Acta de Julio veterano*, 1-4. *Vid.*, asimismo, para cuestiones complementarias en relación con las actas mencionadas, RUIZ BUENO, D., *Actas de los mártires*, 5ª ed., 2ª reimpr., Madrid, 2003, pp. 349 ss., pp. 824 ss., pp. 970 ss., pp. 1085 ss., y pp. 1158 ss.

<sup>43</sup> OLMO LÓPEZ, "La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las Actas de los Mártires", *cit.*, p. 186.

carta de Plinio a Trajano (Plin. *Ep.*, X. 96), misiva en la cual expone el trato que ha dado a los cristianos en el procedimiento, solicitando al emperador su visto bueno y su consejo en relación con su forma de proceder en el curso del proceso<sup>44</sup>.

En la mencionada epístola, Plinio somete al emperador las dudas que alberga en el curso de los procesos contra los cristianos, respecto de los cuales carece de experiencia previa. Da detalles incluso de cómo se desarrollaban los interrogatorios, lo que permite colegir la

---

<sup>44</sup> Plinio el Joven fue enviado a Bitinia-Ponto por Trajano en la condición de *legatus pro praetore*, con potestad consular de forma extraordinaria, puesto que hasta ese momento se trataba de una provincia senatorial, cambiando su estatus, en consecuencia, a provincia imperial, *vid.* TORRES GONZÁLEZ, V. A., “El gobierno extraordinario de Plinio en Bitinia-Ponto (*Epistolae, Liber X*)”, en *Revista Itálica*, 1 (2), 2016, pp. 119-140. Una serie de razones estratégicas, políticas y de práctica administrativa venían a modificar en ciertas ocasiones el esquema político de reparto de poderes ideado por Augusto en el año 27 a. C. Según ESPIGA CASANOVA, G., “*De legatus pro praetore a agens vices praesidis: evolución del rango y competencias de los gobernadores provinciales de las provincias fronterizas del Imperio romano en el siglo III d. C.*”, en P. D. Conesa Navarro *et alii* (coords.), *Antigüedad "in progress...": actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I)*, Murcia, 2017, p. 309, fue frecuente la injerencia del príncipe en las provincias del pueblo romano para reestructurar las finanzas de sus ciudades o las finanzas públicas, tanto del Erario como del Fisco, precisamente éste es el caso de la misión de Plinio el Joven en Bitinia. En opinión de PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, cit., p. 238, el contenido del epistolario entre Plinio y Trajano no puede calificarse de un caso aislado y pone de relieve el estrecho vínculo existente entre el príncipe y los funcionarios imperiales, ya que en estas misivas se detallan minuciosamente los hechos y las dudas, solicitando la respuesta del príncipe, ligamen del cual el autor deduce un control sobre la actividad administrativa y jurisdiccional por parte de la cancillería imperial. A su vez, SANTOS YANGUAS, N., “Plinio, Trajano y los cristianos”, en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, 32 (99), 1981, p. 401, considera que Plinio no contaba con amplios poderes, pese a su condición de gobernador, y a Trajano le complacía conocer «los asuntos más pequeños y decidirlo todo en última instancia», opinión que no compartimos. Sobre la epístola aludida, véase, asimismo, el comentario obra de SHERWIN-WHITE, *The letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, cit., pp. 691-710.

importancia de la interacción del juez en la recepción de la prueba y la trascendencia del principio de inmediación, cuestión que, a su vez, se traduce en que el juez debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, así como su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa.

El citado gobernador, al comienzo de su misiva, expresa su incertidumbre en cuanto a qué actividades y en qué medida suelen castigarse o investigarse, si ha de tenerse en cuenta la edad, si se ha de otorgar o no perdón al arrepentimiento, si se castiga el nombre mismo, aunque carezca de delito, o los delitos están ya incluidos en el nombre<sup>45</sup>.

También Plinio se refiere expresamente al interrogatorio, momento en que preguntaba a estos sujetos si eran cristianos y aquellos que daban respuesta afirmativa eran preguntados una segunda y una tercera vez, bajo amenaza de suplicio, de manera que aquellos que persistían eran ejecutados. Además, fuera cual fuera la confesión, la persistencia y terquedad de estos individuos debían ser indubitadamente para el gobernador objeto de castigo.

---

<sup>45</sup> Las acusaciones contra los que profesaban la religión cristiana se apoyaban sólo en la mera formulación *per nomen*. Los apologistas cristianos denunciaban cómo los cristianos eran condenados a muerte simplemente por razón de su nombre, en tanto que el resto de detenidos era juzgado por parte del tribunal con arreglo a acusaciones específicas, de forma que las causas judiciales de los cristianos presentaban significativas anomalías procesales, como, por ejemplo, la falta de pruebas y la inexistencia de defensa. Presentarse como cristianos y reconocerse como tales ante la autoridad imperial, es decir, como miembros de un grupo «proscrito» situaba a estos sujetos fuera de la ley romana. Con más detalle, *vid.* GONZÁLEZ SALINERO, *Las persecuciones contra los cristianos en el Imperio romano*, cit., pp. 33 ss.

Asimismo, Plinio alude en la citada carta a la denuncia presentada en un panfleto anónimo -donde figuraban los nombres de muchas personas-. En este caso, parece ser que les tomaba declaración, y a aquellos que negaban ser y haber sido cristianos, tras haber invocado a los dioses, realizado sacrificios y haber blasfemado contra Cristo, decidía ponerlos en libertad. Además, el escrito menciona denuncias de delatores, así como el testimonio obtenido por tortura de dos esclavas, posiblemente diaconisas, en relación con los denunciados, señalando que aplaza la audiencia para pedir consejo a Trajano, puesto que son muy numerosos y de condición muy diversa los implicados en este proceso<sup>46</sup>.

El emperador, en su respuesta, respalda el procedimiento seguido por Plinio (Plin. *Ep.* X.97), afirmando que no puede establecerse una regla con valor general que tenga una forma concreta, es decir, que no existe una norma general para este delito en cuestión, esto es, que no está establecido precepto alguno al respecto en el ordenamiento jurídico, lo cual puede interpretarse como un claro reflejo de la esencia o naturaleza del procedimiento extraordinario. No obstante, el *Optimus Princeps* realiza varias consideraciones acerca del proceso en ciernes: no han de ser

---

<sup>46</sup> En el caso de estos denunciados, primero dijeron que eran cristianos para posteriormente negarlo, aduciendo que lo habían sido, pero que ya habían dejado de serlo tiempo atrás. Veneraron la imagen del emperador, las estatuas de los dioses y blasfemaron contra Cristo. También afirmaron haber tenido la costumbre de reunirse un día determinado para celebrar ciertas ceremonias, que dejaron de realizar a raíz del edicto que prohibía las hermandades secretas. Todo esto lleva al gobernador a seguir sus averiguaciones obteniendo las declaraciones mediante tortura de dos esclavas que decían ser diaconisas. Como resultado de estas pesquisas, Plinio solo encuentra superstición perversa y desmesurada, y decide posponer la audiencia.

perseguidos; los castigos tendrán lugar sólo si son denunciados y encontrados culpables; los que niegan ser culpables y lo evidencian con hechos, obtendrán el perdón por su arrepentimiento, aunque hayan sido sospechosos en el pasado; y, finalmente, rechaza que los panfletos anónimos puedan tener cabida en acusación alguna por el mal ejemplo que suponen.

Trajano, por tanto, no secunda el procedimiento seguido por Plinio en cuanto a las denuncias procedentes del panfleto anónimo o de un delator, a cuyos denunciados parece haber tomado declaración, pues, para el emperador, el gobernador sólo debería actuar cuando los acusadores particulares ponen a su disposición personas acusadas de ser cristianos y sus correspondientes pruebas al respecto. Podríamos decir que es una pauta muy razonable que el emperador señala al gobernador, habida cuenta de que éste no ha asumido procesos de esta índole con anterioridad. Además, consideramos que la supervisión que el emperador realiza sobre estos procedimientos no tiene por qué implicar necesariamente una merma en la libertad de actuación del gobernador.

El modo de actuar de Plinio el Joven en el ejercicio de su labor jurisdiccional planteando sus dudas al emperador a través de una misiva, debió de ser frecuente entre los gobernadores de provincias, lo cual no implicaba necesariamente una disminución del poder juzgador del gobernador en los procesos penales, antes bien, suponía un fortalecimiento de la autoridad gubernativa provincial, revelaba la interrelación entre el poder central y sus más altos representantes en los territorios provinciales, evidenciaba la



confianza que los emperadores del s. II depositaban en sus gobernadores y en este tipo de «gobierno por correspondencia» y, por último, evitaría y reduciría la *appellatio ad Caesarem*<sup>47</sup>. Al mismo tiempo, este sistema administrativo dio lugar a un abundante elenco de rescriptos que delimitaban la casuística con más precisión, promoviendo sobre ella la reflexión de los juristas de época antonina y severa<sup>48</sup>.

Así pues, en el reinado de Trajano, predecesor de Adriano, observamos una amplia libertad decisoria por parte de los gobernadores en el marco del proceso penal cognitorio. Por tanto, podemos inferir que, dada la proximidad en el tiempo, en época de Adriano debieron darse circunstancias análogas en el transcurso del proceso, en particular, en lo referente a la prueba testimonial.

### 3. Contenido del pasaje

Previamente a efectuar un análisis detallado del tenor del pasaje de Calístrato es conveniente puntualizar algunas cuestiones: primeramente, se debe reconocer, a partir de Adriano, el fomento de la práctica de los rescriptos<sup>49</sup>, así como su carácter especialmente

---

<sup>47</sup> OLMO LÓPEZ, *El centro en la periferia. Las competencias de los gobernadores provinciales romanos en Hispania durante el Principado*, cit., p. 142.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 142 s.

<sup>49</sup> Aunque ORESTANO, R., *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, rist., Torino, 1962, pp. 39 ss., puntualiza que aun siendo verdad que con Adriano tanto la actividad normativa como la tarea jurisdiccional de los emperadores adquieren una expansión más amplia que en un tiempo anterior, sin embargo, son numerosos los testimonios que demuestran que en el s. I y a principios del s. II las intervenciones no fueron esporádicas, sino que tuvieron un carácter

interpretativo de Derecho, a lo que se suma el hecho de que estas respuestas sean, en el plano sustancial, obra de los juristas, estableciéndose una conexión entre el incremento de la actividad interpretativa imperial y la admisión de juristas en cargos relevantes pertenecientes a la administración y al *consilium principis*<sup>50</sup>; en segundo lugar, se ha constatado que los rescriptos que nos han llegado a través de los Códigos y de las obras de los juristas son notablemente diversos de los originarios –éstos últimos contenían el *libellus* de consulta, un amplio espacio dedicado a la motivación de la decisión y las referencias al Derecho precedente-, en tanto en cuanto han quedado reducidos en muchas ocasiones a un resumen, pues se han formulado a modo de máximas jurídicas generales, resultando una tarea compleja reconstruir el texto originario<sup>51</sup>. En último término y en todo caso, se ha verificado que los juristas,

---

vasto y orgánico. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, cit., p. 11 s., pone el acento en la vigorosa actividad legislativa, señalando el predominio de las constituciones imperiales a partir de la llegada al trono de Adriano. Asimismo, la prevalencia de la normativa imperial en el sistema de Calístrato es muy elevada en relación con los otros juristas severianos, como evidencia PULIATTI, *Callistratus. Opera*, cit., pp. 47 ss.

<sup>50</sup> PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, cit., pp. 43 ss. Según ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, cit., p. 54, el *consilium principis* pasa a ser un órgano permanente con Adriano, quien se rodeará de los más relevantes juristas y se servirá de sus obras, lo que influirá evidentemente en el camino que seguirá su actividad imperial a nivel normativo y jurisdiccional. Igualmente, GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, cit., pp. 160 ss.

<sup>51</sup> PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, cit., pp. 49 ss., sobre la base de la obra de VOLTERRA, "Il problema del testo delle costituzioni imperiali", cit., pp. 826 s., 830 ss., 869 y 965 s., confirma que «los juristas romanos no sólo reducen y traducen en reglas precisas las órdenes y las decisiones de los emperadores, dando a menudo a resoluciones de casos aislados y concretos ámbito general de principio abstracto, sino que las coordinan con el sistema jurídico».

independientemente del texto de las constituciones imperiales del cual dispongan, completo o reducido, no han procedido siempre de modo uniforme<sup>52</sup>.

En efecto, el texto originario de las distintas manifestaciones de voluntad imperial era diverso del texto de las disposiciones que nosotros nominamos con la expresión constituciones imperiales y que nos han llegado a través de las colecciones de *iura* y de *leges*, además de los Códigos Teodosiano y Justiniano, puesto que estas fuentes conservan sólo fragmentos, en ocasiones muy breves, extractos o resúmenes, aparentemente unitarios, completos y originales, lo que ha provocado que a oraciones sueltas se les confiera un valor absoluto de norma o principio jurídico<sup>53</sup>.

Particularmente, si miramos a Calístrato, hemos de señalar que este jurisprudente acredita un gran conocimiento de la normativa promulgada por Adriano, como se deduce de las citaciones al

---

<sup>52</sup> VOLTERRA, "Il problema del testo delle costituzioni imperiali", cit., p. 869. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, cit., pp. 26 ss., apunta la dificultad de saber, en numerosos ejemplos que acredita, cuándo las citaciones tienen un origen indirecto o directo, por tanto, no se debe excluir que el jurista extraiga el texto de escritos precedentes en caso de emperadores no recientes; además, los juristas pudieron no siempre conocer con precisión el tenor de las constituciones, es decir, pudieron tener una idea vaga o imprecisa de algunas de éstas, cuya esencia no ignoran; pero, en general, concluye el citado autor en base a una amplia documentación, fueron buenos conocedores de estos textos legales e incluso pudieron acceder a las *preces* y a los *libelli* que los solicitantes habían enviado a la cancillería. Gualandi tampoco olvida las alteraciones de los textos clásicos, producto de las intervenciones postclásicas y justinianas.

<sup>53</sup> Establecer, asimismo, si los textos de las disposiciones imperiales y los oficialmente publicados y expedidos en copia a particulares o funcionarios fueron susceptibles de reducción en la cancillería imperial, es una cuestión no resuelta, según VOLTERRA, "Il problema del testo delle costituzioni imperiali", cit., pp. 1094 y 1097.

respecto que se recogen en sus obras<sup>54</sup>. Dicho jurista, al igual que sus colegas, seguiría una praxis muy común consistente en desarrollar un proceso de abstracción que iría conformando principios y máximas de corte general, deducidos de las intervenciones imperiales sobre casos y situaciones concretas, con una intención práctica y un empeño de síntesis, para posteriormente quedar integrados en sus obras<sup>55</sup>.

Como venimos afirmando, D. 22.5.3.1 contiene un rescripto (*epistula*) de Adriano destinado al Legado de la provincia de Cilicia - *Vibio Varo*-, disposición en la cual el emperador asevera que el que juzga es el que mejor puede conocer si los testigos son fidedignos (*qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus*). Además, expresamente, en la primera parte de la citada disposición, se alude a la necesidad de examinar la *fides*, la *dignitas* y la *existimatio* de los testigos, es decir, qué confianza merecen, quiénes son y qué dignidad tienen, así como cuál es su reputación, para entonces calibrar cuánta fe ha de prestarse a los mismos (*Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint*).

---

<sup>54</sup> Sirva de ejemplo el mismo pasaje D. 22.5.3.1-6 (Callistratus, l. 4 *cognitionum*), junto a otros significativos textos: D. 42.1.33 (Callistratus, l. 5 *cognitionum*); D. 48.15.6 pr. (Callistratus, l. 6. *de cognitionibus*); D. 48.15.6.1 (Callistratus, l. 6. *de cognitionibus*); D. 48.19.28.6 (Callistratus, l. 6 *cognitionum*); D. 48.19.28.13 (Callistratus, l. 6 *cognitionum*); D. 48.19.28.14 (Callistratus, l. 6 *ad cognitionum*); D. 48.19.35 (Callistratus, l. 1 *quaestionum*). Cf. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, cit., pp. 37 ss.

<sup>55</sup> BONINI, *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, cit., pp. 106 ss.; VACCA, *La giurisprudenza nel sistema della fonti del Diritto Romano. Corso di Lezioni*, cit., pp. 135 ss.

Estos aspectos expresados en el citado texto se hallan en relación con otros elementos, tales como *mores*, *gravitas*, *conditio*, *auctoritas* y *honestas*, presentes en diversos fragmentos del Digesto, que el juez también ha de tener en consideración en el ejercicio de su función de valoración de la prueba<sup>56</sup>. Algunos de estos términos, en concreto, *dignitas*, *gravitas* y *auctoritas testium*, han sido estudiados principalmente por Lévy, quien se ha encargado de dilucidar el contenido que encierran algunos de estos significantes<sup>57</sup>.

Ciñéndonos al texto en análisis, en lo atinente a la *fides* que debe concurrir en los testigos y mencionada igualmente en el fragmento, verdaderamente existía en Roma una fe absoluta en la palabra del testigo. A este respecto, resulta muy significativo el hecho de que en época antigua la palabra del hombre libre fuese considerada por los romanos fuera de toda sospecha y constituyese el único medio de prueba<sup>58</sup>. Estas afirmaciones cobran más valor en relación con el culto a la *fides*, en concordancia con el consiguiente imperativo de lealtad que domina la vida romana, fundamentalmente en la esfera jurídica, adquiriendo el rango de verdadera y propia virtud nacional<sup>59</sup>. *Fides* designa la buena fe, pero también el resultado de

---

<sup>56</sup> «*In testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est...*» (D. 22.5.2, Modest. 8 regul.); «*Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit...*» (D. 22.5.3 pr., Call. 4 cogn.); «*Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem*» (D. 22.5.3.2, Call. 4 cogn.); y finalmente, «*Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent*» (D. 22.5.3.4, Call. 4 cogn.).

<sup>57</sup> LÉVY, "Dignitas, gravitas, auctoritas testium", cit., pp. 29-94.

<sup>58</sup> Gell. NN. AA. 14.2.26.

<sup>59</sup> DE ROBERTIS, F., "Sulla funzionalità della prova per testimoni", en *Daunia*

otras cualidades, por ejemplo, la confianza que merece el testigo; luego el juez deberá atender a la *sinceram fidem* de los testimonios y a aquellos testimonios que cuentan a su favor con la luz de la verdad, como se desprende del *libro singulari de testibus* de Arcadio (D. 22.5.21.3), por lo tanto, es conveniente, para favorecer la verdad, que se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la *fidem* debida a la religiosidad judicial, según las palabras de los emperadores Diocleciano y Maximiano (C. 4.20.5) <sup>60</sup>.

En este contexto, donde la lealtad se constituye en una rígida norma de conducta y donde una lealtad escrupulosa preside las relaciones sociales<sup>61</sup>, consideramos la posibilidad de que el testigo cumpla, en cierto modo, una función de publicidad<sup>62</sup>. De manera que teniendo en cuenta esta noción de *fides*, tan arraigada en Roma, como un valor preceptivo de lealtad, podemos inferir que del testimonio del deponente se espera, por ende, fiabilidad, veracidad y lealtad respecto de lo que hubieran visto y oído, y todo ello, al mismo tiempo, genera un sentimiento de confianza en la colectividad. De los testigos se suponía que debían de actuar honestamente y se les concedía una gran honorabilidad a sus

---

*Giudiziaria. Rivista di Diritto, giurisprudenza e notiziario*, 4, 1961, p. 243 s. (= *Scritti vari di Diritto Romano*, 1. *Diritto Privato*, Bari, 1987, pp. 405 ss.). Algunos textos que atestiguan este sentir: Cic., *de off.* 1.23; Cic., *in Verrem*, 2.3.3.6; y Val. Max., 6. 6.

<sup>60</sup> Vid. LÉVY, "*Dignitas, gravitas, auctoritas testium*", cit., p. 30 s., y n. 9.

<sup>61</sup> Cic. *Pro Arch.* 4.8; *Id.*, *in Verr.* 2.3.3.6.

<sup>62</sup> CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., "El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho romano", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 5, 2010, pp. 178-198.

declaraciones, sin olvidar que faltar a la verdad –actuar *contra fides veritatis*- implicaba penas infamantes<sup>63</sup>.

Por lo que concierne a la *dignitas* contemplada en el texto, a grandes rasgos, parece que esta palabra posee dos sentidos, uno moral y otro social<sup>64</sup>. El sentido moral abunda en los textos literarios, no tanto en los jurídicos, y tiende a identificarse con alguien que se respeta a sí mismo y respeta a los otros, reconociéndose en la idea de lealtad el sentido del honor, la moderación, el actuar con escrúpulos, evitando lo excesivo, por lo que resulta especialmente aplicable al testigo desde el punto de vista de su integridad y desinterés, también desde la perspectiva de la lealtad, la fidelidad y el culto a la verdad. En suma, la *dignitas* caracteriza al hombre serio y equilibrado, desinteresado, fiel, que sostiene la verdad y la justicia.

En lo que respecta a la *existimatio*, el propio Calístrato, D. 50.13.5.1 (1 *cogn.*) nos brinda la siguiente definición: “*Existimatio est dignitatis illaesa status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*”. Por lo tanto, se trata de una situación de dignidad ilesa, verificada a la luz de las leyes y las costumbres, que puede verse menoscabada a causa de la comisión de un delito o de la autoridad de las leyes. La condición de honorable se predica de una persona honrada, íntegra y respetable que, por ello, disfruta de plena estimación social dentro de su comunidad.

---

<sup>63</sup> TORRENT RUIZ, A., *Manual de Derecho Privado*, Zaragoza, 1987, p. 167.

<sup>64</sup> En detalle, LÉVY, “*Dignitas, gravitas, auctoritas testium*”, cit., pp. 31-48.

En este sentido, la infamia era una circunstancia que podría privar o limitar la capacidad civil y política de un determinado sujeto por razón de la pérdida de la reputación y del buen nombre; la declaración de infamia en el Derecho romano incidía tanto en la esfera pública como en la privada del individuo en cuestión y se originaba a partir de una considerable variedad de supuestos que, por ejemplo, podían ser afectos a relaciones jurídicas privadas en las que el condenado por una sentencia es, además, tachado de infame, o pueden ser derivados de la comisión de determinados delitos pertenecientes al *iudicium publicum* o relacionados con delitos privados, de la contravención de normas morales, etcétera<sup>65</sup>.

Por consiguiente, es claro que el valor probatorio del testimonio en el proceso penal romano se halla ligado a la fuente que origina dicha testificación. Además de la condición de infamia, antes mencionada, influirán en la valoración de la declaración otros factores<sup>66</sup>. Por ejemplo, la condición civil o social del testigo, de manera que para el procedimiento *extra ordinem*, según los jurisconsultos clásicos, en defecto de otras pruebas, los testimonios de los esclavos no torturados merecen fe, y en determinados casos en los que la indignidad sustancial de la vida supera el valor formal de la condición de libertad o esclavitud, se equipararán a los hombres libres; cierta desconfianza se mostraba también respecto de la credibilidad de los testimonios de extranjeros de origen griego o

---

<sup>65</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997; MARLASCA MARTÍNEZ, O., "Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales", en *Estudios Deusto*, Vol. 61/1, Bilbao, Enero-Junio 2013, pp. 247-270.

<sup>66</sup> MESSINA, "La testimonianza nel processo penale romano", cit., pp. 280 ss.



asiático; y otras particularidades se presentaban en los casos de los libertos, de las mujeres, por cuestión de edad, por razón de relación con las personas y con el objeto de la causa, etc.

En síntesis, la *fides* de los testigos, en otras palabras, la credibilidad de sus testimonios, debe ser estimada por el juzgador a tenor de quienes sean, de la dignidad (*dignitas*) y de la reputación (*existimatio*) de los mismos. La *dignitas* y la *existimatio* pueden ser calificadas como factores extrínsecos al testimonio, datos externos a la declaración del testigo, pero no por ello menos relevantes, a tenor del pasaje. Atañen, fundamentalmente y en términos generales, a la seriedad, la integridad, los escrúpulos, la lealtad a la verdad, la buena reputación y el buen nombre del sujeto, en definitiva, a la estimación social que se le dispensa en su comunidad.

Por añadidura, según se desprende de la última parte del rescripto, “(...) *qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque mediatum sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint*”, se han de tener en cuenta otros factores de especial relieve en el curso del interrogatorio a los testigos, a saber: si hablaron con sencillez, si prestaron una y la misma meditada declaración, o si a los interrogantes formulados habían dado al momento, enseguida, respuestas verosímiles. Estas últimas pautas son muy significativas, ya que atañen a los principios de inmediación y de oralidad, de forma que el juez tendrá en cuenta a fin de valorar la deposición del testigo si esta fue prestada sin artificio, de manera inmediata, espontánea y coherente. De suerte que el comportamiento del deponente en el transcurso de la práctica

de la prueba testifical servía al juzgador para calibrar la fe que merecía su atestiguación.

De hecho, como señala el jurista postclásico Arcadio Carisio, amén de la reputación que cada uno tenga en su ciudad, se manifiesta como algo esencial para descubrir la verdad la misma voz y la sutil diligencia del interrogado, así como sus palabras y lo que dijo con alguna firmeza o con alguna turbación<sup>67</sup>. Estos datos que afloran en el interrogatorio y que se deducen del propio comportamiento del interrogado, en el fondo, son una garantía para detectar el engaño y de gran utilidad a fin de hacer emerger la luz de la verdad.

Las susodichas variables podríamos catalogarlas como factores intrínsecos a la declaración, pues aparecen integradas en la misma, o sea, se desprenden de la propia declaración o se recaban en esos momentos que conforman la deposición. Por tanto, se tendrá en cuenta si el testigo habló con naturalidad, sin rebuscamientos, si prestó una y la misma meditada declaración, esto es, si el discurso estaba o no preparado, si había en el mismo un propósito deliberado, y si a las preguntas respondió con respuestas semejantes o parecidas a la verdad de manera improvisada, es decir, de pronto, sin estudio ni preparación. Según Messina, «parve che il deliberato mendacio e la limpida franchezza avessero sempre un loro contrassegno exterior, riconoscibile a valutabile dal giudice. I

---

<sup>67</sup> D. 48.18.10.5 (Arcad. l. sing. de testibus): *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa et cognitionis subtilis diligentia adfert: nam et ex sermone et ex eo, qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad inluminandam veritatem in lucem emergunt.*

testimoni degni di fede anno un linguaggio semplice, *simpliciter visi sunt dicere*, e non danno l'impressione che vengano a recitare un brano mandato a memoria, e trovano nella stessa verità delle loro notizie la possibilità di risposte verosimili e coerenti alle domande piú imprevedute. La loro deposizione è sempre uguale, nè essi anno alcuna trepidanza nel renderla, quella trepidanza che Cicerone invocava presso i giudici come segno della credibilità di un testimone: «*Tamen id quod dixit, quanto cum pudore, quo tremore et pallore dixit!* -Cic., *pro Flacc.*, 4-»<sup>68</sup>.

Todos estos elementos llaman la atención, ya que entendemos que se está apelando a ciertos factores que, en sentido estricto, escapan de lo jurídico y que, en cierto modo, bordean el ámbito de lo psicológico.

Ciertamente, cuando se habla en el fragmento de Calístrato de la falta de artificio, de si la declaración es una y la misma meditada, y de si se han dado respuestas verosímiles improvisadamente cabe pensar que se está apuntando hacia indicadores verbales que pueden extraerse del contenido verbal explícito de un enunciado y que sirven como instrumentos para detectar la mentira. Luego son aspectos que tienen que ver con el análisis del contenido de la deposición.

Se trata de indicadores que el juez va a contemplar en su tarea de evaluar la *fides* que hay en un testigo, herramientas para detectar el engaño, que hoy día podrían aproximarse, *mutatis mutandi*, al campo de las investigaciones psicológicas en materia de prueba testifical,

---

<sup>68</sup> MESSINA, "La testimonianza nel processo penale romano", cit., p. 298 s.

análisis psicológicos que, por otra parte, no son extraños al mundo antiguo griego y romano en lo concerniente a las disciplinas de la filosofía y de la medicina y, por consiguiente, no resultan ser ajenos al ámbito jurídico, toda vez que está sobradamente acreditado el trasvase de conocimientos, así como las mutuas y recíprocas influencias que se dan entre estas materias<sup>69</sup>. Estas pautas que el emperador enuncia en su rescripto serán de gran ayuda al juzgador

---

<sup>69</sup> Nos estamos refiriendo a la psicología del testimonio, una disciplina relativamente reciente que surge en el s. XIX, a la que más adelante le dedicaremos un espacio en este trabajo. También nos parece significativo señalar que en la Antigüedad griega y romana encontramos experiencias nada desdeñables en el ámbito de los estudios psicológicos. Por ejemplo, entre los filósofos griegos, el sistema de conocimiento de Aristóteles (384 a. C. - 322 a. C.) es destacable por su abundancia en detalles psicológicos y por su estudio del comportamiento humano desde una perspectiva concreta. En su faceta médica, este polifacético pensador describió la psicología de los hombres y de las mujeres, y los procesos de recordar y de reconocimiento. Además, definió la mente como un proceso, esto es, en términos de lo que se hace. Estudió minuciosamente los sentidos, el aprendizaje y la memoria, así como la emoción, la imaginación y el razonamiento. A su vez, el Hipócrates latino, *Aulus Cornelius Celsus* (25 a. C. - 50 d. C.), reputado enciclopedista, en su tratado de medicina describió la epilepsia y clasificó las enfermedades de la cabeza: *frenesis*, manía (con o sin alucinaciones), *delirium exmetu*, *cardiacum* y *letargus*. Además, el desarrollo conceptual en el área de la psicología obra de las distintas tendencias griegas de aquel momento (estoicismo, epicureísmo y escepticismo) ejerció un vigoroso influjo en la evolución del pensamiento romano. Finalmente, también el célebre médico Galeno (131-201) realizó contribuciones reseñables en el campo de la psicología, *verbi gratia*, sus descripciones de las falsas impresiones de los sentidos (a las que considera patogénicas en algunos casos de delirio), las relaciones de estado de miedo y de desesperación con trastornos melancólicos (forma mental -paranoia- y somática), la relación entre la ausencia o insatisfacción en las relaciones sexuales y los síntomas histéricos, y la posibilidad de errores de juicio debidos a exaltaciones en el afecto, a lo que cabe añadir su tratado “De las pasiones y los errores del alma”, obra que pone de manifiesto un profundo conocimiento de la mente humana y una actitud sumamente respetuosa hacia los aspectos psicológicos de sus enfermos. Gran parte de las investigaciones de Galeno, especialmente las que versan sobre el sistema nervioso, podían ser hoy día encuadrables en lo que denominamos neurociencias. Vid. GONZÁLEZ DE RIVERA, J. L., “Evolución histórica de la Psiquiatría”, en *Psiquis*, 19 (5), 1998, pp.183-200.

con miras a discriminar entre testimonios veraces y testimonios falsos y así identificar al testigo mendaz.

Más en detalle, el adverbio *simpliciter* que figura en el texto, es decir, si el testigo, según el parecer del juez, habló sin artificio, con sencillez, con naturalidad y sin rebuscamientos, podría catalogarse dentro de los denominados indicadores del lenguaje no verbal o paraverbal empleado en la declaración, o lo que es lo mismo, el juzgador tendría que estar atento a «cómo lo dice».

Si pensamos en términos actuales, existe, entre otros, un método de detección de la mentira basado en los factores conductuales o factores no verbales de comunicación o de credibilidad. Este procedimiento tiene en cuenta fundamentalmente varios indicadores de la mentira, como son la expresión facial emocional, el contacto visual y la dirección de la mirada del declarante, las características de la voz, etc., factores que han sido tenidos en cuenta en distintas resoluciones judiciales con carácter accesorio, no determinante, y que asisten al juez en la formación de su convicción<sup>70</sup>.

Específicamente, algunos de los indicios no verbales más comunes son la mirada, la sonrisa y las risas, el parpadeo de los ojos, las auto-manipulaciones (rascarse la cabeza, muñeca, etc.), los movimientos ilustradores (movimientos funcionales de brazos y manos dirigidos a modificar o suplementar lo que se está diciendo verbalmente), los movimientos de manos y dedos (movimientos no-

---

<sup>70</sup> ANDINO LÓPEZ, J. A., "Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal", en *Justicia*, 2, 2017, pp. 392 ss.

funcionales de manos y dedos sin movimientos de brazos), los movimientos de piernas y pies, movimientos de la cabeza (asentimiento y disentimiento con la cabeza), los movimientos del tronco (generalmente acompañados con movimientos de la cabeza), los cambios de posición en la postura corporal (generalmente acompañado de movimientos del tronco y piernas/pies) y así sucesivamente. En cuanto a los indicios paraverbales, destacamos, entre otros: las dudas del habla (interjecciones como “ah”, “um”), las oraciones incompletas, el *lapsus linguae*, el tono de voz (cambios, subidas, bajadas), la tasa del habla (número de palabras habladas/tiempo), la latencia de la respuesta, la frecuencia de las pausas y la duración de las pausas<sup>71</sup>.

Por contra, actualmente existen argumentos y evidencias que ponen en tela de juicio el enfoque no verbal-emocional en la detección de mentiras. Los estudios científicos en este asunto colocan en cuarentena el valor de prueba de estos indicadores, puesto que «no tienen un respaldo de modelo teórico alguno; no componen un sistema formal de relaciones, al no poder establecerse una correspondencia con el engaño en la mayoría de los indicadores; la predicción de la mentira está mediada por diferentes

---

<sup>71</sup> Indicadores no verbales y paraverbales recogidos en la Tabla 1 del estudio realizado por ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología forense experimental. Testigos y testimonio. Evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones”, en S. Delgado (dir.) y S. Delgado y J. M. Maza (coords. del vol.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses: Vol. V. Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 2013, pp. 21-46. A mayor abundamiento, *vid.* la síntesis de las variables conductuales o no verbales de comunicación o de credibilidad más estudiadas con el objetivo de descubrir la mendacidad del testigo, sobre la base de los análisis efectuados por Manzanero Puebla, realizada por ANDINO LÓPEZ, “Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal”, *cit.*, pp. 392 ss.

variables moderadoras; y porque no se puede extraer de ellos un criterio de decisión forense»<sup>72</sup>. Estos resultados han favorecido últimamente el estudio y desarrollo de la orientación cognitiva acerca de este tema; así, esta visión, que se apoya en la carga cognitiva, pero que no excluye completamente la influencia de las emociones, observa que los procesos mentales a la hora de construir y narrar una historia difieren según se trate de un sujeto mendaz o sincero, de forma que mentir durante un interrogatorio puede ser cognitivamente más complejo que decir la verdad, puesto que es un acto intencional que requiere mayor esfuerzo mental<sup>73</sup>.

Desconocemos si el juez romano pudo tener en cuenta alguno o algunos de estos factores conductuales a la hora de valorar si el testigo habló *simpliciter* o no en el curso de su interrogatorio, sólo podemos hipotetizar que es posible que así fuera. Tal vez los indicadores más simples pudieron auxiliar al juzgador a la hora de identificar los signos de mendacidad en el transcurso de la testificación.

A la par, el juez, según el fragmento que analizamos, también deberá prestar atención a si acaso el declarante prestó una y la

---

<sup>72</sup> *Ibid.* Estudios corroborados por el manifiesto firmado por 51 expertos, de todo el mundo, en psicología forense y del testimonio, *vid.* DENAULT, V., *et al.*, "The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts", en *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 1, 2020, pp. 1-12.

<sup>73</sup> BLANDÓN-GITLIN, I., *et al.*, "Cognición, emoción y mentira: implicaciones para detectar el engaño", en *Anuario de Psicología Jurídica*, 27, 2017, pp. 96, 98 y 102. En el mencionado trabajo (p. 100 s.) se explica la llamada Teoría de la Activación-Decisión-Construcción-Acción, que estudia los cuatro componentes implicados en el acto de mentir y los consecuentes procesos que se activan en la «memoria de trabajo» y en la «memoria a largo plazo».

misma meditada declaración o si a lo que le había interrogado había dado de improviso respuestas verosímiles. En este caso, creemos que se está encaminando al juez a realizar lo que hoy conocemos como un análisis del contenido de la declaración bajo los estándares anteriormente señalados. De este modo, el juzgador podrá tener en cuenta si las contestaciones del testigo fueron dadas desde un mismo discurso premeditado o si, por el contrario, replicó improvisadamente, podríamos decir, coloquialmente hablando, si contestó «al vuelo» o «sobre la marcha», esto es, si fueron emitidas estas respuestas, por tanto, inopinadamente, sin preparación ninguna. Y, a la postre, deberá valorar si tales respuestas dadas al momento en el curso del interrogatorio pueden ser calificadas de verosímiles o, lo que es lo mismo, son semejantes o parecidas a la verdad, en último término, si merecen ser creídas.

Por tanto, todas estas referencias incluidas en el texto aluden a datos o factores que pueden constituir una guía orientativa dentro de una psicología básica<sup>74</sup> que el juez, en su libre discrecionalidad, podrá tener en cuenta para analizar o valorar el testimonio prestado por el testigo. El juzgador no debe dejarse llevar por sus impresiones subjetivas, pues forma parte de su cometido encauzar racionalmente la valoración del testimonio, para lo cual podrá hacer uso de estos indicadores objetivos y contrastables, por muy rudimentarios que estos sean si los juzgamos con ojos del presente,

---

<sup>74</sup> A nuestro modo de ver, superan lo que se ha venido denominando como «psicología popular, psicología ingenua o del sentido común». *Vid.* DE LA FUENTE ARNANZ, J., *La memoria de los testigos*, Barcelona, 2015, p. 30.



que le van a permitir justificar -motivar- su credibilidad o su falta de credibilidad en el testigo.

El fragmento estudiado, junto a otros, pone a la vista una reflexión científica de la jurisprudencia romana clásica sobre el testimonio de testigos y su valoración. Al mismo tiempo, hace patente la puesta en funcionamiento o implementación práctica de dicha reflexión científica por medio de la reglamentación de los emperadores dirigida a fortalecer las decisiones racionales de los encargados de juzgar. A nuestro juicio, estas consideraciones de los jurisconsultos romanos van más allá de lo que podríamos catalogar como una «psicología popular», no deben identificarse, por tanto, con una mera consecuencia fruto del «sentido común». Si dirigimos la mirada hacia la filosofía griega, como anteriormente hemos señalado, ésta desarrolló con hondura distintas teorías sobre el comportamiento humano, y los juristas romanos, tal y como se ha verificado que realizaron en otras áreas, seguramente también las emplearon como fundamento para estas reflexiones sobre la prueba testifical y su valoración.

Lógicamente, no constituyen un método científico o una técnica científica avanzada en el campo de la valoración de la prueba testifical, al nivel alcanzado hoy día por la ciencia, pero, al menos, sí puede ser considerado un loable intento con la finalidad de determinar la verdad en un cierto contexto de racionalidad, aproximándose al empirismo propio de la ciencia.

A tal efecto, hemos de advertir que en el *De cognitionibus* se percibe un propósito de reflexión independiente y singular, en

virtud de la profunda labor de sistematización y adecuación que ha aflorado en relación con la legislación imperial, reafirmandose así los intentos científicos, y no solamente, o predominantemente prácticos, procurados por Calístrato<sup>75</sup>. Así, el texto en análisis puede estar ofreciéndonos un singular método de interrogatorio del testigo y unos parámetros orientativos para la valoración del testimonio prestado, en el marco de un esquema racional.

Más aún, en esta búsqueda de la verdad que persigue el trámite procesal del interrogatorio, se dirigen al juzgador algunas pautas reseñables. *Verbi gratia*, el jurisconsulto severiano Paulo indica que muchos reos de un solo delito han de ser oídos comenzando en primer lugar por el que es más tímido, o parece de tierna edad<sup>76</sup>. Y el jurista Ulpiano, también de tiempos de los Severos, sobre la base de un rescripto de Trajano, apercibe sobre el hecho de que no se formulen preguntas sugestivas<sup>77</sup>. Se pretende, por tanto, que se ponga especial cuidado en el curso de la declaración ante la autoridad judicial para que la información que proporciona el testimonio dimanase de una declaración libre e inmediata del interrogado.

En este sentido, y continuando con la mirada puesta en el pasado, Trovillo nos recuerda dos antecedentes remotos sobre peculiares

---

<sup>75</sup> BONINI, I *'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, cit., p. 129.

<sup>76</sup> D. 48.18.18 pr. (Paul. 5 *sentent.*): *Unius facinoris plurimi rei ita audiendi sunt, ut ab eo primum incipiatur, qui timidior est vel tenerae aetatis videtur.*

<sup>77</sup> D. 48.18.1.21 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Qui quaestionem habiturus est, non debet specialiter interrogare, an Lucius Titius homicidium fecerit, sed generaliter, quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requirentis videtur. Et ita divus Traianus rescripsit.*

procedimientos en relación con el interrogatorio del testigo y la valoración del mismo<sup>78</sup>. Por una parte, uno de los papiros Vedas, escrito sobre el año 900 a. C., contiene instrucciones específicas para detectar envenenadores por su comportamiento:

*«Una persona que suministra veneno puede ser reconocida. No responde a las preguntas, o da respuestas evasivas; habla sin sentido, frota el dedo gordo del pie contra el suelo, y tiembla; su cara está descolorida; frota las raíces del cabello con los dedos; y trata por todos los medios de salir de la casa...<sup>79</sup>».*

Por otra parte, Erasistratus, célebre médico y anatomista (300-250 a. C.), mencionado por Plutarco y Plinio, intentó detectar el engaño con un método singularmente objetivo: tomando el pulso.

Más aún, como pone de manifiesto Andino López, existen otros antiguos precedentes que hacen referencia a la intervención y a la declaración de testigos, así como a procedimientos para determinar la exactitud o veracidad de la deposición<sup>80</sup>.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Atenas, donde se preguntaba a los testigos por la identidad de sus progenitores, si tenían tumbas y dónde, si se portaban bien con sus padres y si

---

<sup>78</sup> TROVILLO, P. V., "A history of lie detection", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 29, 1939, p. 848 s.

<sup>79</sup> Algunos de los primitivos escritos médicos sánscritos fueron traducidos por el Ayur-Veda (900 a. C. aprox.). Estas obras fueron objeto de comentarios en los denominados *Shastras* de los notables médicos en ayurveda Charaka y Sushruta (600 a. C.), dichos comentarios, a su vez, fueron traducidos por WISE, T. A., *Commentary on the Hindu System of Medicine*, Calcuta, 1845. Vid. p. 394 s. de la citada obra, donde el mencionado autor afirma haber extraído el pasaje expuesto del *Mitákshara shástra*.

<sup>80</sup> ANDINO LÓPEZ, "Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal", cit., pp. 372 y ss.

pagaban sus impuestos, para posteriormente pasar a jurar su testimonio<sup>81</sup>.

Lo mismo puede decirse de las Partidas de Alfonso X El Sabio, en cuya Partida III, tít. XVI, Ley 8 y Ley 28 respectivamente, donde se dice sobre la idoneidad de los testigos y sobre el interrogatorio lo siguiente:

*«Otrosi dezimos que non puede testiguar ome que aya perdido el seso, en quato le durare la locura...».*

*«Otrosi dezimos, que deven ser preguntados del tiempo en que fue fecho aquello sobre que testiguan, assi como del año, e del mes, e del dia, e del logar en que lo fizieron. Ca si se desacordassen los testigos, diziendo el uno que fuera fecho en un logar, e el otro en otra parte, non valdria su testimonio. (...) E aun deven ser preguntados los testigos, quien eran los otros testigos que estavan delante, quando acaescio aquello sobre lo que testiguan: e mas preguntas non han por que fazer al testigo que fuere de buena fama. Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el Juez, que anda desvariando en su testimonio, entonce devele fazer otras preguntas por tomarle en palabras, diziendo assi: Quando este fecho sobre que testiguas acaecio, que tiempo fazia? Estava nublado, o fazia sol? o quanto ha*

---

<sup>81</sup> En relación con los arcontes, dice la Constitución de Atenas: «(...) Antes no obtenía el cargo aquel a quien el Consejo rechazara, pero ahora hay apelación ante el tribunal y este tiene poder decisorio sobre el examen. Preguntan, cuando hacen el examen “¿Quién es tu padre y de qué demo y quién el padre de tu madre y de qué demo?” Después si presta culto a Apolo, Saturno y Zeus Herceo y en dónde están estos santuarios, luego si tiene tumbas y en dónde; luego si se porta bien con sus padres y si paga los impuestos y si ha prestado servicio militar. Una vez preguntado esto, dice: “Llama a los testigos de esto”. Cuando ha presentado los testigos pregunta: “¿Quiere hacer alguien una acusación?” (...)». Fragmento extraído de RUIZ SOLA, A., *Las constituciones griegas*, Madrid, 1987, p. 79 s.

*que conociste estos omes de quien testiguas? e de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiере a tales preguntas como estas, e por las señales que viere en la cara del, tomar ha apercibimiento el Juez si ha de creer lo que dize el testigo, o non»<sup>82</sup>.*

Aunque este interrogatorio era delegado por los jueces a sus subordinados, por lo que dicha metodología no se pondría en práctica y consistiría en una simple ratificación<sup>83</sup>. En cualquier caso, los juzgadores tienen la obligación de «*escodriñar por quantas maneras pudieren de saber la verdad de los pleitos*<sup>84</sup>»

Igualmente, en los procesos ante la Inquisición también se daban fórmulas muy singulares para precisar la fiabilidad y valorar la declaración del hereje recogidas en el *Manual de Inquisidores*. Al respecto son llamativos los ardides del hereje con el propósito de engañar o confundir al inquisidor:

---

<sup>82</sup> Las Siete Partidas, *vid.* pp. 150 y 159 s. del documento en PDF disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-LH-2011-60\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2011-60_2)

Asimismo, *vid.* PÉREZ MATEOS, T., “El valor de la prueba testifical en las Partidas”, en C. Rascón García (coord.), *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, 1998, pp. 297-303. Sobre la prueba judicial y la reconstrucción de los hechos en la Castilla foral y medieval, *vid.* MADERO EGUÍA, M., “Causa, creencia y testimonios. La prueba judicial en Castilla durante el siglo XIII”, en *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre*, 2, 2008, pp. 1-18 (especialmente pp. 7 ss.).

<sup>83</sup> NIEVA FENOLL, J., “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio, 2017, p. 62.

<sup>84</sup> Según Partidas, III, IV, 11, *vid.* pp. 44 y 45 del documento en PDF citado *supra* n. 82. Así lo evidencia POLO ARÉVALO, E. M., “Poder de disposición del demandado sobre el objeto del litigio: precedentes y actualidad del allanamiento a la demanda”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 31, 2023, p. 219 s.

«De diez tretas diferentes se valen los hereges para engañar á los inquisidores, quanto les toman declaracion. La primera es el 'equivoco' (...). La segunda treta de que se valen es la adición de una condicion implicita, la 'restricción mental'(...). Es la tercera retorcer la pregunta (...). La cuarta es responder maravillados (...). La quinta es usar con frecuencia de tergiversaciones, respondiendo á lo que no les preguntan, y no contestando á lo que se les pregunta (...). La sexta astucia es eludir la contestacion (...). La septima es hacer su propia apología (...). La octava astucia de los hereges es fingir vaguidos, cuando se ven apurados con las preguntas. Pretestan que se les anda la cabeza, y que no se pueden tener en pié, y pidiendo que se suspenda la declaración se meten en la cama, para pensar en lo que han de responder. De esta treta se valen especialmente cuando ven que les van á dar tormento, diciendo que son muy debiles y perderán en él la vida, y la mugeres pretextan achaques propios de su sexo, para dilatar la tortura, y 'engañar á los inquisidores'. La novena treta es fingirse locos. La decima es afectar modestia en el vestido, en el semblante, y en todas sus acciones»<sup>85</sup>.

Y también sorprenden las técnicas empleadas por el inquisidor en el interrogatorio al hereje con el fin de obtener la verdad:

«Lo primero los apremiará con repetidas preguntas á que respondan sin ambages y categoricamente á las cuestiones que se les hicieren. Lo segundo, si presumiere el inquisidor que está resuelto el reo aprehendido á no declarar su delito (cosa que antes de tomarle declaracion se averigua, ya por el alcaide, ó ya por espías encubiertas que le han

---

<sup>85</sup> Fragmentos extraídos del Capítulo III. *Interrogatorio del reo*, correspondiente a la obra de EYMERIC, N., *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal*, trad. del francés por J. Marchena, Imprenta de Feliz Aviñón, 1821, reed. Ed. Fontamara, Barcelona, 1974, pp. 33 ss.

tanteado) le hablará con mucha blandura, dándole á entender que ya lo sabe todo, y diciéndole estas ó semejantes razones (...). Así le ha de hablar el inquisidor, pagándole con 'buenas palabras (bona verba)' sin inmutarse nunca, suponiendo que el hecho es cierto, sin tomarle declaración mas que sobre las circunstancias (...). Lo tercero cuando las declaraciones de los testigos contra el herege no hacen plena probanza, pero presentan vehementes indicios, y él continua negativo, le hará comparecer el inquisidor, y le preguntará cosas vagas, y cuando negare el acusado cualquier cosa ('cuando negat hoc vel illud') hojeará el juez los autos donde estan los interrogatorios anteriores, diciendo: 'está claro que no declarais verdad; no disimuleis mas'. De este modo el reo se cree convicto, y piensa que hay en los autos pruebas contra él ('Sic ut ille credat se convictum esse et sic apparere in processu'). También puede el inquisidor hojear un legajo cualquiera, y cuando niegue el reo alguna cosa fingir que se pasma, diciendo '¿como podeis negar una cosa semejante, siendo tanta verdad?' Leerá luego su papel, volviendo las hojas, y añadirá: '¿no lo decía yo? Confesad la verdad' (...). Mas en todo esto ha de huir el inquisidor de explicar circunstancias por donde pueda sospechar el acusado que no sabe nada, y no salir de terminos generales. Lo cuarto si se empeña el reo en negar el delito le dirá el inquisidor que va á hacer un viage muy largo, y no sabe cuando será la vuelta que siente infinito verse obligado á dejarle preso siendo su mayor deseo saber de su boca la verdad para despacharle y concluir su causa, pero que estando empeñado en no confesar tendrá que quedarse en la carcel hasta que él vuelva, lo cual le da mucha compasion, por ser el reo de complexion delicada, que sin duda caerá malo, etc. (...). Lo quinto, si sigue negativo el reo multiplicará el inquisidor interrogatorios y preguntas, y entónces ó confesará aquel, ó variará en sus respuestas. Si

*variare basta para darle tormento el dictamen de peritos, y los indicios anteriores, y asi se le apremiará á decir verdad, puesto que no se han de multiplicar las preguntas cuando no se manifestare muy renitente el reo, porque cuando son muy frecuentes las declaraciones sobre un mismo asunto, y en distintas epocas, es muy facil hacer que varien las respuestas, y todo el mundo puede caer en el lazo. Lo sexto si persistiese el reo en la negativa le podrá el inquisidor hablar con blandura, y tratarle con menos rigor en cuanto á la comida y bebida, haciendo que le vayan gentes á visitar, que hablen con él, le inspiren confianza, y le aconsejen que confiese, prometiendole que le perdonará el inquisidor, y que ellos se empeñarán en su favor (...). La septima treta del inquisidor será tener ganado algún amigo del reo, ú otro sugeto de su confianza, que le hable con frecuencia á solas, y le sonsaque su secreto. Si fuere necesario, el tal se fingirá del mismo dictamen que el herege, diciendole que abjuró por miedo, y engañó al inquisidor, y una noche, alargando la conversacion hasta tarde, le dirá que ya no es hora de volverse á su casa, y se quedará con él en la cárcel teniendo en un sitio á proposito escondidos testigos que oygan conversacion, y si fuere posible, un escribano que certifique cuando diga el herege, procurando el sugeto cohechado que descubra su pecho el reo (...)*»<sup>86</sup>.

Recapitulando y regresando a la antigua Roma, observamos que en el fragmento de Calístrato en análisis se están proporcionando al juez unos parámetros con el propósito de que éste pueda someter a análisis la deposición de los testigos, siempre dejando al juzgador en su libre discrecionalidad, pero dentro de unos esquemas de

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 35 ss. Fragmentos también procedentes del Capítulo III. *Interrogatorio del reo.*



racionalidad, la valoración de la fiabilidad de los testimonios prestados. A fin de cuentas, no es de extrañar que el Derecho romano, así como otros ordenamientos históricos, haya puesto su atención en este aspecto de vital trascendencia en el proceso como es la valoración del testimonio.

En última instancia, someramente, hemos de hacer una advertencia en vista de que la problemática general de la valoración de la prueba testifical se agrava en un caso muy específico, el supuesto del testimonio único, o sea, cuando en el curso del proceso sólo ha depuesto un único testigo<sup>87</sup>. Sobre el particular, el principio «*unus testis nullus testis*», obra de la interpretación de los autores del derecho común, tiene su arranque en el Derecho posclásico, más concretamente en una *constitutio* de Constantino (a. 334 d.C.), que ha llegado hasta nosotros a través del *Codex Theodosianus* y del Código justiniano (C. 4.20.9.1; CTh. 11.39.3; C. 4.20.9; C. 4.20.4). Ahora bien, a nuestro modo de ver, en el Derecho romano clásico rige el principio de libre apreciación de la prueba, pero de forma razonada. En esta época consideramos que no existía un sistema de prueba tasada, como tampoco se daba una libre y absoluta discrecionalidad del juez en la apreciación de la prueba testifical, debiendo éste atenerse a las consideraciones juiciosas y razonables que aportaban

---

<sup>87</sup> A mayor abundamiento, CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., “El problema del testigo único en el derecho romano”, en *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22, diciembre, 2009, pp. 99-124; *Id.*, “La valoración del *unius testimonium* en el proceso: Derecho Romano y jurisprudencia actual”, en *Revista Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, 14, 2019, pp. 1-12; *Id.*, “El testimonio único en el Derecho romano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en M. C. López-Rendo (dir. y coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Vol. II, Universidad de Oviedo/ BOE, 2020, pp. 251-271.

los jurisprudentes romanos, como se deriva de los propios textos. En el periodo clásico, el testimonio único no es descartado ni tachado, habrá que tenerlo en cuenta, aunque siempre con ciertas cautelas, cosa que obedece a la lógica jurídica, tratando de evitar un fallo que no sea de justicia.

Queda claro, por tanto, que el sistema de libre valoración de la prueba es anterior en el tiempo al sistema de prueba tasada, que, como ya hemos afirmado, tiene su origen en el Derecho romano postclásico. Además, la libertad en la apreciación de la prueba que se da en época clásica no tiene carácter absoluto, pues es necesario que el juez desempeñe este cometido de forma razonada. Y es precisamente en este punto donde entendemos que existe una interesante aproximación al marco jurídico actual que remite a las reglas de la sana crítica, prescritas por la lógica y derivadas de la experiencia, a fin de valorar la fuerza probatoria de los testimonios.

Consecuentemente, el fragmento de Calístrato en análisis sería de gran utilidad para el juez de la *cognitio* en el momento de obtener los testimonios y proceder a valorarlos, resultando especialmente valioso en los casos más peliagudos en los que se tenía que enfrentar a la declaración de un único testigo, con la ausencia de otro tipo de pruebas. De modo que las distintas variables proporcionadas en el fragmento ayudarían al juzgador a la hora de formar su juicio de credibilidad sobre el testigo basándose en un proceso de razonamiento y, a la postre, evitarían una deriva de su dictamen hacia la arbitrariedad.

#### 4. Alcance jurídico del rescripto adrianeo

Nos preguntamos llegados a este punto qué efectos jurídicos llegó a tener lo contemplado en esta constitución imperial, esto es, la incidencia concreta que pudo desplegar en el procedimiento de la *cognitio*, así como en qué medida vinculaba al funcionario de la cognición oficial. Para ello, haremos un recorrido, sin ánimo de exhaustividad, por algunas de las principales posturas adoptadas por la doctrina romanística y que, de un modo u otro, pueden estar en relación directa con el fragmento en análisis<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> En términos generales, cabe mencionar sucintamente la falta de consenso en la doctrina a propósito del valor normativo de las *constitutiones principum* en general y de los *rescripta principum* en particular. Someramente aludimos a este debate poniendo como ejemplo a DE ROBERTIS, F. M., “Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali. II. I *rescripta principum*”, en *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell’Università de Bari*, 4, 1941, pp. 281-312 (= *Scritti varii di Diritto Romano*, 2. *Storia del diritto. Diritto pubblico. Epigrafia giuridica*, Bari, 1982, pp. 169-228), quien argumenta a favor de una eficacia normativa de los *rescripta principum* durante la época clásica (principalmente, para la etapa de los Severos y posiblemente para el tiempo que va de Adriano a Septimio Severo), predominando sobre los *responsa prudentium*. A esta postura se opone VINCI, F., “Sull’efficacia dei *rescripta principum* nel diritto romano”, en *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, 1, 1946-1947, pp. 320-324, quien se muestra contrario al valor de ley de los *rescripta*, si bien admite que la opinión pública tuviese una mayor confianza hacia el *rescriptum* derivado del *consilium principis* que hacia el *responsum* emitido por un solo jurista. Esta objeción es secundada por GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, cit., II, p. 2, n. 6. En cambio, ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, cit., p. 24, sostiene que incluso antes de Trajano los emperadores dictaron constituciones válidas en todo el Imperio, sin distinguir entre provincias senatoriales e imperiales. Adicionalmente, en cuanto a la aplicación de las constituciones imperiales en los territorios provinciales, VOLTERRA, E., “L’efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l’istituto dell’*expositio*”, en *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1939, pp. 449-477, y LUZZATTO, G. I., “Ricerche sull’applicazione delle costituzioni imperiali nelle provincie”, en *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, pp. 263-293, comparten argumentos afines a favor de la teoría que excluye una aplicación general de las

Comenzando por Ziletti, en su opinión, del conjunto del fragmento (D. 22.5.3), es decir, de los distintos párrafos que integra, se desprende un conjunto coherente, sistemático, que da lugar a un intento de tratamiento orgánico del instituto del testimonio y que hace hincapié especialmente en la labor de precisar el valor probatorio de las deposiciones<sup>89</sup>. Aunque esa pretendida

---

constituciones dirigidas a una sola provincia, aunque también admiten testimonios de lo contrario, asunto que podría depender del modo en que las constituciones son recibidas en las singulares provincias, según Luzzatto. El mismo VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, cit., p. 822 s., remacha que cada constitución imperial, con independencia de su forma o naturaleza, era tomada sin la finalidad de crear una regla general de derecho aplicable en todo el Imperio y a todos aquellos que se encontraban dentro de sus límites territoriales y, además, la doctrina no ha percibido adecuadamente la distinción entre el alcance legislativo de una constitución imperial en el momento de su emanación y el alcance que la misma constitución adquiere en el momento en que es insertada en las colecciones oficiales. Por su parte, BUENO DELGADO, J. A., “Los rescriptos imperiales como fuente del derecho”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 11, 2013, pp. 378-435, revisa al respecto los criterios de la jurisprudencia clásica y de la doctrina romanística, alude también a la eficacia de los rescriptos como precedente, así como pone de relieve, desde el enfoque jurisprudencial, las metodologías de recepción y generalización del contenido de estas decisiones imperiales, convirtiéndose, según el autor, en normas de obligado cumplimiento o en reglas abstractas de aplicación general.

<sup>89</sup> ZILETTI, “Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra ordinem*”, cit., p. 130. A criterio de BONINI, *I ‘Libri de cognitionibus’ di Callistrato. Ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della ‘cognitio extra ordinem’*, cit., p. 173, el conjunto del fragmento presenta cierta complejidad bajo el plano lógico-formal, además de constituir la fuente más valiosa para la historia de los medios de prueba, especialmente de la prueba testimonial en el ámbito de las *cognitiones de capital crimine* (o más genéricamente penales) durante los primeros siglos del procedimiento *extra ordinem*. A juicio de PULIATTI, “Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e Diritto”, cit., p. 401 s., el largo fragmento de Calístrato evidencia el interés de la legislación imperial en el tema de las pruebas, al mismo tiempo que ofrece un intento de encuadramiento sistemático del testimonio y particularmente sobre el valor probatorio que se le asigna.

Componen el fragmento: D. 22.5.3 pr.; D. 22.5.3.1; D. 22.5.3.2; D. 22.5.3.3; D. 22.5.3.4; D. 22.5.3.5 y D. 22.5.3.6. Y según la hipótesis de LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., p. 88, el pasaje quizás debería figurar bajo la rúbrica *De*

sistematización u organicidad es, bajo nuestro punto de vista, cuestionable.

Según el citado autor, particularmente, en D. 22.5.3.1 Calítrato se refiere, en primer lugar, al hecho de que la valoración de la credibilidad de los testigos es principalmente remitida a la consideración discrecional del juez; sin embargo, para Ziletti, el núcleo central de la epístola de Calítrato no es la genérica afirmación del valor de la posición de libertad del juzgador, es más, esta directiva sería fruto de una reflexión de criterios reguladores de la valoración del juez y, además, se halla en directa conexión con el aspecto inquisitorio de la *cognitio*<sup>90</sup>. Más allá de la valoración del juez sobre los criterios de la *dignitas* y de la *existimatio* del testigo, la disposición revela, por tanto, la consolidación de una práctica de asunción inmediata y directa -espontaneidad y coherencia- de las pruebas testimoniales por parte del juez, reflejada en la posición y legitimación oficial del juez de las *cognitiones*, en consonancia con la remisión al arbitrio del juzgador de la valoración de la credibilidad de las pruebas practicadas<sup>91</sup>.

Las disposiciones de Adriano que conforman el conjunto del fragmento, a los ojos de Ziletti, no poseen un carácter ocasional, sino que tienen su causa en problemas concretos derivados de la praxis de las *cognitiones* penales, como tampoco son arbitrarias, más bien se fundamentan en necesidades lógicas y funcionales del sistema -

---

*criminibus: de testibus.*

<sup>90</sup> ZILETTI, "Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra ordinem*", cit., p. 133.

<sup>91</sup> *Ibid.*

finalidad institucional- e, igualmente, se dan en el contexto de un procedimiento dominado en su estructura por la posición central del juez, bajo el elemento de la intermediación, un tipo de procedimiento que evidencia la amplia discrecionalidad del órgano juzgador; estas disposiciones limitarían el arbitrio del juez en distintos puntos y recaerían sobre el dato de fondo: concretamente, en D. 22.5.3.1 se trataría de profundizar sobre el problema de la credibilidad de los *testes*<sup>92</sup>. Luego Ziletti entiende estas intervenciones legislativas con el propósito de controlar el arbitrio del juzgador, afirmación que nos resulta discutible.

A la vista de Bonini, los magistrados acuden a las autoridades centrales para obtener indicaciones sobre criterios más precisos respecto de aquellos dictados por un buen sentido común y las repuestas de la cancillería son decepcionantes y evasivas, pues, por una parte, viene reiterada que la *fides* de los testigos puede ser adecuadamente valorada solo por quien procede directamente a su interrogatorio y, de otra parte, viene enunciada la simple directiva de la pluralidad de las *species probationis* aptas para formar el libre convencimiento del magistrado-juez, de forma que la postura imperial puede ser encuadrada en el propósito, recurrente en todo el s. II, de mantener el nuevo proceso en sus varias fases a un nivel de reglamentación relativamente reducido<sup>93</sup>. Seguramente, repercuten en esta postura «las vacilaciones inherentes a la memoria aún activa

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 140 s., aclara Ziletti también que el carácter orgánico de las intervenciones adrianeas no implica en este caso voluntad de reglamentación y esquematización integral del juicio de hecho.

<sup>93</sup> BONINI, I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato: ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem', cit., p. 175 s.

del juicio del *ordo*, la valoración de la homogeneidad aún no alcanzada de la judicatura, la presencia de situaciones locales diferentes y de prácticas que se consideran prematuras de nivelar: el resultado es, en cualquier caso, una desorientación duradera de la práctica, claramente revelada por la exposición de Calístrato», a juicio de Bonini, quien también pone en valor el trabajo de la jurisprudencia con el objetivo de compendiar los criterios más comunes para la apreciación de la *fides testium* -dentro de un marco muy restringido- y tener presente la necesidad de una *examinatio* diligente y precisa, no obstante el trastorno que ocasionaba la ausencia de reglas convincentes<sup>94</sup>.

Brutti considera que el largo fragmento D. 22.5.3.pr.-6 del cuarto libro *de cognitionibus* de Calístrato es un ejemplo del nuevo contexto donde el procedimiento tiende a asumir características, por así decir, inquisitorias, en el que se observa la exigencia de fijar criterios que los magistrados deberán seguir en la apreciación del material probatorio en el marco del juicio; expresamente, en D. 22.5.3.1 distingue dos tipos de deposiciones, una preconstruida y otra espontánea fruto de las respuestas dadas en el interrogatorio del magistrado, estos dos aspectos son remitidos a la apreciación del *legatus provinciae*, y parece que el emperador está sugiriendo un criterio de organización del procedimiento: la verosimilitud de las deposiciones está vinculada a la consideración de la personalidad del testigo y también al control -mayor o menor- que el magistrado

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 176.

puede ejercer mediante un interrogatorio directo<sup>95</sup>. El citado autor afirma el reclamo a la autonomía del juez en los rescriptos adrianeos, que también contienen reglas orientativas que no deben subestimarse, de modo que sin tocar el principio de centralización, se mira a garantizar la eficiencia del juicio y así la comprobación de los hechos se remite al poder de discreción de los magistrados, al tiempo que el emperador elabora otros mecanismos de control sobre la labor del juez (un control sucesivo y dependiente de la iniciativa de la parte dañada, *ad exemplum*, la *restitutio in integrum*, como resulta de D. 42.1.33)<sup>96</sup>.

En este sentido, Palazzolo observa una tendencia centralizadora en el Principado de Adriano, el príncipe es ahora el vértice de la administración y también del poder legislativo, cuyas intervenciones, hasta ahora ocasionales, serán más regulares e institucionalizadas; así, a partir de Adriano, percibe el autor que se produce un desarrollo sin precedentes de los rescriptos interpretativos de derecho que, desde un plano sustancial, son obra de los juristas presentes en el *consilium principis*<sup>97</sup>.

En particular, habría que atender a las instrucciones que la cancillería imperial daba a los magistrados o funcionarios que juzgaban *extra ordinem* -donde habría que encuadrar la disposición referida por Calístrato-, pues éstas presentan cierta complejidad y constituyen una gama variada de disposiciones de tipo procesal que

---

<sup>95</sup> BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, pp. 416 ss.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 421 s.

<sup>97</sup> PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, cit., pp. 23 y 44.



no pueden ser reconducidas a un sistema preciso ni a un momento procesal definido, dada la falta de sistematicidad de la *cognitio* en este periodo, procedimiento que se articula en tantas *cognitiones* como relaciones tuteladas (con sus propios órganos, sus correspondientes reglas procedimentales, sus propios instrumentos a disposición del magistrado) y que se construye día a día fundamentalmente sobre la praxis y sobre las intervenciones imperiales<sup>98</sup>.

Sostiene Palazzolo que en los rescriptos relativos al proceso provincial cognitorio encontramos una tendencia a dejar al gobernador la más amplia libertad posible, tanto en relación con la solución al litigio como especialmente respecto de la conducción del proceso<sup>99</sup>. Según el citado autor, el rescripto D. 22.5.3.1 (Call. 4 *cogn.*), ligado al proceso provincial, hace hincapié en remitir a la autonomía discrecional del juez la valoración de la credibilidad de los testimonios, aunque expresando unas indicaciones al respecto, como ya hemos tenido ocasión de ver; así que prevalece el criterio del libre convencimiento del *praeses provinciae* en la valoración de las pruebas (criterio que también había seguido el *iudex privatus* en el

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 241 s.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 263. Si bien es cierto que Palazzolo (p. 244 s.) considera que la política judicial de los emperadores en relación con la *cognitio extra ordinem* oscilaba entre dos opciones, a saber: «dar instrucciones muy precisas, con el peligro de que, convirtiéndose en estas prácticas procesales, viniesen aplicadas fuera del caso particular para las cuales habían sido emanadas; o bien dejar al juez de la *cognitio* un amplio margen de discrecionalidad, tener el proceso a un nivel de reglamentación muy reducido, reenviando quizás a las costumbres locales, con el peligro de no ser capaz de controlar campos delicados del proceso». Sin posibilidad de determinar cuál de ellas prevaleció, sí le permiten al autor entrever las líneas de tendencia que se revelan en las distintas situaciones que presenta el proceso de la *cognitio*.

procedimiento formulario), pues la fijación de principios rígidos no se adecuaba ciertamente a la realidad de un proceso provincial, donde las situaciones locales eran muy diversas, lo que impediría llegar a una justicia sustancial<sup>100</sup>.

Vincenti nos habla, en términos generales, de la introducción, con fines de cautela, de varios límites al principio de valoración por parte del juzgador de la *fides* del testigo, apoyándose en la idea de una orientación marcada por una clara desconfianza respecto de la intrínseca aptitud probatoria del testimonio en función de la dirección que había seguido la jurisprudencia severiana (especialmente, Calístrato), en la cual se había inspirado la legislación tardo-imperial, a la que faltó un sentido de organicidad en materia de prueba<sup>101</sup>.

El citado fragmento, asevera Vincenti, demuestra la incomodidad o malestar que debía afectar a los juicios *extra ordinem* en un periodo

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 266 ss. No obstante, Palazzolo matiza esta cuestión aludiendo a las características de la *cognitio*, las cuales podrían llevar a suponer que el juez, en este procedimiento, a diferencia del juez del procedimiento formulario, estaría más vinculado a principios rígidos en orden a la valoración de los medios de prueba, aunque posteriormente niega esta posibilidad para el proceso provincial; a su juicio, sería una cuestión de sabiduría política dejar lo más libre posible al gobernador de la provincia a la hora de evaluar, con plena discrecionalidad, la credibilidad de las distintas pruebas.

<sup>101</sup> VINCENTI, U., *'Duo genera sunt testium': contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, p. 175. El referido autor (p. 150) en relación con la nueva orientación de la jurisprudencia severiana en la esfera de los testimonios judiciales, ofrece la siguiente explicación: «I giuristi, nei loro trattati di procedura, svolgono opera di sollecitazione verso la cancelleria imperiale a favore dell'introduzione di nuovi, e più slettivi, criteri per il riconoscimento del grado di *fides* attribuibile a un dato teste. A tale scopo essi non si limitano ad utilizzare il materiale fornito loro dalle disposizioni vigente; recuperano pertanto, in funzione normativa, principi e criterio derivanti dalla retorica precedente che dimostrano, in più occasioni, di conoscere».

en el que todavía coexisten el sistema del *ordo* y las nuevas *cognitiones*, cuyos respectivos principios procesales podían parecer antitéticos entre sí; de ahí que el citado autor, refiriéndose al texto en análisis, infiera que el legado de la provincia de Cilicia se habría dirigido a Adriano con la expectativa de obtener una formulación autoritativa de criterios, *a priori* un cierto grado de *fides* en un testigo, quizás a fin de evitar valoraciones que no agraden al poder ante una posible apelación posterior; sin embargo, el emperador no se adhiere a la solicitud y remacha el tradicional principio según el cual cada verificación debe ser realizada en concreto por el juez de la causa<sup>102</sup>.

Por su parte, Arcaria manifiesta que la relación que conecta al *princeps* y a los órganos juzgadores *extra ordinem* era fundamentalmente jerárquica, sometida, por tanto, al poder de control y de dirección ejercido por el emperador en relación con los jueces subordinados a este, aunque presenta bastantes complejidades derivadas de una *cognitio* no unitaria, que se articulaba en diversas *cognitiones* como verdaderos y propios procesos autónomos e independientes; si ciertamente la influencia de la autoridad imperial ejercida vía *epistulae* sobre un *praefectus pretorio* era mayor que la ejercida sobre un pretor, también hemos de tener en cuenta que los nuevos cargos imperiales *-iurisdictio mandata* por el *princeps-*, con el transcurso del tiempo, irían cobrando mayor autonomía en relación con sus competencias juzgadoras<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 114, n. 12.

<sup>103</sup> ARCARIA, 'Referre ad principem'. *Contributo allo studio delle 'epistulae' imperiali in età classica*, cit., pp. 70 ss. Asimismo, Arcaria (p. 75 s.) considera también que los

En concreto, en la *epistula* recogida en D. 22.5.3.1 Adriano prefiere mantener firme el principio del libre convencimiento del juez, que remite enteramente a la discrecionalidad del gobernador la valoración de la credibilidad de los testigos, principio que también había regido en el proceso formulario; el legado de la provincia de Cilicia, en opinión de Arcaria, esperaba una formulación autoritaria a su solicitud, a fin de evitar una valoración que desagradara a la autoridad imperial, de la cual habría podido tener conocimiento a través de una posible apelación, y esta situación puede obedecer a la percepción que podían tener los jueces de la *cognitio* por las propias características de este proceso, al estar sujetos a criterios menos elásticos que los jueces privados del procedimiento formulario<sup>104</sup>.

A decir del autor, las *epistulae* referidas por Calístrato evidencian una política judicial imperial en relación con los gobernadores provinciales basada en permitir una mayor libertad en la decisión judicial y en la conducción del proceso, a diferencia de lo que sucedía con otros jueces del Imperio, inteligente postura que deja prácticamente inalterada la discrecionalidad de los jueces, respeta su facultad jurisdiccional y beneficia también a los propios provinciales, ya que se respetarán sus exigencias personales y las de las diversas situaciones y costumbres locales; pero, al mismo tiempo, los emperadores, en la medida en la cual establecen con sus *epistulae* una no demasiada rígida jerarquía de medios de prueba,

---

emperadores, a partir de las instrucciones complejas y detalladas contempladas en las *epistulae*, perseguían un triple propósito: uniformidad en la aplicación del derecho, centralización burocrática y exclusividad de la función de responder, además de control político-judicial sobre todos los magistrados y funcionarios del imperio, centrales y periféricos.

<sup>104</sup> *Ibid.*, pp. 78 ss.

fijan -a modo de marco- las reglas procesales de las cuales el gobernador no puede prescindir, como un modo de canalizar esa amplia libertad y discrecionalidad en cuanto a la valoración de los resultados probatorios<sup>105</sup>.

A criterio de Arcaria, el principio del libre convencimiento del juez encuentra plena aplicación en la *cognitio extra ordinem*, pues tanto los emperadores como los juristas clásicos, cuando se ocupan del testimonio en el proceso penal, reafirman su persistente validez y oportunidad (por ejemplo, D. 22.5.3), siendo remitida exclusivamente la valoración de esta prueba a la discrecionalidad del juzgador, aunque el mencionado autor observa una primera tentativa de limitación a este principio a partir de la máxima según la cual el juez debe apoyar su sentencia no sobre un solo medio de prueba, sino sobre un concurso de pruebas heterogéneo; la comprensión de la discrecionalidad del órgano juzgador irá en aumento en la *cognitio* postclásica, si bien la libertad de convencimiento del juez permanecerá sustancialmente inalterada también en este proceso<sup>106</sup>.

Para Puliatti, durante el Principado, se va a ir afirmando progresivamente una concepción preponderantemente autoritaria del ordenamiento, con la consiguiente desvinculación de las nuevas formas procesales de su originario carácter voluntario y con la

---

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 82 s.

<sup>106</sup> Prosigue ARCARIA, F., "La prova giudiziaria nel diritto romano", en P. Cendon (a cura di) e I. Barbagallo (coord.), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le prove*, I, Torino, 2007, p. 41 s., refiriéndose a la mayor difusión de la apelación, con la consiguiente vigilancia del juez de segundo grado, junto con la expansión de la documentación escrita, lo que favoreció el retroceso del principio de libre convencimiento del juez.

progresiva introducción de una disciplina legislativa de la prueba; así, asevera el citado autor que no se puede desdeñar, a partir de Adriano, la injerencia del Príncipe a través de las constituciones - especialmente rescriptos-, que se empleaban tanto para dirigir las labores de los órganos subordinados como para determinar los contenidos de la acción jurisdiccional en los procedimientos del *ordo* y en las nuevas formas de la *cognitio*<sup>107</sup>.

Por lo que respecta al texto objeto de análisis, Puliatti lo integra, junto con los demás pasajes del fragmento, dentro una cierta visión del juicio de hecho, haciendo hincapié también en el principio de libre discrecionalidad en relación con la valoración de la credibilidad de los testigos por parte del órgano juzgador conforme a la intervención directa de éste en la audición de los testigos, en su participación en el interrogatorio y en su participación directa en la obtención de la prueba<sup>108</sup>.

El mencionado autor no pone en cuestión dicho principio de discrecionalidad del juez, pero sí considera que se actúa sobre el mismo desde el exterior, estableciendo una serie de directivas a fin de comprobar su conducta dentro de un control posterior -el sistema

---

<sup>107</sup> PULIATTI, "Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e Diritto", cit., p. 398 s. El autor destaca, como elementos esenciales del nuevo régimen imperial, la progresiva burocratización y la organización jerárquica del aparato judicial -requisito previo de la apelación, además, contempla nuevas posibilidades en relación con el poder de intervención del príncipe en el ámbito del juicio de hecho y señala la generalización de la *cognitio extra ordinem*.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 405, también n. 24. Para Puliatti (p. 401 s.), el largo fragmento de Calístrato demuestra el interés de la legislación imperial en el tema de la prueba, igualmente el jurista va más allá de una simple enumeración de las distintas disposiciones, puesto que realiza un intento de encuadrar sistemáticamente la materia del testimonio y del valor probatorio de éste.

de apelación-, donde late una orientación de naturaleza técnica y de política judicial con la finalidad de ordenar la fase instructora sin valerse de un sistema rígido y prefijado de normas, sino que se apoya en una serie de directivas que preservan el carácter centralizador de la nueva experiencia imperial y simultáneamente dejan margen a la autonomía del órgano juzgador<sup>109</sup>.

Así, a primera vista, puede parecer que dichas disposiciones tienen un carácter eventual, que son ocasionales y que responden a circunstancias contingentes derivadas de necesidades concretas surgidas en la práctica procesal, sin embargo, Puliatti ve en las intervenciones adrianeas una línea bien definida, plenamente advertida por el legislador, que parece atestiguar una precisa perspectiva según la cual orientar la disciplina del juicio de hecho: por un lado, el enfoque adrianeo reconoce al órgano juzgador una participación activa, directa e inmediata en la fase de instrucción, de la cual se deriva el juicio sobre la credibilidad de los testimonios, la diversa eficacia probatoria de *testes* y *testimoni* y la libertad de valoración de los resultados probatorios; por otro lado, también la disciplina imperial formula algunas orientaciones que, aunque no ponen en duda el principio de discrecionalidad, sientan las bases para una evaluación de los parámetros sustanciales y procesales sobre la base de los cuales se ha formado el convencimiento del juez, limitando el arbitrio e introduciendo una posibilidad de control<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 411 s. Secundando la opinión de Puliatti, CENTOLA, D. A., '*Contra constitutiones iudicare' alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Napoli, 2017, p. 72 s.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 411, n. 46. *Vid.* Asimismo, para PULIATTI, "Giudizio di fatto e nuovi

Según esta opinión, las orientaciones que emergen de la reelaboración jurisprudencial de las disposiciones imperiales, particularmente de la disciplina adrianea, habrían influido sobre los sucesivos desarrollos orientando la reglamentación postdiocleciana, de forma que lo que en tiempos de Adriano era una simple directiva general, se convierte en época posterior -alude expresamente a la época constantiniana- en una norma vinculante que elimina toda discrecionalidad del órgano juzgador<sup>111</sup>.

A juzgar por Tozzi, el principio del libre convencimiento del juez no solo encuentra a finales de la época clásica explícitas afirmaciones, como aquella contenida en el conocido rescripto de Adriano donde se señala que no pueden definirse qué pruebas resultan suficientes para probar cada cosa, ya que debe ser el juez quien estime, según su criterio, lo que juzgue suficientemente probado (D. 22.5.3.2), sino que se mantiene, al menos como una máxima, también en el periodo sucesivo hasta Constantino;

---

principi nel processo romano tardoantico. La regola *unus testis nullus testis*", cit., pp. 141 y 143, la nueva *cognitio* supuso, en consonancia con el régimen político más autocrático que se da en el Principado, por un lado, la reafirmación de la amplia discrecionalidad del instructor en orden a valorar la admisibilidad y la eficacia de los medios de prueba, y, por otro lado, la delimitación del poder así reconocido, determinando, en las orientaciones fijadas por la normativa imperial y por las reflexiones jurisprudenciales, los requisitos de legitimidad capaces de condicionar el ejercicio. De manera que atribuye a las líneas del planteamiento procesal de Adriano un doble camino paralelo, al acentuar la incidencia de la intervención del juez en la fase instructora (principios de oralidad y de inmediatez), por una parte, y al circunscribir su discrecionalidad fijándose unos límites, por otra parte, en orden a excluir la admisibilidad de algunas pruebas o estableciendo entre algunas de ellas ciertas relaciones de jerarquía.

<sup>111</sup> PULIATTI, "Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e Diritto", cit., p. 423 s., al realizar esta aseveración, se está refiriendo explícitamente a la pluralidad de medios probatorios.



ciertamente, las constituciones imperiales, principalmente de Diocleciano, surgidas para hacer frente a la práctica del sistema oficial que hacía prevalecer la prueba escrita a los testimonios y para reafirmar, incluso con alguna limitación, la libertad de conciencia del juez, evidencian la atención por el juicio de hecho del legislador y muestran la existencia de un periodo de transición hacia nuevas concepciones, a pesar de que es solo con el principado de Constantino cuando ya el proceso se había completamente «publicizzato», etapa en la que el paso de uno a otro sistema ocurre de modo claro e inequívoco; después de Constantino, el movimiento legislativo dirigido a disciplinar la prueba se intensifica, y es al mismo Justiniano a quien se debe atribuir un buen número de disposiciones en esta materia contenidas en el *Corpus Iuris*<sup>112</sup>. Luego el citado autor defiende la pervivencia del principio de libre convencimiento del juez a finales del periodo clásico.

En tal sentido se pronuncia Lévy, afirmando un significado orientador de los rescriptos, como puntos de referencia y guía para el juez, no como una norma que anulara sus poderes discrecionales, postura claramente expresada por los juristas y, por tanto, también atribuible a los emperadores. Subraya, en relación con los rescriptos de Adriano sobre la libertad de la evaluación de las pruebas en la cognición, el tono de recomendación, más que de una orden, que deja al juez espacio para su libertad de decisión<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> TOZZI, A., “L’evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano”, en *Rivista di diritto processuale civile*, 17, 1940, p. 220 s.

<sup>113</sup> LEVY, E., “Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 45, 1938, p. 115 s., también n.

En la misma dirección, en opinión de Kaser, los enunciados de la jurisprudencia no serían, sin embargo, entendidos como reglas rígidas, sino como indicaciones técnicas para el ejercicio de la plena discrecionalidad del juez, puesto que éste tiene capacidad para juzgar a su discreción, esto es, dependiendo de los argumentos que considere más creíbles<sup>114</sup>.

Asevera Pugliese, a propósito del testimonio único, que su valor probatorio era establecido libremente por el juez según el mencionado principio de libre apreciación de las pruebas por su parte; este principio, como sostiene el autor, fue reafirmado, en relación con las *cognitiones* penales, por un rescripto de Adriano que se limitó a prescribir al juez (más un consejo, que una orden en realidad) no hacer depender inmediatamente y necesariamente su pronunciamiento de los resultados de un solo tipo de prueba (D. 22.5.3.2)<sup>115</sup>.

Archi, a propósito de su estudio sobre la prueba en el derecho del Bajo Imperio, por lo que respecta al proceso civil, se muestra crítico

---

269.

<sup>114</sup> KASER, M., "Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 71, 1954, p. 224. Apreciación que realiza el autor en relación con la carga de la prueba.

<sup>115</sup> Posiblemente, según Pugliese, la única limitación jurídica de la eficacia probatoria de un testimonio que pueda considerarse en etapa clásica, incluso en el único ámbito de la *cognitio*, sea la disposición que niega valor probatorio a la *testatio* (testimonio por escrito) cuando no sea corroborada por otras pruebas (C. 4.20.4, Car. Carin et Numer. Aurelio). En este sentido, ténganse también en cuenta, como precedentes, los rescriptos de Adriano en los que el citado emperador determina dar crédito a los testigos, y no a los testimonios escritos, como sostén de una acusación (D. 22.5.3.3, Call. 4 *cogn.*), así como la disposición en la que señala también una diferente autoridad de los testigos respecto de los testimonios escritos (D. 22.5.3 4, Call. 4 *cogn.*). Vid. PUGLIESE, "La prova nel processo romano classico", cit., p. 410 s.

con la postura tradicional que propugna una fuerte acentuación de los aspectos publicísticos en la función y estructura del proceso; en particular, en la valoración de la prueba, en lugar de la absoluta discrecionalidad propia del juez del proceso formulario, se produce la entrada de normas que imponen al juez atribuir a los diversos medios de prueba valor distinto, en consonancia con la nueva estructura constitucional y la actividad normativa que interviene; asimismo, esta *communis opinio* defiende que durante el Principado la *cognitio* habría preparado el advenimiento de nuevos principios fruto de la intervención de la cancillería imperial, estableciendo una antítesis inexorable entre el procedimiento formulario y la *cognitio* postclásica, y afirmando la maduración de dichos principios en la *cognitio* del siglo III, que encontrarán una completa expansión con la llegada del Dominado<sup>116</sup>.

De manera que Archi, por supuesto, corrobora esa fuente principal normativa que es la cancillería imperial y esa inspiración del nuevo proceso en la naturaleza política del absolutismo imperial, pero realiza una interesante observación: del examen de la actividad legislativa imperial no solo de los inicios del periodo postclásico, sino también de los años siguientes, a tenor de las fuentes que se han conservado, se deduce que tuvieron siempre carácter ocasional, arbitrario, no sistemático, con ausencia de organicidad, características que se hacen también evidentes en el campo de la prueba<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> ARCHI, G. G., "La prova nel diritto del Basso-Impero", en *Iura*, 12, 1961, p. 3.

<sup>117</sup> Sobre estas afirmaciones y su argumentación, *vid.* ARCHI, "La prova nel diritto del Basso-Impero", *cit.*, pp. 4 ss.

Asegura, asimismo, De los Mozos que el principio de libre apreciación de la prueba rige hasta el periodo posclásico como una expresión destacada de los logros alcanzados por la cultura jurídica romana<sup>118</sup>.

Finalmente, Berger constata la ausencia de normas estrictas para la evaluación del testimonio de los testigos y de otros medios de prueba, dado que cuando, por ejemplo, se aconsejaba a los jueces que exploraran exactamente si un testigo era digno de confianza mediante el examen de su situación social, su situación financiera, su moral, etc. (D. 22.5.3 pr.), la directriz dada por el emperador Adriano a un alto funcionario es significativa: «debes estimar a través del juicio de tu mente (*ex sententia animi tui*) lo que debes asumir como cierto y lo que no es más que apenas probado»<sup>119</sup>.

A nuestro juicio, el texto objeto de estudio en este trabajo proporciona unas pautas al juez a la hora de examinar y valorar las declaraciones de los testigos. La razón de ello estriba en el fin último de evitar el libre y absoluto arbitrio del juez en su apreciación de la prueba y servir como una guía de orientaciones a seguir por parte del juzgador en su *officium iudicis*, lo que sería perfectamente encuadrable en el principio de libre apreciación de la prueba, pero

---

<sup>118</sup> DE LOS MOZOS TOUYA, J. J., "Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51, 1981, p. 660.

<sup>119</sup> BERGER, A., s. v. "testis", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark (New Jersey), 2004, p. 736. *Vid.*, asimismo, Arcadio Carisio, D. 22.5.21.3 (*libro singulari de testibus*), cuando hace referencia al *animi sententia del iudex*, quien confirmará con los argumentos y los testimonios la inclinación de su ánimo, y lo que hallare que es más adecuado al asunto y más apropiado a la verdad: (...) *confirmabitque iudex motum animi su i ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit* (...).

de forma razonada, tal y como se puede corroborar también a partir de otros pasajes del Digesto<sup>120</sup>. Estas pautas o principio informadores que integran los textos tendrían carácter de admonición o advertencia, en el sentido de hacerlas presente para que sean tenidas en consideración por el juez en el desarrollo de su labor a la hora de examinar la verosimilitud y coherencia de las respuestas dadas por los testigos. De este modo su cometido sería conducido por unos cauces de racionalidad, empero fuera de un sistema de prueba legal o tasada.

Asimismo, la ausencia de sistematización de las intervenciones legislativas en el periodo posclásico nos permite deducir una situación similar en el periodo clásico anterior, en particular, pensemos en el contexto histórico del texto en análisis, donde resulta difícil defender esas pretendidas limitaciones al juez en el marco probatorio, a no ser que se utilice una lógica muy abstracta en detrimento de la concreción histórica o se seleccionen con cierta arbitrariedad las fuentes, todo lo cual puede conducir a crear una realidad no del todo exacta o inadecuada.

Además, se ha constatado que la *cognitio extra ordinem* es un fenómeno jurídico-procesal muy polifacético que responde a múltiples situaciones, personales y locales, circunstancias a las

---

<sup>120</sup> Remitimos en este punto a nuestro estudio sobre el testimonio único, CLEMENTE FERNÁNDEZ, "El problema del testigo único en el derecho romano", cit., pp. 99-124, en el cual, con motivo del análisis de la regla *unus testis nullus testis*, examinamos una serie de textos donde no faltan orientaciones, pautas y reflexiones provenientes de los juristas clásicos que, a buen seguro, los jueces tendrían en cuenta en su tarea de valoración de la prueba, máxime si ésta se trataba de un único testimonio, lo que exigiría, lógicamente, el empleo de mayores cautelas.

cuales se ha de amoldar la propia política judicial imperial. A fin de cuentas, como dice Riccobono refiriéndose a la *cognitio extra ordinem*: «dove i giudici decidono non *iure et tegibus*, ma considerando nei singoli casi la realtà delle cose, tutti gli elementi caratteristici che determinano la figura del fatto, delittuoso o negoziale, o la espressione del testatore, la decisione si trae non dal *ius* nè dalla *lex*, ma dalla vita medesima, dal modo di vedere e di sentire comune, senza artifizii di norme e principii precostituiti. Allora tutta la vita entra in azione e viene considerata; in particolare, assumono grande rilievo nell'indagine: elementi economici, psicologici, etici, sociologici, etc., e quindi lo stato e le azioni delle persone; la volontà, il dolo, la reticenza, la violenza, la buona fede. Tutto deve valutare il diritto, per la sua funzione di ordine e disciplina sociale»<sup>121</sup>. En atención a lo cual, de acuerdo con Messina, la elasticidad que presentan los elementos de crítica probatoria que ofrecen los textos, impiden circunscribirlos dentro de una decisión legislativa por cuanto no existe regla cierta que permita al juez evaluar los testimonios, consecuentemente será él mismo, por dictamen de su conciencia, quien estimará lo que le parezca o no probado (D. 22.5.3.2), así pues, es preferible confiar a la iluminada prudencia del juez la indagación sobre la credibilidad de los testigos, tal y como Adriano advertía a *Vibio Varo* en su rescripto (D. 22.5.3.1)<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> RICCOBONO, “*Cognitio extra ordinem*. Nozione e caratteri del *ius novum*”, cit., p. 285.

<sup>122</sup> MESSINA, “La testimonianza nel processo penale romano”, cit., p. 296.

## 5. Sobre la motivación de las decisiones judiciales en el proceso romano

Los parámetros que ofrece el texto en análisis, junto con los establecidos en otros fragmentos, resultan ser de vital importancia, sobre todo si dejamos la puerta abierta a la posibilidad de motivación de las decisiones judiciales en el proceso romano.

A los ojos de Marrone, quien parte del análisis de un conjunto de textos clásicos relativos a la *legis actio sacramento* y al proceso *per formulas*, la motivación de las sentencias devino pronto en una praxis constante<sup>123</sup>. Desde el punto de vista de Guarino, la sentencia del proceso formulario (de cognición) es un acto complejo constituido por un parecer sobre el litigio emitido por el juez privado al término de su *cognitio* y la consiguiente medida de *condemnatio*, de *adiudicatio* o de *absolutio*; la motivación de este

---

<sup>123</sup> MARRONE, M., "Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano", en *Mélanges en l'honneur di Carlo Augusto Cannata*, Bale, 1999, p. 64. Asimismo, MARRONE, M., "Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel proceso privato romano", en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 273-290 (= *BIDR*, 100, 1997, publ. 2003, pp. 37-48), apunta (p. 288) en relación con el proceso privado romano que «la atribución a la *res iudicata* el valor de fuente del derecho o de *exempla* presupone la posibilidad, no excepcional, de sentencias interpretativas», y añade (p. 289) «que el paso de la República al Principado había determinado un cambio también en el estilo de las sentencias: de las sentencias interpretativas del tiempo republicano a otras más sintéticamente motivadas a las cuales hacen referencia los textos clásicos». En esta línea, para DE LOS MOZOS, "Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba", cit., pp. 666 y 668, el *iudex privatus* actúa desde una mentalidad formalista en la valoración de los distintos medios de prueba, ahora bien, aquí también se halla el germen de la libertad y de la racionalidad típicas de la época clásica; además, será inevitable que este juzgador al evaluar las pruebas se atenga a una serie de principios que rigen en la sociedad antigua, particularmente sobre la credibilidad personal de las partes y de los testigos, principios considerados por el autor como reglas de la experiencia comúnmente admitidas, cuyo empleo ayuda a averiguar la verdad.

«parecer» (entendida en sentido moderno como una argumentación detallada) no era necesaria; sin embargo, en los procesos *extra ordinem* (clásicos y postclásicos), la sentencia era pronunciada por el juez en pública audiencia, después de ser redactada y «motivada» por escrito<sup>124</sup>. En opinión de Rascón García, con la *cognitio extra ordinem*, «las sentencias se dictan por escrito y son susceptibles de apelación», por ello, «los jueces han de dar las razones del convencimiento en el que basan su decisión, lo que no ocurría en las sentencias orales del *ordo iudiciorum privatorum*, que no se podía apelar»<sup>125</sup>.

Según Murillo Villar, realmente en el ámbito del proceso civil romano -en el procedimiento del *ordo iudiciorum privatorum*-, donde la labor del juez es más mecánica por la propia estructura formal de las *legis actiones* y de la fórmula, resultaría innecesario motivar la sentencias; por contra, en la *cognitio extra ordinem*, el contenido de la sentencia no está tan delimitado como en los procedimientos precedentes, pudiendo abarcar una pluralidad de contenidos, lo que facilitaría al juez elegir con más comodidad el contenido de su decisión, y de esta libertad quizás se puede inferir la necesidad de un razonamiento o motivación para la justificación de la sentencia<sup>126</sup>. Hay que precisar que esta necesidad de motivar las

---

<sup>124</sup> GUARINO, A., “Gli argomenti del giudice”, en *Trucioli di Bottega*, 4, Napoli, 2005, p. 114.

<sup>125</sup> RASCÓN GARCÍA, C., “Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano”, en *Res publica litterarum. Documentos de trabajo del grupo de investigación ‘Nomos’*, 2005-6, p. 6.

<sup>126</sup> MURILLO VILLAR, A., “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2, 11-46, Madrid, 1995, p. 14. El



sentencias debió de darse en períodos tardíos del Derecho procesal romano, a partir del s. IV; no obstante, con anterioridad al s. IV, tanto como medida justificadora de su decisión como medida de prevención -ante una posible *actio iudex litem suam fecerit* de los litigantes por los perjuicios que pudieran haberles ocasionado la sentencia<sup>127</sup>- Murillo Villar señala que el *iudex* romano tendería a motivar sus sentencias, aunque tal obligación no existiese formalmente y se tratara de una práctica habitual no institucionalizada, la cual vendría a configurarse como una exigencia real y formal de fundamentación de la parte dispositiva de la sentencia a finales del s. IV (C.Th. 4.17.2 y C. 7.44.2, textos relativos a dos constituciones de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano)<sup>128</sup>.

---

trabajo del citado autor resulta muy significativo al aportar luz sobre la auténtica realidad y dimensión del problema de la motivación en el Derecho procesal romano; así, se distancia de las posturas doctrinales puramente teóricas -carentes de análisis de fuentes- y de aquellas otras que niegan la existencia de un deber de motivación de las sentencias para el juez durante todo el desarrollo histórico del Derecho romano, a la vez que contribuye con una significativa exégesis de fuentes. Vid. asimismo, MURILLO VILLAR, A., "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español", en *Teoría e Storia del Diritto Privato*, V, 2012, pp. 1-65.

<sup>127</sup> CREMADES, I., y PARICIO, J., "La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54, 1984, pp. 179-208. A su vez, SCAPINI, N., "Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano", en *Studi Parmensi*, 33, Milano, 1983, p. 254, considera, a propósito del procedimiento formulario, que la motivación de la sentencia sería usual -aunque no se han hallado en las fuentes jurídicas normas específicas al respecto- debido a la necesidad del juez privado de mantener su propio prestigio y con la finalidad de garantizarse contra el riesgo de las sanciones previstas contra el *iudex qui litem suam fecit*.

<sup>128</sup> MURILLO VILLAR, "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano", cit., pp. 15, 16, 19 y 45. ALISTE SANTOS, T. J., "La motivación judicial en el Derecho romano y su proyección respecto de la nulidad de sentencias por falta de motivación en el Derecho procesal moderno, con noticia particular del

A tenor de estas afirmaciones y teniendo en cuenta los lazos que se han ido trabando a lo largo del desarrollo del proceso romano, consideramos que el fallo motivado es probable que no sólo pudiera regir en el proceso civil, sino que también sería de aplicación en el ámbito de las *cognitiones extraordinariae*. En este sentido, Aliste Santos se hace eco de una praxis favorable a la motivación de la sentencia durante el procedimiento civil formulario, práctica usual que se afianza en la cognición extraordinaria, tanto en sede jurisdiccional civil como penal, en estrecha vinculación con el nacimiento de la apelación como medio de impugnación de sentencias ante un magistrado jerárquicamente superior<sup>129</sup>.

---

enjuiciamiento criminal”, en *Pensamiento Jurídico. Bogotá (Colombia)*, 21/Enero-Abril, 2008, pp. 29 ss., aporta, para reforzar la tesis defendida por Murillo Villar, una constitución del emperador Alejandro Severo (C. 7.45.3); esta disposición imperial preceptúa que no es justa la sentencia dictada sin condena o absolución, lo que lleva a interpretar a Aliste Santos que la sentencia incluía más que un sintético fallo de condena o absolución, es decir, contendría un cuerpo motivado anterior a la parte dispositiva. Asimismo, el mencionado autor añade dos opiniones relativas a los jurisconsultos Macer (D. 49.5.6) y Ulpiano (D. 49.7.1) sobre el supuesto de *apellatio non recepta*, de las cuales hace derivar la existencia de motivación de la sentencia penal durante el período de la *extraordinaria cognitio*. Por añadidura, PUGLIESE, “La prova nel proceso romano classico”, cit., p. 389, no contempla una completa racionalización hasta que no se dio una verdadera obligación de motivar (difícil de concebir respecto al jurado), ahora bien, entre los s. II y I a. C., a consecuencia de la institución de los nuevos órganos y de la mayor relevancia que fueron adquiriendo los documentos escritos, la prueba comenzará a adoptar rasgos más racionales, a la par que se va forjando una mayor concienciación respecto del elemento lógico imprescindible en la formación de una sentencia.

<sup>129</sup> A mayor abundamiento, *vid.* ALISTE SANTOS, “La motivación judicial en el Derecho romano y su proyección respecto de la nulidad de sentencias por falta de motivación en el Derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal”, cit., especialmente pp. 11 a 35. El fuerte nexo existente entre apelación, motivación e impugnación también es advertido por MURILLO VILLAR, “Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español”, cit. p. 64, así como por SCAPINI, “Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano”,

Concretamente, en el ámbito penal, dentro de la *cognitio*, se reconocía al juez una amplísima discrecionalidad en la determinación de la pena, pero teniendo en cuenta escrupulosamente la condición de la persona y la gravedad del delito a fin de no imponer una pena más grave o más leve de la que exigía el caso concreto, a diferencia de las *quaestiones*, anteriores en el tiempo y pertenecientes al sistema del *ordo iudiciorum publicorum*, en las cuales la ley que instituía cada *quaestio* indicaba con precisión los términos del *crimen* que la corte debía conocer, el procedimiento a seguir para averiguar la responsabilidad y la pena que debía ser impuesta al culpable<sup>130</sup>. De manera que la sentencia en la *cognitio* debía tener un valor más grande que en las *quaestiones*, ya que no se limitaba a afirmar la responsabilidad, sino que integraba también la determinación de la pena, lo que, por consiguiente, implicaba una

---

cit., pp. 255 ss. Asimismo, GUARINO, "Gli argomenti del giudice", cit., p. 115, señala que la introducción de la *appellatio* al *princeps* (y su organización) y el respeto debido a los precedentes emitidos en sede de sentencias imperiales conllevaron que el juzgador, al utilizar sus vastos poderes de investigación para desembocar en sus conclusiones, justificase con una razonable motivación su fallo (justificación frente a las partes, pero también frente a instancias superiores).

<sup>130</sup> SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., pp. 139 s. y 247 s. Igualmente, para BRASIELLO, U., *La repressione penale in Diritto romano*, Napoli, 1937, p. 195 s., en la *cognitio* el funcionario conocía en base a su poder de imperio, él era quien decidía, valorando todas las circunstancias objetivas y subjetivas, luego la sentencia era un acto de autoridad, consecuencia de un juicio complejo; en este procedimiento la afirmación de la culpabilidad, y de la responsabilidad, aparece implícita en la imposición de la pena. Añade Brasiello (n. 9, p. 197): «Tutto faceva il magistrato, e più tardi il funzionario imperiale, in virtù dei suoi poteri. Formatosi il convincimento, ispirato, come si è detto, a vari criteri, oltre quello della sussistenza del fatto, emetteva il suo pronunziato, che si concretava non in una semplice affermazione o negazione, ma, per dir così, nello stabilire come doveva essere trattato il colpevole».

valoración detallada de un conjunto de circunstancias, y formalmente cierto una motivación<sup>131</sup>.

Posiblemente, para el juez romano, en una época avanzada de la historia procesal romana, cuando ya se había instituido la apelación, sería necesario que manifestara su *ratio decidendi*, o lo que es lo mismo, el juez era racional y también tenía que expresar las razones en que apoyaba su dictamen<sup>132</sup>. Por ello, siguiendo a Murillo Villar,

---

<sup>131</sup> BRASIELLO, U., s. v. "Processo Penale (Diritto Romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1957, p. 1160. Para SANTALUCIA, *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, cit., pp. 247 ss., es claro que el juez de la *cognitio* gozaba de la máxima libertad a la hora de fijar el tipo y el alcance de la pena, de manera que los emperadores, cuando eran consultados sobre la punibilidad de determinados hechos, se limitaban a proporcionar directivas elásticas más que disposiciones vinculantes, y cuando se señalaba una pena concreta, tuvieron cuidado de dejar al juzgador una cierta libertad de apreciación, puesto que ningún hecho criminal es igual a otro. Acoge Santalucia el parecer común de la doctrina en este tema, liderado por LEVY, "Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht", cit., pp. 95 ss., quien defiende que las constituciones de los príncipes -excepto los *mandata*- habrían proporcionado a los juzgadores, al menos hasta el tiempo de Constantino, simples directrices, que dejaban una amplia discrecionalidad en la irrogación de la pena. A esta postura se opone DE ROBERTIS, F., "Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 59, 1939, pp. 230 ss., al defender, en relación con la determinación de la pena, el carácter obligatorio de las constituciones imperiales para el juzgador, al menos desde la época de los Antoninos. Sigue argumentando a favor de la obligatoriedad de las constituciones imperiales en virtud de las consecuencias que supone su inobservancia en DE ROBERTIS, F. M., "Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali. I. Il giudice e la norma nel processo penale straordinario", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 4, 1941, pp. 1-16 (= *Scritti vari di Diritto Romano*, 3, *Diritto penale*, Bari, 1987, pp. 105 ss.) y en DE ROBERTIS, F. M., "Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 62, 1942, pp. 255-266. En general, el citado autor defiende ya con Adriano la existencia de una amplia y firme injerencia del poder imperial en la esfera de la represión criminal. Vid. DE ROBERTIS, "Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali. I. El giudice e la norma nel processo penale straordinario", cit., p. 3 s.

<sup>132</sup> MURILLO VILLAR, "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español", cit., p. 23 s. Probablemente, la

hay que tener en cuenta que, partiendo de la base de que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, rechazar esta posibilidad para la *cognitio* oficial, implicaría una minusvaloración de la técnica procesal romana<sup>133</sup>.

Además, si la estructura lógica de las decisiones judiciales es de carácter deductivo, de modo que constan de dos o más premisas y una o más conclusiones, precisamente esto resulta esencial para la seguridad jurídica en tanto en cuanto el juez ve limitada su discrecionalidad por este silogismo<sup>134</sup>.

Luego la obligación de motivar las resoluciones judiciales no debió de ser ajena a la práctica forense romana<sup>135</sup>. La motivación es una garantía del proceso. Es el culmen de la labor juzgadora que desempeña el juez y refleja los razonamientos que le han llevado a tomar una determinada decisión. Por lo demás, sólo será factible

---

motivación de la sentencia, y su posible impugnación, nos permita inferir, según GIL GARCÍA, M. O., "El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 28, 2022, pp. 238 ss., que el órgano juzgador, más especializado en la etapa de la *cognitio*, deba emitir su fallo conforme a derecho, y todo ello «hace pensar que *de facto* se aplica la máxima *iura novit curia*», estrechamente ligada al principio *da mihi factum, dabo tibi ius*, es decir, proporciónesse al juez el hecho y él dará a las partes el derecho, aunque ambos axiomas hayan seguido itinerarios históricos diversos.

<sup>133</sup> MURILLO VILLAR, "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano", cit., p. 45.

<sup>134</sup> RASCÓN GARCÍA, "Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano", cit., p. 3. No obstante, la formación interna de una sentencia no es un tema pacífico en la doctrina actual.

<sup>135</sup> Como asevera FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., Madrid, 2005, p. 622, encontramos vestigios del principio *reddere rationem* de las sentencias en los magistrados romanos, en las jurisdicciones estatutarias y en la eclesiástica de la Santa Inquisición, y será sancionado legalmente en el antiguo Derecho francés.

impugnar una decisión judicial si se conocen los motivos en que ésta se fundamenta y justifica.

No olvidemos tampoco que la motivación está en clara vinculación con la congruencia de las sentencias, concepto del cual también tenemos noticia en el Derecho romano, ordenamiento que, desde una perspectiva cronológica, evidencia cómo las sentencias primero serán congruentes y, más tarde, también serán motivadas explícitamente, de tal forma que ambas nociones jugarán un papel esencial para el oportuno recurso de la decisión judicial<sup>136</sup>. Como observa Gil García, de las fuentes romanas se deduce la aplicación de criterios de incongruencia similares a los actuales en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*<sup>137</sup>. Así, el deber de congruencia implica que el fallo judicial se ajuste a las pretensiones de las partes que han constituido objeto del pleito. Por tanto, las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes.

Queda patente, por todo ello, que «la motivación es la parte razonada de la sentencia, que sirve para demostrar que la misma es justa y por qué es justa; es decir, con la motivación el juez trata de persuadir de que ha llegado a la decisión final a través de un razonamiento, que no es fruto de la improvisación ni del antojo», como muy elocuente y acertadamente, a nuestro juicio, expresa Murillo Villar<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> GIL GARCÍA, O., “La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano”, en *R. Jur. FA7*, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./abr. 2020, p. 144.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 143 y 153 ss.

<sup>138</sup> MURILLO VILLAR, “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”,

Como sostiene Pugliese, la prueba racional es aquella a la que se le otorga la única y esencial misión de proporcionar al juez un dato, en general de hecho, idóneo para constituir con otros datos una cadena, que culminará, lógica y consecuentemente, con el fallo; por el contrario, la prueba irracional se asienta objetivamente sobre la actuación con base en la intuición, en los sentimientos y las emociones del juez, causándole una sensación global que escapa de un control apoyado en la lógica<sup>139</sup>. Matiza el citado autor que «nadie quiere cuestionar que los jueces de todos los tiempos se dejen guiar a menudo por impresiones y que, por lo tanto, cualquier prueba pueda tener, subjetivamente, un valor irracional. Pero una cosa es que el tipo de prueba, la naturaleza del órgano juzgador y en general las condiciones histórico-jurídicas de la singular época permitan al juez (o incluso lo induzcan) pararse en aquella fase; otra que él deba en cambio verificar la exactitud de su intuición o impresión, utilizando las pruebas como fuentes de datos y combinando estos datos en un sistema lógico; otra es que finalmente él deba, no solo cumplir tal verificación, sino dar cuenta en una motivación, y que esta sea inclusive susceptible de sucesivos controles»<sup>140</sup>.

Aunque Pugliese no concuerda con el pesimismo de Calamandrei, como él mismo afirma, «cuando éste denuncia la utilización de las pruebas por parte del juez como hecho para revestir de razones llamativas una persuasión ya formada por otras

---

cit., p. 26.

<sup>139</sup> PUGLIESE, "La prova nel processo romano classico", cit., p. 388.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 388, n. 5.

vías: lo esencial es que, si las pruebas no le permiten encontrar tales razones llamativas, él sepa renunciar a la persuasión ya formada», empero, Pugliese concluye admitiendo «un *quid* de irracionalidad y probablemente inevitable en cualquier juicio (y por esto en cualquier prueba) y que, de otra parte, la historia nos presenta diversos grados de ‘racionalización’ del juicio y de la prueba, pero esto no implica que se deba renunciar a distinguir una prueba irracional de una prueba racional en el sentido visto del texto»<sup>141</sup>. Efectivamente, con el paso del tiempo, la prueba va adquiriendo caracteres siempre más racionales y, paralelamente, se va teniendo mayor consciencia del elemento lógico necesario en la formación de una sentencia<sup>142</sup>.

En definitiva, la motivación de una sentencia simboliza la racionalización de la función jurisdiccional. Es un rasgo distintivo. De suerte que el juez tiene que dotar al contenido de su fallo de un armazón argumentativo. En dicho razonamiento está presente, por una parte, una cuestión de fondo, cómo el juez ha formado su convicción, su razonamiento mental, y, por otra parte, una cuestión de forma, cómo el juez expresa externamente las razones que le han conducido a dar credibilidad a una prueba/al testigo (valoración de una certeza).

Todo el proceso de construcción de una decisión judicial debe estar fundamentado para así evitar que el juzgador incurra en contradicciones en su razonamiento y de este modo elabore su

---

<sup>141</sup> PUGLIESE, “La prova nel processo romano classico”, cit., p. 388, n. 5, reenvía al estudio de CALAMANDREI, P., “Il proceso come giuoco”, en *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 485-511.

<sup>142</sup> PUGLIESE, “La prova nel proceso romano classico”, cit., p. 389.



sentencia al margen de la lógica de la norma aplicada a las premisas fácticas del caso concreto e incurra en arbitrariedades.

Verdaderamente, la justificación de la sentencia es la señal más clara y representativa de la racionalización de la tarea juzgadora. A tal efecto, los distintos factores que proporciona el pasaje de Calístrato en análisis -junto con otros textos anteriormente aludidos- auxilian al juez para que este pueda tener a su libre disposición ciertos elementos racionales a la hora de evaluar la credibilidad de los testimonios y, posteriormente, justificar su decisión. Todo ello no significa afirmar un sistema de prueba reglada en el contexto espaciotemporal del texto que estudiamos. Más bien, estaríamos ante unos principios simplemente orientadores o informadores, que alumbrarían la función jurisdiccional, propiciarían la motivación del parecer del juez y, por ende, allanarían el camino ante una correlativa impugnación, porque difícilmente podría recurrirse una resolución judicial si no se tiene noción de las razones que la sustentan.

Interesa aquí resaltar cómo el Derecho romano, según el análisis que hemos llevado a cabo en las líneas precedentes, conecta con la práctica judicial vigente. En tal sentido cabe recordar que la motivación de las sentencias es concebida como una exteriorización del *iter* decisorio, esto es, del conjunto de argumentaciones o reflexiones racionales que justifican el fallo judicial. Como ha precisado la jurisprudencia actual en España, la motivación de las resoluciones judiciales lleva aparejada una doble misión. De una parte, cumple con una función endoprocesal, entendida como una

garantía procesal que posibilita el ejercicio de derecho de defensa a las partes en un proceso, al mismo tiempo que supone una eventual fiscalización con rigor por las instancias judiciales superiores en el caso en el que se interpongan los recursos oportunos. De otra parte, satisface una función extrapocesal en tanto en cuanto opera como un factor de racionalidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, que vela, consecuentemente, por una respuesta judicial a la controversia que responda a una aplicación racional de las normas jurídicas, alejando al juez de posibles arbitrariedades o caprichos<sup>143</sup>.

En síntesis, en nuestro ordenamiento jurídico el razonamiento judicial cumple un doble cometido que se concreta en la determinación del Derecho desde la perspectiva de su aplicación y en el fortalecimiento del Estado de Derecho dentro del marco del Estado constitucional; así, el art. 24.1 de la Constitución Española dispone que «toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», del mismo modo que una doctrina mayoritaria ha remachado que el mencionado precepto constitucional contempla el

---

<sup>143</sup> *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 358/2018, de 19 de julio [JUR 2018\218561] y la STS 421/2015, de 22 de julio [RJ 2015\3512]. En particular, la STS 93/2018, de 23 de febrero [RJ 2018\1233] se concreta que «la motivación es mucho más que un deber de «cortesía» con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es fórmula idónea para minimizar los desaciertos. No es necesario remontarse a un análisis de los fundamentos de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales o la evolución experimentada sobre este punto a nivel legislativo, doctrinal y, especialmente en la praxis judicial. Detrás de la exigencia de motivación se detecta la necesidad de que el justiciable -en primer lugar- y también la sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparecerá como fruto del raciocinio y no como algo arbitrario, «oracular», o producto exclusivo de la voluntad».

derecho a obtener una resolución judicial «motivada» y de «acuerdo a Derecho» vigente como elementos necesarios para que pueda darse la tutela judicial efectiva<sup>144</sup>, y en esta misma línea el art. 120.3 de nuestro texto constitucional igualmente establece que «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública»<sup>145</sup>.

## **6. Algunas problemáticas y enfoques actuales en relación con la prueba testifical y su valoración**

Comprender las transformaciones del fenómeno jurídico en el pasado y atender a sus distintas problemáticas -como es el caso de la prueba testifical y su valoración- ayuda a explicar los problemas jurídicos del presente, a encarar los desafíos de nuestro tiempo, tarea en la que el Derecho romano tiene un gran valor orientador, pues de su análisis y reflexión resultará también un mejor discernimiento y evaluación de los procesos actuales<sup>146</sup>. Realmente, el fenómeno jurídico romano constituye una experiencia paradigmática, completa, única, muy extensa en el tiempo e irrepetible, que contribuye a una mejor y más plena comprensión de nuestro Derecho y, sobre todo, a su crítica y a su posible reforma con

---

<sup>144</sup> Por ejemplo, así es advertido en STC n.º 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003\192].

<sup>145</sup> DEL REAL ALCALÁ, A., “Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas”, en *AFD*, XXXIX, 2023, p. 283. Para una síntesis histórica sobre el tema en España, *vid.* PEDRAZ PENALVA, E., “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración”, en *Revista General de Derecho*, N.º 586-587, 1993, pp. 7223-7269.

<sup>146</sup> LATORRE SEGURA, A., *Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977, pp. 20 y 53; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Romano*, 8ª ed., rev. y act., Madrid, 2024, pp. 19 ss.

el fin de lograr soluciones más justas<sup>147</sup>. Ergo, la disciplina romanística nos abre la puerta y nos invita a abordar las más arduas temáticas jurídicas que persisten en el ahora y que continúan insolubles ante puntos de vista discrepantes, entablando un diálogo entre un período pretérito, una época en curso y el devenir histórico.

Por todo lo antedicho, nos disponemos a interpelar al contexto actual en relación con las dificultades que en el momento presente emergen en torno a la valoración de la prueba testimonial, pues, como bien sabemos, supone una exigente tarea para el juzgador, no sólo para el encargado de juzgar en otras épocas históricas, como ya hemos podido constatar, sino también para el juez de nuestro tiempo, expuesto a los retos de una sociedad cada vez más compleja, empero, paralelamente, afortunado destinatario de los avances que, a ritmo vertiginoso, se van produciendo en distintas áreas de conocimiento que inciden directamente en la actividad de apreciación de la prueba.

En las siguientes líneas trataremos de describir algunos de los enfoques, a día de hoy más relevantes, sobre la problemática central de la valoración de la prueba testifical, que cuentan con la virtud de situarse dentro de los parámetros del método científico y que conducen a proponer un diálogo interdisciplinar. Se trata de apelar

---

<sup>147</sup> MURILLO VILLAR, A., *¿Para qué sirve el Derecho romano?: razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XX*, Santiago de Compostela, 2018, p. 37; MANTOVANI, D., "El Derecho romano después de Europa. La historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 9, 2006, p. 379; TORRENT RUIZ, A., "El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, 1, Madrid, 1988, pp. 753-764; PARICIO SERRANO, J., *El Derecho romano en la encrucijada*, Arganda del Rey (Madrid), 2001, p. 70 s.

a saberes científicos más precisos, factibles de auxiliar al juez, con mayor o menor alcance, en su función de estimación de la prueba, asunto muy espinoso que continúa estando abierto.

## 6.1. Un apunte sobre la psicología del testimonio o psicología de la declaración<sup>148</sup>

El testimonio es un relato de memoria realizado por un testigo acerca de unos hechos que anteriormente ha presenciado. A raíz de distintos estudios se ha demostrado que la mayor parte de las personas se apoya en creencias erróneas en relación con el funcionamiento de la memoria de los testigos presenciales<sup>149</sup>. Por ello, un breve repaso de algunos de los conocimientos científicos sobre el tema en cuestión puede resultar ilustrativo.

Precisamente, en este ámbito de los testimonios juega un papel esencial la denominada psicología del testimonio<sup>150</sup>, disciplina que

---

<sup>148</sup> NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 215, propone la denominación de psicología de la declaración de personas por cuanto estos estudios psicológicos son aplicables no sólo a la declaración de testigos, sino también a cualquier exposición o declaración que se realice ante un Tribunal (partes, investigadores, peritos, etc.).

<sup>149</sup> DIGES JUNCO, M., "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", en *Aequitas. Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Núm. 5, Año 3, Enero/Abril, 2014, p. 16.

<sup>150</sup> También llamada por algunos «psicología de la declaración», «psicología de la declaración de personas», o «psicología de la prueba personal», según ANDINO LÓPEZ, "Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal", cit., p. 370. Se trata de una disciplina cuyo origen, en sentido estricto, se remonta al siglo XIX, a partir de los escritos del francés A. Motet (1887), uno de los primeros autores que se refirió de forma concreta a la psicología del testimonio en relación con testimonios infantiles falsos, comentando casos reales bajo la perspectiva de la sugestibilidad y distinción entre imaginación y realidad en los niños. Aunque fue la publicación de *Kriminalpsychologie* de H. Gross (Austria, 1897), obra que prestó una especial atención al testimonio, el acontecimiento más significativo como punto de partida de esta materia de conocimiento. Desde este momento, esta especialidad de la psicología ha tenido un amplio recorrido, logrando un especial desarrollo en las primeras décadas del siglo XX. En el curso de dicha centuria, desde sus primeros tiempos, han emergido importantes tensiones en lo que se refiere a su relación con el Derecho, que finalmente se han ido salvando. La crisis entre la década de los cuarenta y los sesenta, su renacimiento

constituye una de las más directas aplicaciones de la psicología experimental, que justamente versa sobre la memoria de los testigos y que despliega su actuación sobre dos áreas íntimamente vinculadas: la exactitud y la credibilidad. La primera de ellas tiene por objeto los estudios referentes a los valores atencionales, perceptivos y de memoria que influyen en las declaraciones y en las identificaciones de los testigos presenciales (por ejemplo, los procedimientos de obtención de las declaraciones, los de identificación, las diferencias individuales, la influencia de los procesos perceptivos en la interpretación de la información, las falsas memorias, el efecto de las condiciones atencionales en los procesos de codificación y otros factores de retención y recuperación) y la segunda trata de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos (perceptiva y real o sugerida, imaginada, falsa, etc.), tomando como base la psicología cognitiva, la psicología social y la psicología clínica (incluso con aproximaciones al estudio de la mentira desde la neurociencia, la psicofisiología, y la psicología del lenguaje y la comunicación)<sup>151</sup>.

---

entre los setenta y ochenta, y su consolidación en los años noventa y en los inicios del siglo XXI son vicisitudes reseñables que en último término desembocan en el reconocimiento de la Psicología del Testimonio, por parte de la esfera jurídica, como uno de los ámbitos más importantes en Psicología Forense junto con el de diagnóstico clínico. *Vid.* con más detalle, MANZANERO, A., "Hitos de la Psicología del Testimonio en la escena internacional", en *Boletín de Psicología*, n.º 100, noviembre, 2010, pp. 89-104. Asimismo, remitimos al anteriormente mencionado ANDINO LÓPEZ, "Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal", *cit.*, pp. 372 ss., en lo concerniente a la historia de la psicología del testimonio en su vertiente jurídica, quien hace referencia a relevantes juristas que se han pronunciado sobre esta cuestión aportando pautas a los jueces para apreciar la verdad en la declaración de la prueba personal.

<sup>151</sup> MANZANERO, "Hitos de la Psicología del Testimonio en la escena

Por todo ello, es conveniente superar los conocimientos de la psicología popular, o del sentido común, y llevar a cabo una investigación científica de las cuestiones psicológicas que atañen al testimonio, a lo que contribuye positivamente la rama de la psicología del testimonio, disciplina que ha demostrado la complejidad de este fenómeno y que ha puesto en evidencia que las ideas de la así llamada psicología popular no siempre son tan certeras como se había pensado; además, el derecho y la psicología confluyen en la denominada psicología jurídica -en lo que a nuestro tema atañe, psicología judicial (particularmente, psicología forense y psicología del testimonio)-, puesto que son campos de conocimiento que se ocupan de la conducta humana, pero cuya cooperación ha sido relativamente reciente; así, el psicólogo forense, en relación con el testigo, o testigo/víctima, se puede ocupar de la obtención del testimonio y de la evaluación técnica de su exactitud probable y, por ende, de la credibilidad que se le puede atribuir<sup>152</sup>.

Pero no será válido cualquier psicólogo para acometer esta ardua labor, es imprescindible que el psicólogo forense cuente con una amplia formación en distintos campos de la psicología, a saber: psicología clínica y psicopatología, psicología social, psicología evolutiva y psicología de los procesos básicos (atención, percepción, memoria, lenguaje y razonamiento), siendo los conocimientos sobre la memoria humana esenciales cuando se trate de peritajes sobre cuestiones relativas al testimonio<sup>153</sup>.

---

internacional", cit., pp. 89 y 90.

<sup>152</sup> DE LA FUENTE ARNANZ, *La memoria de los testigos*, cit., pp. 11, 15, 23 y 30.

<sup>153</sup> *Ibid.*, cit., p. 24 s.



### 6.1.1. La memoria del testigo

La memoria, desde la psicología científica, se define como «un conjunto complejo de sistemas o estructuras relacionadas, cuyo sustrato neurológico está más o menos identificado, y cuyos parámetros de funcionamiento (tipo, cantidad de información que manejan y tiempo que mantienen la información) suelen estar medidos»; la memoria de una persona integra muchas facultades y desarrolla fundamentalmente tres tipos de procesos desde que la información entra desde el exterior a través de los sentidos y es almacenada: codificación, almacenamiento y recuperación de información<sup>154</sup>.

Cualquier declaración -también sucede en los procesos de identificación- depende de la memoria del testigo, proceso psíquico en el que influyen la veracidad, la exactitud y la calidad de los recuerdos, la edad y la experiencia en el reconocimiento y descripción de las personas o del relato de hechos<sup>155</sup>; así, cuando el testimonio presenta dificultades desde el punto de vista de la credibilidad resulta fundamental la intervención del psicólogo forense, de ahí la relevancia de la psicología en el ámbito procesal -especialmente en el procedimiento penal-<sup>156</sup>.

El testimonio está vinculado a los mecanismos perceptivos y atencionales y, por supuesto, también a los procesos de la memoria.

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 31 s.

<sup>155</sup> Las ciencias cognitivas y las neurociencias contribuyen muy positivamente a la hora de dilucidar distintos aspectos del testimonio. *Vid.* MAZZONI, G., *Psicología del testimonio*, trad. A. Moreno, Madrid, 2019, pp. 14 ss.

<sup>156</sup> MANZANERO, A. L., *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, 2010, Prólogo, p. 15.

Así, podemos afirmar que sin memoria no puede haber testimonio, y este, a su vez, está controlado por los mecanismos de la memoria, en concreto, la memoria episódica, que es la que interviene en el testimonio<sup>157</sup>.

El contenido de un testimonio viene dado por la interacción que se produce entre el contenido de la memoria y los procesos de decisión relativos a «lo que» el testigo trata de relatar y, a su vez, resulta esencial la relación existente entre el contenido del suceso y el contenido de la memoria<sup>158</sup>. A partir de esta última relación aludida se podrán dar testimonios en los cuales el recuerdo se corresponda adecuadamente con la realidad -el testimonio ideal, lo cual no es siempre frecuente-, se podrá producir la ausencia de relato porque el testigo recuerda poco o nada, podrá acontecer el testimonio en que el testigo recuerda muchos elementos, sin embargo, decide intencionalmente callar o decir cosas diferentes -mentira-, incluso es posible el caso en el que el testigo no recuerda de modo preciso varios elementos de la escena que ha presenciado, pero relata muchas cosas que, ante la evidencia de los hechos, no se corresponden con la verdad, y, por último, puede tener lugar el relato rico en datos, elaborado y convincente que, en cambio, hace alusión a hechos no verídicos, sin que se trate de una mentira consciente e intencional -en esta coyuntura la persona no es consciente de que su memoria y los recuerdos relativos a un

---

<sup>157</sup> MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., p. 65. Vid. BREITHAUPT, F., *El cerebro narrativo. Lo que nuestras neuronas cuentan*, trad. J. Chamorro Mielke, Madrid, 2023, pp. 40 ss., respecto de las unidades temporales únicas y experimentadas personalmente (episodios) y su relación con el pensamiento narrativo.

<sup>158</sup> MAZZONI, G., *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. J. M. Revuelta, Madrid, 2010, p. 16.

determinado hecho han sufrido una modificación y distorsión<sup>159</sup>. Ante este último supuesto nos preguntamos cómo un sujeto puede tener el convencimiento de recordar datos que no son verdaderos y cómo influye este fenómeno en el testimonio.

Pues bien, para ir dilucidando este interrogante hemos de apelar al concepto de fiabilidad del testimonio, entendida esta noción como la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido, y a la noción de exactitud de la memoria, definida como la correspondencia entre el contenido del suceso y el contenido de la memoria, luego la fiabilidad del testimonio despende de la exactitud del recuerdo y la exactitud de este es independiente de la cantidad de elementos recordados<sup>160</sup>.

El testimonio ideal sería, por lo tanto, aquel en el que el testigo recordara con total exactitud todos los elementos decisivos en relación con un hecho desde la perspectiva probatoria en un proceso, resultando entonces un recuerdo exacto y un testimonio fiable. Sin embargo, esto no es usual, habida cuenta de los límites y las particularidades del funcionamiento de la memoria.

Hemos de señalar que son muchos los factores que intervienen en la fiabilidad de un testimonio<sup>161</sup>:

-La edad influye en la exactitud de la memoria y, por tanto, en la fiabilidad del testimonio. Por ejemplo, los niños son más

---

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 16 s.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 17 s.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 20 ss. Se trata de los denominados factores del testigo o parámetros propios del testigo, según DE LA FUENTE ARNANZ, *La memoria de los testigos*, cit., pp. 83 ss.

susceptibles de sugerencias y sugerencias, provenientes de personas adultas, que los adultos. Luego los niños son menos fiables que los adultos.

-El nivel de conciencia del individuo en el momento en que presencia el hecho sobre el que luego tendrá que prestar testimonio repercute en la exactitud de la memoria. Por ejemplo, una persona que se encuentra entre el sueño y la vigilia.

-Los esquemas mentales de referencia que entran en juego al interpretar el significado del episodio.

-Otros factores: la presencia o ausencia de intencionalidad para recordar en el momento en que se presencia el hecho, el tiempo transcurrido entre el hecho y el testimonio, la conciencia de la diferencia entre verdad y mentira, verdad y fantasía, la finalidad que mueve a testificar, la intención de decir la verdad o de mentir, el nivel de certeza y confianza en la bondad y veracidad de lo que se recuerda, el tipo de interferencia que el testigo soporta entre el momento en que asiste al episodio y el momento en que es llamado a declarar, el modo en que viene efectuando el reconocimiento, la manera de formular las preguntas, etc.

Las variables anteriormente mencionadas son elementos de distorsión que ponen en evidencia la tarea prácticamente imposible de llegar a un testimonio exacto.

El propio funcionamiento de la memoria puede aportar claridad a este asunto. Existen distintos tipos de memoria y, por lo que a

nosotros atañe, dentro de la memoria a largo plazo interesa resaltar<sup>162</sup>:

- a) La memoria semántica: apartando las informaciones vinculadas a las coordenadas espaciotemporales, conserva únicamente el significado de las informaciones y de los conocimientos, conceptos organizados en esquemas y guiones (*scripts*) de gran trascendencia en el ámbito del testimonio, puesto que pueden explicar cómo el testigo interpreta el hecho presenciado y porque, potencialmente, pueden modificar el recuerdo, aunque generalmente su influencia se halla más allá de la conciencia del individuo. En definitiva, la memoria semántica contiene conceptos organizados y categorías conceptuales que pueden afectar a los procesos perceptivos y de identificación.
- b) La memoria episódica: se refiere a las informaciones que tienen en la memoria una etiqueta temporal y espacial, y es el tipo de memoria más utilizado durante el testimonio. Resulta fundamental en este ámbito. Además, interactúa con el contenido de la memoria semántica en el proceso de memorización. Dicha interacción se observa en la fase de codificación -adquisición de la información-, en la fase en que la información es representada en la memoria -conservación o mantenimiento-, y en la fase de recuperación -se recupera y se utiliza esa información-. Sólo es susceptible de recuerdo aquello que anteriormente ha sido codificado y después

---

<sup>162</sup> MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 66 ss.; MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, cit., pp. 30 ss.

conservado en la memoria. En cualquier suceso interviene la interpretación, luego no existe ningún suceso neutro. La interpretación de los sucesos interviene en la modificación del contenido que se incorpora a la memoria.

- c) La memoria autobiográfica: se relaciona también con el testimonio y permite al sujeto responder a la pregunta “¿Quién soy?” o “¿Qué sucedió ayer?”, e integra información sobre nuestras características y hábitos, sobre nuestra historia, sobre episodios que hemos presenciado o vivido en primera persona, etc.
- d) La memoria procedimental: alude a los conocimientos que no son verbalizables. Son conocimientos referidos no a «lo que» uno conoce, sino al «cómo» se conoce y al «cómo» se actúa.

Si atendemos de nuevo a la memorización, tanto la atención como la percepción, los conocimientos que poseemos, los vacíos que se rellenan mediante deducciones y procesos de razonamiento y los estereotipos van a constituir elementos importantes en la codificación de la experiencia<sup>163</sup>. Asimismo, cabe señalar la relevancia de la codificación profunda, pero también de la codificación superficial, de la cual se puede extraer en algunos casos una utilidad en relación con la psicología del testimonio, por cuanto lo fundamental radica en la correspondencia entre codificación y recuperación con vistas al testimonio<sup>164</sup>. Junto a esto, no debemos olvidar que un dato para convertirse en recuerdo tiene que ser

---

<sup>163</sup> MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, cit., pp. 34 ss.

<sup>164</sup> *Ibid.*, pp. 52 ss.

recuperado y utilizado para algún fin, y que el proceso de recuperación de un recuerdo puede hacerse de manera directa o indirecta, pero no en su integridad, debido a los rasgos propios del proceso de recuperación, pues al recordar un elemento hay que olvidar el recuerdo de otros -principio que es imposible bloquear-, con su consiguiente efecto en el contenido del testimonio, lo cual se explica en base a que el proceso de recuperación es principalmente reconstructivo y no reproductivo, en él influyen nuestros conocimientos<sup>165</sup>. De aquí se deduce que la memoria es un proceso reconstructivo en el cual intervienen o se activan distintos cajones intercomunicados -diversas áreas cerebrales- dentro de nuestro cerebro<sup>166</sup>.

Se ha aseverado que el recuerdo se recompone partiendo de fragmentos de informaciones o de memorias, utilizándose inferencias, que nunca el recuerdo es completo ni representado en la memoria del mismo modo en que ha sucedido, y que en el recuerdo influyen los conocimientos previos e incluso los más recientes<sup>167</sup>.

Las propias reglas de funcionamiento de la memoria pueden tener como resultado distorsiones o falsos recuerdos, con o sin sugerencias, incluso, bajo inducción, las personas pueden recordar hechos jamás sucedidos, de manera que la información engañosa es susceptible de influir en el recuerdo o también puede producirse el efecto *compliance*, que es la tendencia a decir lo que el otro quiere oír o, por último, la sugestionabilidad interrogativa -que no sólo se da

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, pp. 54 ss.

<sup>166</sup> MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 71 ss.

<sup>167</sup> *Ibid.*, pp. 73 ss.

en los niños- o la formulación de preguntas capciosas<sup>168</sup>. En cualquier caso, son temas de especial relieve en los interrogatorios o entrevistas, máxime si el testigo de un hecho es un niño.

Lo explicado hasta ahora evidencia insuficiencias y errores de los que adolece la memoria humana. Esto nos debe conducir a cuestionar una fe ciega en el recuerdo y, por ende, en el testigo, a pesar de que la prueba testimonial goce de una elevada estimación en el proceso. Definitivamente, el recuerdo nunca será una copia exacta de la realidad y, en consecuencia, sólo podemos aspirar a un cierto nivel de exactitud relativa o correspondencia entre lo que el testigo relata y lo que sucedió realmente.

### **6.1.2. La obtención del testimonio desde la perspectiva de la psicología**

El instrumento esencial para recabar los datos esenciales en un proceso es la entrevista o interrogatorio, que, además, puede adoptar diversas formas<sup>169</sup>. Existen propuestas que defienden un uso conjunto, complementario y secuencial de dos tipos de entrevista: en primer lugar, se utilizaría la entrevista narrativa/cognitiva, y a esta le sucedería, en segundo lugar, la entrevista interrogativa. En la entrevista cognitiva se persigue que el sujeto busque la información mediante imágenes mentales de tipo

---

<sup>168</sup> MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, cit., pp. 65 ss.; MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 75 ss.

<sup>169</sup> Son diversos y variados los modelos y técnicas de entrevista que se proponen. MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 110 ss., alude fundamentalmente a los siguientes: la *entrevista paso a paso* (destinada a niños), el *Memorandum of Good Practise* (destinada a niños), la *entrevista cognitiva* y la SAI.



pictórico y se limita a narrar los hechos tal y como los recuerda; en la entrevista interrogativa se pretende que el sujeto busque la información analítica a través de los esquemas previstos en dicha entrevista, contestando a una serie de preguntas sobre los hechos formuladas por el entrevistador<sup>170</sup>.

Respecto de la entrevista cognitiva<sup>171</sup>, ésta tiene presente los principios psicológicos que regulan el recuerdo y la recuperación de información de la memoria y, según varios trabajos al respecto, consigue obtener declaraciones más productivas y exactas<sup>172</sup> a través de distintas técnicas: reinstauración del contexto, contar todo o «recuerdo libre» (sin excluir informaciones parciales o vagas), recordar varias veces el mismo episodio a partir de distintos enfoques o «cambio de perspectiva», recordar tomando como base momentos diferentes en el tiempo o «recuerdo en orden inverso», emplear técnicas mnemónicas, la construcción de una relación entre el que interroga y el testigo, así como intentar conocer al testigo y sus expectativas, escandir las preguntas, etcétera<sup>173</sup>. En cualquier

---

<sup>170</sup> ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en J. A. Ballester Pascual (ed.), *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Madrid, 2006, pp. 37-104 (= ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones”, en J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (coords.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Madrid, 2006, pp. 563-601).

<sup>171</sup> Superado ya el tipo de entrevista estándar, por los problemas que traía consigo.

<sup>172</sup> Aunque esta cuestión es discutible, ya que la exactitud global no siempre es mayor en un tipo de entrevista que en otro, como han señalado ARCE y FARIÑA, “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, cit., p. 40.

<sup>173</sup> MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, cit., pp. 170 ss. Vid. asimismo, ARCE y FARIÑA, “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, cit.,

caso, si se lleva a cabo la entrevista cognitiva en primer lugar y en segundo lugar se realiza la entrevista interrogativa, ambas resultan ser complementarias, y su utilidad, siguiendo esta secuencia temporal, ha quedado demostrada<sup>174</sup>.

Según Mazzoni, la psicología jurídica desaconseja el empleo de la entrevista clínica -diagnóstica o terapéutica- para averiguar si un hecho ha sucedido o no y sugiere el empleo de la entrevista investigativa, puesto que tanto las funciones de los intervinientes como los contenidos y las reglas difieren notablemente en ambos tipos de entrevista; por ejemplo, en la entrevista investigativa el entrevistador adoptará una posición neutral y objetiva y trabajará sobre un elenco de posibles hipótesis, se formularán preferentemente preguntas abiertas, incluyendo informaciones solo cuando han sido aportadas previamente por el testigo, adaptando el lenguaje al testigo, sin interrupciones al interlocutor y así sucesivamente<sup>175</sup>. Es claro que estos aspectos cobran mayor trascendencia cuando se trata de entrevistas a menores -niños testigos-<sup>176</sup>. Asimismo, la entrevista investigativa exige una

---

pp. 42 ss.

<sup>174</sup> ARCE y FARIÑA, "Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal", cit., p. 40 s.

<sup>175</sup> MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, cit., pp. 164 ss.

<sup>176</sup> Los niños testigos suelen aportar menos información y menos precisa que los adultos, además sus habilidades memorísticas aumentan en contextos familiares, disminuyendo en contextos desconocidos. Por estas razones, conviene adaptar la entrevista cognitiva a niños, tal y como hizo el Ministerio de Interior y el Departamento de Salud Británicos, Home Office and The Department of Health, 1992, con la colaboración de los profesores D. Birch y R. Bull, al elaborar un protocolo de actuación en relación con la obtención de la declaración de niños testigo. Véase ARCE y FARIÑA, "Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto

capacitación profesional específica y no resulta suficiente la condición de psicólogo clínico o psicólogo evolutivo para desempeñar las tareas propias de la psicología forense.

En este contexto son fundamentales los factores que aumentan la sugestión y que producen efectos negativos para la memoria: el testigo no detecta las discrepancias entre lo sugerido y lo directamente percibido; el «paso del tiempo»; la «falta de atención» a la escena por estar haciendo una segunda tarea; las «diferencias individuales», por ejemplo, los niños y ancianos disponen de menos recursos cognitivos que los adultos jóvenes; y finalmente, y en contra de una creencia ampliamente compartida, el hecho de ser «víctima» de un suceso violento no beneficia a la memoria respecto al recuerdo que puede tener un testigo del mismo episodio, pero que no es atacado de forma directa -efectos negativos del estrés-<sup>177</sup>.

Prestado el testimonio por parte del testigo presencial, el juez ha de proceder a la valoración de dicha deposición, cuya calidad va a depender de su exactitud (si lo que relata ha sucedido exactamente como él dice) y de su credibilidad (si tal declaración inspira

---

penal”, cit., pp. 48 ss.

<sup>177</sup> DIGES JUNCO, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, cit., pp. 19 ss. Aclara la autora (p. 22): «En este caso estamos hablando de los efectos negativos del “estrés” sobre el recuerdo posterior, y ejemplifica una idea más amplia, pero errónea, sobre el funcionamiento de la memoria. Ni la percepción es un registro en video de lo que nosotros miramos o escuchamos, sino una interpretación, ni la memoria es el botón de *play* para visionar el video percibido. En ambos casos, por tanto, hablamos de reconstrucción y, por ello, la idea de que a la víctima se le queda grabada de forma indeleble y exacta la escena que sufre es completamente incorrecta. De hecho, cuando se han examinado los efectos del estrés sobre la memoria en situaciones controladas, el resultado más común es un deterioro general del rendimiento cognitivo, tanto perceptivo como de memoria».

confianza e induce a creer a cualquier observador que los hechos sucedieron tal cual ha declarado). Son dos enfoques que se complementan: de una parte, la credibilidad otorgada a un testigo o evaluación social de la exactitud y, de otra parte, la evaluación empírica de la exactitud mediante conocimientos científicos contrastados<sup>178</sup>. En el fondo se trata de valorar la calidad de dicho testimonio.

En cuanto a la exactitud del testimonio, se han abierto diversas vías en la investigación psicológica con el fin de descubrir el engaño que pueda existir en la declaración, si bien es cierto que sólo pueden lograr una aproximación a la verdad. Por añadidura, juega un papel primordial en estos procedimientos el entrevistador/evaluador, al que se le ha de exigir alta formación, dilatada experiencia y máxima objetividad. En concreto, si se trata de un juez, se le exige intervención lo más contigua a los hechos y control de la entrada de información postsuceso procedente de interrogatorios judiciales. Dicha exactitud será examinada a la luz de distintas perspectivas, a saber<sup>179</sup>:

-Los correlatos de personalidad del comunicador constituyen un enfoque que trata de asociar rasgos personales del individuo con la mentira: maquiavelismo, introversión/extroversión, psicopatía, trastorno obsesivo-compulsivo, etc.

-Los indicios no verbales y extralingüísticos asociados al engaño son indicadores empleados para detectar la mentira, nos

---

<sup>178</sup> ARCE y FARIÑA, "Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal", cit., p. 62.

<sup>179</sup> *Ibid.*, pp. 63 ss.

referimos a las características vocales<sup>180</sup>, a las características faciales<sup>181</sup> y a los movimientos del individuo<sup>182</sup>, que son susceptibles de diversa interpretación según se trate de un enfoque empírico o social.

Nótese sobre el particular los argumentos y evidencias aportados por Blandón-Gitlin *et alii*, anteriormente mencionados, que ponen en cuestionamiento el enfoque no verbal-emocional en la detección de mentiras y que apuestan por la orientación de la carga cognitiva en este tema, es decir, resaltan no sólo la clave conductual, sino también los mecanismos cognitivos de los procesos mentales del mentiroso -claves del engaño, claves del esfuerzo cognitivo, carga cognitiva generalmente mayor en el engaño-, los cuales están vinculados al funcionamiento de la memoria humana, sin olvidar las influencias mutuas e interacciones entre lo emocional y lo cognitivo. Además, apuntan las posibles limitaciones que tienen los procedimientos de entrevista para detectar mentiras, cuya eficacia puede ser sobreestimada<sup>183</sup>.

-Los indicios fisiológicos a través del polígrafo, instrumento que puede revelar si el sujeto presenta una activación fisiológica mayor ante una/s pregunta/s que otra/s.

---

<sup>180</sup> Interrupciones del habla, errores del habla, tono de voz, tasa del habla, latencia de la respuesta, frecuencia de las pausas, duración de las pausas.

<sup>181</sup> Mirada, sonrisa, parpadeo. No se consideran muy efectivos porque podemos controlar estas expresiones.

<sup>182</sup> Auto-manipulaciones, movimientos ilustradores, movimientos de manos y dedos, de piernas y pies, de la cabeza, del tronco, cambios de posición.

<sup>183</sup> BLANDÓN-GITLIN, I., *et al.*, "Cognición, emoción y mentira: implicaciones para detectar el engaño", *cit.*, pp. 95-106.

-El análisis del contenido de la declaración es una perspectiva que parte de la premisa según la cual el contenido de un mensaje por sí mismo contiene ciertos indicios que pueden revelar si el mensaje es verdadero o falso. Se trata de una evaluación empírica y objetiva de la validez del testimonio a través de procedimientos que discriminan los sucesos vividos de los inventados: *Reality Monitoring (RM)*, *Criteria Based Content Analysis (CBCA)*, *Statement Validity Assessment (SVA)*, etc.

En el balance que realizan Arce y Fariña en cuanto a la evaluación y adecuación de los diversos métodos de detección de la mentira, el polígrafo parece ser el medio más discutido; así, en la LECrim del ordenamiento jurídico español no se establece como medio de prueba, quedando solo como prueba indiciaria, con independencia de la utilidad como instrumento de investigación policial; por lo demás, respecto de los procedimientos basados en la observación de la comunicación no verbal-extralingüística y aquellos relativos al análisis de contenido, los citados autores otorgan un mayor rendimiento a estos últimos<sup>184</sup>.

Finalmente, estos expertos proponen un Sistema de Evaluación Global (*SGE*), procedimiento que debe ser realizado por profesionales altamente cualificados en lo que respecta a su formación, experiencia y objetividad, además, se trata de un sistema

---

<sup>184</sup> ARCE y FARIÑA, "Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal", cit., pp. 80 ss.

integrador articulado sobre una revisión de las aportaciones previas<sup>185</sup>.

Recientemente se ha planteado también el denominado Modelo Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical (HELPT, acrónimo en lengua inglesa), cuyo fin radica en «obtener toda la información posible de testigos y víctimas de un hecho delictivo, con la mínima interferencia y valorar su credibilidad», información que tiene un carácter científico y que será fundamental para que investigadores, jueces y tribunales puedan elaborar sus dictámenes del modo más preciso en relación con la valoración de la credibilidad de los testimonios<sup>186</sup>. Dicho arquetipo de evaluación de la prueba testifical encierra tres elementos primordiales: aspectos conductuales, aspectos fisiológicos y aspectos verbales o de contenido. Y, además, este modelo proveería de datos importantes sobre los factores de influencia del testigo<sup>187</sup>.

No obstante, hemos de tener en cuenta que los procedimientos de análisis de credibilidad de las declaraciones pueden presentar trabas

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, pp. 84 ss.

<sup>186</sup> MANZANERO, A. L. y GONZÁLEZ, J. L., “Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)”, en *Papeles del Psicólogo*, vol. 36 (2), 2015, p. 127. Véase, recientemente, MANZANERO, A. L. y GONZÁLEZ, J. L., *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*, Madrid, 2018, manual en el que se profundiza ampliamente en las siguientes cuestiones: protocolo HELPT, factores de influencia susceptibles de afectar a un testimonio, evaluación de las habilidades para testificar, entrevista de investigación policial, procedimientos básicos de entrevista de investigación, entrevista a víctimas vulnerables, identificación de los agresores, interrogatorio de inculpados, etc. Asimismo, *vid.* MANZANERO, A. L. y GONZÁLEZ, J. L., *Avances en psicología del testimonio*, Santiago, Chile, 2013.

<sup>187</sup> A mayor abundamiento, *vid.* MANZANERO y GONZÁLEZ, “Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)”, *cit.*, pp. 125 ss.; MANZANERO y GONZÁLEZ, *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*, *cit.* pp. 34 ss.

derivadas de los métodos previos (número de deposiciones realizadas por el testigo e intervalos de tiempo transcurridos), de la propia capacidad del testigo, del método de aplicación y de la especialización del profesional que las emplea, así como de la propia validez de la técnica utilizada; por ello, son necesarios amplios conocimientos sobre el funcionamiento de la memoria -psicología cognitiva y factores que afectan a la memoria de los testigos- y, por supuesto, trabajo experimental en el área<sup>188</sup>.

Asimismo, debemos añadir que el nivel de seguridad que pueda presentar un testigo al testificar es un indicativo débil en relación con la exactitud de dicha declaración, debido a las diversas variables que pueden concurrir, disociando parcialmente seguridad y exactitud, y, además, en caso de tener valor probatorio dicha seguridad, será mínimo<sup>189</sup>.

Las técnicas dirigidas a la obtención de la declaración y a la evaluación de su credibilidad cuentan con una utilidad probada científica y empíricamente, por lo que en los supuestos de especial dificultad probatoria el psicólogo forense puede ser un mecanismo auxiliar del juzgador; pero no sólo en estos casos, téngase presente que los instrumentos de la psicología forense pueden resultar valiosos en otros campos: evaluaciones del daño psíquico consecuencia de un hecho delictivo y estudios de imputabilidad en el área penal; en el derecho de familia en relación con la evaluación en procesos de separación o divorcio que afectan a la custodia de

---

<sup>188</sup> MANZANERO y GONZALEZ, "Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)", cit., p. 134 s.

<sup>189</sup> MAZZONI, *Psicología del testimonio*, cit., pp. 91 ss.



menores; en el ámbito del derecho laboral evaluando las consecuencias psicológicas o cerebrales de accidentes laborales, en el estudio de la incapacidad temporal por enfermedad mental y en la evaluación en casos de «mobbing»<sup>190</sup>. Sobre todo, en los supuestos con presencia de niños como víctimas y testigos en procesos por delitos de malos tratos y abusos sexuales la psicología forense y la psicología del testimonio han obtenido unos resultados muy positivos<sup>191</sup>.

A juicio de Deanesi, la psicología del testimonio cuenta con un largo recorrido en países europeos, con Binet en Francia o Münsterberg en Alemania, y, más tarde, también en EE.UU; además, otorga a esta disciplina suficiencia científica y metodológica basada en evidencia empírica como instrumento para contribuir a reducir el margen de error entre lo que el testigo relata y, por ende, lograr una disminución del número de condenas erróneas<sup>192</sup>.

De Paula Ramos, especialista brasileño en Derecho probatorio y procesal, aboga por un modelo objetivo de razonamiento probatorio, lo que implicaría, en relación con la prueba testifical, numerosos reproches y necesarios ajustes en el procedimiento, de conformidad con los avances que se han ido produciendo en el campo de la epistemología y de la psicología. Según esta opinión, el modelo subjetivo, que pivota en torno a la creencia o la convicción

---

<sup>190</sup> VILARIÑO VASQUEZ, M., *et al.*, “Obtención del testimonio y evaluación de la credibilidad”, en *International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología*, n.º 1-vol. 1, 2012, pp. 599-607.

<sup>191</sup> DE LA FUENTE ARNANZ, *La memoria de los testigos*, cit., p. 24.

<sup>192</sup> DEANESI, L., “La psicología del testimonio y sus aportes al proceso judicial”, en M. Pastor y M. Roca (dirs.), *Colección sobre Neurociencias y Derecho*, Tomo I, 2019, p. 1.

del juez sobre los hechos como centro de la prueba (el objetivo de la prueba es convencer al juez), se aleja de la verdad como correspondencia y conduce a una concepción irracional de la prueba como resultado, por lo que debe ser superado<sup>193</sup>. El citado autor propone una revalorización de la dimensión epistémica del testimonio jurídico, pasar del presuntivismo al no presuntivismo, y mudar de la valoración del testigo a la valoración del testimonio<sup>194</sup>.

En España algunas opiniones doctrinales propugnan la utilidad y la consiguiente aplicación de la psicología del testimonio en la tarea de apreciación de la credibilidad del testigo por parte del juez, habida cuenta de que éste deberá examinar cómo el testigo percibió los hechos, cómo los retuvo y cómo los evoca en su presencia, según asevera Andino López<sup>195</sup>. Igualmente, Nieva Fenoll defiende la puesta en práctica de los conocimientos científicos derivados de la psicología del testimonio en todas las pruebas que suponen una declaración de personas, dada su pertinencia en relación con los principales elementos a tener en cuenta a la hora de estimar la fiabilidad del testimonio, a saber: la coherencia del relato, la contextualización de la declaración, la existencia de corroboraciones

---

<sup>193</sup> DE PAULA RAMOS, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, trad. L. Criado Sánchez, Madrid, 2019, pp. 27 ss.

<sup>194</sup> DE PAULA RAMOS, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, cit., pp. 98 ss., considera que no se debe presumir que lo que dice un testigo que es verdadero lo es, salvo prueba en contrario, porque hasta que pueda corroborarse la información prestada por un testigo, ésta tiene un valor epistémico casi inexistente. Añade también lo positivo que resultaría adoptar una versión objetiva del testimonio, más orientada al mensaje que se transmite y no tanto a la persona que presta el testimonio.

<sup>195</sup> ANDINO LÓPEZ, "Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal", cit., p. 371.

periféricas y la aparición de detalles oportunistas<sup>196</sup>. Más aún, Nieva Fenoll aporta distintos datos y razones para denunciar que los interrogatorios judiciales constituyen una tarea epistémicamente no correcta y acientífica, aboga básicamente por la casi eliminación de éstos, practicándose sólo de forma extraordinaria de la mano de un experto psicólogo mediante entrevistas cognitivas -un cambio claro de método- y transformándose así en una prueba pericial con un carácter científico<sup>197</sup>.

En lo que respecta a nuestros tribunales hallamos algunas sentencias referidas a las cuestiones psicológicas que repercuten en el testimonio prestado en sede judicial, que aluden expresamente a la introducción y el empleo progresivo de la ciencia de la psicología del testimonio por parte de la jurisprudencia. Dichas resoluciones tienen en cuenta los múltiples factores que pueden alterar la

---

<sup>196</sup> NIEVA FENOLL, J., "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad", en *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 1: 3-24, jan.-apr., 2012, pp. 12 ss.

<sup>197</sup> NIEVA FENOLL, J., "El interrogatorio como pseudociencia", en *Actualidad Civil*, 5, 2024, pp. 1-9. El citado autor, entre otras cosas, critica el mantenimiento de la fe en el juez, en la valoración que realiza de los interrogatorios según su «experiencia», en sentido estricto, su propia «intuición». Llega a hablar incluso de «oscurantismo supersticioso» en el área de los interrogatorios. Nuevamente, NIEVA FENOLL, J., "Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2025, pp. 382-405, siguiendo los avances de la psicología cognitiva, insiste en los sesgos cognitivos propios de los juicios heurísticos del pensamiento que pueden padecer los jueces y que es conveniente conocer para evitarlos: *heurísticos de representatividad, de accesibilidad, de anclaje y ajuste, de afección*.

No compartimos esta opinión, pues consideramos que la evaluación de los testimonios que realiza el juez está lejos de ser una actividad arbitraria u oracular, ya que la fuerza probatoria de las declaraciones testificales se determina, en cada caso, según las reglas de la sana crítica, es decir, reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior.

exposición del relato del testigo, refiriéndose expresamente también a los distintos y complejos procesos mentales (percepción sensorial, codificación, almacenamiento y recuperación) que forman parte de la rememoración de un relato y a cómo son tenidos en cuenta en relación con la evaluación de la verosimilitud del testimonio prestado; lo que significa que no por ello se le deberá denegar la credibilidad al testigo -pese a que, a veces, existan ciertas vaguedades o leves contradicciones en los hechos periféricos o concomitantes-, puesto que será el propio juez el que, conforme a las reglas de la sana crítica, junto al principio de inmediación, valore dicho testimonio, preservando, en todo momento, el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que, en definitiva, es quien está en las condiciones pertinentes para apreciar directamente por sí mismo el desarrollo de las pruebas y, por lo tanto, se halla en situación apta para emitir juicio de valor sobre el grado de fiabilidad y credibilidad del deponente<sup>198</sup>.

A tenor, empero, de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 979/2021, de 15 de diciembre, Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz [RJ 2021\5519], la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de personas adultas resulta impertinente e innecesaria, siendo «plenamente» posible «para menores, o aun siendo adultos, cuando el grado de madurez

---

<sup>198</sup> Por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) de 04 de julio de 1995 [RJ 1995\5381]. Muy elocuente resulta también lo expresado al respecto en la SAP B (Sección 2ª) núm. 218/2020 de 11 mayo [JUR 2020\199794].

Respecto de las reglas de la sana crítica y del principio de inmediación, véase el análisis crítico efectuado por NIEVA FENOLL, "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad", cit., a lo largo de todo el artículo.

del mismo sea inferior a su edad»<sup>199</sup>. Así, se señala por el Alto Tribunal que *«el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim)»* y rechaza *«convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (cfr. STS 485/2007, 28 de mayo (RJ 2007, 5621))»*, además, alerta de que la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de un adulto podría vulnerar su derecho a la intimidad y ocasionar victimización judicial secundaria.

Prosigue la citada resolución judicial reenviando a la STS nº 238/2011, de 21 de marzo [RJ 2011, 2895] en la que se afirma que *«no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico- físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus*

---

<sup>199</sup> En la misma dirección, verbigracia, la STS (Sala de lo Penal) nº 705/2016, de 14 de septiembre, Ponente Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz [RJ 2016\4231]. Igualmente, ténganse en cuenta las sentencias comentadas por DOMINGO MONFORTE, J. y MATARREDONDA CHORNET, L., "El *amicus curiae*. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de la víctima en el proceso penal", en *Diario LA LEY*, nº 10259, Sección Tribuna, 30 de marzo de 2023, a propósito de los criterios jurisprudenciales de admisión de los informes psicológicos de credibilidad del testimonio de la víctima en el proceso penal, su utilidad y pertinencia, y el distinto tratamiento en atención a la edad de la víctima.

*posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia». Y remacha considerando que «descartadas las situaciones patológicas extremas, la determinación de la credibilidad de un testimonio corresponde al órgano sentenciador, que ostenta la inmediatez y la última apreciación de convicción. No obstante, en ocasiones pueden llevarse a cabo este tipo de pericias psicológicas cuando los testigos y/o víctimas son de corta edad. Pero en ningún caso pueden vincular al juez o tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, aunque sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado sobre menores de edad y pautas de su posible comportamiento que le auxilién en su labor jurisdiccional».*

Últimamente, Magro Servet, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha examinado la posibilidad probatoria de la prueba pericial psicológica con respecto a las víctimas que intervienen como testigos en el proceso penal, afirmando su carácter no vinculante para el juez o tribunal, aunque sí reconoce su naturaleza informativa a la hora de poder evaluar el grado de credibilidad que puede tener un testigo que declara, ahora bien, sin otorgarle el carácter de prueba tasada a dicha prueba pericial psicológica; para el citado Magistrado, la psicología del testimonio no equivale a una prueba de contenido científico, sino meramente auxiliar, para ayudar al juez o tribunal a la función de valoración de la prueba tras el juicio oral; entonces, no resulta procedente la admisión de una prueba pericial psicológica cuando el declarante es mayor de edad, pero sí sería apropiada a fin de examinar a la

víctima, mayor de edad, con relación al daño moral que ha podido sufrir la misma durante la ejecución del delito y después del mismo, y sobre todo en el caso de menores de 14 años, así como en los supuestos de víctima-testigo con discapacidad intelectual<sup>200</sup>.

Por lo demás, a diferencia de Reino Unido, Estados Unidos y Canadá, en España, en consonancia con otros países europeos - Alemania, Italia y Francia-, y ante la falta de acuerdo entre los expertos del ámbito jurídico, científico y clínico, no se contempla la legalidad y fiabilidad de las herramientas para la detección de mentiras (polígrafo e instrumentos similares) como elementos probatorios en los tribunales<sup>201</sup>.

En última instancia, por nuestra parte, consideramos que es posible que los futuros avances en el campo de las neurociencias, así como el desarrollo de un trabajo colaborativo entre operadores jurídicos, neurólogos, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etc., puedan obtener resultados propicios en relación con la aplicación de estos saberes científicos al análisis de la credibilidad del testimonio.

## **6.2. El enfoque epistemológico o gnoseológico**

La vía del análisis epistemológico resulta ser de gran valor en relación con la actividad valorativa de la prueba. La prueba en el

---

<sup>200</sup> MAGRO SERVET, V., “La prueba pericial psicológica de la valoración del testimonio en el proceso penal”, en *Diario LA LEY*, nº 10413, Sección Doctrina, 26 de diciembre de 2023, pp. 1-14.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, V., *et alii.*, “Jurisprudencia sobre métodos psicofisiológicos en declaraciones judiciales como nexo de conocimiento psicocriminal”, en *Revista Científica General José María Córdova*, 19 (36), 2021, pp. 1075 ss.

proceso no es una cuestión de fe, como oportunamente viene acreditando una parte de la filosofía del derecho en sus rigurosos estudios dedicados a la esfera epistemológica<sup>202</sup>.

Esta rama del pensamiento filosófico, integrada por diversas corrientes, comprende, esencialmente, el estudio de la descripción de los tipos de hechos y del modo de proceder por parte del juez a partir de la lógica para averiguar estos hechos. En última instancia, su cometido principal se dirige hacia la determinación de la probabilidad epistemológica de que un hecho haya acontecido, para lo cual se emplea el razonamiento silogístico, analizando la elección

---

<sup>202</sup> Como exponentes principales de estas tendencias filosóficas, entre otros, *vid.* TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002; TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, Madrid, 2010; TARUFFO, M., "Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos", en J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, 2020, pp. 177-188; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, 2004; *Id.*, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, 2012; FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007. Por su parte, NIEVA FENOLL, "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad", *cit.*, p. 9, opone principalmente dos objeciones a esta perspectiva epistemológica, a saber: «Siguiendo el método silogístico para mayor claridad en esta explicación, cabría decir que el enfoque epistemológico no explica suficientemente cómo se escogen, de entre todo el acervo probatorio del proceso, las premisas menores, es decir, los hechos a demostrar, dependiendo ello de la "experiencia" del juez, lo que supone acercarse peligrosamente a la intuición. Y, en segundo lugar, tampoco se argumenta con precisión cómo se construyen las "premisas mayores", es decir, las llamadas "máximas de experiencia", lo cual supone que con demasiada frecuencia dichas máximas, en su imprecisión, dependan de lo mismo. Nuevamente de la intuición». A esta posición se puede oponer el planteamiento de TARUFFO, M., *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, 2023, que concibe las máximas de experiencia en la praxis jurisdiccional a partir de una metodología inductiva. Se trata de trabajar sobre la base de proposiciones relativas a hechos, con arreglo a hipótesis cuya capacidad explicativa se intentará corroborar a través de la práctica de la prueba, o sea, en un juicio de probabilidad lógica desde una perspectiva interdisciplinar (filosofía, lógica, semiótica y epistemología).



de las premisas y la regularidad en la obtención de los resultados aplicando el método científico.

En conexión con estas orientaciones, alega Gascón Abellán que la teoría de la argumentación debe prestar atención al juicio de hecho, donde «la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin, el momento de ejercicio del Poder Judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario»; la autora distingue dos concepciones de la prueba: la *cognoscitivista* -objetivismo crítico-, que define la prueba como un instrumento de conocimiento dirigido a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de conocimiento que es sólo probable (acepta que la declaración de hechos probados puede ser falsa, tiene carácter racional en tanto en cuanto comprueba la verdad de los enunciados, a la luz de las pruebas disponibles, y por lo cual es susceptible de exteriorización y control), y la *persuasiva* -constructivista- según la cual la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido y resulta de aquellas propuestas que posponen la averiguación de la verdad en favor de otros fines prácticos del proceso (persuadir con el propósito de conseguir una resolución favorable, no se discute si el conocimiento del juez es correcto o equivocado, e implica una concepción irracional de la valoración de la prueba)<sup>203</sup>. Gascón Abellán

---

<sup>203</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed. corr., Lima, 2005, pp. 363 ss.; GASCÓN ABELLÁN, M., "Prueba y argumentación. La justificación de la premisa fáctica. Parte IV", en M. Gascón

desemboca en el cognoscitivismo, planteamiento que requiere diferenciar lo verdadero y lo probado, y que, en consecuencia, supone una concepción racional de la prueba con vistas a comprobar la verdad, ajustándose a una *actitud epistemológica no dogmática*<sup>204</sup>.

En principio, las inferencias probatorias deductivas se basan en una *ley universal*, un tipo de razonamiento en el que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas, de modo que si éstas son verdaderas, los resultados también serán verdaderos; sin embargo, esta afirmación debe matizarse puesto que los medios de prueba deductiva no garantizan la incontestabilidad de los resultados, no ya por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas (la premisa menor de la inferencia deductiva puede ser

---

Abellán (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, 2014, pp. 372-455. Referencias imprescindibles en relación con la argumentación jurídica, la prueba y la motivación de los hechos, entre otros: ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; *Id.*, "Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", en *Jueces para la democracia*, 22, 1994, pp. 82-86; *Id.*, *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, 1ª ed. 2ª impr., Barcelona, 2015; *Id.*, *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2014; *Id.*, "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial", en J. Aguiló Regla y P. Grández Castro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, 2017, pp. 11-42 (en especial, pp. 23-30); ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992, pp. 257-259; *Id.*, "De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza", en *Jueces para la democracia*, 22, 1994, pp. 87-92; *Id.*, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, 2009; FERRAJOLI, L., "Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial", en [Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico](#), 20, 2016, pp. 65-95 (particularmente, pp. 77 ss., respecto de la argumentación judicial sobre la verdad); GAMA LEYVA, R., "Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, 2023, pp. 177-185.

<sup>204</sup> GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, cit., p. 368.

falsa) y, desde la perspectiva epistemológica, sólo suministran un grado de conocimiento en términos de probabilidad; respecto del tipo razonamiento en las inferencias probatorias inductivas, aunque las premisas sean verdaderas, no presentan razones definitivas para la verdad de su resultado por cuanto el resultante se sucede de aquellas premisas únicamente con alguna probabilidad<sup>205</sup>.

La valoración de la prueba -núcleo del razonamiento probatorio- implica evaluar la veracidad de las pruebas y atribuir a las mismas el valor o el peso específico en la convicción del juez sobre los hechos objeto de juicio. El principio de libre convicción -principio metodológico negativo- excluye que deba considerarse probado lo que a juicio del juzgador no cuenta con un grado de probabilidad aceptable, pero no explica cómo valorar, cosa que sí hace la concepción cognoscitivista de la prueba, la cual, de entrada, descarta la convicción íntima, incomunicable, intransferible, incontrolable y arbitraria, y ofrece unos criterios que señalan cuándo una hipótesis ha logrado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos -modelos de valoración sobre la base de esquemas racionales-<sup>206</sup>.

Los modelos de valoración racional más avanzados son los *esquemas inductivos del grado de confirmación*, que exigen tres condiciones: la confirmación (fundamento cognoscitivo y grado de probabilidad expresado por las reglas y las máximas de experiencia usadas, calidad epistemológica de las pruebas, número de pasos

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 369 ss.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 376 ss.

inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman, «cantidad» y «variedad» de pruebas o confirmaciones), la no-refutación y la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos<sup>207</sup>. Así, acorde con este modelo probabilístico, sólo es «probable» aquello que sea «demostrable», no admitiéndose aquellas hipótesis alternativas de lo ocurrido que resulten refutables, teniendo el juez la posibilidad de considerar numéricamente la probabilidad que otorga a cada hecho según las pruebas practicadas. Los esquemas valorativos del grado de confirmación son de naturaleza racional, racionalidad que difiere de la analítica al apoyarse en la noción de probabilidad, pero que proporciona una guía para la resolución basada en la racionalidad<sup>208</sup>.

Una valoración de la prueba con arreglo al principio de libre convicción bajo el paraguas de unas reglas racionales tiene como cometido primordial medir la probabilidad, más exactamente, el grado de confirmación o de certeza. De ahí que los modelos de valoración tengan como propósito facilitar esquemas racionales a fin de determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad, y que sea en este escenario donde lógicamente han de ser observados los estándares de prueba, que son criterios que señalan cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, esto es, cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis, dichos patrones deben cumplir con una función heurística y una

---

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 378 ss.

<sup>208</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 187.

función justificadora, cuyo valor no debe sobredimensionarse, porque no dejan de ser una guía para la valoración racional limitada, y deberán venir acompañados de los criterios racionales exigidos por la confirmación para su completitud<sup>209</sup>.

Esta perspectiva de naturaleza argumentativa a la que venimos aludiendo es muy valiosa a la hora de desarrollar la motivación. En verdad, resulta clara la necesidad -exigencia en el Estado de Derecho- de acreditar la racionalidad de la decisión judicial, dado que el juzgador no ejerce su función de forma arbitraria, sino que actúa racionalmente y dentro de unos límites, como se evidencia en la motivación, instrumento que simboliza la racionalización de la tarea juzgadora, que se exterioriza por medio de la justificación o exposición de las razones que le han conducido a emitir su fallo, y que, a la vez, fundamenta su legitimidad. En un modelo cognoscitivista, en el que valorar la prueba implica verificar los enunciados fácticos, la motivación se convierte en necesaria y posible, puesto que la libre valoración no puede ser vista como un modo libérrimo de construcción de una «verdad procesal» ajena al control de los hechos, más bien debe ser contemplada como una operación racional que, lejos de automatismos, a tenor de las

---

<sup>209</sup> GASCÓN ABELLÁN, M., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, pp. 128 s., 137 y 139. Sobre el complejo asunto de los estándares de prueba, buena cuenta da FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, 2021. Al respecto, véanse también los interrogantes que plantea GONZÁLEZ LAGIER, D., "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23, 2020, pp. 79-97.

pruebas existentes, hace razonable dar por verdaderos (probables más allá de la duda) determinados enunciados fácticos<sup>210</sup>.

Finalmente cabe señalar la existencia de otras ópticas desde las cuales también se aborda la valoración de la prueba. Por una parte, la perspectiva matemática-estadística, en la cual se ensayan modelos, principalmente en Estados Unidos, que intentan aplicar al ámbito de la valoración racional de la prueba instrumentos matemáticos de cálculo de probabilidades, como es el caso del «teorema de Bayes», herramientas que presentan importante carencias e inconvenientes, lo que ha impedido, por el momento, que prosperen, salvo en áreas muy determinadas (valoración de las pruebas científicas); por otra parte, contamos con el enfoque sociológico, que intenta abordar la incidencia de la ideología del juez en la valoración de la prueba, pero ha tenido poco impacto<sup>211</sup>.

### 6.3. Prueba testifical e IAs<sup>212</sup>

El sistema de libre valoración de la prueba que rige en nuestro sistema jurídico, a pesar de su complejidad, se basa en un buen número de datos objetivables, lo que posibilita el auxilio de las

---

<sup>210</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 196.

<sup>211</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 162 ss.; GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, cit., p. 377 s.; NIEVA FENOLL, "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad", cit., p. 11 s.

<sup>212</sup> El empleo, en ocasiones, del acrónimo de la expresión «inteligencia artificial» en plural (IAs) responde al hecho de que la misma definición de IA es amplia y comprende una variedad de tecnologías y sistemas que generan conocimiento en áreas específicas.

tecnologías de inteligencia artificial<sup>213</sup>. Por consiguiente, unas pinceladas básicas sobre la proyección de las IAs en materia de valoración de la prueba resultan ineludibles. Concretamente, nos referiremos al ámbito del examen de las circunstancias que atañen a la credibilidad del testimonio en relación con la prueba de declaración de personas (declaración de las partes y testifical).

La declaración testifical es parcialmente objetivable respecto de las circunstancias que afectan a la credibilidad de su testimonio, lo que significa que puede ser susceptible de digitalización y de traducción a un lenguaje de programación<sup>214</sup>. Se ha llegado incluso a afirmar, según nuestro entender, de forma apresurada y excesivamente entusiasta, que los sistemas de IA suponen una coyuntura favorable «para expulsar de las salas de justicia los atávicos heurísticos judiciales o, lo que es lo mismo, las emociones, gustos, prejuicios, preferencias, aficiones y otros elementos que no siempre resultan confesables y que están muy presentes en la valoración que realiza el juzgador»<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, p. 80. Advertimos que no existe un concepto unitario ni un significado universalmente aceptado para definir la «inteligencia artificial». PÉREZ ESTRADA, M. J., “La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n.º. 2, mai.-ago., 2021, p. 1390 s., apoyándose en el documento de la Comisión Europea “*Inteligencia artificial para Europa*”, afirma que «el término ‘inteligencia artificial’ se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos».

<sup>214</sup> PÉREZ ESTRADA, M. J., “Aplicación de inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal español”, en J. Picó i Junoy (dir.), *Aspectos críticos del Derecho Procesal: Diálogos Hispano-Italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, Barcelona, 2023, p. 716.

<sup>215</sup> SIMÓN CASTELLANO, P., “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las

Los datos empíricos que ha obtenido la psicología del testimonio en materia de interrogatorios pueden ser empleados por los programadores en el diseño de algoritmos con la finalidad de crear una herramienta de IA que contemple las siguientes cuestiones, como asevera Nieva Fenoll: «las condiciones ambientales de la observación sobre la que se declara, teniendo en cuenta la herramienta si el interrogado estuvo lejos o cerca de lo observado, si había más o menos luz, si había consumido alguna sustancia o si estuvo en una situación de estrés, entre otros puntos de interés. También, por supuesto, podría analizar la posible presencia de móviles para mentir, aunque esto es más complicado, igual que podría tener en cuenta la corroboración de la declaración con el resultado de otras pruebas, la coherencia interna de lo declarado o incluso la presencia de comentarios oportunistas en la declaración»<sup>216</sup>.

Según Nieva Fenoll, «la herramienta podría ser diseñada, no como una especie de robot de funcionamiento automático, sino como una pauta de alertas para que el juez vaya introduciendo sus valoraciones al respecto, de manera que el resultado final no sea una especie de pronóstico de credibilidad, sino simplemente el resultado de un trabajo del juez guiado por la herramienta, que podría asistirle también en la motivación. De ese modo podríamos evitar, al

---

garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, en *THĒMIS-Revista de Derecho*, 79, enero-junio 2021, p. 288.

<sup>216</sup> NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, en S. Calaza López y M. Llorente Sánchez (dirs.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor, 2022, p. 427.



menos en parte, los errores que ya sabemos que se han detectado en las herramientas de predicción del riesgo»<sup>217</sup>.

De hecho, contamos en la actualidad con un programa utilizado para valorar la credibilidad de los testigos, programa «ADVOKATE», que funciona mediante fórmulas algorítmicas, bases estadísticas y sistemas de cálculo, cuyo propósito está dirigido a objetivar la intuición del juzgador, buscando la realidad de los hechos acaecidos, y se basa en la distancia del observador, la visibilidad, el conocimiento previo entre el testigo y la persona observada, la competencia y conocimiento que se atribuye al testigo (como edad, estudios, capacidad mental, etc.), si se detectan errores en la descripción y contraste de la realidad, el tiempo de observación y el tiempo discurrido entre los hechos y la declaración<sup>218</sup>.

Las fórmulas algorítmicas deberían integrar: «(i) la coherencia de la declaración; (ii) la contextualización o capacidad del interrogado de recuperar la descripción del escenario en el que sucedieron los hechos; (iii) la corroboración en otros medios de prueba de lo declarado; y (iv) la existencia o no de comentarios extra,

---

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 427 s.

<sup>218</sup> PÉREZ ESTRADA, “Aplicación de inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal español”, cit., p. 716 s.; SIMÓN CASTELLANO, “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, cit., p. 288 s. Sobre cuestiones técnicas más concretas sobre el modelo «ADVOKATE», reenviamos a BROMBY, M. C., y HALL, M. J., “The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: an Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony”, en T. J. M. Bench-Capon, A. Daskalopulu, y R. G. F. Winkels (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2002. The Fifteenth Annual Conference*, Amsterdam, 2002, pp. 143-152.

oportunistas, que solo buscan reforzar retóricamente la declaración y que, a la postre, nos indican que el declarante puede tener algún fin metajurídico o voluntad de proyectar una realidad determinada al juzgador»<sup>219</sup>. Se debería prescindir del análisis gestual y, además, sería el parámetro de la corroboración el más apto para ser valorado por IA, puesto que el ser humano es incapaz de procesar a gran velocidad y chequear o comprobar la coincidencia o inexactitud de lo que se declara con las otras pruebas practicadas<sup>220</sup>.

Asimismo, las IAs podrían ser provechosas con el fin de descartar preguntas con connotaciones muy subjetivas -preguntas no neutrales- que pueden influir en la asunción inconsciente de ciertas premisas en el interrogatorio<sup>221</sup>.

Incluso en el área de la neurociencia se han visto ya oportunidades de aplicación de las IAs dentro del proceso penal, siempre con las máximas cautelas habida cuenta de la inviabilidad existente a la hora de detectar falsos recuerdos y mentiras inconscientes que suelen ser frecuentes en los procesos judiciales, como ya se ha expresado anteriormente<sup>222</sup>.

Por añadidura, en materia probatoria las IAs pueden intervenir en la elaboración de hipótesis tomando como base los datos que le va proveyendo el juzgador sobre la prueba y construyendo hipótesis de lo que ha podido acontecer -ALIBI constituye un precedente en

---

<sup>219</sup> NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., pp. 84 ss.

<sup>220</sup> SIMÓN CASTELLANO, "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control", cit., p. 289.

<sup>221</sup> NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., p. 88 s.

<sup>222</sup> SIMÓN CASTELLANO, "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control", cit., p. 289.

este tema<sup>223</sup>, empero, sus efectos no han sido muy positivos en este contexto. Y también podrían servir, de modo limitado, para la concreción de los «estándares probatorios», reduciendo su subjetividad<sup>224</sup>. De igual modo se contemplan estas herramientas tecnológicas en relación con la estimación de la prueba pericial (*curriculum* del perito y criterios *Daubert*<sup>225</sup>), así como en el ámbito de la corroboración en otros medios de prueba de lo declarado<sup>226</sup>.

Adicionalmente, con las debidas precauciones y teniendo en cuenta todos los inconvenientes al respecto, Pérez Estrada ha planteado la posibilidad de utilizar sistemas de inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal, con especial atención a la tecnología de reconocimiento facial, bien como medios de prueba o utilizados junto con los medios de prueba tradicionales, buscando una mayor efectividad de los mismos y un auxilio al juez en su tarea de apreciación de la prueba<sup>227</sup>. Todavía más controvertibles, si cabe, serían los usos de la inteligencia artificial, que refiere Simón Castellano, respecto del perfilado de jueces y magistrados, así como

---

<sup>223</sup> NIEVA FENOLL, "Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino", cit., p. 428.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 428 s.

<sup>225</sup> Unas observaciones críticas a los criterios *Daubert* y a la prueba pericial podemos encontrar en NIEVA FENOLL, J., "Repensando *Daubert*: La Paradoja de la Prueba Pericial", en *Civil Procedure Review*, v. 9, n.º. 1, jan.-apr., 2018, pp. 11-26.

<sup>226</sup> NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., pp. 93 ss.; SIMÓN CASTELLANO, "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control", cit., p. 289 s.

<sup>227</sup> PÉREZ ESTRADA, "La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español", cit., pp. 1398 ss.; SIMÓN CASTELLANO, "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control", cit., p. 287.

los destinados a anticipar, literalmente, el sentido de las resoluciones judiciales<sup>228</sup>.

En cuanto a otros usos reseñables de estas tecnologías en el ámbito judicial<sup>229</sup>, los mayores logros se han producido en relación con los programas que trabajan con selecciones de jurisprudencia y propuestas argumentativas y con un dilatado uso en la elaboración de escritos judiciales -de momento, de los litigantes, pero en breve espacio de tiempo, de los tribunales-. En la automatización de procesos también se ha progresado, aunque de manera muy limitada, como puede deducirse de distintas experiencias desarrolladas en Estonia, Argentina y EEUU, ahora bien, sus posibilidades son evidentes de cara a acelerar los procesos -fundamentalmente relativos a reclamaciones masivas a bancos, desahucios, procedimientos posesorios y procedimientos monitorios-, mejorando la vida de los ciudadanos y reduciendo el número de litigios. En el campo de la predicción del riesgo, el desarrollo de las IAs ha sido bastante notable -vebigracia, RISCANVI, HART, COMPAS, Viogén, Veripol- y ha tenido resultados polémicos, como sucede en el caso de COMPAS, una herramienta que asiste al juez, sobre la cual se desconoce su funcionamiento interno, cómo hace la evaluación, más aún, sus errores y su sesgo racista han sido puestos de manifiesto en distintos

---

<sup>228</sup> SIMÓN CASTELLANO, “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, cit., p. 286.

<sup>229</sup> Al respecto, las siguientes líneas constituyen una síntesis muy sumaria del trabajo de NIEVA FENOLL, “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, cit., pp. 417-437.

estudios<sup>230</sup>. Finalmente, se está aplicando también en el terreno de los denominados ODR (*Online Dispute Resolution*), un modo ágil y económico para resolver, concretamente, reclamaciones de cantidad, procesos posesorios, procesos de consumidores (siguiendo la mecánica de los contratos inteligentes –smart contracts–) y divorcios no muy complicados.

En otro orden de cosas, Pérez Estrada considera que el principio de inmediatez se puede ver reforzado gracias a la valoración de la credibilidad de la declaración de un testigo por parte del juez con el auxilio de la IA, ahora bien, no debemos olvidar el marco jurídico del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>231</sup>. En esta misma dirección, Simón Castellano aboga por la definición de «un órgano de control público que garantice los principios de publicidad, transparencia, trazabilidad, auditabilidad y explicabilidad del código, y, muy significativamente, el principio de jurisdiccionalidad y legalidad desde el diseño y por defecto», con la finalidad de paliar las problemáticas que plantea la aplicación de la IA, eliminar los sesgos, garantizar la independencia judicial y los principios jurídico-constitucionales. A hilo de esta cuestión, en el BOE de 10 de diciembre de 2020 se publicó la Orden JUS/1179/2020, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Orden JUS/1362/2016, de 3 de agosto, por la que se crea la Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio de Justicia; sin embargo, como apunta el

---

<sup>230</sup> Igualmente, SIMÓN CASTELLANO, “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, cit., p. 286 s.

<sup>231</sup> PÉREZ ESTRADA, “Aplicación de inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal español”, cit., p. 710.

mencionado autor, asombrosa e incomprensiblemente los miembros que forman parte de la susodicha Comisión son personas legas, a excepción de la Abogacía General del Estado, quedando fuera de la misma los operadores jurídicos que verdaderamente viven cotidianamente de primera mano los procedimientos judiciales y las problemáticas que se derivan de la actividad judicial<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> SIMÓN CASTELLANO, “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, cit., p. 291.

A nivel general, en el contexto de la Unión Europea, téngase en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL))

Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52020IP0275>

[En el contexto de España, remitimos al Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial \(www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-22767\).](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-22767)

En último término, hay que destacar la aprobación, recientemente, por parte del Parlamento europeo de la Ley de Inteligencia Artificial, con el objetivo de garantizar la seguridad, respetando los derechos fundamentales e impulsando la innovación. Se trata de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)). El texto final del citado Reglamento ha sido publicado el 12 de julio de 2024 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Conforme al art. 113 del Reglamento IA, algunas partes de dicho texto legal - las disposiciones generales, las prohibiciones y las sanciones- serán objeto de aplicación con fecha 2 de febrero de 2025. El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), se encuentra disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079>

Igualmente, cabe señalar al respecto que, en el ámbito penal, a juzgar por DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “El Derecho penal frente al Reglamento de

Nieva Fenoll considera aceptable la automatización -no de forma total- de los procedimientos, pero no del enjuiciamiento, a excepción de los casos claramente recurrentes. Advierte del peligro que supondría pasar de la justicia de los jueces a la justicia de los programadores (y de quienes les influyen), e insiste en la importancia de respetar el derecho a la presunción de inocencia de personas cuyas características estén ya señaladas de antemano por el algoritmo y en preservar la independencia y la imparcialidad judicial.

En todo caso, en palabras del antedicho autor, se está produciendo un parón tecnológico en la progresiva introducción de la IA en los procedimientos judiciales por diversas razones: la

---

Inteligencia Artificial Criminal Law vs IA Act”, en *Revista Ius Criminale*, 1, octubre, 2024, p. 90, «el Reglamento IA tiene el mérito de intentar someter a control jurídico a la IA por primera vez. Para ello, califica las actividades que involucran a sistemas de IA en función del riesgo, establece procedimientos de control administrativo sobre la actividad que utilice tales sistemas e impone prohibiciones, obligaciones y concede permisos para la realización de actividades, conductas o consecución de objetivos mediante sistemas de IA y sanciones en caso de incumplimiento. Bien es verdad que el texto legal no siempre ofrece una visión transparente de lo que regula efectivamente, sino que tales normas (prohibiciones o permisos) se ocultan, en el art. 5, bajo el epígrafe de “Prácticas de IA prohibidas”, donde, como veremos, sin embargo, ni son todas las que están ni están todas las que, probablemente, deberían ser».

Por su parte, desde una perspectiva general, el abogado LANCHO RODRÍGUEZ, J. M., “Jaulas para la IA en Europa”, en *Diario ABC*, 6 de febrero de 2025, critica la sobrerregulación de esta tecnología en el espacio europeo y pone el acento en el hecho de que, paradójicamente, el reglamento europeo no regula la seguridad de las cadenas de suministro de código, señalando al respecto: «¿por qué no se exige que se inventaríe y se conozca qué código informático es el que interviene o cuáles son sus condiciones legales y la naturaleza técnica del código? Estados Unidos obliga en las adquisiciones de software efectuadas por cualquier agencia federal a proporcionar el inventario de los componentes del código informático (SBOM) que se suministra». Disponible en: <https://www.abc.es/opinion/jose-maria-lancho-jaulas-ia-europa-20250206181925-nt.html>

insuficiente inversión económica, las dificultades que entraña el ineludible diálogo que debe entablarse entre informáticos y juristas, y la inquietud permanente en el seno de la Unión Europea por preservar los derechos fundamentales ante la implantación cada vez más acelerada de estas innovaciones tecnológicas, circunstancias a las cuales se suman factores relacionados con la técnica de los propios algoritmos (construcción y entrenamiento)<sup>233</sup>. Asimismo, la gran dificultad en la recopilación de los datos explica también la dilación de la IA en el ámbito de la Justicia; no obstante, según parece, el camino ya trazado en dicha dirección parece irreversible.

Últimamente, Nieva Fenoll ha advertido sobre el peligro de los probables comportamientos monopolísticos de las grandes empresas privadas, principales inversoras en el ámbito de los sistemas de IA, que pueden llegar a controlar el poder judicial; por ello, y a fin de evitar también situaciones distópicas e impedir una privatización del sistema de Justicia, insta a los Estados para que, necesariamente y de inmediato, se adentren en este sector «teniendo una estructura propia formada, al menos, por ingenieros de telecomunicaciones, informáticos y matemáticos que diseñen las aplicaciones y los algoritmos relacionados con la Justicia»<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> NIEVA FENOLL, “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, cit., pp. 417 ss. Muy interesante también, desde una perspectiva práctica y científica, la visión de conjunto aportada por DE LA ROSA, E. (dir.) *et al.*, “Justicia digital. Guía para el diálogo sobre el diseño y uso eficiente, de calidad y ético de herramientas tecnológicas en la justicia civil”, Fundación COTEC, 2022, sobre el proceso de digitalización de la Administración de Justicia española, donde la IA ocupa un lugar destacado. Disponible en: <https://online.flippingbook.com/view/230632013/96/#zoom=true>

<sup>234</sup> A mayor abundamiento sobre el plan de actuación a seguir en este sentido, *vid.*



Aunque, a nuestro modo de ver, tampoco es muy tranquilizadora esta propuesta si tenemos presente la deriva antidemocrática a la que parece que estamos abocados en los gobiernos de los Estados de la misma Unión Europea, y no estamos poniendo únicamente el foco de atención más allá de la frontera española.

Por su parte, Gascón Abellán, en el ámbito del Congreso *1st Michele Taruffo Girona Evidence Week*<sup>235</sup>, proyecta una mirada muy lúcida sobre el asunto, haciendo una llamada de atención que pondera de modo muy sensato los usos de las IAs en el ámbito de la prueba. En su planteamiento de partida formula tres interrogantes a los que va dando respuesta a lo largo de su conferencia, cuyos aspectos más destacables reseñamos aquí brevemente: 1. ¿Es técnicamente posible que pueda juzgar una máquina? 2. ¿Merece la

---

NIEVA FENOLL, J., "Inteligencia artificial y justicia: ¿perderemos el control?", en *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 9, 2024, pp. 69-84. En particular, nótese esta matización tan relevante que realiza el mencionado autor (p. 76 s.): «En el resto de sectores –medidas cautelares, prueba y redacción del juicio de derecho–, debe quedar muy claro a los técnicos que en este caso se están configurando, no automatizaciones de los procedimientos, sino asistencias a los jueces que no van a sustituir su parecer, que siempre será individualizado. Es más, la mayoría de las medidas cautelares y de los criterios de valoración de la prueba no son parametrizables, sirviendo la herramienta de IA más bien para sugerir al juez pareceres o simples ideas, pero no para enviar a prisión a nadie o establecer la credibilidad de un testigo o la corrección científica de un dictamen pericial. Es decir, lo que va a hacer la herramienta es recordarle al juez los criterios Daubert, o los criterios de valoración del SVA –Statement Validity Assessment– para personas interrogadas. O algunos parámetros de la psicología de la personalidad para la detección del riesgo de reincidencia. Pero no debe hacer evaluaciones que el juez pueda copiar, sino simplemente ofrecer criterios aplicables en el caso concreto que el juez deberá valorar libremente, como ocurre con toda –o casi toda– la actividad probatoria».

<sup>235</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. F., "Inteligencia artificial y prueba. ¿Puede juzgar una máquina?", 2ª Conferencia plenaria de la 1st MTGEW, 23/05/2022. *1st Michele Taruffo. Girona Evidence Week*, 23-27 de mayo de 2022.

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lrPyy2CIKPk>

pena correr los riesgos que ello comporta? 3. ¿Podría un juez artificial ser un buen juez, en el sentido de un juez excelente, incluso virtuoso, que cumple las reglas deontológicas de la propia función de juzgar?

Según la autora, lo realmente importante es cuándo y cómo se quiere que se sustituya al juez, para qué temas concretos se podría usar la IA en la tarea de juzgar. Es claro que estas aplicaciones comportan ventajas, pero también riesgos (sesgos), por ello resulta fundamental la cautela, la reflexión y la regulación, además, insta a tener en cuenta la necesidad de auditar estos sistemas algorítmicos debido a su enorme opacidad, con las consecuencias que conlleva la falta de transparencia respecto del derecho de defensa. En opinión de la autora, no es una tecnología neutral, los riesgos que comporta pueden ser susceptibles de control y, una vez determinados aquellos riesgos que merece la pena asumir, la exigencia de regulación jurídica y de regulación ética (directrices éticas que se materializan en el respeto a la autonomía humana, prevenir el daño, la equidad, la explicabilidad) es incontestable.

Respecto a la tercera cuestión antes señalada, responde Gascón Abellán que un juez artificial podría ser un buen juez, incluso un juez virtuoso en el ejercicio de su jurisdicción. Para sostener esta afirmación se apoya en el análisis del decálogo de deontología judicial elaborado por L. Ferrajoli<sup>236</sup>. La mencionada autora admite

---

<sup>236</sup> FERRAJOLI, L., "Diez reglas de deontología judicial, consecuentes a la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción", en *Jueces para la democracia*, 102, 2021, pp. 75-82, asevera que las reglas de deontología judicial están encaminadas a aminorar el poder y a incrementar el saber: 1. El respeto a las

que la máquina podrá sugerir la decisión óptima, cosa importante, si bien eso no significa que deba poder dictar sentencia, tomar la decisión, salvo en casos menores, mecánicos o burocratizados. Recurre en este sentido a razones institucionales, a argumentos filosóficos, a cuestiones de garantías y al tema de las decisiones estrictamente interpretativas (riesgo de conservadurismo judicial), así como a una razón de legitimidad para negar que estos sistemas tecnológicos de IA puedan ocupar el papel de juez, no pueden usurparlo.

La expresión «inteligencia artificial» nos remite a sistemas de software basados en un conjunto de instrucciones sistemáticas y previamente definidas -algoritmos o código normativo- que establecen procesos lógicos con el objetivo de realizar una determinada tarea. Pues bien, en un afán generalizado por tratar personalizar e, incluso podemos decir, de intentar divinizar estas tecnologías, se les han atribuido habilidades cognitivas humanas; además, se ha predicado de estos sistemas una presunta imparcialidad y neutralidad, un proceder libre de sesgos o prejuicios, al carecer, supuestamente, de las emociones, las ideologías y las inclinaciones individuales propias de los seres humanos, es decir, no estarían sujetos a la imperfección humana, por lo que serían sistemas dignos de confianza; sin embargo, en el

---

garantías. 2. La ética de la duda 3. La atención a las opuestas razones. 4. La imparcialidad juicio. 5. El rechazo al creacionismo judicial. 6. La comprensión y la valoración equitativa de la singularidad de cada caso. 7. «Nolite iudicare»: juicios sobre hechos y no sobre personas. 8. El respeto a todas las partes del proceso. 9. Los jueces no deben buscar el consenso de la opinión pública, sino solo la confianza de las partes del proceso. 10. El rechazo del carrerismo como regla de estilo.

fondo, las IAs difieren considerablemente de la inteligencia humana o natural, cuentan con una «memoria» ingente, compuesta por mastodónticas bases de datos, y se dice que «toman decisiones», «deciden», «resuelven problemas», etc., pero, cuidado, sólo aparentemente, ya que las IAs no piensan, sólo desempeñan tareas<sup>237</sup>. Verdaderamente la tecnociencia parece haberse olvidado de algunos rasgos fundamentales e inherentes a los seres humanos: su condición narrativa e interrelacional, su espiritualidad, el componente moral implícito en sus decisiones, etcétera<sup>238</sup>. Pues bien, aplicadas estas consideraciones al ámbito del Derecho, nos permiten colegir que la labor de los operadores jurídicos va más allá de un simple quehacer técnico, sus decisiones no son sólo y exclusivamente fruto de unos conocimientos especiales de una ciencia, sino que tales resoluciones obedecen a un agregado compuesto por este saber técnico y los elementos éticos siempre implícitos en el obrar humano. Por lo demás, pensamos que no todos los componentes que integran el mundo sensible y el mundo inteligible van a ser susceptibles de traducción al algoritmo.

Simón Castellanos nos alerta sobre los sistemas denominados *machine learning* o algoritmos avanzados, con mayor grado de repercusión y credibilidad, que integran un aprendizaje automático

---

<sup>237</sup> DE LA CUESTA AGUADO, “El Derecho penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial Criminal Law vs IA Act”, cit., p. 87; *Id.*, “Inteligencia artificial: reflexiones para inteligencias naturales”, en *Argumentos progresistas*, núm. 57, junio-julio de 2024.

Disponible en: <https://argumentosprogresistas.org/ap5707/>

<sup>238</sup> Como apunta DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La nueva isla de Elon Musk”, en *Diario ABC*, 26 de febrero de 2025. Disponible en: <https://www.abc.es/opinion/federico-de-montalvo-jaaskelainen-nueva-isla-elon-musk-20250226141548-nt.html>

-aprenden de los datos y de la experiencia-, empero, son algoritmos que sufren, de modo autónomo, cambios, transformaciones, perfeccionamiento, etc., sin la transparencia necesaria para conocer cómo se ha desembocado en una determinada resolución o resultado<sup>239</sup>.

Observamos, por tanto, que estos mecanismos «inteligentes», en los que se prevé un desarrollo exponencial en los próximos años, no están exentos de polémicas. Sin perjuicio de aprovechar los beneficios que puedan aportarnos estas tecnologías, no deja de ser una cuestión inquietante, con muchas aristas y que acarrea grandes incertidumbres, sobre todo si pensamos que podemos acabar sometidos a la tiranía de los algoritmos y, por ende, a las autoridades programadoras -no siempre independientes-, que muevan dichos hilos, así como a sus probables pretensiones totalitarias, de manera que no cabe pensar, ingenuamente, que siempre serán benefactoras para los seres humanos y que en todo momento preservarán sus derechos fundamentales. Agudicemos, pues, nuestro sentido crítico frente a la implantación en la sociedad de dichas tecnologías, en tanto en cuanto ese posicionamiento que se está tratando de implantar sobre la utilización de la ciencia y la tecnología con el propósito de «mejorar» al ser humano desde distintas perspectivas, adquiere, en cierta manera, un carácter perverso cuando se encamina a despojarnos de nuestra propia humanidad y a convertirnos en meros objetos de manipulación.

---

<sup>239</sup> SIMÓN CASTELLANO, “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, cit., p. 284.

## 7. Conclusiones

Desde los primeros tiempos la prueba de los testigos ha tenido para el Derecho una importancia capital como instrumento probatorio para acreditar los asertos de las partes en litigio. Constituye la prueba testifical en sí misma una declaración de personas que lleva consigo el análisis de la credibilidad del declarante, tarea extremadamente peliaguda para el juez de todas las épocas. En esta labor lo que hay presente es una búsqueda de la denominada verdad procesal/formal que, en definitiva, persigue convertirse en una traducción lo más fiel posible de la verdad objetiva y material en relación con los hechos acaecidos objeto de enjuiciamiento, haciendo uso de procedimientos probatorios seguros que procuren resultados inmancables.

Dentro de este contexto, D. 22.5.3.1 (Call. 4 *cogn.*) ofrece unos parámetros orientativos de estimación al juez romano a la hora de valorar el testimonio prestado en juicio por los testigos y que identificamos con datos o factores de racionalidad vigentes en aquel entonces que, a buen seguro, alumbrarían al juzgador en la evaluación y apreciación de las deposiciones, o sea, en la formación de su convicción. El contenido del rescripto adrianeo entendemos que está encaminado a que el juez, en los procesos cognitorios, lleve a cabo una libre y racional estimación de la prueba testifical. Todo ello con arreglo a unos determinados factores, no imperativos, que el juzgador podrá tener en cuenta al evaluar el grado de verosimilitud o credibilidad de los testigos: de una parte, factores

extrínsecos o ajenos a la declaración (*fides, dignitas, existimatio* de los testigos); de otra, elementos intrínsecos a la declaración, íntimamente ligados al análisis del contenido mismo de la deposición, esto es, si hablaron con franqueza, si pronunciaron un solo discurso preparado o si dieron respuestas verosímiles al momento, con prontitud, a las preguntas que les fueron formuladas.

Estas últimas variables nos resultan especialmente destacables porque trascienden del ámbito estrictamente jurídico integrándose en el área de conocimiento de la psicología del testimonio y atienden, en paralelo con lo contemplado en otros textos, a la exactitud y a la credibilidad de la declaración que se deriva de los interrogatorios practicados a los testigos, por lo que se trataría de una aplicación experimental del saber al respecto existente en aquel momento y que la psicología actual ha avanzado hacia técnicas más desarrolladas.

En este sentido, hemos de poner en valor que el fragmento estudiado, junto a otros, indica una reflexión científica de la jurisprudencia romana clásica sobre el testimonio de testigos y su valoración, y supone la implementación práctica de esa reflexión científica, al través de disposiciones imperiales destinadas a fortalecer las decisiones racionales de los encargados de juzgar. Ni mucho menos se pueden considerar esas reflexiones como simplemente fruto del sentido común o de una «psicología popular». Sobre el particular, la filosofía griega llevó a cabo profundas especulaciones sobre el comportamiento humano, y los juristas romanos, al igual que se ha comprobado que hicieron en

diversos ámbitos, seguramente también las utilizaron de base para estas reflexiones sobre la prueba testifical y su valoración.

También es digno de consideración que los jurisconsultos romanos tuvieron muy en cuenta la relevancia del contacto directo en audiencia del juez con los elementos probatorios, en este caso con los testigos, para así poder tener un conocimiento cabal de lo actuado en este tipo de audiencias. Esto conecta, claramente, con el principio de inmediación procesal –elemento integrante del debido proceso en nuestro Derecho vigente- que supone la percepción directa de la práctica de la prueba por parte del órgano judicial para poder tener un total conocimiento y formar su convicción.

Asimismo, la preeminencia que se otorga a los testigos, que parecen ser los únicos dignos de crédito, frente a los testimonios escritos, según las instrucciones adrianeas, evidencia el significativo papel que desempeñaban las pruebas obtenidas de manera directa e inmediata, al asegurar una reciente formación del convencimiento del juez, en consonancia con el principio de oralidad que, además, en nuestro Derecho procesal se erige como una exigencia constitucional (art. 120.2 CE) que debe darse en todos los procedimientos judiciales, especialmente en la justicia penal, y que afecta en gran medida a las pruebas personales, donde la fuente probatoria es una persona que interviene en el proceso, normalmente, a través del mecanismo de la palabra hablada, y a la que le serán formuladas oralmente las preguntas que procedan.

A tenor de lo expresado en el texto analizado, el juzgador es el que mejor puede conocer qué confianza merecen los testigos,



preferiblemente es él quien puede saber cuánta fe o fiabilidad ha de concederse a los declarantes y quien emitirá un juicio de credibilidad basado en un proceso de razonamiento, pudiéndose auxiliar de las variables que el texto de Calístrato invoca y que serán de gran ayuda en la práctica de la prueba testifical. Consideramos que dichos elementos no constriñen al juez en su función valorativa, sino que, más bien, le sirven de orientación y de cauce racional en su cometido, a modo de principios informadores.

Aunque no es opinión unánime en la doctrina, pero existe una tendencia clara a favor de esta postura, creemos que el principio de libre convencimiento del juez es adoptado enteramente en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* de la mano tanto de los emperadores como de los juristas clásicos cuando tratan las cuestiones relativas al testimonio en el proceso penal, puesto que ratifican su constante validez y conveniencia, de suerte que la apreciación de la prueba testimonial y, por tanto, de la credibilidad o veracidad de los testigos, se deja estrictamente al libre dictamen del juzgador, como sucede en la disposición aquí tratada del emperador Adriano. Otra cosa es que las indicaciones que figuran en los textos vengán a trazar un *iter*, no vinculante, conforme a criterios racionales en los cuales el juez de las *cognitiones* podrá apoyarse para llevar a cabo un examen cuidadoso de los testimonios aportados y así valorar la citada prueba dentro de unos parámetros objetivos y contrastables. A través de estos pasajes se dota de racionalidad un ámbito de decisión que corresponde al juez y que no se encuentra reglado, para que los problemas que plantea el

juicio de hecho no discurran irremediamente por los caminos de la discrecionalidad o arbitrariedad más absolutas.

A nuestro juicio, esta perspectiva se muestra plausible si tenemos presente que la motivación de las sentencias no debió de ser extraña a la praxis forense romana, en particular en el ámbito de las *cognitiones extraordinariae* -aunque no existiese una exigencia legal al respecto, como ya se ha dicho-, en tanto en cuanto dicha justificación o fundamentación supone una nota distintiva de racionalidad y se identifica con un modo lógico en el proceder dentro de la actividad jurisdiccional. Todo ello, a su vez, es fruto de un razonamiento deductivo derivado de la actividad probatoria que, además, discurre en paralelo con la institución de la apelación -mecanismo procesal de impugnación de resoluciones judiciales arbitrado en la *cognitio*-, pues, en ausencia de fundamentaciones en las que el juez basa su fallo, difícilmente podría ser este susceptible de impugnación.

El juez de la *cognitio* ha de evaluar las pruebas de forma razonada y para ello tendrá en cuenta las orientaciones expresadas en los textos. Justamente en esta cuestión entendemos que existe una interesante conexión con el marco jurídico actual que remite a las reglas de la sana crítica. Efectivamente, la fuerza probatoria de las declaraciones testificales se determina, en cada caso, según las reglas de la sana crítica, que constituyen un canon elemental de valoración de la prueba y que han sido descritas como unas reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundamentar una valoración razonada de la prueba y permiten su fiscalización posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior.

El enfoque y tratamiento que el Derecho romano clásico otorgaba a la prueba testimonial refleja la ausencia de un sistema de prueba tasada, y gobierna, por tanto, el principio de libre apreciación, pero no de forma categórica o rotunda, ya que el juez romano no está constreñido por reglas rígidas que determinen el valor que se deba otorgar a la prueba testimonial, como tampoco decide únicamente apoyándose en su fuero interno. Los pasajes tratados en este trabajo son una buena muestra de razonables apreciaciones, indicaciones y reflexiones con el fin de orientar al juzgador en la valoración de los testimonios e impedir un proceder arbitrario o un ejercicio de poder omnímodo. Este sistema ecléctico se aproxima al método de la sana crítica presente en nuestro Derecho actual, como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y transita entre la prueba legal y la libre convicción.

Esfuerzos reseñables por diseñar modelos de racionalidad que intentan canalizar el ejercicio de ese poder formidable que es el poder judicial no sólo se encuentran en el Derecho romano, también hallamos interesantes ejemplos en otros ordenamientos históricos, como hemos tenido ocasión de ver. Es más, la problemática del juicio de hecho y, en concreto, la valoración de la prueba testimonial no es ajena a la realidad jurídica actual y sigue constituyendo un tema espinoso que entraña considerables debates y contrapuestos posicionamientos al respecto de esta cuestión.

En tiempos recientes, la veracidad de lo testificado y su consiguiente valoración por parte del juez han sido objeto de

análisis desde un enfoque técnico. Sobre el particular, hemos podido comprobar los avances de la psicología del testimonio en el estudio de la memoria y en el desarrollo de técnicas cada vez más sofisticadas y útiles en lo que se refiere a la obtención y evaluación del testimonio, instrumentos que paulatinamente se van aplicando en los procesos judiciales con las debidas precauciones y reservas por parte de los jueces.

Asimismo, el enfoque epistemológico o gnoseológico trata de descifrar la estructura interna del pensamiento, el orden y la sistematización de los niveles y esquemas mentales que gobiernan los razonamientos probatorios y que conducen a los fallos conclusivos, con la finalidad de que el juez se sirva de estos esquemas en sus argumentaciones para lograr una motivación correcta y unos resultados probatorios óptimos.

Igualmente, las IAs, como un conjunto de tecnologías que combinan información, algoritmos y capacidad informática, aplicadas a la valoración de la prueba testifical, se revelan ya como una realidad. Es el caso, entre otros, del antes aludido programa «ADVOKATE», que predice la idoneidad o fiabilidad de los testigos de acuerdo con datos de procesos y situaciones anteriores, mediante diversos criterios. Estos usos y aplicaciones ponen de manifiesto un auge que parece imparable en este campo de las ciencias de la computación. Sin embargo, al mismo tiempo, generan cuestiones muy polémicas y controvertidas debido, entre otras cosas, a su repercusión en la esfera de los derechos y garantías

fundamentales dentro del proceso, por lo que existen reticencias a un uso generalizado de estas herramientas.

Desde una perspectiva más general, cabe recordar cómo los propios tecnólogos (1000 expertos), en el año 2023, solicitaron pausar el desarrollo, el entrenamiento y las pruebas de sistemas de IA por tratarse de una potencial amenaza para la humanidad<sup>240</sup>. Así mismo, resulta muy pertinente prevenir sobre las actitudes irreflexivas y acríicas en relación con la reconstrucción discursiva humanizadora de estos sistemas informáticos y tener siempre presente su carácter disruptivo con gran capacidad de impacto socioeconómico.

---

<sup>240</sup> Vid. noticia de prensa sobre “La carta en la que más de 1.000 expertos piden frenar la inteligencia artificial por ser una «amenaza para la humanidad»” - BBC News Mundo. Disponible en:

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-65117146>

También son dignas de mención las apreciaciones, fruto de una profunda reflexión desde una dimensión antropomórfica y ética, expresadas por la Santa Sede, aprobadas por el Sumo Pontífice Francisco, *Ex Audientia Die* 14.01.2025 a los Prefectos y Secretarios del DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE y DEL DICASTERIO PARA LA CULTURA Y LA EDUCACIÓN, publicadas bajo el título “*Antiqua et nova. Nota sobre la relación entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana*”, 28 de enero de 2025, documento en el que se presta especial atención a cuestiones fundamentales, *grosso modo*: el uso responsable de la racionalidad y de la capacidad técnica al servicio del mundo creado, las aplicaciones IA dirigidas a promover el progreso humano y el bien común, la distinción esencial entre inteligencia humana e IA, con base en la filosofía tomista, las características de la inteligencia humana según un enfoque filosófico y teológico (racionalidad, encarnación, relacionalidad, relación con la verdad y custodia del mundo) conectado a la totalidad del ser (espiritual, cognitivo, corporal y relacional) dentro de una vertiente contemplativa connatural a la inteligencia humana, los límites de la IA, el papel de la ética en el empleo y desarrollo de estos sistemas apelando a la responsabilidad moral de todos los actores implicados en estos procesos, a los fines y los medios, etc. Disponible en:

[https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_ddf\\_doc\\_20250128\\_antiqua-et-nova\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddf_doc_20250128_antiqua-et-nova_sp.html)

En suma, estimamos que no hay que mostrar, *a priori*, una absoluta reluctancia a los conocimientos científicos especializados alcanzados en el ámbito de la prueba testifical, considerando que lo deseable es que el hecho testifical se efectúe y sea valorado en las mejores condiciones. No resulta descabellado que el juez acuda a otros saberes a fin de hallar elementos que arrojen luz a esta labor, que le faciliten un mejor discernimiento y le permitan adoptar y aplicar nuevas ópticas, sin dejar de lado, por supuesto, la dimensión jurídica e institucional de la actividad procesal probatoria.

Ciertamente, en periodos históricos sucesivos, las autoridades judiciales han procurado buscar la verdad en el relato que los testigos deponían ante su competencia y han tratado de descubrir la mendacidad del declarante, poniendo a prueba distintos métodos; con todo, a fecha de hoy, podemos afirmar que no se ha logrado todavía un método infalible y concluyente para esclarecer la mentira.

El juez está llamado a escrutar, indagar, en definitiva, examinar cuidadosamente si el testigo ha faltado a la verdad, forma parte de su *officium iudicis*. Huelga decir a estas alturas que las decisiones judiciales no son operaciones matemáticas, por ello, ha de actuar siempre con las máximas cautelas en el ejercicio de una función muy compleja. En última instancia, la actuación del juzgador debe en todo momento estar orientada hacia una apreciación libre de la prueba, pero dentro de unas variables objetivas y verificables, no de forma discrecional, subjetiva y arbitraria, para lo cual, con arreglo al principio de libre valoración de la prueba desde una concepción

racional podrá hacer uso de aquellos avances que sean susceptibles de poder contribuir, en cualquier caso, a una mejor práctica jurídica con todas las garantías y, naturalmente, respondiendo a las ineludibles exigencias de independencia e imparcialidad judicial.

Del mismo modo, el juez romano del periodo clásico, a buen seguro, tendría presente las indicaciones sobre la base de los conocimientos científicos del momento para auxiliarle en la libre apreciación de la prueba. Antaño y ahora se deben integrar los nuevos conocimientos y avances científicos como instrumentos auxiliares para la libre apreciación del juez. En suma, una vez más, el Derecho romano clásico nos indica el mejor camino a seguir, nos sirve de referencia remota.

## 8. Bibliografía

ALISTE SANTOS, T. J., “La motivación judicial en el Derecho romano y su proyección respecto de la nulidad de sentencias por falta de motivación en el Derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal”, en *Pensamiento Jurídico*. Bogotá (Colombia), 21/Enero-Abril, 2008, pp. 11-52.

ANDINO LÓPEZ, J. A., “Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal”, en *Justicia*, 2, 2017, pp. 367-414.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992, pp. 257-259.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, en *Jueces para la democracia*, 22, 1994, pp. 87-92.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, 2009.

ARCARIA, F., ‘*Referre ad principem*’. *Contributo allo studio delle ‘epistulae’ imperiali in età classica*, Milano, 2000.

ARCARIA, F., “La prova giudiziaria nel diritto romano”, en P. Cendon (a cura di) e I. Barbagallo (coord.), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le prove*, I, Torino, 2007, pp. 33-53.

ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en J. A. Ballester Pascual (ed.), *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Madrid, 2006, pp. 37-104 (= ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones”, en J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (coords.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Madrid, 2006, pp. 563-601).

ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología forense experimental. Testigos y testimonio. Evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones”, en S. Delgado (dir.) y S. Delgado y J. M. Maza (coord. del vol.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses: Vol. V. Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 2013, pp. 21-46.

ARCHI, G. G., “La prova nel diritto del Basso-Impero”, en *Iura*, 12, 1961, pp. 1-23.



ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, en *Jueces para la democracia*, 22, 1994, pp. 82-86.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, 1ª ed., 2ª impr., Barcelona, 2015.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación jurídica*, 1ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2015.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en J. Aguiló Regla y P. Grández Castro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, 2017, pp. 11-42.

BERGER, A., s. v. “*testimonium*”, en N. G. L. Hammond y H. H. Scullard (eds.), *The Oxford Classical Dictionary*, 2ª ed., Oxford, 1970, p. 1047.

BERGER, A., s. v. *testis*, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004, pp. 735-736.

BESELER, G., “*Miszellen*”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 45, 1925, p. 468.

BLANDÓN-GITLIN, I., et al., “Cognición, emoción y mentira: implicaciones para detectar el engaño”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 27, 2017, pp. 95-106.

BONINI, R., *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1964.

BOTTA, F., "Ordo/Extra ordinem. Sistemi giurisdizionali e ordenamenti penali durante il Principato", en A. Guidara (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Torino, 2021, pp. 3-10.

BRASIELLO, U., *La repressione penale in Diritto romano*, Napoli, 1937.

BRASIELLO, U., s. v. "Processo Penale (Diritto Romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1957, pp. 1157-1160.

BREITHAUPT, F., *El cerebro narrativo. Lo que nuestras neuronas cuentan*, Madrid, 2023.

BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971.

BROMBY, M. C., y HALL, M. J., "The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: an Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony", en T. J. M. Bench-Capon, A. Daskalopulu, y R. G. F. Winkels (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2002. The Fifteenth Annual Conference*, Amsterdam, 2002, pp. 143-152.

BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973.

BUENO DELGADO, J. A., "Los rescriptos imperiales como fuente del derecho", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 11, 2013, pp. 378-435.

BUTI, I., “La *cognitio extra ordinem*: da Augusto a Diocleciano”, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, T. II, Bd. 14, Berlín-NewYork, 1982, pp. 29-59.

CALAMANDREI, P., “Il proceso come giuoco”, en *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 485-511.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997.

CENTOLA, D. A., ‘*Contra constitutiones iudicare*’ alle origini di una dialettica nell’età dei Severi, Napoli, 2017.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., “El problema del testigo único en el derecho romano”, en *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22, diciembre, 2009, pp. 99-124.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., “El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho romano”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 5, 2010, pp. 178-198.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., “La valoración del *unius testimonium* en el proceso: Derecho Romano y jurisprudencia actual”, en *Revista Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, 14, 2019, pp. 1-12.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., “El testimonio único en el Derecho romano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en M. C. López-Rendo (dir. y coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Vol. II, Universidad de Oviedo/BOE, 2020, pp. 251-271.

COSSA, G., “La prova testimoniale tra prassi istruttorie romane e odierna cross-examination”, en *Studi Senesi*, CXXVII, 2015, pp. 7-69.

CREMADES, I., y PARICIO, J., “La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54, 1984, pp. 179-208.

DEANESI, L., “La psicología del testimonio y sus aportes al proceso judicial”, en M. Pastor y M. Roca (dirs.), *Colección sobre Neurociencias y Derecho*, Tomo I, 2019, pp. 1-10.

DE CHURRUCA, J. y MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho Romano*, 10ª ed. rev., Bilbao, 2015.

DE DOMINICIS, M. A., “I destinatari dei rescritti imperiali da Claudio a Numeriano”, en *Annali Univ. di Ferrara*, N.S. 8, 1950, pp. 1-72.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Inteligencia artificial: reflexiones para inteligencias naturales”, en *Argumentos progresistas*, núm. 57, junio-julio de 2024.

Disponible en: <https://argumentosprogresistas.org/ap5707/>

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “El Derecho penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial Criminal Law vs IA Act”, en *Revista Ius Criminale*, 1, octubre, 2024, pp. 83-107.

DE LA FUENTE ARNANZ, J., *La memoria de los testigos*, Barcelona, 2015.

DE LA ROSA, E. (dir.) *et al.*, “Justicia digital. Guía para el diálogo sobre el diseño y uso eficiente, de calidad y ético de herramientas

tecnológicas en la justicia civil”, Fundación COTEC, 2022.  
Disponible en:

<https://online.flippingbook.com/view/230632013/96/#zoom=true>

DE LOS MOZOS TOUYA, J. J., “Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51, 1981, pp. 659-674.

DEL REAL ALCALÁ, A., “Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas”, en *AFD*, XXXIX, 2023, pp. 281-314.

DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, IV. Parte Seconda, Napoli, 1975.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La nueva isla de Elon Musk”, en *Diario ABC*, 26 de febrero de 2025. Disponible en:  
<https://www.abc.es/opinion/federico-de-montalvo-jaaskelainen-nueva-isla-elon-musk-20250226141548-nt.html>

DENAULT, V., *et al.*, “The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 1, 2020, pp. 1-12.

DE PAULA RAMOS, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, trad. L. Criado Sánchez, Madrid, 2019.

DE ROBERTIS, F. M., “*Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali*”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 59, 1939, pp. 219-260.

DE ROBERTIS, F. M., "Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali. I. Il giudice e la norma nel processo penale straordinario", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 4, 1941, pp. 1-16 (= *Scritti varii di Diritto Romano*, 3. *Diritto penale*, Bari, 1987, p. 105 ss.).

DE ROBERTIS, F. M., "Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali. II. *I rescripta principum*", en *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell' Università de Bari*, 4, 1941, pp. 281-312 (= *Scritti varii di Diritto Romano*, 2. *Storia del diritto. Diritto pubblico. Epigrafia giuridica*, Bari, 1982, pp. 169-228).

DE ROBERTIS, F. M., "Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung*, 62, 1942, pp. 255-266.

DE ROBERTIS, F. M., "Sulla funzionalità della prova per testimoni", en *Daunia Giudiziaria. Rivista di Diritto, giurisprudenza e notiziario*, 4, 1961, pp. 241-256 (= *Scritti varii di Diritto Romano*, 1. *Diritto Privato*, Bari, 1987, pp. 405 ss.).

DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE. DICASTERIO PARA LA CULTURA Y LA EDUCACIÓN, "Antiqua et nova. Nota sobre la relación entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana", 28 de enero de 2025.

Disponibile en:

[https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_ddf\\_doc\\_20250128\\_antiqua-et-nova\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddf_doc_20250128_antiqua-et-nova_sp.html)

DIGES JUNCO, M., "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", en *Aequitas. Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Núm. 5, Año 3, Enero/Abril, 2014, pp.13-55.

DOMINGO MONFORTE, J. y MATARREDONDA CHORNET, L., "El *amicus curiae*. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de la víctima en el proceso penal", en *Diario La Ley*, nº 10259, Sección Tribuna, 30 de marzo de 2023.

D'ORGEVAL, B., *L'Empereur Hadrien: Oeuvre legislative et administrative*, Paris, 1950.

D'ORS, A., "La signification de l'oeuvre d'Hadrien dans l'histoire du droit romain" en A. Piganiol y H. Terrase (eds.), *Les empereurs romains d'Espagne*, Paris, 1965, pp. 147-161.

D'ORS, A., "Rescriptos y cognición extraordinaria", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47, 1977, pp. 5-42.

ESPIGA CASANOVA, G., "De *legatus pro praetore* a *agens vices praesidis*: evolución del rango y competencias de los gobernadores provinciales de las provincias fronterizas del Imperio romano en el siglo III d. C.", en P. D. Conesa Navarro *et alii* (coords.), *Antigüedad "in progress...": actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I)*, Murcia, 2017, pp. 305-334.

EYMERIC, N., *Manual de Inquisidores para uso de las Inquisiciones de España y Portugal*, trad. del francés por J. Marchena, Imprenta de Feliz Aviñón, 1821, reed. Ed. Fontamara, Barcelona, 1974.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Los principios ‘dispositivo’ e ‘inquisitivo’ en el proceso romano”, en *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 41, 1975, pp. 125-158.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, en *Revista Jurídica*, 12, 2005, pp. 117-142.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Romano*, 8ª ed., rev. y act., Madrid, 2024.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., Madrid, 2005.

FERRAJOLI, L., “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 20, 2016, pp. 65-95.

FERRAJOLI, L., “Diez reglas de deontología judicial, consecuentes a la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción”, en *Jueces para la democracia*, 102, 2021, pp. 75-82.

FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, 2021.

GAMA LEYVA, R., “Manuel Atienza y las bases para el estudio de la prueba desde un enfoque argumentativo del Derecho”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, 2023, pp. 177-185.

GARNSEY, P., “The Criminal Jurisdiction of Governors”, en *The Journals Roman Studies*, 58, 1968, pp. 51-59.



GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed. corr., Lima, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, pp. 127-139.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Cuestiones probatorias*, Bogotá, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Prueba y argumentación. La justificación de la premisa fáctica. Parte IV”, en M. Gascón Abellán (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, 2014, pp. 372-455.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Inteligencia artificial y prueba. ¿Puede juzgar una máquina?”, 2ª Conferencia plenaria de la 1st MTGEW, 23/05/2022. 1st Michele Taruffo. Girona Evidence Week, 23-27 de mayo de 2022.

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lrPyy2CIKPk>

GIL GARCÍA, O., “La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano”, en *R. Jur. FA7*, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./abr. 2020, pp. 143-164.

GIL GARCÍA, M. O., “El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 28, 2022, pp.185-274.

GONZÁLEZ DE RIVERA, J. L., “Evolución histórica de la Psiquiatría”, en *Psiquis*, 19 (5), 1998, pp. 183-200.

GONZÁLEZ LAGIER, D., “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23, 2020, pp. 79-97.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., “Legislación penal de Adriano”, en *e-Legal History Review*, 38, 2023, pp. 1-26.

GONZÁLEZ SALINERO, R., *Las persecuciones contra los cristianos en el Imperio romano*, Madrid-Salamanca, 2015.

GRAVES, J. T., s. v. “Callistratus”, en *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, I, London, 1867, pp. 578- 579.

GUALANDI, G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I y II, Milano, 1963.

GUARINO, A., “Gli argomenti del giudice”, en *Trucioli di Bottega*, 4, Napoli, 2005, pp. 113-115.

HON, T., s. v. “Callistratus”, en S. Hornblower y A. Spawforth, *The Oxford Classical Dictionary*, 3ª ed., Oxford-New York, 1996, p. 279.

HONORÉ, A. M., “The Severan lawyers: a preliminary survey”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, 1962, pp. 162-232.

JACQUES, F. y SCHEID, J., *Rome et l'intégration de l'Empire (44 av. J.-C.-260 ap. J.-C.)*. Tome 1, *Les structures de l'Empire romain*, 1ª ed., Paris, 1990.

JONES, A. H. M., *Studies in Roman Government and Law*, Oxford, 1960.

KASER, M., "Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 71, 1954, pp. 221-241.

KASER, M., "Gli inizi della *cognitio extra ordinem*", en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, 1, 1968, pp. 169-197.

KOTZ-DOBRZ, W., s. v. "*Callistratus*", en A. Pauly, G. Wissowa, and W. Kroll (eds.), *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft Suppl. III*, Stuttgart, 1918, pp. 225-229.

KRÜGER, P., *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, trad. esp. reimpr. facs., Pamplona, 2003.

KUNKEL, W., *Herkunft und Soziale Stellung der Römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967.

LANCHO RODRÍGUEZ, J. M., "Jaulas para la IA en Europa", en *Diario ABC*, 6 de febrero de 2025. Disponible en:

<https://www.abc.es/opinion/jose-maria-lancho-jaulas-ia-europa-20250206181925-nt.html>

LATORRE SEGURA, A., *Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977.

LÉCRIVAIN, CH., s. v. "*testimonium, testis*", en CH. Daremberg y E. Saglio (dirs.), *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, v. 5, Ed. facs. de la de París, Librairie Hachette, 1877-1919, Akademische Druck, Graz, 1969, pp. 146-156.

LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Justiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, Leipzig, 1889.

LEVY, E., RABEL. E. y MITTEIS, L., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar, 1931.

LEVY, E., "Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht", en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 45, 1938, pp. 57-166.

LÉVY, J. PH., "Dignitas, gravitas, auctoritas testium", en *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 29-94.

LUZZATTO, G. I., "Ricerche sull'applicazione delle costituzioni imperiali nelle provincie", en G. G. Archi (a cura di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, pp. 263-293.

LUZZATTO, G. I., "In tema di origine del processo *extra ordinem*. Lineamenti critici e ricostruttivi", en *Studi in onore di E. Volterra*, 2, Milano 1971, pp. 665-757.

MADERO EGUÍA, M., "Causa, creencia y testimonios. La prueba judicial en Castilla durante el siglo XIII", en *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre*, 2, 2008, pp. 1-18.

MAGRO SERVET, V., "La prueba pericial psicológica de la valoración del testimonio en el proceso penal", en *Diario La Ley*, nº 10413, Sección Doctrina, 26 de diciembre de 2023, pp. 1-14.

MANTOVANI, D., "El Derecho romano después de Europa. La historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 9, 2006, pp. 353-386.

MANZANERO, A., "Hitos de la Psicología del Testimonio en la escena internacional", en *Boletín de Psicología*, n.º 100, noviembre, 2010, pp. 89-104.

MANZANERO, A. L., *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, 2010.

MANZANERO, A. L. y GONZÁLEZ, J. L., *Avances en psicología del testimonio*, Santiago, Chile, 2013.

MANZANERO, A. L. y GONZÁLEZ, J. L., "Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)", en *Papeles del Psicólogo*, vol. 36 (2), 2015, p. 127.

MANZANERO, A.L. y GONZÁLEZ, J. L., *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*, Madrid, 2018.

MARLASCA MARTÍNEZ, O., "Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales", en *Estudios Deusto*, Vol. 61/1, Bilbao, Enero-Junio 2013, pp. 247-270.

MAROTTA, V., "I giuristi romani come 'intelletuale': La cultura di Callistrato", en *Ostraka: Rivista di Antichità*, anno I, n. 2, Napoli, dicembre 1992, pp. 287-293.

MARRONE, M., "Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel proceso privato romano", en *Iuris Vincula. Studi in*

*onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 273-290 (= *BIDR*, 100, 1997, publ. 2003, pp. 37-48).

MARRONE, M., "Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano", en *Mélanges en l'honneur di Carlo Augusto Cannata*, Bale, 1999, pp. 53-65.

MATEO SANZ, A., "Calístrato", en R. Domingo (ed.), *Juristas universales. Vol. 1. Juristas antiguos*, Madrid, 2004, pp. 124-126.

MAZZONI, G., *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. J. M. Revuelta, Madrid, 2010.

MAZZONI, G., *Psicología del testimonio*, trad. A. Moreno, Madrid, 2019.

MCKLINTOCK, A., s. v. "Callistratus", en K. Brodersen, A. Erskine y D. Hollander (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, 2019, pp. 1-2.

MESSINA, S., "La testimonianza nel processo penale romano", en *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 73, fasc. 3, 1911, pp. 278-301.

MOMMSEN, T., *El Derecho penal romano*, I, trad. P. Dorado Montero, reprod. facs. de la ed. de Madrid de 1905, Ed. Analecta, Pamplona, 1999.

MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2, 11-46, Madrid, 1995, pp. 11-46.

MURILLO VILLAR, A., “Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español”, en *Teoría e Storia del Diritto Privatto*, V, 2012, pp. 1-65.

MURILLO VILLAR, A., *¿Para qué sirve el Derecho romano?: razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XX*, Santiago de Compostela, 2018.

NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010.

NIEVA FENOLL, J., “Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial”, en *Civil Procedure Review*, v. 9, nº. 1, jan.-apr., 2018, pp. 11-26.

NIEVA FENOLL, J., “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad”, en *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 1: 3-24, jan.-apr., 2012, pp. 3-24.

NIEVA FENOLL, J., “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio, 2017, pp. 57-76.

NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018.

NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, en S. Calaza López y M. Llorente Sánchez (dirs.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor, 2022, pp. 417-437.

NIEVA FENOLL, J., “El interrogatorio como pseudociencia”, en *Actualidad Civil*, 5, 2024, pp. 1-9.

NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia artificial y justicia: ¿perderemos el control?”, en *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 9, 2024, pp. 69-84.

NIEVA FENOLL, J., “Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2025, pp. 382-405.

OLMO LÓPEZ, R., “La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las Actas de los Mártires”, en *Antesteria*, 1, 2012, pp. 183-189.

OLMO LÓPEZ, R., *El centro en la periferia. Las competencias de los gobernadores provinciales romanos en Hispania durante el Principado*, Zürich, 2018.

ORESTANO, R., s. v. “Callistrato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1957-1975, p. 6.

ORESTANO, R., *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, rist., Torino, 1962.

ORESTANO, R., “La cognitio extra ordinem: una chimera”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 46, 1980, pp. 236-247.

ORTUÑO PÉREZ, M<sup>a</sup>. E., “Algunas consideraciones sobre la tentativa”, en J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 10, AIDROM/BOE, 2021, pp. 15-26 (= F. Camacho de los Ríos y A. Calzada González (coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid, 2005, pp. 441-452).



ORTUÑO PÉREZ, M<sup>a</sup>. E., “A propósito de un texto de Calístrato sobre el aprovisionamiento de alimentos a las ciudades”, en J. García Sánchez (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 9, 2021, pp. 159-176 (= S. Bello Rodríguez y J. L. Zamora Manzano (coords.), *El Derecho Comercial: de Roma al Derecho Moderno. IX Congreso Internacional XII Iberoamericano de Derecho Romano*, 2, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 571-588).

PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974.

PALAZZOLO, N., *Processo civile e política giudiziaria nel Principato*, Torino, 1980.

PARICIO SERRANO, J., *El Derecho romano en la encrucijada*, Arganda del Rey (Madrid), 2001.

PEDRAZ PENALVA, E., “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración”, en *Revista General de Derecho*, N<sup>o</sup> 586-587, 1993, pp. 7223-7269.

PÉREZ ESTRADA, M. J., “La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n<sup>o</sup> 2, mai.-ago., 2021, pp. 1385-1410.

PÉREZ ESTRADA, M. J., “Aplicación de inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal español”, en J. Picó i Junoy (dir.), *Aspectos críticos del Derecho Procesal: Diálogos Hispano-Italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, Barcelona, 2023, pp. 709-724.

PÉREZ MATEOS, T., “El valor de la prueba testifical en las Partidas”, en C. Rascón García (coord.), *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, 1998, pp. 297-303.

POLO ARÉVALO, E. M., “Poder de disposición del demandado sobre el objeto del litigio: precedentes y actualidad del allanamiento a la demanda”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1, 31, 2023, pp. 190-242.

PUGLIESE, G., “La prova nel processo romano classico”, en *Ius*, 11, 1960, pp. 386-424.

PULIATTI, S., *Il ‘De iure fisci’ di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992.

PULIATTI, S., “Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e Diritto”, en *Atheneum. Studi Periodici di Letteratura e Storia dell’Antichità*, 2, 2009, pp. 397-424.

PULIATTI, S., “Giudizio di fatto e nuovi principi nel processo romano tardoantico. La regola *unus testis nullus testis*”, en F. Reinoso Barbero (coord.), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, pp. 131-147.

PULIATTI, S., *Callistratus. Opera*, en A. Schiavone (dir.), *Scriptores Iuris Romani*, 5, Roma-Bristol, 2020.

RASCÓN GARCÍA, C., “Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano”, en *Res publica litterarum. Documentos de trabajo del grupo de investigación ‘Nomos’*, 2005-6, pp. 1-8.

RICCOBONO, S., “*Cognitio extra ordinem*. Nozione e caratteri del *ius novum*”, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, II, 1949, pp. 277-293.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, V., *et alii.*, “Jurisprudencia sobre métodos psicofisiológicos en declaraciones judiciales como nexo de conocimiento psicocriminal”, en *Revista Científica General José María Córdova*, 19 (36), 2021, pp.1065–1080.

RUIZ BUENO, D., *Actas de los mártires*, 5ª ed., 2ª reimpr., Madrid, 2003.

RUIZ SOLA, A., *Las constituciones griegas*, Madrid, 1987.

SANTALUCIA, B., *Derecho Penal Romano*, trad. J. Paricio y C. Velasco, Madrid, 1990.

SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Milano, 1998.

SANTOS YANGUAS, N., “Plinio, Trajano y los cristianos”, en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, 32 (99), 1981, pp. 391-410.

SCAPINI, N., “Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano”, en *Studi Parmensi*, 33, Milano, 1983, pp. 233-257.

SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, reimpr. corr., Oxford, 1953.

SHERWIN-WHITE, A. N., *The letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966.

SEIDL, E., “*Tryphoninus und Callistratus*”, en *Eranion Maridakis*, 1, 1963, pp. 231-252.

SIMÓN CASTELLANO, P., “Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”, en *THĒMIS-Revista de Derecho*, 79, enero-junio 2021, pp. 283-297.

TALAMANCA, M., “Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici”, en G. G. Archi (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel Tardo Impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi*, Firenze 2-4 maggio 1974, Milano, 1974, pp. 95-246.

TALAMANCA, M., “Per la storia della giurisprudenza romana”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, 19, 1977, pp. 195-344.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002.

TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, Madrid, 2010.

TARUFFO, M., “Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos”, en J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, 2020, pp. 177-188.

TARUFFO, M., *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, 2023.

TOMMERAY, F., *'Legati augusti pro praetore provinciae syriae': Projet d'étude sur l'activité et les fonctions des gouverneurs romains de la province de Syrie (Syrie-Coelé et Coelé et Syries-Phénicie à partir de 194), d'Auguste à Dioclétien*, Mémoire préparé sous la direction de M. Yves Môderan, prof. D'Histoire romaine à l'Université de Caen, 2004.

TORRENT RUIZ, A., *Manual de Derecho Privado*, Zaragoza, 1987.

TORRENT RUIZ, A., "El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, 1, Madrid, 1988, pp. 753-764.

TORRES GONZÁLEZ, V. A., "El gobierno extraordinario de Plinio en Bitinia-Ponto (*Epistolae, Liber X*)", en *Revista Itálica*, 1 (2), 2016, pp. 119-140.

TOZZI, A., "L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano", en *Rivista di diritto processuale civile*, 17, 1940, pp. 212-229.

TROVILLO, P. V., "A history of lie detection", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 29, 1939, pp. 848-881.

VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema della fonti del Diritto Romano. Corso di Lezioni*, 2ª ed. riv. ed. ampl., Torino, 2012.

VILARIÑO VASQUEZ, M., *et al.*, "Obtención del testimonio y evaluación de la credibilidad", en *International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología*, n.º 1-vol. 1, 2012, pp. 599-607.

VINCENTI, U., *'Duo genera sunt testium': contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989.

VINCI, F., "Sull'efficacia dei *rescripta principum* nel diritto romano", en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1, 1946-1947, pp. 320-324.

VOLTERRA, E., "L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'*expositio*", en *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1939, pp. 449-477.

VOLTERRA, E., "Il problema del testo delle costituzioni imperiali", Firenze, 1971 (Estratto da *Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. Venezia 18-22 Settembre 1967*).

VON PREMERSTEIN, A., s. v. "*legatus Augusti pro praetore*", G. Wissowa (ed.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XII, 1, Stuttgart, 1924, col., pp. 1143-1147.

WERNER, E., "Die italischen *legati Augusti pro praetore* unter Hadrian und Antoninus Pius", en *Historiae Augustae Colloquium Parisinum*, Macerata, 1991, pp. 183-195.

WISE, T. A., *Commentary on the Hindu System of Medicine*, Calcutta, 1845.

ZILETTI, V., "Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra ordinem*", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 29, 1963, pp. 124-150.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>01/04/2025   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>23/04/2025  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Oradoras romanas; mujeres abogadas; edicto de postulando; Hortensia</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Female Roman orators; female lawyers; edict; postulandum; Hortensia</i> |



## MUJERES ABOGADAS EN LA HISTORIA: DE LA LITERATURA CLÁSICA (HORTENSIA) AL CINE (*ON THE BASIS OF SEX*). DOS DISCURSOS EJEMPLARES\*

## FEMALE LAWYERS IN HISTORY: FROM CLASSICAL LITERATURE (HORTENSIA) TO CINEMATOGRAPHY (*ON THE BASIS OF SEX*). TWO EXEMPLARY SPEECHES

**Esther Domínguez López**

Profesora Titular de Derecho Romano  
Universidad de Málaga

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

(DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther. *Mujeres abogadas en la historia: de la literatura clásica (Hortensia) al cine (on the basis of sex). Dos discursos ejemplares* RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970.pp.172-235.

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

### Resumen:

El presente trabajo propone un estudio comparativo entre dos discursos ejemplares, pronunciados a siglos de distancia por dos mujeres quizá no demasiado conocidas, pero que presentan un evidente nexo de unión. Y esto es, el hecho de haberse “atrevido” a defender públicamente sus intereses, esos que cada una de ellas consideró conveniente defender, y ello de manera no solo ejemplar, sino también muy eficaz, pues sus reivindicaciones fueron oídas y atendidas. Hortensia y Ruth Baderg Ginsburg; dos circunstancias y condicionantes históricos diversos; dos historias de las que aprender.

### Abstract:

We present a comparative study between two exemplary speeches, delivered centuries apart by two women who may not be too well known, but who share a clear nexus of union. These two women dared to publicly advocate for their interests, those they considered convenient to stand up for, not only in an exemplary way, but also in a highly effective fashion, since their demands were heard and met. Hortensia and Ruth Baderg Ginsburg; two different historical circumstances and conditions; two stories to learn from

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Mujeres oradoras romanas. 2.1. Hortensia. Un discurso ejemplar. 2.1.1. Análisis del discurso: estructuración y herramientas oratorias. 3. *On the Basis of Sex* (“Una cuestión de género”). 3.1. Breve ficha técnico-artística. Sinopsis. 3.2. Análisis de “Una cuestión de género”. 3.3. El alegato final. Recursos oratorios. 4. Oratoria ejemplar: pasado y presente. Consideraciones conclusivas. 5. Índice de bibliografía

## 1. Introducción

Es de sobra conocida la función fundamental que actualmente juega en el proceso el abogado, profesional a quien corresponde la dirección y defensa de las partes, garantizando así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna. El Diccionario de La Real Academia Española de la Lengua define al abogado, del latín *ad vocatus*<sup>1</sup> (literalmente el llamado para auxiliar: *auxilium vocare*), como el «Profesional del derecho que presta asesoramiento jurídico y está habilitado para actuar ante los tribunales o entidades administrativas»<sup>2</sup>. Sabido es también que para ejercer la abogacía se precisa actualmente, entre otras, la acreditación de una formación

---

\*El presente trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto SEJ-163-G-FEDER”, “Los derechos y “no derechos” de la mujer en la historia”.

<sup>1</sup> DE MIGUEL, R., *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1914, s.v. *advocatus*: «El que asiste al litigante con su consejo, presencia o de otro modo (lo que era propio de los Jurisconsultos)».

<sup>2</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia española, ed. 2023 versión online, voz ‘abogado’.



jurídica previa, que solo se obtiene cursando y superando el correspondiente Grado Universitario. Quizá sea menos conocido que tal exigencia (nos referimos a la necesidad de cursar un Plan de estudios reglamentado) encuentra su primera formulación teórica en el s. IV d.C., siendo posible que ya se exigiese en la práctica tiempo atrás. No pretendemos en este estudio abordar todas las fases históricas por las que atraviesa la regulación de esta figura, desde las primeras referencias localizadas en las fuentes romanas, hasta la actualidad<sup>3</sup>. Porque además de ser una tarea imposible de acometer en un artículo, se aparta del objetivo central de este trabajo. Lo que sí nos parece conveniente y oportuno, y a ello vamos a dedicar estas líneas introductorias, es trazar unas pequeñas pinceladas sobre su origen y primera configuración histórica, que nos sirvan para contextualizar la cuestión a tratar. Para ello, hemos de partir de las primeras referencias que nos llegan, de los últimos tiempos de la República, cuando la abogacía era una actividad que se ejercitaba libre y espontáneamente por parte de reconocidos oradores, cuya misión era persuadir al Tribunal mediante el uso de la palabra, hasta su reconocimiento a partir del s. III d.C., como una profesión o servicio público, controlado y regulado ya por el Estado. A continuación, nos centraremos en lo que constituye el núcleo del presente trabajo, cual sea analizar las concretas referencias que las fuentes romanas nos proporcionan a propósito de mujeres oradoras, que se atrevieron a defender públicamente sus intereses; dicho más

---

<sup>3</sup> Sobre el particular, nos remitimos al detenido estudio realizado por LÓPEZ-RENDON, C. "La importancia del Derecho romano en la formación del abogado", en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Vol. IV *Derecho procesal romano*, Madrid, 2000, pp. 219-270.

claramente, que ejercieron como abogadas *postulando pro aliis*. Por último, confrontaremos uno de los testimonios que las fuentes nos reportan al respecto, con el alegato final de la protagonista del conocido film *On the Basis of Sex* (“Una Cuestión de género” en España), por encontrarnos en ambos casos ante discursos ejemplares, que supusieron además un hito histórico en el papel de la mujer en la lucha por el respeto o la consecución de derechos. Si bien, como también veremos, bajo planteamientos diametralmente opuestos que se conectan con los diversos condicionamientos sociales y culturales en que cada uno de los mismos se desarrolló.

Qué se entendía en Roma por “abogar” nos lo explica el jurista Ulpiano: *Postulare autem est desiderium suum, vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictione praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere*<sup>4</sup>. La *postulatio pro sui* o *pro aliis* estaba en un principio íntimamente conectada al ejercicio de la oratoria que, habiendo sido importada de Grecia a partir del s. III a.C., aprendían los romanos en las escuelas superiores de la mano del *rhetor*, que les instruía en general en el arte de discurrir públicamente<sup>5</sup>. El *rhetor* no tenía como misión específica formar abogados, en el sentido que después adquirirá el término de persona experta o docta en leyes (letrada), sino preparar al ciudadano romano para la vida pública. De hecho,

---

<sup>4</sup> D. 3.1.1.2 (*Ulp. VI ad ed.*): «Abogar es exponer en derecho ante el que tiene jurisdicción, la pretensión propia o la de su amigo, o contradecir la pretensión de otro».

<sup>5</sup> Sobre el surgimiento y evolución de las escuelas de retórica en Roma, *vid.* ampliamente AGUDO, A., *Abogacía y Abogado. Un estudio histórico-Jurídico*, La Rioja, 2022, pp. 30 ss.

Cicerón, conocido como “el príncipe de los oradores”<sup>6</sup>, no era experto en leyes, aunque tuviera ciertos conocimientos jurídicos<sup>7</sup>. El Arpinate era un maestro en el arte de la oratoria y la elocuencia, sobre las que escribió algunos tratados que se nos han transmitido (fundamentalmente *De inventione* y *Partitiones oratoriae*)<sup>8</sup>. Los

---

<sup>6</sup> De Cicerón podemos decir que destacaron por igual su oratoria y su patriotismo, lo que le valdría en igual medida también admiración y recelo. Sobre la primera por ser más evidente no vamos a hablar (puede consultarse de forma resumida sobre el argumento JIMÉNEZ DELGADO, J., “Supervivencia de Cicerón”, en *HELMANTICA, Revista de Humanidades Clásicas*, Univ. de Salamanca, núm. 30, 1958, pp. 351-362). Sí me referiré sucintamente a la exacerbada crítica a toda su labor por parte del insigne romanista T. MOMMSEN, pieza clave de la historiografía alemana del s. XIX y expresión del nacionalismo de corte más liberal, quien como es sabido localizaba en César el primer y admirable ejemplo de proyecto unificador de Italia, mientras que a Cicerón lo veía como un mediocre periodista: «Como estadista sin entendimiento, opinión e intención ha figurado sucesivamente como demócrata, como aristócrata y como instrumento de los monarcas y nunca ha sido más que un egoísta miope” (MOMMSEN, T., *Römische Geschichte* III, Berlin 1920, pp. 570 ss.). Reproducimos resumida la respuesta, quizá también exagerada, de MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de las Ideas estéticas en España*, Edición nacional de las Obras Completas, Madrid, 1940, p. 118: «Mucho sentimos diferir de la opinión de Mommsen, historiador tan grande como apasionado, y en quien no es acaso el sentido de lo bello la cualidad dominante. Sea por exaltado cesarismo, que llega a considerar a los enemigos del Dictador como enemigos personales suyos, sea por amor a la paradoja o por mera antipatía de gusto individual, o por afán de buscar en la historia armas para la polémica contemporánea, Mommsen se ha ensangrentado con la memoria de Cicerón, negándole, no toda fortaleza moral y política, sino hasta el talento literario, del cual la humanidad entera le ha considerado siempre como uno de los tipos más perfectos. A los ojos de Mommsen, Cicerón no es más que un abogado y un periodista en el peor sentido de la palabra. Si hay algún periodista en este negocio, el periodista no es ciertamente Marco Tulio, sino Teodoro Mommsen...».

<sup>7</sup> Sobre las estrategias oratorias en algunas de sus causas más célebres, *vid.* particularmente, FUHRMANN, M., “Cicerón y la retórica. La moral de abogado de Cicerón y su evaluación en los siglos XIX y XX”, en *Anuario filosófico*, núm 34, 2001, pp. 347-367.

<sup>8</sup> Quintiliano, en sus *Institutiones oratoriae*, uno de los principales textos sobre el argumento que se nos han transmitido (el más antiguo de que disponemos es la conocida *Rethorica ad Herennium*, de autor anónimo, si bien durante mucho tiempo atribuida a Cicerón), reconoce a Cicerón como el modelo a

expertos en la materia jurídica eran los jurisconsultos, a quienes particulares, magistrados y después los propios emperadores se dirigían para que les orientaran en cuestiones jurídicas, mediante su triple actividad del *respondere, agere y cavere*<sup>9</sup>. Pero a la hora de ganar un pleito, como el propio Cicerón advierte *apertis verbis*, era más importante la labor del orador, que la del jurisprudente<sup>10</sup>.

A las escuelas de retórica accedían los ciudadanos romanos entre los 17 y los 20 años<sup>11</sup>, y allí aprendían las técnicas de composición de un discurso (*inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio*) y se les ejercitaba en la *declamatio*. Primero sobre temas

---

seguir: «Hunc igitur spectemus. Hoc propositum sibi nobis exemplum. Ille se profecisse sciat, cui Cicero valde placebit» (X.1.12).

<sup>9</sup> Sobre el particular, con amplias referencias bibliográficas, *vid.* LÓPEZ-RENDO, C., “La importancia del Derecho romano” *cit.*, pp. 423-425.

<sup>10</sup> Cic. *de offic.* 2.19: «Éstos -se refiere a la labor de los juristas- son unos servicios muy agradables a todos, y muy a propósito para tener a los hombres obligados con ellos. La inmediata a ésta es la facultad de la elocuencia más majestuosa, mas benéfica y brillante. Porque ¿qué cosa más excelente, así por la admiración de los que oyen, como por la esperanza de los necesitados, y por el agradecimiento de aquéllos a quien favorece? Y así la dieron nuestros mayores el lugar primero en los empleos de la toga. Son, pues, de grandísima extensión los beneficios y patrocinio de un hombre elocuente, afable en su trabajo, y que según las primitivas costumbres toma a su cargo la defensa de muchas causas, sin dificultad y con desinterés». Sobre el carácter gratuito de las profesiones liberales y particularmente, sobre los honorarios de los abogados, *vid.* RODRÍGUEZ-ENNES, L., “Motivos que determinaron la introducción de la remuneración de la oratoria forense”, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 6, 1887, pp. 139-150.

<sup>11</sup> No era una edad fija, pues a decir de Quintiliano, *Inst. orat.* 2.1.7., sería cuando estuvieran dispuestos según el nivel de formación de cada uno, a recibir la educación superior: «...Nuestro intento principal es señalar el tiempo en que estará en sazón el niño para aprender la retórica. Para lo cual no hemos de atender a la edad que tiene, sino a lo que ha aprovechado en sus conocimientos...». AGUDO, A., *Abogacía y Abogado* *cit.*, p. 32.

deliberativos (*suasiones*), más propios de la oratoria política, en los que se proponía un asunto ficticio o se hacía una consulta imaginaria a fin de que llegaran a una conclusión. Y después se pasaba a las más complejas propuestas de debate sobre temas jurídicos (*controversiae*), ya más específicamente relacionadas con la práctica forense. Durante la República, la enseñanza de la retórica se circunscribió al ámbito estrictamente privado: el *rhetor*, inicialmente de origen griego, y después también latino<sup>12</sup>, desarrollaba su actividad al aire libre, normalmente en “locales” habilitados en los pórticos de los foros o en sus propias casas, no contando con más fuente de ingreso que los emolumentos de sus alumnos, que no siempre recibían. Ello no obstante y dado el prestigio y la demandada en alza de sus servicios, aunque la situación económica pudiera ser delicada para muchos, el oficio de retórico les podía aportar otras muchas ventajas; *ad exemplo*, en orden a obtener una alta magistratura<sup>13</sup>. A partir del Principado comienza el intervencionismo del Estado sobre estas escuelas de retórica, consciente de su importancia como centros de formación de futuros funcionarios de la Administración y abogados. Se crean las primeras

---

<sup>12</sup> Hubo varios intentos por parte de las *nobilitas* romana de frenar el fuerte influjo helenizante de estos retóricos y filósofos que empezaron a irrumpir a partir del s. III a.C. Todos fallidos, pues como explica AGUDO, A., *op. cit.*, pp. 29-30, la retórica había prendido ya con gran fuerza entre la sociedad romana: «...los jóvenes romanos ya no se conformarán con los maestros de que podían disponer en Roma, sino que viajarán a la propia Grecia para completar allí su formación en las escuelas de los filósofos y los retóricos de Atenas o de Rodas, los dos centros universitarios más importantes del mundo griego...». La primera escuela de retórica latina fue abierta en el a. 93 a.C., por un cliente de Mario, Plucio Galo.

<sup>13</sup> A propósito, *vid.* BONNER, S., *La educación en la Roma antigua, desde Catón a Plinio el Joven*, Barcelona-Herder, 1984, pp. 196 ss.

escuelas públicas controladas por el Estado (a tales efectos se proporcionan grandes salas en el foro con forma de hexedro, las *exedrae*)<sup>14</sup>, que proliferarán por toda Italia, al tiempo que se regulan los salarios de los *rhetores* y se les otorgan una serie de privilegios fiscales, básicamente relacionados con los *munera personalia*. En una palabra, se profesionaliza el oficio del *rhetor* y paralelamente a la creación de escuelas, se crean las cátedras oficiales, bajo el mecenazgo de los emperadores<sup>15</sup>.

En cuanto a la formación del abogado, a partir del Bajo imperio y sobre todo en la parte oriental<sup>16</sup>, comienza la especialización de los estudios de Derecho -separados ya de otras disciplinas como la retórica o la gramática-, en Escuelas creadas *ad hoc*, destacando las de Berito y Constantinopla. El Plan de estudios

---

<sup>14</sup> Adriano creará la primera red de escuelas por toda Italia, además de mandar construir en Roma el primer edificio dedicado a la enseñanza superior, conocido como *Athenaeum* (a. 135 d.C.). Posteriormente, Teodosio II creará en Bizancio la famosa Escuela de Constantinopla (425 d.C.). También comienzan a proliferar las bibliotecas públicas, destacando la de Constantinopla, creada por Constantino I en el 330 d.C.

<sup>15</sup> Se debe a Vespasiano la creación en Roma de las dos primeras cátedras de retórica, una latina que asigna a Quintiliano, y otra griega, dotándolas de un salario de cien mil sestercios cada una. La experiencia es repetida en Atenas por Marco Aurelio, que dotará a la ciudad con una cátedra de retórica y cuatro de filosofía. Sobre el particular, AGUDO, A., *Abogacía y Abogado* cit., pp. 62 ss.; y SALAZAR, M., "De la enseñanza superior a la enseñanza del derecho en el marco de la sociedad romana (s. III a.C.-s. VI d.C.)", en *REJIE Nueva Época*, núm. 22 Extraordinario-febrero, 2020, pp. 20-21.

<sup>16</sup> Como explican CHURRUCA, J-MENTXACA, R., *Introducción histórica al derecho romano*, Bilbao, 2015, p. 226, en la parte Occidental no hay constancia de la existencia de escuelas propiamente jurídicas, sino que el derecho se continuó enseñando junto a las técnicas oratorias y a interpretación gramatical de los textos. Por lo que en esta parte del Imperio el abogado seguía siendo ante todo un orador, que precisaba de la ayuda de un jurista (SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, pp. 487 ss.).

constaba de cinco años, al término de los cuales los alumnos debían acreditar sus conocimientos con un examen final<sup>17</sup>. Una constitución del 460 del emperador León I exigió por primera vez para poder ejercer como abogado la correspondiente acreditación<sup>18</sup>, exigencia que es confirmada en la legislación imperial posterior. Al mismo tiempo, surgen los *Collegia advocatorum*, reglamentados por el emperador Valentiniano III mediante la *Constitutio de postulando*<sup>19</sup>, a los que necesariamente debían adscribirse para desarrollar su actividad los *advocati*<sup>20</sup>. El emperador Justiniano remodelará en su Constitución *Omnen rei publicae* (a. 533) el Plan de estudios que se seguía en las Escuelas de Derecho, manteniendo por lo demás el régimen establecido en la legislación Bajo-imperial precedente<sup>21</sup>.

Centrándonos ya en la situación de la mujer, obvio es que para localizar las primeras manifestaciones históricas a la misma postulando *pro sui* o *pro aliis*, o lo que es lo mismo, ejerciendo como abogada, nos tenemos que situar antes y al margen de la profesionalización de tal oficio, y de su reglamentación como función pública (lo que acontece como hemos visto a partir del S. III d.C.). Es impensable en efecto que las mujeres se hubieran podido

---

<sup>17</sup> Más detenidamente sobre el asunto, SALAZAR, M., *op. cit.*, pp. 27-31.

<sup>18</sup> C. 2.7.11.1 (*Imp. Leo A. Viviano*). En el mismo sentido, C. 2.7.22 (*Imp. Anastasius A Constant. P.P.*, a. 507); o C. 2.7.24 (*id. A. Sergio P.P.*, a. 517).

<sup>19</sup> C. 2.7.13 (*Imp. Leo et Anthem. AA Alexandro*, a. 468).

<sup>20</sup> A propósito, ARIAS RAMOS, J., “‘Advocati’ y ‘collegia advocatorum’ en la actividad legislativa justiniana”, en *Homenaje a N. Pérez Serrano*, vol. I, 1959, pp. 47-61.

<sup>21</sup> Sobre el particular, ampliamente, AGUDO, A., *Abogacía y Abogado cit.*, pp. 107-118.

inscribir en un Colegio de Abogados, pues estaban legalmente excluidas de todos los asuntos públicos (ya fuera ejercer como juez, desempeñar una magistratura, representar a alguien o defenderlo en un pleito), al ser considerados como *virilia officia*, como seguidamente expondremos. Más aun, tampoco hubiera sido posible que recibieran la formación necesaria en las escuelas superiores, pues una vez alcanzados los doce años, edad núbil, la mujer asumía su rol de matrona, dedicada por entero al cuidado del hogar. Contamos además como fecha tope con la promulgación en la primera mitad del s. I a.C. del *edicto de postulando*, que prohibió tajantemente que en adelante las mujeres pudieran ejercer como abogados en causas ajenas (*postulare pro aliis*). Prohibición que se perpetuará en nuestro derecho histórico a través de las Partidas y las Leyes del Espéculo<sup>22</sup>, hasta las constituciones liberales de 1869 y 1876<sup>23</sup>.

Sentadas estas premisas, procedemos a abordar el estudio comparado de los discursos de dos mujeres, “abogadas”, que hicieron historia: uno, el de la oradora romana Hortensia ante una Asamblea popular presidida por los triunviros (s. I a.C.), y otro el de

---

<sup>22</sup> Título VI, Partida 3, ley 3<sup>a</sup>: *Ninguna muger, quatoquier q sea sabidora, non puede ser abogado e juyzio por otri* (=Espéculo Libro IV, Título IX, de los vozeros).

<sup>23</sup> En nuestro país, no será hasta 1910 cuando se permitirá el acceso de las mujeres a los Estudios Superiores, y hasta 1920 cuando el Colegio de Abogados de Madrid reconocerá en sus Estatutos, de forma expresa, el derecho de las mujeres a ser inscritas como abogadas. Sobre la recepción de las normas relativas al oficio del abogado en el derecho castellano hasta las modernas codificaciones: LÓPEZ-RENDO, C., “La importancia del Derecho romano” cit., pp. 440 ss.



Ruth Baderg Ginsburg ante una Corte de Apelaciones de los EEUU (a. 1972). Se trata como veremos de dos intervenciones ejemplares, que presentan además la paradoja de ser, respectivamente, la última de que tenemos constancia en Roma antes de que se las silenciara, y una de las primeras o más notables después de que se les devolviese la palabra<sup>24</sup>. No pretendemos, ni podríamos en estas breves líneas, analizar la problemática relativa a la lucha histórica de la mujer contra la discriminación. Nuestro objetivo es, antes al contrario, poner en evidencia las numerosas similitudes que se localizan entre ambos discursos, desde el punto de vista de los recursos retóricos y las herramientas y estrategias oratorias empleadas por sus protagonistas, con la finalidad de mostrar la enorme fuerza persuasiva que puede lograr un discurso bien estructurado y una oratoria elocuente. Del prestigioso orador Quintiliano (s. I d.C.) aprendimos que la retórica es *bene dicendi scientia*, esto es, el arte de bien decir, y que su objetivo es el de enseñar, mover y deleitar. Pongamos en práctica la teoría, y aprendamos con el ejemplo de estas mujeres.

---

<sup>24</sup> Como se verá, el film se sitúa cronológicamente en los primeros momentos de acceso de las mujeres a la prestigiosa y elitista Universidad de Harvard, lo que acontecerá después de un siglo de encendidas reivindicaciones. Los primeros logros de las mujeres se remontan a 1879, cuando se funda el llamado "Anexo Harvard", rebautizado en 1894 como "Radcliffe College", centro privado de estudios superiores femenino, dependiente de la Universidad de Harvard, donde éstas recibirán su formación por parte de los profesores de la prestigiosa institución, pero de manera independiente de los cursos regulares de la misma. En 1943 se permitirá por primera vez a las mujeres tomar clases en Harvard, y desde 1963 las mujeres ya recibirán diplomas oficiales de esta Universidad. Pese al progresivo acercamiento entre ambas instituciones, el convenio definitivo no llegará hasta 1999, cuando Radcliffe será plenamente absorbido por Harvard, convirtiéndose desde entonces en un Instituto de Estudios Avanzados.

## 2. Mujeres oradoras romanas

Son prácticamente inexistentes las referencias a oradoras romanas hasta el s. I a.C., y las pocas que nos han llegado son siempre indirectas, en boca de hombres. Tres son concretamente, siguiendo el testimonio de Valerio Máximo, escritor romano del s. I d.C., en su obra *Facta et dicta memorabilia*, las mujeres que se habrían atrevido a defender en público sus intereses. Lo que significaba romper el pacto de silencio que desde siempre se habrían autoimpuesto las matronas romanas, a cambio de obtener el respeto y la admiración de una comunidad en que los roles estaban perfecta y rígidamente definidos *ab initio*, como si de una norma de derecho natural se tratase<sup>25</sup>. Y a ellas correspondía indiscutiblemente el cuidado del hogar, la educación de los hijos, y la más estricta observancia de las virtudes morales dentro de la familia.

Mesia Sentina, Afrania y Hortensia. Estos son los nombres de las mujeres que, según afirma el historiador en tono despectivo,

---

<sup>25</sup> Numero insignificante que contrasta con el de los muchos oradores, hombres, que menciona en el resto de los capítulos del mismo Título. Entre los que destacamos, por su trascendencia pública: el discurso que siendo ya viejo pronunciara Catón contra Servio Galba (Cap. VIII, 1 y 7) y que insertó en su obra *Origines* (de la noticia nos dan testimonio también: Cicerón, *Brutus* XXII; Plutarco, *Vit. Cat.*; y Tito Liv, XXXIX); el discurso que en defensa de su yerno Aulo Atilio Colatino, acusado de haber traicionado a la ciudad de Sora durante las guerras samnitas, pronunciara Quinto Máximo, con el que obtuvo la absolución (Cap. VIII,1); o la infructuosa acusación que sostuvo ante el pretor Publio Escipión contra Lucio Cota (Cap. VIII,1).

debían ser recordados pues: «No podemos guardar silencio sobre aquellas mujeres a quienes, ni la modestia de su sexo ni las insignias de su pudor, pudo impedirles que hablaran en el foro y en los tribunales»<sup>26</sup>. De la primera, Mesia Sentina, son pocas las noticias que tenemos. Veamos lo que nos cuenta Valerio Máximo:

*Val. Max., Fact. et dict. Mem., VIII.3.1 Amesia Sentinas rea causam suam L. Titio praetore iudicium cogente maximo populi concursu egit modosque omnes ac numeros defensionis non solum diligenter, sed etiam fortiter executi, et prima actione et paene cunctis sententiis liberata est. quam, quia sub specie feminae uirilem animum gerebat, Androgynen appellabant.*

Según el escritor, habiendo sido acusada, Mesia Sentina defendió su causa ante un tribunal de jueces presididos por el pretor Lucio Ticio. Y la sostuvo con tal diligencia y firmeza en todas sus partes, que resultó absuelta por decisión casi unánime de los mismos, en la primera instancia. También nos dice que se la llamó a partir de entonces “Androgynes”, porque siendo mujer representaba ánimo varonil (...*virilem animun gerebat*...). Se evidencia así el juicio desfavorable que socialmente recibían las mujeres que tomaban la palabra en público, y ello pese a que se reconociese y alabase -como es el caso- su formación intelectual y habilidad oratoria<sup>27</sup>. Por lo demás, desconocemos la causa del juicio,

---

<sup>26</sup> Así comienza el fragmento de Val. Max., *Fact et dic. mem.* VIII,3, intitulado «De las mujeres que se defendieron delante de los magistrados».

<sup>27</sup> Como advierte CANTARELLA, E. *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, Trad. M<sup>a</sup> Isabel Nuñez Paz, Madrid,1997, pp. 134-5: «lo que dice Valerio sobre su habilidad retórica da a entender, o sugiere al menos, que Mesia procedía de una familia acomodada y que había recibido una buena educación: que era, en consecuencia, una mujer culta, capaz de manejar las armas de la retórica hasta el punto de arrancar una absolución a un tribunal masculino que -no es difícil de imaginar- debía de estar desconcertado por su audacia».

aunque la referencia a un tribunal de jueces hace pensar en una *quaestio* penal.

El caso de Afrania, o Caya Afrania, o finalmente Carfania<sup>28</sup>, es sin duda el más llamativo. Según nos cuenta Valerio, se trataba de la esposa del senador Licinio Bucón, la cual, dispuesta siempre a pleitear, se habría atrevido a abogar por sí ante el pretor. Y no porque le faltasen abogados que pudieran actuar por ella, sino porque era muy desvergonzada, descaradísima diríamos. De manera que se presentó ante el tribunal haciendo temblar el foro con gritos desacostumbrados (“latritus”, ladridos), y para afrenta de las mujeres -concluye- el nombre de Afrania quedaría ligado desde entonces al de las malas costumbres. Tan es así, explica a modo de epílogo, que si bien no sabemos cuándo nació, conocemos que murió en el segundo consulado de Cayo César y el primero de Publio Servilio (a. 49 a.C.), pues de un monstruo semejante<sup>29</sup> se ha de conservar más memoria de su muerte, que de su nacimiento<sup>30</sup>:

---

<sup>28</sup> Con la contracción Carfania se refiere a ella Ulpiano en D. 3.1.1.5, comentando el *edicto de postulando*, en que el pretor se habría visto obligado, precisamente por la desvergüenza de la misma, a prohibir en adelante a las mujeres *postulare pro aliis: ...origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inuerecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto...*

<sup>29</sup> No se debe, en opinión de CANTARELLA, E., *op. cit.*, pp. 136-7, infravalorar la utilización en el texto del término monstruo, que en latín se empleaba para designar a aquél nacido con tales deformidades que más que una persona, parecería un animal. Y de ahí que Livio dijera que Afrania labraba más que hablaba: porque era un monstruo.

<sup>30</sup> En este punto, reproduzco las oportunísimas reflexiones que a propósito de la lectura del texto nos ofrece LÓPEZ, A., “Las matronas romanas ante la vida pública: utilización de la palabra”, en *Revista Internacional de Culturas y*

Val. Max., *Fact. et dict. Mem.*, VIII, 3.2. *Afrania vero Licinii Bucconis senatoris uxor prompta ad lites contrahendas pro se semper apud praetorem verba fecit, non quod advocatis deficiebatur, sed quod inprudencia abundabat. itaque inusitatis foro latratibus adsidue tribunalia exercendo muliebris calumniae notissimum exemplum evasit, adeo ut pro crimine improbis feminarum moribus C. Afraniae nomen obiciatur. prorogavit autem spiritum suum ad C. Caesarem iterum Seruilium consules: tale enim monstrum magis quo tempore extinctum quam quo sit ortum memoriae tradendum est.*

Decíamos que es el caso más llamativo, porque si atendemos al testimonio del jurista Ulpiano, habría sido precisamente el descaro de esta mujer el que habría motivado que, cuando el pretor emanó en el s. I a.C. un edicto en el que fijaba los requisitos necesarios para ejercer como abogado (*edicto de postulando*), incluyese a las mujeres - junto a los ciegos, los homosexuales pasivos, los condenados a pena capital y otros condenados por infamia-, entre las personas a las que les estaba prohibido *postulare pro aliis*<sup>31</sup>:

---

*Literaturas*, núm. 15, 2014, p. 55: «¿Cómo hay que leer el texto de Valerio Máximo? Yo he escrito que para hacerlo quizá con más ecuanimidad, puede ser de gran provecho, por ejemplo, la lectura del libro de Clara Campoamor, significativamente titulado *Mi pecado mortal. El voto femenino y yo*, donde descubrimos la reacción masculina de los diputados de las Cortes españolas, en el año 1931, ante un hecho perturbador, una mujer utilizando la palabra políticamente, y ante una propuesta inquietante, pedir el voto para las mujeres. En las tumultuosas sesiones parlamentarias que entonces tuvieron lugar, no era Clara Campoamor, cuando hablaba, la que llenaba de ladridos la sala, sino sus compañeros varones desde los escaños, dispuestos a apagar su voz y reducirla al silencio». Sobre el edicto *vid.* particularmente RESINA SOLA, P. “Una voz femenina en el foro romano y un edicto mordaza”, en *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Rodríguez López, Rosalía y Bravo Bosch, M.<sup>a</sup> José (coord.), Madrid, Dykinson, 2010, p. 523.

<sup>31</sup> De la prohibición se hace eco también Juvenal, *Satur.* 2.69: *Stoicidae; quid enim falsi Laronia? sed quid non facient alii, cum tu multicia sumas, Cretice, et hanc uestem populo mirante perores in Proculus et Pollittas? est moecha Fabulla; damnetur, si uis, etiam Carfinia: talem 70 non sumet damnata togam. 'sed Iulius ardet, aestuo.'*

D. 3.1.1.5 (Ulp. 6 ad Ed): *Secundo loco Edictum proponitur in eos qui «pro aliis ne postulent»; in quo Edicto excepit Praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum, dum feminas prohibet pro aliis postulare; et ratio quidem prohibendi ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est a Carfania, improbissima femina quae inverecunde postulans et Magistratum inquietans causam dedit Edicto...*

Como puede apreciarse, Ulpiano prácticamente parafrasea a Valerio Máximo cuando explica el motivo de la interdicción. En lugar de decir -como de hecho hace en otro lugar de su obra- que las mujeres estaban excluidas del ejercicio de la abogacía por tratarse de un *officium virilis*<sup>32</sup> (igual que ser juez, magistrado o procurador), se remite a la *pudicitiam sexui* y al carácter desvergonzado (*improbissima femina*) de Carfania quien, faltando al decoro correspondiente a su sexo, abogó descaradamente importunando al magistrado, dando por ello razón a este edicto<sup>33</sup>.

Son muchas las sospechas de interpolación que rodean al texto, motivadas entre otras por el discurso que se atribuye al jurista, y que se considera más propio de un erudito glosador<sup>34</sup>. Con todo, lo cierto es que el edicto muestra una realidad social en que las mujeres gozaban ya de una autonomía e independencia, tanto

---

<sup>32</sup> D. 50.17.2 pr. (Ulp. 1 ad Sab): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratus gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

<sup>33</sup> Sobre las posibles interpolaciones del texto, pueden cfr., entre otros: OLLANDINI, E., *La donna e l'avvocatura*, Genova, 1913, pp. 375 ss.; LABRUNA, L., "Un editto per Carfania?", en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 415 ss.; y AGUDO, A., *Abogacía y Abogado* cit., pp., 213 ss.

<sup>34</sup> A propósito, *vid.* AGUDO, A., *op. cit.*, p. 213.

familiar como económica (sobre todo económica)<sup>35</sup>. Hasta el punto que se atrevían a acudir libremente al foro a defender sus intereses. Y eso indudablemente las alejaba de aquellos roles que la tradición les había asignado, *ab antiquo* y *ab initio*; desde que nacían, cuando eran criadas y educadas única y exclusivamente para ser esposas y madres virtuosas. En definitiva, el prototipo *lanifica* y *casta*<sup>36</sup>. En este contexto, consideramos fácilmente imaginable y entendible un

---

<sup>35</sup> Uno de los principales factores que propiciaron la “emancipación” de la mujer, a partir sobre todo de los últimos siglos de la República, fue el hecho de adquirir las mismas una notable capacidad patrimonial. Tal circunstancia, detenidamente estudiada por CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., pp. 114-119, fue debida, de un lado -siguiendo a la autora-, a los nuevos derechos sucesorios que el régimen de la *bonorum possessio* pretoria les otorgó, lo que unido a la difusión en paralelo de los matrimonios libres, propició que las mujeres pudieran heredar de dos familias (la de origen y la del marido), así como disponer libremente de sus bienes; hecho este último favorecido a la vez por la relajación del instituto de la tutela. De otro lado, factor crucial serían las incesantes guerras de conquista en que estaba Roma inmersa por aquellos tiempos, que habían diezmando a la población masculina, siendo así que de repente nos encontramos con una enorme cantidad de mujeres titulares de un patrimonio propio, o cuando menos de un patrimonio familiar que, en ausencia del marido o del padre, debían administrar ellas. Y todo esto -siguiendo a CANTARELLA-, habría de favorecer su injerencia en asuntos públicos, hasta entonces vetados a las mismas, más por la costumbre y la tradición, que por una norma jurídica. Sobre el particular, *vid.* también BOÉLS-JANSENN, N., “La vie des matrones romaines à fin de l’époque républicaine”, en *Egypte-Grèce-Rome. Les différents visages des femmes antiques. Travaux et colloques du séminaire d’épigraphie grecque et latine de l’IASA 2002-2006*, Bern, 2008, pp. 260 ss.

<sup>36</sup> Sobre el papel de la mujer en Roma, y entre la amplísima bibliografía disponible, pueden consultarse, entre otros: PEPPE, P., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984; RESINA SOLA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, A. LOPEZ - C. MARTINEZ - A. POCINA (eds.), Granada 1990, pp. 98-119; CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua. Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma*, Trad. A. Pociña, Madrid, 1991; *Id.*, *Pasado próximo* cit.; CASTRESANA, A., “Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma”, en *Seminarios Complutenses III*, Madrid, 1992, pp. 53 ss.; *Id.*, *Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid, 1993; y ALVARO BERNAL, M., *De ‘puella’ a ‘nupta’: ser niña en Roma*, Oviedo, 2023.

movimiento de reacción, por parte sobre todo de los núcleos masculinos más conservadores<sup>37</sup>, tendente a coartar o limitar esa incipiente libertad de las matronas romanas. Y aquí es donde creemos debe más propiamente contextualizarse la emanación del edicto que comentamos, prohibiendo a las mujeres abogar por otros. Antes que en el comportamiento más o menos descarado o desvergonzado de una de ellas.

A continuación, nos ocuparemos de Hortensia, la tercera mujer oradora referida por Valerio Máximo, y a cuyo discurso, por su brillantez formal y sustancial, punto de referencia del presente trabajo, preferimos dedicar un apartado independiente.

## **2.1. Hortensia. Un discurso ejemplar**

El discurso que se nos ha conservado y que se atribuye a la oradora latina ha despertado desde siempre un enorme interés, tanto entre filólogos como entre juristas, siendo incluso ya merecedor de admiración por parte de sus contemporáneos. De Hortensia sabemos que era hija del célebre orador Quinto Hortensio Hortaló (y probablemente de Lutacia, su primera esposa), el más grande antes de Cicerón; hombre culto y también acaudalado, lo

---

<sup>37</sup> De sobra conocidos son los celos del viejo Catón hacia las mujeres, que muestra en el discurso pronunciado con ocasión de la polémica derogación de la *Lex Oppia*, cuando advertía: «Nuestra libertad ha sido vejada en casa por la intemperancia de las mujeres, y ahora es aplastada y pisoteada también aquí, en el Foro» (Liv., *Hist.* XXXIV 2,2).



que sin duda influyó en la esmerada formación que recibió su hija, y que se evidencia en el discurso en examen. La educación de las niñas en Roma se limitaba por lo general a la primera etapa de alfabetización básica (lectura, escritura y rudimentos de la aritmética) que, junto con los niños, recibían a partir de los siete años en las escuelas públicas, a manos del *litterator* o *primus magister*. En el caso de las familias más acaudaladas podía ser en el propio hogar, a través de *paedagogus* y *praeceptores*, en muchos casos esclavos o libertos griegos<sup>38</sup>. En todo caso, se trataba de una formación orientada a preparar a la mujer como esposa y como madre, en la medida en que se entendía que una matrona culta estaría en mejor condición de educar a sus hijos y compartir en público el *honor matrimonii* o dignidad de su marido<sup>39</sup>. Esto explica que, a partir de los doce años, los caminos de unos y otras se separaran: los niños continuaban su formación media con el *grammaticus* hasta los diecisiete, para finalmente completarla en las escuelas superiores de retórica, que -como líneas atrás avanzábamos- comenzaron a florecer en Roma a partir del s. I a.C<sup>40</sup>,

---

<sup>38</sup> Hasta los siete años, es sabido que niñas y niños permanecían en la casa para ser criados por la madre, que normalmente contaba con la ayuda de *nutrices/nutritores/educadores/paedagogus*, y otros familiares (*tatae/mammaeamitae/materterae...*). Ampliamente sobre el cuidado de las niñas en sus primeros años de vida, ALVARO BERNAL, M., *De 'puella' a 'nupta'* cit., pp. 21-73.

<sup>39</sup> Por todos, destaco el reclamo ejemplar de las fuentes a Cornelia, madre de los Gracos, de la que el propio Cicerón alababa el hecho de haber influido tan positivamente en la educación de sus hijos, gracias a su gran formación intelectual (*Brut.* 58,211). Para mayor honra suya, en su tumba se hizo figurar un gráfico epitafio que rezaba: «Cornelia, madre de los Gracos», sic (*Plul. Gracch.* 4.3). Para otras y de diverso tinte historias ejemplares, *vid.* CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., pp. 72-77.

<sup>40</sup> Sobre la evolución de las escuelas latinas de retórica, *vid.* AGUDO, A.

y cuya misión era prepararlos para su futura labor pública. Y en cuanto a las niñas, ya en edad núbil a partir de los doce, quedaban desde ese momento relegadas al cuidado de la casa y la educación de los hijos, pues siendo éste el rol que tenían preasignado, no habría tenido sentido que continuasen con su formación fuera del hogar. De aquí que solo las mujeres pertenecientes a familias acomodadas, de estrato social elevado, pudieran tener acceso a una formación intelectual superior, fomentada en el ámbito de la propia familia, donde con la ayuda de preceptores privados podían ejercitarse en campos tan diversos como la literatura, la filosofía o la música<sup>41</sup>.

Veamos ahora la noticia que sobre Hortensia nos transmite primeramente Valerio Máximo, para después completar su

---

*Abogacía y Abogado* cit., pp. 30 ss. Para el “sistema” educativo romano, con especial referencia a la educación femenina, pueden consultarse, entre otros: MARROU, H., *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*. Paris, 1948; BONNER, S.F., *La educación en la Roma antigua*, cit.; CENERINI, F., *La donna romana. Modelli e realtà*. Bologna 2002; y CID LÓPEZ, R.M., “La educación de la niña romana: de ‘puella’ a ‘matrona docta’”, en *Bien enseñada: la formación femenina en Roma y el occidente romanizado*, Virginia Alfaro Bech y Rosa Francia Somalo (edits.), Universidad de Málaga, 2001, pp. 21-44.

<sup>41</sup> Existe una amplia documentación, sobre todo epigráfica, que ha sido cuidadosamente seleccionada y recogida por ALVARO BERNAL, M., *De ‘puella’ a ‘nupta’* cit., 82-90, que testimonia el respeto y alabanzas que en Roma recibían las mujeres cultas (*doctae*), y que se refleja en los numerosos *carmina* y epitafios que ensalzan la particular instrucción, talento e inteligencia, de las mismas. De entre las fuentes literarias destaca el caso relatado por Plinio (*Ep.* 5.16.3), de la hija de su amigo, el cónsul G. Mincio Fundano, muerta a temprana edad, y de la que el escritor elogiaba, entre otras virtudes, su aplicación al estudio (ALVARO, *op. cit.*, p. 84). A propósito de la matrona docta, *vid.* particularmente HEMELRIJK, E.A., *‘Matrona docta’*. *Educated women in the Roman elite from Cornelia to Julia Domna*, Londres, 1999.

testimonio con el más amplio y detallado que nos ofrece Apiano, historiador romano del s. II d.C:

*Val. Max., Fact. et dict. memor. VIII.3.3: Hortensia uero Q. Hortensi filia, cum ordo matronarum graui tributo a triumuiris esset oneratus quisquam virorum patrocinium eis accommodare auderet, causam feminarum apud triumuiros et constanter et feliciter egit: repraesentata enim patris facundia impetrauit ut maior pars imperatae pecuniae his remitteretur. revixit tum muliebri stirpe Q. Hortensius uerbisque filiae aspirauit, cuius si uirilis sexus posteri uim sequi uoluissent, Hortensianae eloquentiae tanta hereditas una feminae actione abscissa non esset.*

Los triunviros, explica el escritor, habían gravado al orden de las matronas con grandes impuestos, y como quiera que ningún hombre quiso defenderlas, tomó la palabra ante ellos, en nombre de todas, Hortensia. Y con la elegancia y elocuencia de sus palabras, que reflejaban las de su padre y ya hubieran querido para sí los descendientes varones del mismo -arguye-, consiguió que se les perdonase gran parte del dinero que se les había obligado a pagar.

Antes de ir a los hechos, llamamos la atención sobre varios puntos interesantes que nos sugiere la lectura del texto. Primeramente, debemos resaltar el dato de que se hable de “ordo matronarum” en relación a las mujeres, lo que nos trae a la memoria rápidamente los otros dos órdenes *ab antiquo* reconocidos: el de los caballeros, *ordo aequestrum*, y el de los senadores, *ordo senatorium*, con los que ahora -al menos formalmente- aparecen equiparadas las matronas. Sin llegar a pretender su reconocimiento como clase ya en aquel momento, consideramos natural que gozaran de una cierta estructura organizativa, en principio limitada a cuestiones de tipo

religioso y circunscrita al ámbito privado<sup>42</sup>. Y en un momento posterior, cuando empiezan a gozar de una mayor autonomía y su presencia comienza a hacerse más notable, también para temas de interés público. Es el caso que ahora tratamos y otro también muy célebre y conectado al mismo, que se relaciona con la derogación de la *Lex Oppia*, y del que a continuación nos ocuparemos<sup>43</sup>.

Por otra parte, hasta en tres ocasiones menciona Valerio Máximo al padre de la oradora, insistiendo de esta forma en la idea de que su elocuencia y elegancia eran heredadas del mismo. Parecía, dicho con otras palabras, como si el que hablase fuere el propio Quinto Hortensio y no su hija<sup>44</sup>. Suerte tuvo la misma de que el célebre orador hubiera muerto antes de la fecha del discurso, pues de otra forma no habría faltado quien le hubiera atribuido al mismo su autoría<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup>A propósito, LÓPEZ, A., "Hortensia, primera oradora romana", en *Florentia Iliberritana*, núm. 3, 1992, pp. 320-1; y CENERINI, F., *La donna romana* cit., p. 21.

<sup>43</sup>A propósito de las *Matronalia* y el *ordo matronarum*: CID LÓPEZ, R.M., "El 'Ordo matronarum' y los espacios femeninos en la Roma Antigua: las fiestas de 'Matronalia' y 'Fortuna Muliebris'", en *Pautas históricas de sociabilidad femenina. Rituales y modelos de representación*, Servicio Publicaciones Universidad de Cádiz, 1999, pp. 47-57.

<sup>44</sup>Se trataba, en definitiva, como tan tanto acierto advierte CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., 139-40, de reconocer los méritos de la oradora como si de una cualidad masculina se tratase: «...la habilidad mostrada por Hortensia podía ser explicada y se justificaba por el hecho de ser una herencia paterna; una herencia que lleva a Valerio a identificar prácticamente a Hortensia con su padre...».

<sup>45</sup>Obsérvese como el propio Valerio Máximo, en la parte final del fragmento transcrito, llega a afirmar que parecía como si el padre hubiera resucitado en el discurso de su hija: «... *revixit tum muliebri stirpe Q. Hortensius verbisque filiae aspiravit, cuius si virilis sexus posteri uim sequi voluissent, Hortensianae*

En cuanto a los hechos concretos que motivaron la intervención en el foro de la oradora, se resumen como sigue:

Nos encontramos en el año 42 a.C. En este momento Roma ha sufrido ya una guerra social, tres guerras civiles, y dos triunviratos además de varias dictaduras, que han hecho temblar la constitución republicana. Desde mitad del s. III (a partir de las guerras púnicas, con las que comienza su expansión fuera de la península), se encuentra inmersa también en numerosas guerras de conquista, que han debilitado enormemente su estructura económica. En el momento de los hechos a los que se refiere Valerio, está reciente el asesinato de César (en los Idus de marzo del a. 44 a.C.) y la formación entre sus seguidores del segundo triunvirato (Octavio, Maco Antonio y Lépido). En el interior de Roma se respira por tanto un clima de enorme tensión política, debido a los cruentos enfrentamientos entre *liberatores* (seguidores de César, *populares*) y *optimates* (conservadores, miembros de la clase senatorial y caballeros, a la postre partidarios de Pompeyo, el principal enemigo de César), que se resolverán finalmente a favor de los primeros en la batalla de Filipos (octubre del a. 42 a.C.): además del poder político, los triunviros recuperarán el control de las provincias orientales. Esta victoria pondrá no obstante en evidencia también las desavenencias y tensiones internas entre ellos, cuya lucha por el poder y por el control sobre los dominios romanos, terminará siendo

---

*eloquentiae tanta hereditas una feminae actione abscissa non esset».*

decisiva en la desintegración de la República romana. Pero esto es ya otra historia.

Volviendo al año 42 a.C., el elevado coste económico de todas las campañas militares en las que Roma estaba inmersa hacía siglos, agravado ahora por las necesidades económicas derivadas de los mencionados enfrentamientos entre cesarianos y republicanos, lleva a los primeros a imponer un tributo a las mujeres más ricas de Roma, a fin de que ayudasen a sufragar los elevados gastos militares y los de la inminente guerra civil que amenazaba (a la sazón la cuarta)<sup>46</sup>. Tal medida se sumaba a la de las famosas proscripciones de los declarados como enemigos de la República (es decir, suyos); aunque en el fondo con una y otra disposición perseguían idéntico interés recaudatorio<sup>47</sup>. No en vano, la mayoría de las mujeres de la

---

<sup>46</sup> El régimen impositivo se desarrolló por parte de los dos bandos, pues mientras que lo recaudado en las provincias orientales iba dirigido a sostener el ejército de los “cesaricidas”, que controlaban esta parte del Imperio, los de las provincias occidentales se emplearon para sostener las tropas de los populares o cesarianos. Y en cuanto al tributo que afectaba a las mujeres, hay que tener en cuenta, volviendo a una idea ya expuesta (vid. nt. 35), que las innumerables guerras habían tenido el efecto dejar un incontable número de mujeres con grandes patrimonios. Sólo en la ciudad de Roma, advierte CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., p. 139, había miles de mujeres ricas, de las cuales al menos 400 contaban con más de cien mil denarios de patrimonio propio, y fue a las que finalmente se obligaría a pagar el impuesto, al no existir -se sobreentiende- ascendientes ni descendientes varones a quienes gravar con el mismo.

<sup>47</sup> Como explica la autora, “La oratoria femenina y la fiscalidad en la segunda mitad del s. I a.C.: un caso singular”, en *RGDR, IUSTEL*, núm. 25, 2015, p. 8, con el edicto de *proscriptiones* promulgado por los triunviros (noviembre a. 43 a.C.), perseguían los mismos un doble objetivo: «...por una parte, amparados en la legalidad, se deshacían de sus enemigos, matándolos; y, por otra parte, tenían un objetivo recaudatorio, ya que, en base a dicha disposición, se procedería a la confiscación de todos sus bienes...». Sin

lista eran familiares de los proscritos. El impuesto en cuestión, que como advierte M.E. ORTUÑO vulneraba un principio básico de la fiscalidad romana, cual sea la exención de las mujeres<sup>48</sup>, afectaba a un total de 1400 matronas, quienes considerándolo injusto, comenzaron a movilizarse. Primeramente, buscaron sin encontrarlo el respaldo de las mujeres de los triunviros; según parece, una de ellas -Fulvia-, la esposa de Marco Antonio, las habría rechazado de malas maneras cuando acudieron en su ayuda. Y al no encontrar a nadie que saliese en su defensa, fue Hortensia la que se decidió - como nos decía Valerio- a plantear el asunto ante los propios triunviros (*Hortensia uero Q. Hortensi filia, cum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus quisquam virorum patrocinium eis accommodare auderet, causam feminarum apud triumviros...*).

Para conocer con detalle el contenido del discurso pronunciado con tal ocasión por Hortensia, nos basamos en el resumen que del mismo nos ha transmitido Apiano (s. II d.C.), lo

---

embargo, como quiera que como advierte la misma Ortuño se quedaron cortos en las previsiones en doscientos millones de dracmas, tuvieron que complementar la medida con el impuesto a las mujeres titulares de grandes fortunas. Sobre las proscripciones, *vid.* también TORRENT, A., "Proscriptio", en *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 1006.

<sup>48</sup> ORTUÑO, M.E., *op. supra cit.*, p. 9. Siguiendo a la misma autora, el edicto se apartaba también del normal funcionamiento del censo en Roma, basado en una lista elaborada por el censor sobre la base de las declaraciones de los ciudadanos *sui iuris*, a partir de la cual realizaba una estimación de su patrimonio. Sin embargo, parece desprenderse del discurso de Apiano que en este caso se habría obligado a las mujeres a prestar declaración y a autovalorar sus riquezas, quizá por la necesidad de obtener una recaudación inmediata. Por lo demás, sí se habrían respetado los principios básicos de proporcionalidad y capacidad económica que informaban generalmente el sistema tributario romano (*op. cit.*, 9-10).

que de alguna forma probaría que tal discurso llegó a publicarse<sup>49</sup>. Utilizamos la traducción al español que de la original versión en griego nos ofrece ANTONIO SANCHO ROYO<sup>50</sup>:

"En aquello que correspondía a unas mujeres de nuestro rango solicitar de vosotros, recurrimos a vuestras mujeres, pero en lo que no estaba acorde, el ser ultrajadas por Fulvia, nos hemos visto empujadas a acudir, todas juntas, al foro, por su causa. Vosotros nos habéis arrebatado a nuestros padres, hijos, maridos y hermanos acusándolos de que habíais sufrido agravio por ellos; pero si, además, nos priváis también de nuestras propiedades, nos vais a reducir a una situación indigna de nuestro linaje, de nuestras costumbres y de nuestra condición femenina. Si afirmáis que habéis sufrido agravio de nosotras, igual que de nuestros esposos, proscibidnos también a nosotras como a aquéllos. Pero si las mujeres no os declaramos enemigos públicos a ninguno de vosotros, ni destruimos vuestras casas, ni aniquilamos vuestros ejércitos o conducimos otros contra vosotros o impedimos que obtuvierais magistraturas y honores, ¿por qué participaremos de los castigos, nosotras que no participamos en las ofensas? "¿Por qué hemos de pagar tributos nosotras que no tenemos participación en magistraturas, honores, generalatos, ni, en absoluto, en el gobierno de la cosa pública, por las cuales razones os enzarzáis en luchas personales que abocan en calamidades tan grandes? ¿Porque decís que estamos en guerra? ¿Y cuándo no hubo guerras? ¿Cuándo las mujeres han contribuido con tributos? A éstas su propia condición natural las exime de ello en toda la humanidad, y nuestras madres, por encima de su propio ser de mujeres, aportaron su tributo en cierta ocasión y por una sola vez, cuando estabais en peligro de perder todo el imperio e, incluso, la misma ciudad, bajo el acoso cartaginés. Pero entonces realizaron una contribución voluntaria, y no a costa de sus tierras o campos, o dotes, o casas, sin las cuales cosas resulta imposible la vida para las mujeres libres, sino sólo con sus joyas personales, sin que éstas estuvieran sometidas a una tasación, ni bajo el miedo de delatores o acusadores, ni bajo coacción o violencia, y tan sólo lo que quisieron dar ellas mismas. Y, además, ¿qué miedo tenéis ahora por el imperio o por la patria? Venga, ciertamente, la guerra contra los galos o los partos y no seremos inferiores a nuestras madres en contribuir a su salvación, pero para luchas civiles no aportaríamos jamás nada ni os

---

<sup>49</sup> En opinión de BARDON, H., *La littérature latine inconnue* 1-11, París, 1952-1956, p. 211, que LÓPEZ, A., "Hortensia, primera oradora romana", p. 328 comparte (tomo la referencia de esta autora, al no haber podido consultar directamente la obra del escritor francés): «...le discours survécut, parce qu'il fut admiré».

<sup>50</sup> APIANO, *Historia romana. Guerra civiles III.*, Madrid, ed. Gredos, 1985, pp. 133-135.



ayudaríamos a unos contra otros. Pues tampoco lo hicimos en época de César o Pompeyo, ni nos obligaron a ello Mario ni Cina, ni siquiera Sila, el que ejerció el poder absoluto sobre la patria, y vosotros afirmáis que estáis consolidando la República".

Sobre el discurso de Hortensia se han vertido ríos de tinta, y siempre para alabar su extraordinaria brillantez, tanto desde el punto de vista formal como por la agudeza intelectual que desprende su argumentación. El alegato sorprende también por su modernidad<sup>51</sup>; ha llegado a considerarse como uno de los textos fundamentales en defensa de la mujer en el Mundo Antiguo<sup>52</sup>. El discurso, único pronunciado en público por una mujer que se nos ha transmitido, y de marcado trasfondo político, pertenece al *genus deliberativum*<sup>53</sup>, del que, hasta el momento, y más por costumbre que

---

<sup>51</sup> Para el estudio del discurso de Hortensia en clave filológica, resultan fundamentales las aportaciones de AURORA LÓPEZ LÓPEZ, a través de los numerosos y valiosísimos trabajos dedicados por la filóloga al estudio de su obra. Entre ellos: "Hortensia, primera oradora romana" cit., pp. 317-332; e *Id.*, "Las matronas romanas ante la vida pública" cit., pp. 52-55. Destacamos también las oportunistas contribuciones de la historiadora CID LÓPEZ, R.M., "Mujeres y actividades políticas en la República. Las matronas rebeldes y sus antecesoras en la Roma antigua", en *Mujeres en la Antigüedad clásica. Género, poder y conflicto*, Domínguez Arranz, A. edit., Madrid, 2010, pp. 125-151; *Id.*, "Las matronas y los 'agmina mulierum' en la Roma antigua. Del matriotismo a la protesta"; en *Cartografía de género en las ciudades antiguas*, Martínez, C. y Ubric, P. eds, Granada, 2017, pp. 207-232. Para el estudio del discurso en clave jurídica, resultan muy oportunas las observaciones de ORTUÑO, M.E., "La oratoria femenina y la fiscalidad" cit., 1-30; e *Id.*, "Hortensia. Su discurso contra la imposición fiscal femenina", en *Mujeres en tiempos de Augusto: realidad social e imposición legal*, Rodríguez, R. y Bravo, M<sup>a</sup>J. coords, Valencia, 2016, pp. 367-400.

<sup>52</sup> LÓPEZ, A., "Hortensia, primera oradora romana" cit., p. 326: «el resumen de Apiano deja entrever un discurso articulado con gran pericia oratoria, redactado con gran elegancia y precisión de vocabulario, y lleno de ideas interesantes, algunas sorprendentes por su modernidad, hasta tal punto que yo me atrevería a definirlo como uno de los textos fundamentales en defensa de la mujer en el Mundo Antiguo».

<sup>53</sup> De los tres géneros de la oratoria, el *deliberativum* o político busca convencer

por imperativo legal, habían quedado excluidas las mujeres<sup>54</sup>. Más precisamente, y siguiendo a AURORA LÓPEZ<sup>55</sup>, se localizan en el mismo, elementos de la escuela asiánica, cuyo máximo representante habría sido el propio Quinto Hortensio, al que su hija trataba de emular. Se trataba de un modelo de oratoria desarrollado en las ciudades del Asia menor, que se caracterizaba por su tono florido, grandilocuente, exagerado, con abundancia de figuras estilísticas. Frente a la misma y como tendencias importadas también de Grecia, se encontraban: la “escuela ática”, o “neo-ática”, caracterizada por su mayor sencillez y espontaneidad y carencia de artificios, que sería adoptada por otros grandes oradores romanos, entre ellos el propio César; y la “escuela de Rodas”, en la que se formó Cicerón<sup>56</sup>, que aun próxima al asianismo, presentaba rasgos

---

al auditorio de una determinada tesis, con lo que se emplean principalmente las técnicas de la *suasio* y la *disuasio*. Frente al mismo, se encuentran el *genus iudiciale*, focalizado en la defensa o acusación ante un tribunal de una determinada causa, y el *genus demonstrativum* (epidíctico), basado en la alabanza (*laudatio*) o vituperio en público de una persona, sin ninguna otra finalidad práctica.

<sup>54</sup> En opinión de LÓPEZ, A., *op. supra cit.*, p. 318, que compartimos, resulta tanto arriesgado como exagerado atribuir a la figura de Lelia, y sus hijas y sus nietas, a las que Cicerón presupone una elevada educación y una *sermonis elegantia* que las habría capacitado para ser oradoras (*Brutus*, 211) el calificativo de “dynastie d’oratrices”, con las que pretende reconocerlas HERRMANN, C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964, p. 89. En efecto, y pese a los elogios que recibieron por parte del orador, y aunque consta la existencia de una minoría de mujeres cultas y bien capacitadas para el ejercicio de la oratoria (Lelia, las Mucias, las Licinia, Cornelia), es igualmente claro -y las propias fuentes así lo confirman- que las mismas estaban excluidas de los asuntos públicos, de los *virilia officia*. La prohibición aparece expresamente sancionada en el citado texto de Ulpiano, contenido en D. 50.17.2 *pr.* (Ulp. 1 *ad Sab*): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt ...*

<sup>55</sup> LÓPEZ, A., “Hortensia, primera oradora romana” *cit.*, pp. 325-6.

<sup>56</sup> Sobre los modelos y habilidades oratorias de Cicerón, BELLIDO, F.J., “Los modelos del pasado en los escritos retóricos de Cicerón: un estudio sobre su

más moderados. Entre estos elementos de la retórica asiánica, se encontraría la antítesis *vos/nos* (hombres/mujeres) con la que se inicia el discurso y sobre la que gira esencialmente el mismo, a la que sigue -en palabras de la filóloga-: «una trabajada enumeración, en valoración decreciente desde el punto de vista típicamente romano (*patres et filios et viros et frates*), todo ello en unión de un llamativo polisíndeton que proporciona mayor entidad a la enumeración»<sup>57</sup>.

### **2.1.1. Análisis del discurso. Estructuración y herramientas oratorias**

Apartándose de la típica estructuración cuatripartita que se suele seguir en los discursos, Hortensia prescinde del *exordium*, con que habitualmente se indica el inicio y se busca atraer la atención del público, pues por razones obvias no tenía necesidad de ello, y pasa directamente a la *narratio* o exposición de los hechos, que resuelve de manera muy sucinta, pues también los mismos eran de sobra conocidos. Después, en la *argumentatio*, encadenará una serie de preguntas retóricas en las que domina la antítesis hombre/mujer, para acabar con la *peroratio* o conclusión, con la que se trata de inclinar la voluntad del auditorio, y en la que Hortensia hará uso del brillante y muy hábil recurso a la memoria del pueblo, a la *memoria rerum Romanarum*. Obsérvese además cómo la oradora no habla en

---

valor moral y formativo”, en *Diánoia* vol. 66., núm. 87, noviembre 2021-abril 2022, pp. 3-23.

<sup>57</sup> LÓPEZ, A, *op. supra cit.*, p. 326.

ningún momento en nombre propio, sino utilizando un pronombre personal colectivo, para indicar que lo hace en nombre de todas las mujeres de su rango, esto es, de las matronas. La condición femenina es presentada además por Hortensia como una cualidad positiva, equiparable a la pertenencia a un linaje que, aunque les impone ciertos deberes -entre ellos el de mantenerse alejadas de los asuntos públicos-, les otorga al tiempo ciertas prerrogativas, como la exención de impuestos. Y es precisamente sobre esta idea, que expone ya desde el inicio, sobre la que hace girar todo su alegato. No en vano, comenzará disculpando su presencia en el foro, al no ser propio de las mujeres de su rango:

*...En aquello que correspondía a unas mujeres de nuestro rango solicitar de vosotros, recurrimos a vuestras mujeres, pero en lo que no estaba acorde, el ser ultrajadas por Fulvia, nos hemos visto empujadas a acudir, todas juntas, al foro, por su causa...*

En la *narratio*, la oradora evita descender a los detalles por entender también que las circunstancias que la habían llevado al foro eran perfectamente conocidas por el auditorio. En su lugar, expone lo que la adopción de la medida va a suponer para las mujeres, y su falta de fundamento:

*Vosotros nos habéis arrebatado a nuestros padres, hijos, maridos y hermanos acusándolos de que habíais sufrido agravio por ellos; pero si, además, nos priváis también de nuestras propiedades, nos vais a reducir a una situación indigna de nuestro linaje, de nuestras costumbres y de nuestra condición femenina...*

Hortensia no entra a valorar el fondo de la compleja situación política que atravesaba Roma en aquel momento, una de las más convulsas y cruentas de su historia, marcada por los mentados

enfrentamientos entre cesarianos y republicanos. Aunque desde luego no oculta el tono cierto de reproche en sus primeras palabras, cuando asegura que los triunviros y sus seguidores les han arrebatado a sus “hombres”. Pero muy sagazmente saca partido al argumento y lo utiliza para justificar su presencia en la *contio*<sup>58</sup>: habéis sido vosotros -les viene a decir- los triunviros, los que al privarnos de parientes masculinos que nos defiendan, me habéis obligado a tomar la palabra comprometiendo mi propia *pudicitia*. Nótese además cómo identifica la *dignitas matronalis* con la posesión de bienes y riquezas: no poseer riquezas -sugiere un poco más adelante cuando dice que sin tales cosas no puede vivir una mujer libre-, equivaldría en la práctica a reducirlas a la esclavitud. Se trata sin duda de un argumento de una enorme fuerza persuasiva.

A renglón seguido, focaliza su discurso en la puesta en relieve del carácter injustificado del tributo que se les quiere imponer, por considerarlo algo incluso *contra natura*, pues su propia naturaleza femenina las ha eximido en todo momento del pago obligatorio de cualquier tributo. A *fortiori* y para enfatizar la idea (en su argumentación recurre continuamente a esta figura), asevera: *Si afirmáis que habéis sufrido agravio de nosotras, igual que de nuestros*

---

<sup>58</sup> Como explica ORTUÑO, M.E., “La oratoria femenina y la fiscalidad” cit., pp. 17 ss., se trataba de una Asamblea informativa en la que los triunviros pretendían dar a conocer públicamente el contenido del edicto, sin someterlo a votación. Salvo casos puntuales -apostilla- no se tiene constancia de la presencia de mujeres en este tipo de Asambleas (ni en ninguna otra, podríamos añadir).

*esposos, proscibidnos también a nosotras como a aquéllos*<sup>59</sup>. Y partiendo de ahí, comienza su *argumentatio* a partir de una concatenación de preguntas que gira en torno a la continua antítesis hombres/mujeres, utilizada de manera positiva, como fundamento de la exención de tributos de las matronas. Recordemos la parte central del discurso:

*... Pero si las mujeres no os declaramos enemigos públicos a ninguno de vosotros, ni destruimos vuestras casas, ni aniquilamos vuestros ejércitos o conducimos otros contra vosotros o impedimos que obtuvierais magistraturas y honores, ¿por qué participaremos de los castigos, nosotras que no participamos en las ofensas? "¿Por qué hemos de pagar tributos nosotras que no tenemos participación en magistraturas, honores, generalatos, ni, en absoluto, en el gobierno de la cosa pública, por las cuales razones os enzarzáis en luchas personales que abocan en calamidades tan grandes?"*<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Recordemos cómo tras el asesinato de César y la consiguiente instauración del segundo triunvirato, se renovaron las proscripciones de Sila; listas de personas la mayoría pertenecientes al rango senatorial o de los caballeros, y todos partidarios de Mario y Cina, a las que el dictador declaraba enemigos, autorizando su ejecución sumaria, y la consiguiente confiscación de sus bienes. En represalia por la muerte de César, los triunviros renovaron aquel clima de terror elaborando igualmente diversas listas de proscritos (se piensa que fueron asesinados alrededor de 300 senadores y más de 2000 caballeros; el célebre Cicerón fue una de la últimas víctimas) con las que, volviendo a una idea ya expuesta, se perseguía el doble objetivo de eliminar a los enemigos, y subvenir las necesidades económicas provocadas en gran medida por las recientes guerras civiles, supuesto que las citadas proscripciones llevaban aparejada la confiscación del patrimonio de las víctimas, del que se hacían lotes que se sacaban a pública subasta (ORTUÑO, M.E., "La oratoria femenina y la fiscalidad" cit., p. 8).

<sup>60</sup> Se aprecia una clara similitud entre la argumentación de Hortensia y la de Lucio Valerio, en su discurso pronunciado en representación de las mujeres para exigir la derogación de la *Lex Oppia*, del que tenemos conocimiento preciso por Tito Livio (*Hist.*, XXXIV 1-8). Como es sabido, la citada *lex*, votada en el 215 a.C., establecía una serie de limitaciones a las matronas (como la prohibición de llevar vestidos de colores llamativos, exceso de joyas, o de circular en carroza por Roma), con la finalidad de evitar la ostentación en un momento de grave crisis socio-económica (la ley fue votada pocos meses después del desastre de Cannas). La enérgica oposición de las mujeres provocó que se abriera un debate acerca de su derogación (a. 195 a.C.), que se centró en dos discursos antagónicos: el del cónsul Marco

La oradora no discute ni cuestiona el orden natural de las cosas que ha situado a la mujer fuera el contexto político: ellas no han participado en ningún complot ni en ninguna lucha; están excluidas de las magistraturas, de los cargos públicos, del mando, del gobierno de la *res publica*<sup>61</sup>. Pero siendo así, pregunta entonces: ¿por qué deben sufrir ignominias, si no han dado ningún motivo

---

Porcio Catón, a favor de la ley y advirtiendo del peligro que representaba para la estabilidad de la República la revuelta de las mujeres, que incluso asimilaba a la sedición de la plebe; y el del tribuno Lucio Valerio Flaco, que hablaba en nombre de las mujeres abogando por su derogación, y fundamentaba tal petición precisamente en el hecho de carecer las mismas de magistraturas, sacerdocios, triunfos, insignias o botín de guerra: «sus insignias son munditae hornatus et cultus». Sobre el particular, ampliamente: PEPPE, P., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana* cit., pp. 42 ss.; y CUENA BOY, F., “Leges in aeternum latae y leges mortales: el debate sobre la derogación de la Lex Oppia según Tito Livio 34.1-8”, en *Ars boni et aequi* 13, nº 2, 2017, pp.157-189, según el cual: «...el severo Catón es tradicionalista hasta el punto de considerar que la lex, una vez ha intervenido en el campo de los mores, resulta en adelante imprescindible para que los propios mores no acaben siendo desbordados, mientras el “tecnócrata” Valerio, curiosamente, piensa y defiende que los mores puedan volver a bastarse por sí solos, sin ayuda de ninguna ley...» (*op. cit.*, p. 179) y SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., “La emancipación jurídica privada de la mujer romana” cit., pp. 408 ss.

<sup>61</sup> Como acertadamente observa ORTUÑO, M.E., “La oratoria femenina y la fiscalidad” cit., p. 27, «...No se opone a las procripciones y acepta como válida la justificación de los triunviros, en el sentido de que se trata de un castigo por los agravios realizados contra ellos. Y, precisamente, basándose en dicha premisa, la oradora plantea la imposición fiscal también como un castigo, poniendo en evidencia que a ellas se les impone injustamente porque no han participado en ningún acto de ofensa contra ninguno de los triunviros. Presenta las posibles ofensas contra ellos y no contra la República, de lo que puede deducirse el sentimiento del momento en el que la personalización del poder político estaba por encima de la propia República romana...».

para ello?, ¿por qué han de contribuir a las cargas fiscales, si no participan en los beneficios?<sup>62</sup> .

Seguidamente y mediante el sagaz recurso a la *anteoccupatio*, la oradora se adelanta con una respuesta que priva de valor la posible argumentación de los triunviros a favor de la imposición del tributo:

*... ¿Por qué decís que estamos en guerra? ¿Y cuándo no hubo guerras? ¿Cuándo las mujeres han contribuido con tributos? A éstas su propia condición natural las exime de ello en toda la humanidad...*

Nunca antes las mujeres -les recrimina- han sufragado ninguna campaña bélica, que por lo demás han sido una constante, pues están exentas por razón de su propia condición o “naturaleza femenina”. Por ello y solo cuando lo estimaron oportuno -añade utilizando como estrategia argumentativa la *memoria rerum Romanarum-*, contribuyeron voluntariamente con su patrimonio a las empresas militares:

*...y nuestras madres, por encima de su propio ser de mujeres, aportaron su tributo en cierta ocasión y por una sola vez, cuando estabais en peligro de perder todo el imperio e, incluso, la misma ciudad, bajo el acoso cartaginés. Pero*

---

<sup>62</sup> Muy interesante en este punto me resulta la comparativa apuntada por CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., p. 138, entre la reacción de las matronas y el movimiento *No taxation without representation* que hizo estallar en Boston la revuelta del té (1770), pero sin dejar de reconocer las diferencias entre uno y otro caso: mientras que los colonos ingleses reivindicaban su derecho al voto, lo que las matronas representadas por Hortensia pedían era no pagar los impuestos. Como es sabido, la revuelta del té, prelude de la Revolución americana (1775), fue un movimiento de protesta de los colonos británicos contra la Ley del Té (1773), promulgada para beneficiar a la Compañía británica de las Indias orientales, que podía vender libremente té en las Trece colonias, sin pagar aranceles, lo que les permitía vender a un precio bastante más bajo que el ofrecido por los colonos comerciantes, sobre los que pesaban gravosos impuestos.



*entonces realizaron una contribución voluntaria, y no a costa de sus tierras o campos, o dotes, o casas, sin las cuales cosas resulta imposible la vida para las mujeres libres, sino sólo con sus joyas personales, sin que éstas estuvieran sometidas a una tasación, ni bajo el miedo de delatores o acusadores, ni bajo coacción o violencia, y tan sólo lo que quisieron dar ellas mismas...*

En este momento se está refiriendo a la situación en que se encontraba Roma cuando fue asediada por Cartago, y recuerda cómo entonces, considerando las matronas legítimas la lucha defensiva frente al acoso extranjero, decidieron colaborar económicamente. Pero lo hicieron -a clara- sin riesgo de sufrir una merma esencial en su status económico, como la que sin embargo supondría la aceptación del impuesto en discusión. Siguiendo la misma táctica argumental, trae a la memoria otros casos del pasado en que las matronas no dudaron en prestar su ayuda económica: ... *Venga, ciertamente, la guerra contra los galos o los partos y no seremos inferiores a nuestras madres en contribuir a su salvación...* <sup>63</sup>. Trataba con todo ello, no sólo de mostrar la buena disposición de las matronas en las causas que consideraban justas y su capacidad económica, sino también y sobre todo su fuerza y poder de reacción como grupo ante determinadas circunstancias.

---

<sup>63</sup> De la ayuda prestada en el caso de la campaña contra los galos contamos con el testimonio de Liv., *Hist.* V.50.7. Seguimos el resumen de los hechos que nos ofrece CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., p. 196: «En el 390 a.C., cuando Roma había sido asediada y después conquistada por los galos, el oro público había sido insuficiente para pagar el precio que los vencedores exigían a cambio de la liberación de la ciudad. Entonces las matronas ofrecieron su oro. Como consecuencia de esto, además de ser honradas públicamente en señal de gratitud, se les reconoció el derecho a la *laudatio funebris*, es decir, el honor de recibir a su muerte, al igual que los varones, el elogio fúnebre realizado ritualmente».

Ahondando en la responsabilidad política de las mujeres y su compromiso con las causas que consideran justas, Hortensia vuelve de nuevo muy sagazmente la mirada a un pasado cercano, en este caso para recordar a los triunviros que nunca participaron, ni participarán, en el sostenimiento de una lucha fratricida, como la que amenazaba en aquel momento:

*... pero para luchas civiles no aportaríamos jamás nada ni os ayudaríamos a unos contra otros. Pues tampoco lo hicimos en época de César o Pompeyo, ni nos obligaron a ello Mario ni Cina, ni siquiera Sila, el que ejerció el poder absoluto sobre la patria...*

Y remata a modo de epílogo final: *¿...y vosotros afirmáis que estáis consolidando la República?* Crítica mordaz a una actitud que considera tan negativa que ni siquiera un dictador como Sila se había atrevido a exhibir frente a las mismas.

Hasta aquí el magistral discurso de la oradora, según la versión resumida que del mismo que se nos ha transmitido; más que suficiente sin embargo para apreciar sus brillantes cualidades oratorias. Nos consta que su intervención fue seguida con enorme interés y muestras continuas de apoyo por parte del público, particularmente femenino, concentrado en el Foro. Tanto que, siguiendo con el relato de Apiano, los triunviros trataron sin éxito al término del mismo de expulsar a las mujeres de la Asamblea, pues estaban importunando con sus voceríos:

*...Mientras Hortensia pronunciaba el discurso, los triunviros se irritaron de que unas mujeres, cuando los hombres permanecían en silencio, se atrevieran a hablar en la asamblea y a enjuiciar los actos de los magistrados y a negarse a*

*contribuir con dinero, en tanto que los hombres servían en el ejército. Ordenaron a los lictores que las expulsaran del tribunal, pero, al producirse un clamor entre la multitud del exterior del recinto, los lictores desistieron de su labor y los triunviros anunciaron que el asunto se posponía para el día siguiente...*<sup>64</sup>

Finalmente, y pese a la excelencia tantas veces laureada del discurso: por su elegante oratoria y su brillante elocuencia; por la fuerza persuasiva de sus argumentos; por el puntual conocimiento de la realidad política presente y pasada que demuestra, hemos de advertir que el efecto práctico fue solo parcial. Consistió en definitiva en reducir a 400 (de las 1400 inicialmente previstas) el número de mujeres que debían declarar sus patrimonios a fin de gravarlas en su caso con el tributo. Si bien y en contrapartida, se impuso la obligación a los hombres de una cierta capacidad económica e independientemente de su condición de ciudadanos romanos, libertos o peregrinos, de contribuir a los gastos de la guerra durante un año, con una quinta parte de su patrimonio:

*...En este día confeccionaron una lista pública de cuatrocientas mujeres, en vez de las mil cuatrocientas, que debían presentarles la evaluación de sus bienes, y decretaron que cualquier hombre que tuviese más de cien mil dracmas, ciudadano o extranjero, libre o sacerdote y de cualquier nacionalidad, sin exclusión de nadie, debería prestar de inmediato una cincuentava parte de su patrimonio y aportar para la guerra la renta de un año con igual temor a los castigos que a los delatores...*<sup>65</sup>

Cosa distinta es el impacto de la oratoria de Hortensia. Casi un siglo más tarde Quintiliano recomendará a los padres leer el discurso a sus hijos, no por galantería hacia el sexo de su autora, sino por su alto nivel formativo: *Hortensiae Q. filiae oratio apud*

---

<sup>64</sup> Ap., *Hist. Rom.* 133-135.

<sup>65</sup> Ap., *op. et loc. supra cit.*

*triumviros habita legitur non tantum in sexus honorem*<sup>66</sup>. Y pasado y con mucho el tiempo, el discurso de Hortensia sigue considerándose una suerte de «literatura de lucha»<sup>67</sup>, totalmente insólito en aquellos momentos, y difícil de repetir. Ahora bien, y para concluir, no debemos perder de vista que fue pronunciado en unas circunstancias socio-políticas muy distintas a las actuales, y bajo unas perspectivas muy distintas a las actuales. Reproduzco por compartirla plenamente la reflexión final de EVA CANTARELLA:

*...Su razonamiento, no fácilmente comprensible a nuestros ojos, encajaba perfectamente en el planteamiento del recíproco intercambio. Si las mujeres respetaban los pactos, también los hombres debían respetarlos. Hablar de reivindicaciones feministas, con referencia a las mujeres romanas, parece estar ciertamente fuera de lugar*<sup>68</sup>.

### **3. *On the Basis of Sex* (“Una cuestión de género”)**

*On the Basis of Sex* (“Una cuestión de género” en España y *La voz de la igualdad* en Hispanoamérica”) es un biopic sobre los fulgurantes inicios profesionales de Ruth Bader Ginsburg, entonces joven abogada y madre de familia, que llegaría a convertirse en jueza del Tribunal Supremo de los EE. UU, y ante todo abanderada de las causas liberales e icono de la defensa de los derechos de las mujeres<sup>69</sup>. El film, ambientado principalmente en Nueva York (aunque la mayor parte se rodó en Montreal) entre los 50 y los años 70, gira precisamente en torno a un particular caso de

---

<sup>66</sup> Quint, *Inst. orat.* I.1.6.

<sup>67</sup> LÓPEZ, A., “Las matronas romanas ante la vida pública” cit., p. 52.

<sup>68</sup> CANTARELLA, E., *Pasado próximo* cit., pp. 205-6.

<sup>69</sup> «Es la primera vez -indicaba *Cine Premier* en su sitio web- que su historia es llevada al cine de forma ficcionalizada, convirtiéndose en un merecido homenaje en vida para su protagonista».

discriminación de género del que se hizo cargo Ruth (*Moritz v. Commissioner of Internal Revenue*, 1972). Se trató de una causa que marcó un hito en la lucha contra la desigualdad en los tribunales norteamericanos, pues por vez primera se declaraba la inconstitucionalidad de una ley que discriminaba por razón de sexo, sentando un precedente que abrió las puertas para una reforma estructural legislativa en materia de género.

Unos breves apuntes sobre la vida de la jueza para contextualizar, antes de pasar al examen de la cinta. Ruth nació en Brooklyn en 1933, en el seno de una modesta familia judía. Se graduó en Derecho como primera de su promoción en la Universidad de Cornell en 1954, a la que había accedido con una beca, consiguiendo después que la admitieran en la Universidad de Harvard, siendo una de las nueve únicas mujeres de su promoción, entre casi 600 hombres. Posteriormente completó su formación en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, donde se graduó en 1959. Pese a los muchos obstáculos impuestos por una sociedad dominada por los hombres, consiguió gracias a su increíble talento y brillantez, plaza como profesora de Derecho en esta última Universidad, en la que ejerció la docencia entre 1963 y 1972. Tras su éxito en el caso *Moritz*, cofundó en 1972 el Proyecto de Derechos de la Mujer de la Unión Estadounidense de los Derechos Civiles (ACLU), del que fue nombrada directora ejecutiva un año más tarde, y desde donde participaría en casos históricos de

discriminación por razón de género<sup>70</sup>. Su brillante carrera primero como profesora de Derecho y después como abogada, le valió el nombramiento en 1980 por el presidente Carter como miembro del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos. Y en 1993 el Presidente Bill Clinton la designó como asociada de la Corte Suprema de los EEUU, siendo la segunda jueza (tras Sandra Day O'Connor) en servir en el alto Tribunal, y una de las cuatro únicas mujeres en toda la historia en ocupar tal puesto, en el que permanecería durante 27 años, hasta su fallecimiento en 2020.

### 3.1. Breve ficha técnico-artística. Sinopsis

FICHA. La película fue dirigida por Mimi Leder, directora y productora de televisión y cine estadounidense (*Urgencias, El pacificador; Deep Impact...*)<sup>71</sup>, con el guión de un debutante Daniel

---

<sup>70</sup> Ginsburg lideró seis de los principales casos por discriminación ante la Corte Suprema, de los que ganó cinco. Entre ellos: el conocido *Reed vs. Reed* (1971), que fue el primero en que actuó en nombre de la ACLU ante la Corte Suprema, sobre discriminación de las mujeres en la administración de las propiedades; *Frontiero vs Richardson* (1973), en que se negaba a una mujer perteneciente a la Fuerza Aérea el subsidio por vivienda, al estar previsto el mismo en la legislación entonces vigente solo para los hombres; el emblemático *Weinberger vs. Wiesenfeld* (1975) en que defendía a un padre viudo al que se le excluyó de los beneficios de la seguridad social establecidos solo en caso de fallecimiento del padre, a favor de la mujer; y el emblemático *Estados Unidos vs Virginia* (1996), con el que consiguió el acceso de las mujeres al Instituto Militar De Virginia.

<sup>71</sup> «Tengo que hacer esta película. Fue lo primero que pensé tras leer el guión. Tengo que contar esta historia. Me sentí inmediatamente identificada con la trayectoria de la jueza Ginsburg hasta llegar a convertirse en la persona que estaba destinada a ser. Quería contar su historia porque yo también sufrí adversidades y discriminación, y he tenido que luchar por trabajos que han conseguido hombres inferiores...». Entrevista a Mimi Leder (*vid. en decine21.com*).

Stiepleman, también productor ejecutivo junto a Betsy Danbury y Karen Loop, y a la sazón sobrino en la vida real de la jueza Bader Ginsburg. Fue coproducida por Robert W. Cort (Robert Cort Productions) y Jonathan King, y distribuida por Focus Features y Alibaba Pictures Group. Tuvo su premier en el AFI Fest el 8 noviembre de 2018 y fue finalmente estrenada el 25 de diciembre del mismo año. A las pantallas de nuestro país llegaría el 22 de febrero de 2019.

El reparto está encabezado por la actriz británica Felicity Jones (*Rogue One: una historia de Star Wars*)<sup>72</sup>, en el papel de *Ruth Bader Ginsburg* y el actor norteamericano Armie Hammer (*Call Me by your Name*), como *Martin Ginsburg*, marido de Ruth. Completan el reparto principal: Kathy Bates, Justin Theroux, Sam Waterson, Jack Reynor, Stephen Root y Cailee Sapey. Aunque fue merecedora de 4 premios y 12 nominaciones, la cinta ha recibido reseñas mixtas por parte de la crítica y de la audiencia desde el momento de su estreno<sup>73</sup>. Quizá uno de los principales fallos que se pueden achacar

---

<sup>72</sup> Consta que, para encarnar el papel, Jones hubo de cambiar su marcado acento inglés (se había graduado en Literatura Inglesa en la Universidad de Oxford), por el de una chica judía criada en Brooklyn. Y para dotar de mayor realismo al personaje, además de acceder a un extenso material de archivo, tuvo la ocasión de entrevistarse con la jueza Ginsburg, en un encuentro que Jones llegaría a calificar de sumamente conmovedor: «El feminismo va de hombres y mujeres unidos luchando por la igualdad. En el filme eso queda claro al ver todo lo que consiguieron unidos Ruth y Martin» (*vid.* en [elmundo.es](http://elmundo.es) ›metropoli›cine).

<sup>73</sup> Los principales sitios web de reseñas cinematográficas arrojan los siguientes datos (fecha última de consulta 26/06/2024): “Filmaffinity” (de la que hemos extraído los registros que se muestran en la nota 76), le atribuye una puntuación de 6.3 sobre 10, en un total de 4644 votos; según los datos más

a la película es el hecho de haber querido concentrar en 120 minutos de metraje una intensa trayectoria profesional de casi 20 años, lo que obliga a dar continuos saltos en el tiempo que a veces dificultan el seguimiento de la trama. Se localizan también diversos errores argumentales sobre las fechas de hechos que se narran, algunos de cierta importancia. Como la referencia que hace *Dorothy Canyon* (Kathy Bates) a la carta que Abigail Adams le habría enviado en 1776 a su marido, John Adams (segundo presidente de los EEUU), pidiéndole que se acordara de las mujeres «ahora -le vino a decir- que estás redactando esta nueva Constitución». El dato histórico, de enorme trascendencia, se refiere a la “Convención Constitucional”, o “Gran Convención de Filadelfia”, que sin embargo tuvo lugar en 1787, y resultado de la cual fue la Constitución de los Estados Unidos de América; lo que estaba redactando en 1776 John Adams era la “Declaración de la Independencia de los EEUU”, movimiento que de hecho lideró. Destacamos otro error de cierta envergadura, que creemos que en este caso se introduce de manera consciente para dotar de mayor fuerza persuasiva el alegato final de Ruth ante la Corte de Apelación. Nos referimos al momento en que uno de los miembros del Tribunal argumenta que en la Constitución de los EEUU no se menciona ninguna vez la palabra “mujer”, pretendiendo así fundamentar la negativa al reconocimiento de sus derechos; entonces se pone en boca de Ruth la siguiente *refutatio*:

---

positivos de “IMDb”, la cinta habría obtenido una valoración de 7.1/10 entre 39 mil votos; el sitio web “Metacritic” le ha dado una puntuación de 54/100; mientras que según “Sensacine”, la película habría obtenido una valoración de 3 sobre 5 por parte de los medios, y de 3.6 por parte de la audiencia.



«Tampoco aparece la palabra Libertad». Craso error, pues la palabra libertad, “Freedom”, aparece incluida en la Primera Enmienda, en que se reconoce la libertad de expresión<sup>74</sup>; distinto es el problema de la interpretación que la jurisprudencia ha hecho históricamente del citado derecho constitucional<sup>75</sup>.

En todo caso, y prescindiendo de los defectos argumentativos y otras carencias de dirección y/o interpretación que indiscutiblemente pueden localizarse en la cinta<sup>76</sup>, que impiden que

---

<sup>74</sup> A propósito, GASCÓN CUENCA, A., “La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013, pp. 163-182.

<sup>75</sup> Se localizan también ciertos anacronismos de bastante menor relieve, que en modo alguno repercuten en la trama. *Ad exemplo*: la sala de ordenadores en la que se ambienta una escena con el *profesor Brown* (Stephen Root) y el *Fiscal Jim Bozart* (Jack Reynor), situada cronológicamente en 1970, que en modo alguno responde a la realidad del momento, que precisaba de secciones removibles con suelos elevados donde situar los equipos; o la escena localizada en 1959 en la que la pequeña *Jane Ginsburg* (Cailee Sapey) aparece bebiendo en un *Sippy cup*, cuando los biberones con asas no fueron comercializados por la firma Playtex hasta 1981.

<sup>76</sup> Por traer algunas de las críticas más representativas, en su crónica publicada en el *The New Yorker* (13 de diciembre de 2018), afirmaba BRODY, R, que el film: «Sacrifica algo de desarrollo de los personajes para centrarse en las complejas -y generalmente fascinantes- maniobras legales que tienen lugar en la sombra. Pero sobre todo enfatiza la importancia del activismo social». Por su parte, por las mismas fechas publicó el *The New York Times* un artículo SCOTT, A.O., según el cual «La narrativa histórica funciona especialmente bien cuando despierta nuestra curiosidad al tiempo que la satisface, y este es un claro ejemplo de un trabajo exhaustivo y meticuloso». En el argentino *Diario Ámbito Financiero* (7 de marzo de 2019) dejó por su parte escrito CURUBETO, D.: «La historia de Ruth Bader Ginsburg, una de las primeras mujeres en entrar en la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin duda es fascinante e inspiracional además de perfecta para recordar a las mujeres del #MeeToo cómo se cimentó la igualdad por la que aún se lucha. Pero, a cargo de la televisiva directora Mimi Leder y en la piel de una actriz que no está a la altura del personaje, como Felicity Jones, el asunto no tiene ni la fuerza

podamos en modo alguno hablar de un *capolavoro*, también es indiscutible que la película narra una historia sumamente interesante desde el punto de vista de la consecución de derechos femeninos, que creemos está enfocada y tratada de forma aceptable y que a nosotros nos da particularmente mucho juego para nuestro estudio. Fuera de la misma y para ulteriores detalles sobre la vida de la protagonista, contamos con un extraordinario documental biográfico, titulado *RGB*, dirigido y producido en 2018 por Betsy West y Julien Cohen, totalmente recomendable<sup>77</sup>.

SINOPSIS. La película arranca en 1956, en los años de estudiante de Derecho de Ruth en la prestigiosa Universidad de Harvard, junto a su marido Martin, y narra las numerosas vicisitudes por las que atraviesa, primero como estudiante, y después como activista de los derechos civiles de las mujeres, desde

---

testimonial ni la intensidad dramática adecuadas», al tiempo que se lamentaba de que el tema no hubiere sido tratado por un experto en cuestiones tribunalicios, como Sidney Lumet. En cuanto a la prensa nacional, también encontramos críticas dispares, como la publicada en el *Diario El Mundo* (21 de febrero de 2019), bajo la firma MARINERO, F. donde se resaltaba como dato positivo del film el hecho de llevar la reivindicación de la igualdad ante la Ley a un caso histórico especial, sin caer en la idealización heroica ni en el discurso doctrinal y entre sus aspectos negativos la dificultad a la hora de entender el sistema procesal y judicial. Excesiva me resulta la crítica de SALVÀ, N. *El Periódico* (21 de febrero de 2019), según el cual «Mientras relata el ascenso profesional de su heroína, la película está demasiado ocupada ensalzando su brillantez como para molestarse en presentarla como un verdadero ser humano». Muy templada y acertada a mi juicio me parece, sin embargo, finalmente, la visión de COSTA, J., *Diario El País* (21 de febrero de 2019), para quien «La película cuenta bien la historia de la protagonista, pero Leder solo logra transmitirla, no trascenderla».

<sup>77</sup> Fue galardonado con el OSCAR al Mejor largometraje documental y con el BAFTA al Mejor Documental.

su posición de profesora universitaria y abogada. El nudo central de la trama se desarrolla en torno a un caso de discriminación fiscal que le llega en 1972 de manos de su marido, afamado abogado tributario, del que se harán cargo conjuntamente y que abrirá el camino para la igualdad por razón de género en los tribunales norteamericanos. Aunque se centra más en los aspectos jurídicos del caso, la película no descuida el lado humano de la protagonista, que presenta tratando de armonizar su triple faceta de madre, esposa y profesional comprometida con la lucha de las mujeres.

### **3.2 Análisis de *Una cuestión de género***

En la película, que resume 20 años de la vida de Ruth Bader Ginsburg, podemos diferenciar dos partes. La primera, que arranca en 1956 y narra los años de estudiante de Ruth en la “Harvard Law School”, Universidad a la que había conseguido acceder siendo una de las nueve únicas mujeres de su promoción (la 6ª en la que admitían mujeres). Y la segunda, ya centrada en su ascenso profesional en New York (salto a 1970), donde la familia había trasladado su residencia tiempo atrás debido al trabajo de Martin. En sus comienzos la vemos como profesora en la Universidad de Columbia, impartiendo la asignatura “Discriminación sexual y la ley”, donde debate con sus alumnos casos señalados de discriminación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, de los que tiene un conocimiento preciso ya que colabora con la *American Civil Liberties Union* (ACLU).

El hilo conductor de toda la película, tal como reza en el propio título, es visualizar la discriminación que por aquel entonces sufrían las mujeres norteamericanas. Ya en los primeros minutos de metraje se evidencia tal situación en la escenificación de la memorable cena de bienvenida del Decano de la Facultad, *Erwin Grinswol* (Sam Waterston) a las nueve estudiantes femeninas. En un momento de la velada, el Decano les pide que se presenten una a una y expliquen el motivo que les ha llevado a estudiar Derecho: «¿qué hace ud aquí ocupando una plaza que podría haber sido para un hombre?», parece que les preguntó. Existía en efecto una suerte de preasignación de roles del que aquellas mujeres se estaban apartando, y de alguna forma se les quería hacer ver que no se lo iban a poner fácil. Cuando le llega el turno de respuesta a Ruth, ésta contesta con gran sarcasmo y agudeza: «Estoy en Harvard para saber más sobre el trabajo de mi marido y convertirme en una esposa más paciente y comprensiva». Después de sortear todo tipo de obstáculos (incluida la grave enfermedad de su marido y que la obligaría a maximizar sus esfuerzos en sus tiempos como estudiante en Harvard), Ruth logra graduarse con honores en la Universidad de Columbia. Pero sus sueños de ser abogada se verán frustrados al ser rechazada hasta en trece bufetes neoyorkinos, dada su triple condición de mujer, madre y judía. En el último, ella misma cuenta cómo le han tratado en los anteriores: «... La semana pasada me dijeron que las mujeres somos muy sensibles para ser abogadas. Y esa misma tarde, que una mujer primera de su promoción es muy

dominante y que no sería buena compañera de trabajo. Me han preguntado cuándo tendré a mi segundo bebé. Y si respeto el *shabbat*. Un entrevistador me dijo que tenía un currículum impecable pero que el año pasado habían contratado a una mujer y ¿cómo iban a querer tener dos?». También fue rechazada en este bufete.

El movimiento de la sociedad norteamericana por la consecución de los derechos civiles y la igualdad ante la ley estaba en plena ebullición en aquellos momentos. Pese a que la Decimocuarta Enmienda a la Constitución norteamericana (aprobada en 1866 y ratificada en 1868) incluía una Cláusula sobre Protección Igualitaria que en teoría impide la discriminación bajo ninguna circunstancia<sup>78</sup>, las mujeres sufrirían aun durante mucho tiempo numerosas discriminaciones en lo que a derechos civiles se refiere<sup>79</sup>. El problema de base, tal como se denuncia en varias ocasiones a lo largo de la cinta, es que la discriminación por razón de sexo era legal: «en EEUU hay 178 leyes que discriminan por razón de género. No trabajamos horas extra; no somos titulares de

---

<sup>78</sup> En realidad, la Enmienda se introdujo para luchar contra el problema de la segregación racial y los recortes a los derechos de la población afroamericana que se habían legalizado a través de los conocidos como “Códigos negros”, cuerpos legales emanados en algunos Estados norteamericanos después de abolirse la esclavitud (13ª Enmienda, a. 1865), que restringían los derechos civiles de las personas negras.

<sup>79</sup> Las primeras reivindicaciones comenzarían en la década de los 50 del pasado siglo XIX con el movimiento sufragista propulsado por Elisabeth Cady Stanton. Tras muchos esfuerzos, las mujeres consiguieron que se introdujera una enmienda Constitucional (la 19ª) que garantizase su derecho al voto. Aunque la misma fue presentada en 1878, el Congreso tardó 41 años en enviarla a los distintos Estados para su ratificación. En nuestro país, el voto femenino fue aprobado por el Congreso en 1931.

tarjetas de crédito; no podemos ser mineras -les explica Ruth a sus alumnas-. Quiero convencer a los tribunales federales de que esas leyes son inconstitucionales»<sup>80</sup>. Para revertir el problema, lo primero era insertar en la conciencia colectiva la idea de que la igualdad de género es un derecho civil, y que por tanto ni las leyes ni los tribunales pueden discriminar por razón de género: que la discriminación, en definitiva, no puede ser legal. Pues como también se denuncia reiteradamente en la película, ciertos sectores vivían de espaldas a la realidad y a los profundos cambios que se estaban operando: «Para otros profesores -les explica la propia Ruth a sus alumnos- la discriminación sexual no existe, equivale a estudiar los derechos de nomos y hadas». Y peor aún, ocurría también que los núcleos más conservadores de poder se negaban a aceptar esos cambios. Se cuenta en efecto, en boca de *Dorothy Kenyon*, que en un caso de discriminación que estaba llevando ante la Corte Suprema, la pregunta directa que formuló a los miembros del Tribunal: «Si la Ley diferencia por razones de género, ¿cómo va a haber igualdad entre hombres y mujeres?», habría obtenido como respuesta la tajante aseveración: «no la habrá». Por ello, la propia abogada le aconseja a Ruth cuando acude a pedirle opinión acerca del caso que pretende llevar: «Cambie las mentes primero, luego cambie la Ley».

---

<sup>80</sup> En febrero de 1947 se reúne por primera vez en Nueva York la “Comisión de la Condición Jurídica y Social de la mujer”, con el objetivo de introducir medidas a nivel internacional que suprimiesen las leyes discriminatorias y sensibilizaran a la población mundial sobre las cuestiones de género, algunas de cuyas observaciones fueron recogidas ya en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948). Desde entonces y hasta la actualidad, han organizado numerosas Conferencias Internacionales sobre los derechos de la mujer, con el objetivo de eliminar toda forma de discriminación hacia las mismas.

Ruth tiene claro que hay que dotar de sustento teórico al movimiento de repulsa social contra la discriminación, y para ello el camino consistirá en demostrar la inconstitucionalidad una a una de las leyes discriminatorias, para al final lograr “dinamitar” todo el sistema. La ocasión de oro le llega en 1972 de la mano de su marido, con un caso que resultará decisivo para su futuro desarrollo profesional. Martin, joven abogado especializado en derecho tributario, le habla de un asunto de un particular contra la Hacienda pública, del que ha tenido conocimiento leyendo el Boletín de jurisprudencia y cuya defensa quiere que asuman conjuntamente. Martin tiene que insistirle en que lo lea, pues inicialmente ella lo rechaza al no ser el tipo de asunto en que está interesada. Cuando lo lee, Ruth percibe inmediatamente que se trata de una oportunidad única en la lucha por la igualdad. Se trataba de la causa de Charles Moritz, un hombre soltero que tenía bajo su cargo a su madre, una persona dependiente, y a quien se le había denegado la deducción fiscal de 296 dólares por el sueldo que pagó a la enfermera para que la cuidase, que sin embargo sí le habría correspondido de ser mujer. El Tribunal Fiscal (*Tax Court*) había confirmado en primera instancia el criterio de la Administración Tributaria Federal Americana (*IRS*). La apoyatura legal la proporcionaba el artículo 214 del Código tributario norteamericano, que establecía que las “hijas solteras” que trabajasen fuera de casa, podían deducirse en el impuesto de la renta los gastos por contratar enfermeras al cuidado de los padres. Pero la ley no hablaba de los “hijos”. Ruth ve rápidamente -como decimos-

una ocasión única para comenzar a desmontar todo el sistema de discriminación: «Si un tribunal federal fallara que esta ley es inconstitucional podría convertirse en el precedente en el que se basaran en el futuro». Pues en efecto, el citado precepto legal suponía, en su tenor literal, que la cuidadora era siempre una mujer, y ello suponía un claro caso de discriminación hacia los hombres, que chocaba con lo que debería ser la finalidad última de la norma. Al darse además la particularidad de que el perjudicado era un hombre, se podría demostrar que la discriminación por género puede afectar por igual a hombres y mujeres, lo cual constituía un importantísimo punto a favor para obtener una sentencia favorable, teniendo en cuenta que los tribunales estaban compuestos exclusivamente por hombres.

Tras convencer a su viejo amigo y colega *Mel Wulf* (Justin Theroux), en ese momento jefe de la ONG, ACLU, e incluso al propio interesado, Charles Moritz, Ruth decide llevar el caso ante la Corte de Apelaciones. La Procuraduría del Estado eleva entonces una oferta de conciliación, que consiste en pagar la deducción fiscal a su defendido y “olvidarse del caso”. Tras consultar con Moritz, Ruth contraoferta la declaración de inconstitucionalidad del mentado precepto legal; ante la negativa de la Procuraduría, el caso es puesto finalmente en manos de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de Denver (Colorado). El fallo favorable al apelante del Tribunal declarando la inconstitucionalidad de la regla contenida en la Sección 214 del Código tributario acabará con una



tradición jurisprudencial de más de cien años que reconocía la legalidad de las normas discriminatorias, sentando un precedente básico en la lucha para la igualdad.

### **3.3. El alegato final. Recursos oratorios**

El discurso final de la protagonista del film ante la Corte de Apelaciones ha sido ampliamente alabado por su brillantez, elegancia y fuerza persuasiva. En palabras del productor Cort, se trata de «uno de los discursos más largos que ha tenido nunca una mujer en el cine americano, y con mucho el más inspirador y más genial». Su duración es de exactamente 5 minutos y 32 segundos, a lo largo de los cuales podemos decir que la actriz protagonista da lo mejor de sí: logra transmitir una imagen de gran seguridad y de propio convencimiento de la importancia y trascendencia del momento histórico que se estaba viviendo, pero sin perder al mismo tiempo la imagen tierna, dulce y muy humana, desprovista de toda arrogancia o superficialidad. Muy encomiable resulta también el enfoque que le da la directora a la escena. Mimi Leder prescinde de los estereotipos de películas del género y cuida mucho la imagen que quiere proyectar de los hombres que componen el Tribunal, a los que consigue presentar no como “los malos de la película”, sino como hombres buenos que lo único que quieren es lo mejor para su país, pero que se han quedado trasnochados: «Creo que una de las cosas que me encantan de Una Cuestión de género -declaró el productor Robert Cort- es que recuerda un tiempo en el que la gente

con fuertes discrepancias sobre cuestiones morales básicas y esenciales del país podían verse en un tribunal y debatir con sensatez sobre la validez de sus argumentos. Y tomar en última instancia la decisión de que hace falta cambiar la ley»<sup>81</sup>.

En la intervención de Ruth ante el Tribunal, formado por los jueces *Holloway* (Ben Carlson), *Doyle* (Gary Werntz) y *Daugherty* (F. McCarthy), se distinguen nítidamente dos momentos: el primero, cuando toma la palabra a continuación de su marido (que se ha encargado de exponer los detalles técnico-jurídicos del caso), en que vemos a una Ruth insegura, leyendo un guión inconsistente ante los requerimientos y apreciaciones del Tribunal, acorralada e incluso perdiendo en ocasiones los papeles; y la segunda, que se corresponde con los más de cinco minutos de su alegato final, donde Ruth proyecta una imagen absolutamente distinta. La vemos ahora alejada ya de cualquier guión escrito, con la mirada fija en los miembros del Tribunal, desmontando con un tono de voz firme, pero sin caer en la arrogancia, los argumentos a favor de la constitucionalidad del precepto en discusión, esgrimidos por el Tribunal. Analicemos las claves de este cambio discursivo:

Tanto Martin, como sobre todo Ruth, parten en sus respectivas argumentaciones iniciales de una idea clave que subyace en sus discursos: toda exclusión es discriminatoria, y la discriminación es

---

<sup>81</sup> Referencias tomadas de diversos sitios web especializados en crítica cinematográfica, como *Sensacine*, *Filmaffinity* o *LaHiguera.net*.

inconstitucional. Pero tal argumentación presenta un fallo de base importante, que el Tribunal utilizará a su favor: es cierto que el principio básico de igualdad de oportunidades, que está sancionado en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución norteamericana (Cláusula de Protección igualitaria), impide que una ley discrimine arbitrariamente a cualquier colectivo. Pero es igualmente cierto que no todos somos iguales ni tenemos las mismas competencias o habilidades y que por tanto la ley debe contemplar y tener en cuenta esta desigualdad; en otras palabras, la discriminación positiva sí respeta los derechos. Y en el caso en cuestión, la discriminación -arguye el Tribunal- favorece a la mujer en cuanto le permite salir al mercado laboral, rompiendo su encasillamiento como ama de casa. Por tanto, es una discriminación positiva. Pero tras la primera e infructuosa intervención de Ruth y su marido, toma la palabra el abogado de la parte apelada, el profesor Bozarth, quien, sin quererlo, dará a Ruth el argumento definitivo en que basar su contrarréplica. Parte el profesor Bozarth de que leyes como la citada, que presuponen que la cuidadora es siempre una mujer, responden al "orden natural de las cosas" y cuentan con una centenaria tradición a favor en sus tribunales, contradiciendo la idea de "cambio social radical" por la que aboga la defensa.

Ya en su turno de palabra, Ruth arranca su alegato muy sagazmente repitiendo lentamente estas tres palabras: "cambio", "social", "radical". A continuación, trae a la memoria del auditorio hitos del pasado reciente que demuestran que la sociedad ha

cambiado: en primer lugar, recuerda cómo cuando ella comenzó a estudiar ni siquiera había baño en las Escuelas para las mujeres, y no podían quejarse porque el logro, lo asombroso, era estar ahí. Seguidamente trae el recuerdo de Myra Colby Bradwell, a la que hace cien años se le había negado el derecho a ejercer como abogada, por su doble condición de mujer y casada (tras muchos años de batallar se le permitiría finalmente colegiarse)<sup>82</sup>. Una generación atrás, prosigue, habrían detenido a sus alumnas por indecencia de atuendo; 65 años antes hubiera sido impensable que su hija aspirase a tener una carrera, igual que 100 años atrás -concluye- ella no habría tenido derecho a presentarse ante el Tribunal. Y sin embargo, y con esto viene a concluir esta primera parte de su brillante réplica, el gobierno les está pidiendo a los jueces que ratifiquen las tradiciones, costumbres y moral de una América que ya no existe.

Como se puede apreciar, Ruth ha cambiado totalmente su estrategia discursiva: en lugar de comenzar atacando directamente la ley en cuestión (lo que como vimos la había llevado a un callejón sin salida), hace uso en su exordio inicial, para atraer la atención del auditorio y orientar su voluntad, del recurso a la memoria histórica, que se emplea muy frecuentemente en la oratoria de calidad por su fuerza persuasiva. Se trata en efecto de demostrar con hechos y no

---

<sup>82</sup> En nuestro país y aunque desde 1910 las mujeres ya podían acceder a la Universidad, habrá que esperar a 1922 en que tiene lugar el primer caso de una mujer colegiada: fue Ascensión Chirivella, en el Colegio de Abogados de Valencia. Victoria Kent sería la segunda mujer en colegiarse en 1925, en el Colegio de Abogados de Madrid, seguida en el mismo año y Colegio por Clara Campoamor, que fue además la primera mujer en defender una causa ante el Supremo.

con simples palabras, que la sociedad ha cambiado indiscutiblemente y que leyes y tribunales no pueden permanecer estáticos y de espaldas a la realidad.

A partir de ahí, desarrolla su *argumentatio* haciendo ver al Tribunal que existen leyes que discriminan a la mujer (hasta un total de 178) y que lo que tratan es de perpetuar esa realidad social que ya no existe, obstaculizando las aspiraciones de las futuras generaciones. No se trata tanto de romper con un siglo de tradición jurisprudencial, sino de adecuar la ley a los cambios sociales: de sentar un precedente, como ya hicieron -les recuerda- otros Tribunales ante leyes que habían quedado desfasadas. Como refuerzo de su argumentación y centrándose en la ley tributaria en cuestión, Ruth apela a lo que debería ser el sentido de la norma, y es favorecer el acceso al mundo laboral de los cuidadores por igual, sin distinción de sexo. Y concluye su *peroratio*, con las siguientes palabras: «No les pedimos que cambien el país. Eso ya ha pasado sin el permiso de ningún tribunal. Les estamos pidiendo que protejan el derecho del país a cambiar. A nuestros hijos e hijas se les arrebatan oportunidades basándose en suposiciones sobre sus capacidades. ¿Cómo van a refutar esas suposiciones si las leyes como el artículo 214 no se modifican? Todos tenemos que oponernos a estas leyes, una a una, el tiempo que haga falta, por su bien. Tienen el poder de sentar el precedente que marque el inicio. Pueden enmendar este error». Un epílogo final brillante, en que introduce una pregunta

retórica para apelar a la responsabilidad e incluso sentido común del tribunal y enfatizar la fuerza de su argumentación.

Como se nos cuenta en los últimos minutos de metraje, el Supremo anuló la decisión del Tribunal *a quo*, y falló por unanimidad a favor del derecho de Moritz a la desgravación, declarando al mismo tiempo la inconstitucional del citado precepto fiscal, con lo que sentaban un precedente en la lucha a favor de la igualdad de género en los tribunales norteamericanos.

#### **4. Oratoria ejemplar: pasado y presente. Consideraciones conclusivas**

Una vez analizados ambos discursos, paso ahora a señalar de manera resumida (pues se han ido explicando a lo largo del trabajo) las similitudes apreciables entre los mismos, que sorprenden particularmente teniendo en cuenta la enorme brecha temporal que los separa. Se trata en ambos casos de mujeres que toman la palabra públicamente para defender sus derechos como colectivo y que sentarán, cada una a su manera, un importante precedente: Hortensia, como única mujer abogada que postula *pro aliis*, de la que se tiene constancia en Roma; Ruth Bader Ginsburg, como la primera mujer que consigue que un Tribunal norteamericano declare la inconstitucionalidad de una ley por discriminación de género. Paradójicamente, y como también advertíamos en las páginas

introdutorias, el de Hortensia es el primero, y el último discurso que conocemos, antes de que la historia silenciara a las mujeres prohibiéndoles ejercer la abogacía, mientras que el de Ruth es de los primeros o más notables de una mujer ante un Tribunal, después de que consiguieran que se les devolviese la palabra. Pasamos ya a reseñar las concretas similitudes:

-Si atendemos a la finalidad, el discurso de Hortensia se encuadraba -como vimos- en la categoría del *genus deliverativum*, mientras que el de Ruth habría que encajarlo más propiamente en el *genus forense* o *iudiciale*. Sin embargo, en el fondo ambos discursos se aproximan, pues lo que subyace en uno y otro caso es una problemática social de la que tratan de persuadir al tribunal para obtener el resultado deseado. Más precisamente, Hortensia propugnaba -como se recordará- el mantenimiento o conservación del orden natural de las cosas, según el cual la mujer quedaba apartada de los asuntos públicos, por considerarse tal situación como algo casi consustancial a su propia naturaleza o condición femenina. Mientras que el discurso de Ruth pretende justamente lo contrario: convencer al tribunal de que la sociedad ha cambiado y que deben eliminarse todos los obstáculos legales que se interponen entre la realidad y el derecho.

-Aunque las premisas sobre las que se asientan sean diametralmente opuestas, si nos fijamos en la estrategia discursiva, vemos como en uno y otro caso se sigue idéntica técnica: la

inducción de ideas. Es decir, se trata de partir del relato de hechos o datos singulares que lleven al auditorio a una idea o conclusión general, que es la que finalmente se pretende probar. Como vimos, Hortensia recurre a tales efectos al encadenamiento de una serie de preguntas retóricas, con las que trata de demostrar los efectos negativos que tendría la imposición del tributo, y el carácter injustificado del mismo. Por su parte, la protagonista del film en cuestión, prefiere enfocar su argumentación desde un punto de vista positivo, trayendo a la memoria una cuidadísima selección de hitos históricos que han ido marcado el profundo cambio social, y que chocan con la interpretación que legislador y jurisprudencia se empeñan en seguir manteniendo, perpetuando unas tradiciones ya superadas.

-Ahondando en la estrategia argumentativa, ninguna de las dos presenta la cuestión como una lucha abierta entre hombres y mujeres. Al contrario, Hortensia utiliza muy sagaz y astutamente a su favor la diversa posición social y jurídica que tenían en Roma las mujeres en relación a los hombres, debido precisamente al rol asignado consuetudinariamente a las primeras: eran *matresfamilias*, encargadas del cuidado del hogar y de los hijos, compañeras *silentes* de sus maridos y, en definitiva -es a lo que pretende llegar- personas apartadas de toda actividad pública. A fuer de lo expuesto, y cuando se dirige a los triunviros en el foro, les conmina expresamente a someterlas a los castigos o puniciones que se merezcan (*proscriptiones*), si es que fuera el caso que se hubieran



comportado como enemigas. Se trata de una estrategia oratoria que ya hemos visto anteriormente y que consiste en introducir una pregunta u observación, o que no tiene respuesta, o cuya respuesta contradice la razón del oponente y refuerza la pretensión del orador. Pues en efecto, la respuesta era negativa, como bien expone a continuación la propia Hortensia: ellas jamás se han involucrado en ningún conflicto político ni en ninguna guerra, nunca se han opuesto a que fueran los hombres los que ostentaran honores y desempeñaran magistraturas. Y si eso no ha cambiado -éste es el argumento de fondo- ninguna razón hay entonces para imponerles unos tributos, de los que el estado natural de las cosas las ha siempre exonerado.

Siguiendo similar orientación, tampoco Ruth plantea el caso abiertamente como una lucha de las mujeres contra los hombres, sino como un asunto de profunda transformación social ya operada *de facto*, a la que las leyes deben adaptarse, pues de no hacerlo se estaría perjudicando por igual a unos y a otras. Como vimos, una de las razones que le impulsan firmemente a llevar la apelación es que no se trata de un caso de discriminación de una mujer ante la ley, sino de discriminación de un hombre. La sociedad, hombres y mujeres, ha cambiado, y no se puede seguir manteniendo el reparto tradicional de roles: hay hombres que quieren asumir faenas hasta entonces reservadas a las mujeres (como la de cuidador), y hay mujeres que quieren salir al mercado laboral y desempeñar funciones hasta entonces impensables para ellas (como ser mineras).

Adaptar las leyes y los Tribunales a los cambios; éste es en su caso el nudo argumental, aunque en el fondo se sabe que late el problema de la discriminación de la mujer por razón de género, por el que la magistrada lucharía toda su vida.

-Continuando con el fondo de sus argumentaciones, ambas mujeres son perfectamente conocedoras de los condicionamientos sociopolíticos que subyacen, y esto les permitirá desarrollar una oratoria efectiva y elocuente (*genus sublime*), con la que logran llegar al auditorio. Sus argumentaciones son lógicas y buscan convencer mediante hechos irrefutables de la verdad de las cosas. “Reason is the soul of all Law”: es el lema que preside la sala donde se desarrollará la vista en la película y es también el que podría haber figurado en el foro romano. Los hechos, la realidad social, nos muestran el camino para interpretar y aplicar las normas, porque son los que determinan cual haya de ser función y su esencia. Partiendo de tal premisa, recurren continuamente a la formulación de preguntas retóricas con las que buscan deliberadamente anticiparse y refutar las objeciones del oponente (*anteoccupatio*): los triunviros, en un caso, y el Tribunal, en otro.

-Finalmente y en cuanto al estilo, ambos discursos presentan un alto nivel de *perspicuitas* o grado de comprensión, si bien se siguen modelos distintos. Volviendo a la tradicional clasificación de las escuelas de retórica, frente al “asianismo” que impregnaba como vimos gran parte del discurso de Hortensia, el de la protagonista de

*Una Cuestión de Género* habría que encajarlo mejor en la “escuela neo-ática”, importada a Roma bajo el modelo de los escritores de la Atenas clásica, que propugnaba un tipo de oratoria mucho más espontánea y directa, en la que se prescinde de florituras que dificultan la comprensión.

Y hasta aquí el examen comparado de los discursos de estas dos grandes abogadas de las mujeres. Dos realidades sociales distintas. Dos maneras opuestas de defender sus derechos. Y dos ejemplos históricos de los que aprender.

## 5. Índice de bibliografía

- AGUDO, A., *Abogacía y Abogado. Un estudio histórico-Jurídico*, La Rioja, 2022
- ALVARO BERNAL, M., *De ‘puella’ a ‘nupta’: ser niña en Roma*, Oviedo, 2023
- ARIAS RAMOS, J., “‘Advocati’ y ‘collegia advocatorum’ en la actividad legislativa justiniana”, en *Homenaje a N. Pérez Serrano*, vol. I, 1959, pp. 47-61
- BELLIDO, F.J., “Los modelos del pasado en los escritos retóricos de Cicerón: un estudio sobre su valor moral y formativo”, en *Diánoia* vol. 66., núm. 87, noviembre 2021-abril 2022, pp. 3-23
- BONNER, S., *La educación en la Roma antigua, desde Catón a Plinio el Joven*, Barcelona-Herder, 1984
- CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua. Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma*, Trad. A. Pociña, Madrid, 1991

-CASTRESANA, A., "Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma", en *Seminarios Complutenses III*, Madrid, 1992, pp. 53-60

-*Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid, 1993

-*Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, Trad. M<sup>a</sup> Isabel Núñez Paz, Madrid, 1997

-CENERINI, F., *La donna romana. Modelli e realtà*. Bologna 2002

-CID LÓPEZ, R.M., "El 'Ordo matronarum' y los espacios femeninos en la Roma Antigua: las fiestas de 'Matronalia' y 'Fortuna Muliebris'", en *Pautas históricas de sociabilidad femenina. Rituales y modelos de representación*, Servicio Publicaciones Universidad de Cádiz, 1999, pp. 47-57

-"La educación de la niña romana: de 'puella' a 'matrona docta'", en *Bien enseñada: la formación femenina en Roma y el occidente romanizado*, Virginia Alfaro Bech y Rosa Francia Somalo (edits.), Universidad de Málaga, 2001, pp. 21-44

-"Mujeres y actividades políticas en la República. Las matronas rebeldes y sus antecesoras en la Roma antigua", en *Mujeres en la Antigüedad clásica. Género, poder y conflicto*, Domínguez Arranz, A. edit., Madrid, 2010, pp. 125-151

-"Las matronas y los 'agmina mulierum' en la Roma antigua. Del matriotismo a la protesta"; en *Cartografía de género en las ciudades antiguas*, Martínez, C. y Ubric, P. eds, Granada, 2017, pp. 207-232

- CUENA BOY, F., "Leges in aeternum latae y leges mortales: el debate sobre la derogación de la Lex Oppia según Tito Livio 34.1-8", en *Ars boni et aequi* 13, nº 2, 2017, pp.157-189

- CHURRUCA, J-MENTXACA, R., *Introducción histórica al derecho romano*, Bilbao, 2015

- DE MIGUEL, R., *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1914

- FUHRMANN, M., "Cicerón y la retórica. La moral de abogado de Cicerón y su evaluación en los siglos XIX y XX", en *Anuario filosófico*, núm. 34, 2001, pp. 347-367

- GASCÓN CUENCA, A., “La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013, pp. 163-182
- HEMELRIJK, E.A., ‘*Matrona docta*’. *Educated women in the Roman elite from Cornelia to Julia Domna*, Londres, 1999
- HERRMANN, C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964
- JANSENN, N., “La vie des matrones romaines à fin de l’époque républicaine”, en *Egypte-Grèce-Rome. Les différents visages des femmes antiques. Travaux et colloques du séminaire d’épigraphie grecque et latine de l’IASA 2002-2006*, Bern, 2008, pp. 260 ss.
- JIMÉNEZ DELGADO, J., “Supervivencia de Cicerón”, en *HELMANTICA, Revista de Humanidades Clásicas*, Univ. de Salamanca, núm. 30, 1958, pp. 351-362
- LABRUNA, L., “Un editto per Carfania?”, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 415-420
- LÓPEZ, A., “Hortensia, primera oradora romana”, en *Florentia Iliberritana*, núm. 3, 1992, pp. 320-1
  - “Las matronas romanas ante la vida pública: utilización de la palabra”, en *Revista Internacional de Culturas y Literaturas*, núm. 15, 2014, pp. 49-60
- LÓPEZ-RENDO, C. “La importancia del Derecho romano en la formación del abogado”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Vol. IV *Derecho procesal romano*, Madrid, 2000, pp. 219-270
- MARROU, H., *Histoire de l’éducation dans l’Antiquité*. Paris, 1948
- MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de las Ideas estéticas en España*, Edición nacional de las Obras Completas, Madrid, 1940
- MOMMSEN, T., *Römische Geschichte III*, Berlin 1920
- OLLANDINI, E., *La donna e l'avvocatura*, Genova, 1913

-ORTUÑO, M.E., "La oratoria femenina y la fiscalidad en la segunda mitad del s. I a.C.: un caso singular", en *RGDR, IUSTEL*, núm. 25, 2015

- "Hortensia. Su discurso contra la imposición fiscal femenina", en *Mujeres en tiempos de Augusto: realidad social e imposición legal*, Rodríguez, R. y Bravo, M<sup>a</sup>J. coords, Valencia, 2016, pp. 367-400

- PEPPE, P., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984

-RESINA SOLA, P., "La condición jurídica de la mujer en Roma", en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, A. LOPEZ - C. MARTINEZ - A. POCINA (eds.), Granada 1990, pp. 98-119

- "Una voz femenina en el foro romano y un edicto mordaza", en *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Rodríguez López, Rosalía y Bravo Bosch, M.<sup>a</sup> José (coord.), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 515-529

-RODRÍGUEZ-ENNES, L., "Motivos que determinaron la introducción de la remuneración de la oratoria forense", en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 6, 1887, pp. 139-150

- SALAZAR, M., "De la enseñanza superior a la enseñanza del derecho en el marco de la sociedad romana (s. III a.C.-s. VI d.C.)", en *REJIE Nueva Época*, núm. 22 Extraordinario-febrero, 2020, pp. 11-37.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de "liberación de género", en *RIDROM* n° 39 (2023) pp. 387-445

-SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968

-TORRENT, A., "Proscriptio", en *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|   |   |
|---|---|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>25/03/2025  | <b>Fecha de aceptación:</b><br>22/04/2025   |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>pactos sucesorios, renuncia, sucesión intestada, legítima, mujer</i> | <b>Keywords:</b><br><i>succession agreements, renunciation, intestate succession, legitime, woman</i> |



## LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN LA REGULACIÓN DE LOS PACTOS DE NON SUCCEDENDO

### THE SITUATION OF WOMEN IN THE REGULATION OF NON-SUCCESSION AGREEMENTS

**Belén Fernández Vizcaíno**

Profesora Ayudante Doctora  
Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0009-0002-5794-3491>

(FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, Belén. *La situación de la mujer en la regulación de los pactos de non succedendo* RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 236 296. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

#### Resumen:

Los pactos de non succedendo son actos jurídicos bilaterales en virtud de los cuales el futuro heredero renuncia total, o parcialmente, con carácter previo a la sucesión intestada. Fueron regulados de forma diversa en las distintas etapas del Derecho romano, influenciados por las costumbres de las provincias orientales del Imperio. Entre estos, destacan los realizados por la mujer casada y dotada que renunciaba mediante pacto a la herencia paterna. Este pacto se consideraba inválido por el Derecho romano, aun admitido socialmente, de manera que la mujer podía reclamar la herencia de su padre fallecido intestado, si bien debía colacionar los bienes recibidos a título de dote. Justiniano sancionó esta norma y la extendió a las hijas obligadas a profesar para conservar el patrimonio de los varones.

#### Abstract:

The pacta de non succedendo are bilateral legal acts by which a future heir renounces, either wholly or partially, their right to intestate succession in advance. They were regulated differently throughout the various stages of Roman law, influenced by the customs of the eastern provinces of the Empire. Among these agreements, a notable example is that of a married and dowered woman who, through a pact, renounced her paternal inheritance. Although socially accepted, Roman law deemed this pact invalid, allowing the woman to claim her deceased father's intestate inheritance. However, she was required to collate the assets received as a dowry. Justinian reinforced this rule and extended it to daughters compelled to take religious vows, aiming to preserve the patrimony of male heirs.

SUMARIO: 1.- *Status quaestionis*. 2.- La mujer romana en la regulación de los pactos de *non succedendo*.

### 1.- *Status quaestionis*.

Entre las formas de adquirir la propiedad el Derecho establece la sucesión, ya sea testamentaria o *ab intestato*, si bien, desde antiguo en la delación voluntaria podemos hacer referencia a dos posibilidades, el testamento o la sucesión contractual, esta última corresponde a una opción con caracteres contractuales y, por lo tanto, con fundamento en la voluntad de las partes. El esquema anterior, como sabemos, no es propiamente romanístico, pero nos sirve de punto de partida para nuestro estudio en la medida en que afecta a materias del Derecho civil. El Derecho romano considera sólo secundariamente la sucesión desde el punto de vista de modo de adquirir y la aplicación de un concepto de sucesión en ámbitos particulares obedece a una compleja evolución del *Ius commune* en la que no nos podemos detener aquí<sup>1</sup>.

La sucesión contractual se entiende en su sentido más amplio como cualquier pacto que tenga por objeto la totalidad o parte del patrimonio hereditario de una persona viva, intervenga en el negocio o no, limitando la facultad dispositiva *mortis causa*, en el que

---

<sup>1</sup> AMBROSINO, R., «*Successio in ius-successio in locum-successio*», *SDHI*, II, 1945, pp. 170-184. El esquema al que nos referimos, y al que hemos recurrido sólo a efectos expositivos, se ajusta al art. 609 del CC, que transmite en gran medida el contenido del art. 711 del Code Napoleon.



se puede llamar o excluir a uno de los otorgantes o a un tercero a dicha sucesión.

Mientras que, en sentido estricto, hay sucesión contractual cuando la herencia es ordenada total, o parcialmente mediante un contrato, ya sea un acuerdo por el que una persona confiere a otra un derecho hereditario sobre sus bienes, o un heredero renuncia a sus derechos hereditarios mediante un pacto con la otra parte<sup>2</sup>.

En relación a este concepto, nos podemos acercar a la figura jurídica de los pactos sucesorios desde la complejidad de su función regulando la herencia futura, siendo su naturaleza jurídica la típica de los contratos, y su regulación en la historia dispar según los distintos ordenamientos jurídicos y épocas, siendo en ocasiones inexistente por estar prohibidos, y en otras tener unos contornos bien delimitados por estar permitidos<sup>3</sup>.

Este tipo de pactos pueden ser clasificados, atendiendo a su finalidad, en convenciones institutivas, renunciativas y dispositivas:

- En primer lugar, y dentro de los llamados «pactos de institución o de modificación», se encuentran aquellos en virtud del cual una persona pacta en vida, de forma bilateral y de manera irrevocable, dejarle a otra la herencia completa o en

---

<sup>2</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*, Madrid, 2017, pp. 201 y ss.

<sup>3</sup> BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milán, 1954, p. 171.

parte tras su fallecimiento, sea a título universal o a título singular<sup>4</sup>; así, los *pacta de succedendo* pueden distinguirse de los de mutua sucesión, aquellos en los que las partes se instituyen recíprocamente herederos, y de los pactos sucesorios de institución a favor de tercero, o a favor de la otra parte, pero sin reciprocidad. Asimismo, también tienen la consideración de pacto sucesorio las donaciones *inter vivos* cuando constituyan anticipos hereditarios<sup>5</sup>.

- En segundo lugar, los *pacta de non succedendo*, que se enmarcan en los «pactos renunciativos o abdicativos», son acuerdos en virtud de los cuales el futuro heredero renuncia, total o parcialmente, a los derechos que por cualquier título pudieran corresponderle en la herencia de la otra parte, con carácter previo a la apertura de la sucesión. Esta renuncia se lleva a cabo mediante un acto jurídico bilateral, permitiendo que el futuro causante o un tercero interesado la acepte <sup>6</sup>. Estos pactos pueden ser onerosos o gratuitos, y no son propiamente

---

<sup>4</sup> Somos conscientes de que esta contraposición no es de origen romano y que su uso, sin advertencia previa, puede llevar a una interpretación errónea del concepto originario de *successio*. Sobre este punto esencial, vid. LONGO, C., «L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano», *BIDR*, 14, Roma, 1902, pp. 127-202; 224-275; *BIDR*, 15, Roma, 1903, pp. 283-309. En esto Carlo Longo desarrolla la tesis de Bonfante sobre la sucesión como subrogación en la jefatura doméstica, por ejemplo, en BONFANTE, P., «L'origine dell'hereditas e dei legata nel diritto successorio romano», *BIDR*, 4, Roma, 1891, pp. 97-143.

<sup>5</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, 2019, p. 451.

<sup>6</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, p. 451.

una forma de sucesión contractual, pues la herencia a la que se refiere la renuncia no es la del renunciante, sino la de la otra parte negocial, y los efectos de la renuncia se producirán en vida del primero<sup>7</sup>.

- En tercer lugar, se encuentran, los *pacta de hereditate tertii*, o pactos sobre la herencia de un tercero, que se establecen como pactos dispositivos de la herencia de un tercero, estos no son considerados por una parte de la doctrina como auténticos pactos sucesorios *stricto sensu*, ya que no evitan la delación a favor del contratante que ha transmitido su derecho en vida del *de cuius*<sup>8</sup>. Son los que celebran varios presuntos herederos sobre la herencia de un tercero, y por los que se dispone de los bienes que puedan recibir de ésta, bien entre ellos, o bien entre ellos y un extraño. Mediante la celebración de estos pactos, el futuro heredero renuncia por cualquier título a su expectativa hereditaria en la sucesión del futuro causante, que no interviene en el pacto, a través de su transmisión a favor del beneficiario<sup>9</sup>. Se trata de un pacto celebrado entre varios

---

<sup>7</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*, *op.cit.*, p. 204.

<sup>8</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*, *op.cit.*, p. 204; OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, p. 451.

<sup>9</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad»,

sucesores para repartirse la herencia mientras todavía vive el causante, sin que este intervenga en el negocio jurídico, y la mayoría de las legislaciones lo consideran inmoral<sup>10</sup>.

A este respecto, se debe tomar como premisa para el estudio de la validez de los pactos sucesorios en Derecho romano el principio fundamental en el derecho sucesorio «*voluntas ambulatoria est*», que establecía la libertad de testador para ordenar su futura herencia hasta el momento de su muerte, en este sentido, Schulz<sup>11</sup> afirma que es precisamente este principio de libertad la causa de la prohibición de los pactos sucesorios en Roma, mientras que eran una práctica jurídica habitual en los ordenamientos heleno-orientales.

De esta manera, la libertad de testar se configura como fundamento de la nulidad de los pactos sucesorios en Derecho romano, ya que su formalización implicaba concretar el destino de la herencia del *de cuius* de un modo irrevocable, o la renuncia a la herencia futura en el supuesto en los pactos de *non succedendo*,

---

*Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, p. 451.

<sup>10</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*, *op.cit.*, p. 205; MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar*, Madrid, 2022, p. 489.

<sup>11</sup> SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, Madrid, 2009, pp. 178 y ss. En el mismo sentido se expresan GLÚCK, F., *Commentario alle pandette*, V, Milano, 1893, p. 335; COLL RODES, R., «Consideracions i normes generals referents á la successió voluntaria á títul universal», *RJC*, 18, 1912, Barcelona, p. 270; ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, Madrid, 1949, p. 528; FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II*, Milano, 1949, p. 325; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, p. 63; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, p. 205.

incluso en el caso del acuerdo sobre la herencia de un tercero «*hereditate tertii*», en la que dos o más partes pactaban la distribución de esta una vez adjudicada por fallecimiento del causante, sin que intervenga en el pacto<sup>12</sup>, pues la libertad de testar se entendía incompatible con la sucesión contractual al impedir la manifestación posterior de una nueva voluntad testamentaria<sup>13</sup>.

De lo expuesto se puede afirmar que la sucesión contractual no era reconocida en el Derecho romano, y cualquier pacto en ese sentido, ya de instituir o de no instituir, era considerado nulo, por inmoral, y contrario a las buenas costumbres<sup>14</sup>. Como afirma

---

<sup>12</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar, op.cit.*, pp. 488 y ss. Asimismo, PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2911-2913, sostiene que la prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho romano influyó en la evolución de esta institución en el Derecho civil castellano, ya que debido a la influencia del Derecho francés, durante la codificación del siglo XIX esos principios sirvieron de base para excluir los pactos sucesorios del Código Civil.

<sup>13</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual, op.cit.*, p. 201.

<sup>14</sup> A este respecto, la doctrina civilista española sostiene una polémica entre los autores favorables y detractores de la sucesión contractual, ya que frente a un testamento que en su naturaleza es revocable hasta el mismo momento del fallecimiento del otorgante, la sucesión contractual ofrece estabilidad y garantía al instituido, cuyo interés, una vez llevado a cabo el pacto, se centrará en la conservación y mejora del patrimonio familiar, pues es en propio beneficio. Así, parte de la doctrina señala como inconvenientes, con el mismo fundamento que en Derecho romano, que el carácter irrevocable del pacto sucesorio es un ataque a la libertad de testar, principio básico del derecho sucesorio, así como que supone un peligro para la vida del causante, pues la naturaleza humana puede tratar de hacer efectivo el derecho pactado lo antes posible. Por el contrario, otros autores admiten que, según nuestra realidad económica y social, aun con las limitaciones que establece el Código Civil, los pactos sucesorios son un incentivo para el instituido, que tiene la seguridad de que finalmente será el

Bonfante<sup>15</sup> el pacto sucesorio fue una institución jurídica extraña en el Derecho romano, más aún, sostiene su a causa del orden moral existente en la sociedad romana, en el que la herencia tenía como función asegurar la continuidad del poder del *paterfamilias* y de la familia, piedra angular del Derecho romano.

En este sentido, afirma Arias Ramos<sup>16</sup> que «el Derecho romano no conoció la institución de heredero hecha en un contrato», ya que estos denominados contratos sucesorios son silenciados en el derecho clásico, y rechazados en el derecho postclásico.

Asimismo, afirma Vismara<sup>17</sup> que los pactos sucesorios implicaban una limitación de la libertad testamentaria, por lo que tenían un carácter extraño en Roma, tanto por su naturaleza bilateral como irrevocable, que requería la voluntad de ambas partes para modificarlo o dejarlo sin efecto.

---

heredero de un patrimonio que ya viene administrando, siendo además una posibilidad a tomar en consideración en la conservación del patrimonio familiar, como empresas, pues quien los está administrando es conocedor que finalmente será su propietario. No obstante, esta opinión a favor de los pactos sucesorios está necesitada de una modificación legislativa, ya que en la actualidad siguen los criterios contrarios a estos. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de familia. Relaciones paternofiliales y tutelares. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1944, p. 689; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale, op.cit.*, pp. 172 y ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», *ADC*, 17, núm. 2, 1964, p. 37; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 2008, pp. 330 y ss. ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de derecho privado. II. Sucesiones*, Madrid, 2009, pp. 335 y ss.

<sup>15</sup> BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1965, p. 566.

<sup>16</sup> ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano, op.cit.*, p. 528.

<sup>17</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, p. 63. En el mismo sentido, SCHULZ, F., en *Principios del Derecho romano, op.cit.*, p. 196 afirma que el principio de libertad de testar no admite excepciones.

Así, es el carácter irrevocable de los pactos sucesorios lo que impedía considerarlos como válidos<sup>18</sup>, ya que el *de cuius* podía instituir a sus herederos y asignar las cuotas a estos siguiendo este principio, por lo que cualquier pacto que hiciera un reparto diferente de las cuotas hereditarias, que anularan dicho reparto, con o sin el consentimiento del causante, o que afirmaran la renuncia a un parte de la herencia era extraño y nulo para el Derecho romano.

En el mismo orden de ideas, por el principio *viventis nulla est hereditas*<sup>19</sup> no era posible renunciar a una herencia futura o disponer de esta, pues la irrevocabilidad del pacto de forma unilateral por el causante una vez otorgado era un impedimento insalvable para el Derecho romano a la hora de admitirlo, pues una sola voluntad no podía dejarlo sin efecto ante algún cambio en las circunstancias fácticas o más simple, en su opinión<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III*, traducción de FADDA, Torino, 1930, p. 128; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, *opt.cit.*, p. 205; PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, *op.cit.*, pp. 2917-2918.

<sup>19</sup> D. 18, 4, 1 (*Pomponius 9 ad sab.*); C. 2, 3, 30 (*Imperator Justinianus*).

<sup>20</sup> FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II*, *op.cit.*, p. 325; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, *opt.cit.*, p. 204; PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, *op.cit.*, p. 2919. C. 2, 4, 2 (*Imperator Antoninus*).

Otra razón que sustentaba la prohibición de estos pactos se encontraba en que se consideraban un peligro para la vida de la persona de cuya sucesión se trataba, además de por su abierta contradicción con anteriormente citada total libertad de testar<sup>21</sup>.

Tomando en consideración los aspectos formales de los pactos sucesorios se puede afirmar que, en cualquier caso, este tipo de pacto sobre sucesión futura no tenía efectos obligacionales a pesar del consentimiento otorgado por las partes<sup>22</sup>, por ello, el renunciante podía impetrar la posesión de los bienes después de la muerte del otro sujeto firmante del pacto, esto es, podría solicitar la *bonorum possessio* e incluso aceptar la herencia al no estar excluido, como se afirma en D. 29, 2, 94.- (*Hermogenianus 3 iuris epit*) *Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur*, lo que pone de relevancia unos contornos poco definidos desde un punto de vista jurídico respecto a la aplicación práctica de los pactos sucesorios.

---

<sup>21</sup> BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale, op.cit.*, p. 172; OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, p. 452.

<sup>22</sup> PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op. cit.*, p. 2914 (nota 14)-2915 y ss., afirma que en este tipo de pacto sobre sucesión futura no se establece un contrato perfecto, sino un *nudo pacta*, ya que por sus características no se adaptaban a la familia romana ni por supuesto a la función pública que tenía el derecho hereditario, por lo que no eran una obligación.



No se conoce con exactitud cuándo se establecen límites a los pactos sucesorios, por otra parte, conocidos desde antiguo<sup>23</sup>, si bien, la limitación de esta figura se puede encontrar en la época postclásica del Derecho romano, y ya eran calificados como «odiosos» por Justiniano en C. 2, 3, 30, 2:

*C. 2, 3, 30, 2.- (Imperator Justinianus) Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt? <a 531 d. k. nov. constantinopoli post consulatum lampadii et orestae vv.Cc.>*

Así, podemos encontrar las distintas normas que regulaban los pactos sucesorios en la obra de Justiniano, en primer lugar, en el *Codex*, en el capítulo dedicado a los pactos, C. 2, 3, 0, *De pactis*, en C. 2, 3, 6 se establece como nulo aquel pacto que fuera contra las leyes o la buena fe:

---

<sup>23</sup> A este respecto, LINAZOSORO CAMPOS, G., en *Convenciones sucesorias: pactos sobre sucesiones futuras*, 1981, Santiago, p. 12, afirma que en la época arcaica del Derecho romano, periodo anterior a las Doce Tablas, estos ya existían, de hecho, se utilizaban de forma general en la sucesión *mortis causa* los pactos sobre sucesión futura, cuya finalidad era económica a fin de mantener la tierra indivisa a tratarse de una sociedad eminentemente agrícola y ser esta el bien máspreciado para el sustento de la familia.

C. 2, 3, 6.- (*Imperator Antoninus*) *Pacta, quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*

Asimismo, en el C.2.3.8, se insiste en la invalidez del pacto que fuese contra la buena fe:

C. 2, 3, 8.- (*Imperator Alexander Severus*) *Imperator Alexander Severus. Cum, posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenerit, ut ei caveret nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est, et cum ex ea conventionione cum matre tua agi coeperit, iudex eam liberabit. \* alex. a. aurelio dionysio. \* <a 222 pp. prid. id. sept. alexandro a. cons.>*

A pesar de lo expuesto, en el Derecho postclásico se comienzan a encontrar referencias a pactos sucesorios utilizados por los emperadores y la *nobilitas*, unos para establecer la sucesión en el trono y otros para conseguir un patrimonio unido manteniendo así su poder económico y político<sup>24</sup>.

La razón de esta afirmación se puede encontrar en uno de los cambios experimentado en el derecho hereditario romano, que

---

<sup>24</sup> MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, p. 32.

conforma otra arista en la configuración, aplicación y desarrollo normativo de los pactos sucesorios; en concreto hacemos referencia a la expansión territorial del Imperio romano y la consecuente influencia de los Derecho orientales, destacando el Derecho griego.

Evidentemente, nos encontramos ante una cuestión relacionada con el llamado Derecho provincial que requeriría un estudio más detallado<sup>25</sup>.

Además de la convivencia de diversas comunidades, la llegada masiva de inmigrantes al Imperio, incluso de esclavos procedentes de estas demarcaciones territoriales tuvo como consecuencia la mezcla de costumbres y una fusión de Derechos en algunas ocasiones, lo que lleva a Vismara<sup>26</sup> a afirmar que los pactos sucesorios son una prueba de la influencia heleno-oriental en el Derecho romano.

Por otro lado, en el capítulo del Digesto dedicado a los testamentos de los militares podemos encontrar los fragmentos D. 29, 1, 2 (*Gaius 19 ad ed. provinc.*)<sup>27</sup>; D. 29, 1, 34 (*Papinianus 14 quaest.*

---

<sup>25</sup> Este tema se ha planteado en diversos lugares del Imperio, pero especialmente en el ámbito de Egipto, vid. por ejemplo, MODZEJEWSKI, J. «La règle de Droit dans l' Égypte romain», *Proceedings of the Twelfth International Congress of Papyrology*, Toronto, 1970, pp. 317-377.

<sup>26</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, op.cit., pp. 136 y ss.

<sup>27</sup> D. 29.1.2- (*Gaius 19 ad ed. provinc.*) *De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.*

)<sup>28</sup>; D. 29, 1, 34, 1 (*Papinianus 14 quaest.*)<sup>29</sup>; D. 29, 1, 42 (*Ulpianus 45 ad ed.*)<sup>30</sup> y D. 29, 1, 39 (*Paulus 9 quaest.*)<sup>31</sup>, en los que se reconoce un derecho singular y propio para el caso de los militares<sup>32</sup> que se constituían cada vez más como una clase social más privilegiada, y por ello se les concedió poder disponer de sus bienes *mortis causa* como pudieran o quisieran según las circunstancias especiales acaecidas en las campañas militares; así se establecía que la voluntad de los militares causantes tenía validez a pesar de la cuestión formal del testamento, es decir, sin importar de qué forma quedaba constancia de ella mientras se pudiera demostrar que existió tal voluntad, pues no podemos olvidar el escenario en el que manifestaba esa voluntad. Ello supondría la quiebra de los principios generales del sistema testamentario romano, ya que

---

<sup>28</sup> D. 29.1.34pr.-(*Papinianus 14 quaest.*) *Eius militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere vel intestati bona ab his qui lege vocantur vindicari divus hadrianus rescripsit.*

<sup>29</sup> D. 29.1.34.1- (*Papinianus 14 quaest.*) *Militia missus intra annum testamentum facere coepit neque perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum: alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum.*

<sup>30</sup> D. 29.1.34.2.- (*Papinianus 14 quaest.*) *Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio: nam quocumque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamentum est.*

<sup>31</sup> D. 29.1.39.- (*Paulus 9 quaest.*) *Si filius familias miles captus apud hostes decesserit, dicemus legem corneliam etiam ad eius testamentum pertinere. sed quaeramus, si pater eius prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur. et dicendum est non rumpi testamentum, quia ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse.*

<sup>32</sup> Esta institución se extiende a todos los casos, no solo a los militares, en la legislación foral de Valencia, así, se encuentra en los Fueros el *fur* 2, 3, 11 que permite el pacto de supervivencia o de sucesión recíproca, mediante este se acuerda entre dos personas que el que sobreviva adquiere los bienes del fallecido, subordinado a que el fallecido no tenga hermanos, ni hijos ni sobrinos, ya que en este caso podría gravar o lesionar la legítima de los herederos forzosos, GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret Civil Valencià*, Castellón, 1996, p.167.

bastaría una manifestación clara de su voluntad desprovista de formalidades, tal como afirma Ulpiano en D. 29, 1, 1 (*Ulpianus 45 ad ed.*) lo que comenzó como un privilegio terminó siendo un derecho en virtud de las constituciones del Príncipe, como afirma Gayo en D. 29, 1, 2 (*Gaius 19 ad ed. provinc.*)<sup>33</sup>.

De esta manera, en el Derecho sucesorio romano se pueden encontrar algunas excepciones a la prohibición general de los pactos sucesorios; así, se considera válida la división de los bienes realizada por el padre entre sus hijos y descendientes, de igual modo que el pacto recíproco de sucesión realizado entre militares<sup>34</sup>, o la donación *mortis causa*<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> ARANGIO RUIZ, V., «L'origine dei testamentum militis», *BIDR*, Roma, 1906, pp. 153 y ss.; MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual, op.cit.*, pp. 26 y ss.

<sup>34</sup> En este supuesto se presentó en el 290 d.C. un caso de pacto sucesorio entre dos hermanos militares en campaña con fuerza de última disposición, reconocido por el emperador Diocleciano del que encontramos referencia en C. 2, 3, 19, por el cual al que sobreviviese le pertenecerían los bienes del fallecido, mencionando expresamente en este texto que esta figura no presenta ciertamente los caracteres de la donación, sino que se trataba de otra institución diferente, reconocimiento que tuvo una importancia extraordinaria pues fue un comienzo en la aceptación de una forma de sucesión claramente rechazada por el Derecho romano, si bien, caso parte de la doctrina establece que este acuerdo entre los hermanos no iba en contra del Derecho romano y su opinión en contra de los pactos sucesorios, ya que Diocleciano lo consideró en su resolución como un testamento, en este sentido, RE, C., «Del patto successorio», *Studi e documenti di Storia e Diritto*, 8, 1, 1887-7, 1, 1886, p. 186; BIONDI, B., *Instituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946, pp. 125 y ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, parte generale, op.cit.*, p. 23; VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>35</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, pp. 88 y 121; MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual, op.cit.*, pp. 59 y ss. D. 23, 4, 29, 2 (*Scaevola 2 resp.*).

Asimismo, se pueden encontrar pactos sucesorios en una etapa avanzada del Derecho postclásico establecidos por influencia de la Iglesia; asimismo, dentro de los pactos renunciativos, en el caso de hijos que entraban a profesar religión era frecuente que a su ingreso firmaran junto a sus padres pactos de renuncia a la futura herencia paterna; y respecto a las mujeres, ya fuesen vírgenes o viudas, el emperador Marciano declaró válida cualquier disposición *mortis causa* a favor de la Iglesia realizada por estas, con independencia de la formalidad llevada a cabo<sup>36</sup>, lo que significaba la admisión de los pactos a tal fin.

Más aún, antes de profesar, en el caso de tener descendientes, era común la división de manera irrevocable del patrimonio entre estos, lo que se puede considerar un pacto sucesorio sobre bienes de la herencia en vida del causante, que tanto rechazo provocaba en el Derecho romano<sup>37</sup>.

Estas afirmaciones sobre el rechazo y sus excepciones de los pactos sucesorios y los principios del Derecho Romano contrarios a los pactos sucesorios se pueden observar en la recepción del Derecho romano en Castilla. En Las Partidas 5, 5, 13 y 5, 11, 33 se estableció como principio general la prohibición de los pactos sucesorios sobre la herencia futura por ser contrarios a la libertad de testar, si bien reconocían algunas excepciones al igual que en Derecho romano, ya citadas, como se puede observar en Partidas 5,

---

<sup>36</sup> Nov. Marc. 5, 2; C. 1, 2, 13 (*Imperatores Valentinianus, Marcianus*).

<sup>37</sup> Nov. Justiniano 123, c. 38, año 546.

11, 33; 5, 4, 4 y 6, 2, 1; esto es, a pesar de la prohibición general se admitían algunos supuestos con carácter de excepción, como era la validez de la división del caudal hereditario hecha por el padre entre sus sucesores legítimos, la del pacto de mutua sucesión entre militares antes de entrar en batalla, y la de determinados pactos de sucesión futura por causa de compañía de bienes<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, se admitían los pactos de *non succedendo* o de renuncia en una Decretal del Papa Bonifacio VIII de 1299<sup>39</sup>, que en su título 18 sobre los pactos afirmaba que si no mediaba dolo o violencia en el pacto entre padre e hija, según el cual con la dote esta renunciaba a los bienes de la herencia de su padre, este pacto era válido, lo que pone en valor que era el derecho canónico el que admitía este tipo de pactos siempre que mediara juramento<sup>40</sup>.

En todo caso, no será hasta el Derecho feudal cuando los pactos sucesorios alcancen su mayor difusión, pues durante la Baja Edad Media gracias al trabajo de los glosadores se configuró la naturaleza

---

<sup>38</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral: Derecho de sucesiones*, Madrid, 2010, p. 786.

<sup>39</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, pp. 452 y ss.

<sup>40</sup> El Derecho canónico, conformaba junto al Derecho romano el *ius commune*, fundamento de las legislaciones instauradas en Europa, por lo que la regulación de los pactos, así como las normas que regulaban las donaciones por causa de muerte y la institución de heredero fueron recogidas en las distintas legislaciones particulares, *vid.* PLANAS BALLVÉ, M., en «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op.cit.*, p. 2912 (nota 5).

y clasificación de aquéllos, y tras la recepción del Derecho romano en Europa paso a formar parte del Derecho común<sup>41</sup>.

De esta manera, en el *ius commune*, a pesar de la antigua prohibición en el Derecho romano «fueron muchas veces reconocidos en virtud del derecho consuetudinario o estatuario y también fueron investigados teóricamente por la ciencia del Derecho común»<sup>42</sup>.

Paralelamente a la nulidad establecida en esta materia por el Derecho romano y la legislación castellana, podemos encontrar un Derecho germánico, menos evolucionado, en el cual la sucesión contractual no tuvo obstáculos legislativos. Así, en Alemania, durante la Baja Edad Media el Derecho común reconocía estos contratos, y las donaciones *mortis causa* mediante contrato eran práctica común al inicio de la Alta Edad Media<sup>43</sup>.

En el mismo sentido, las Leyes de Toro en Ley 17 y Ley 22 admitieron la sucesión contractual con relación a las mejoras, que tiene su reflejo en nuestro Código Civil actual. Son estas ideas las que sirvieron de antecedentes en la redacción del texto, de manera

---

<sup>41</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, p. 452.

<sup>42</sup> COING, H., *Derecho privado europeo, II*, Madrid, 1966, p. 741. PÉREZ SIMEÓN, M., «La renuncia a la legítima o a su complemento en vida del futuro causante. Estudio histórico comparado de diversas tradiciones jurídicas europeas», *La Notaría*, número 7/8 2001, pp. 25-52.

<sup>43</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar*, *op.cit.*, p. 488.



que será con la codificación del siglo XIX, en el Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, en su artículo 994 cuando se exceptúen los contratos sobre cosas futuras. Eran los inicios del proceso codificador y empezaban a imponerse las ideas liberales nacientes que pretendían impulsar la división de la propiedad, además de estimarse la inmoralidad de este tipo de pactos.

De este modo, con relación a los pactos sucesorios en el Código civil actual se excluyen como forma de sucesión por su irrevocabilidad, ya que los pactos sucesorios privan al causante de la posibilidad de revocar las disposiciones *mortis causa* que en él se establezcan, porque su naturaleza contractual exige el respeto y el cumplimiento bilateral, de acuerdo con el principio general de irrevocabilidad unilateral de los contratos, establecido en el artículo 1256 del Código Civil<sup>44</sup>.

Esta afirmación es apoyada por lo que podemos entender en la actualidad como contrato sucesorio o sucesión contractual «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral»<sup>45</sup>, esto es, hacemos referencia a un pacto como negocio jurídico *mortis causa* cuya nota más característica, y que lo diferencia de los testamentos, en su

---

<sup>44</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, 2019, p. 455.

<sup>45</sup> REQUEIXO SOUTO, X.M., «Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, LXV, fasc. IV, 2012, p. 1761.

irrevocabilidad, dada por el carácter bilateral de este, por lo que las disposiciones contenidas en el pacto no pueden ser modificadas ni revocadas, salvo que así se prevea en el mismo pacto, que ambas partes así lo hayan establecido o por disposiciones legales que lo prevean.

Este pacto sucesorio se otorga por causa de la muerte del disponente y despliega efectos *mortis causa* bajo la regulación del derecho de sucesiones, por lo que no se rige por normas contractuales, y adquiere eficacia desde su celebración<sup>46</sup>. Y solo se podrá dejar sin efecto con un nuevo negocio jurídico entre los mismos sujetos, modificando el objeto o finalidad, e incluso las personas favorecidas por el pacto; así, fallecido el disponente les corresponderá manifestar su voluntad de aceptar o repudiar no ya el pacto celebrado válidamente, sino la delación contractual a su favor<sup>47</sup>.

En la actualidad, la prohibición de esta figura que pacta sobre la herencia futura, así como sus posibles excepciones se regula en diversos artículos recogidos en el Código Civil.

A este respecto, la exclusión de estos negocios jurídicos encontraría su justificación en la idea de que los pactos sobre

---

<sup>46</sup> FONT I SEGURA, A., «La ley aplicable a los pactos sucesorios», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, p. 4.

<sup>47</sup> MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual, op.cit.*, pp. 202 y ss.

sucesión futura asume una «inmoralidad probable por el deseo de uno de los contratantes en la muerte del otro, lo incierto de la propiedad, la aleatoriedad que conlleva el contrato, el temor a los fraudes y la pérdida de la libertad para otorgar testamento»<sup>48</sup>, lo que lleva a afirmar en el artículo 1271 CC, así como en otros preceptos complementarios de nuestro Código Civil, que actualmente existe la prohibición general de estos pactos, si bien, como viene sucediendo a lo largo de la historia se encuentran excepciones<sup>49</sup>.

Estas situaciones particulares están previstas con relación a la promesa de mejorar o no mejorar en el art. 826 «La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida» y en el art. 827 «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero»<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Sentencia 2002\2225 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de abril de 2002.

<sup>49</sup> Desde la promulgación del Código Civil español en 1889 la regulación de los pactos sucesorios en nuestro ordenamiento jurídico evoluciona hasta que en 1958 se llega a admitir su validez mediante la modificación del artículo 174 CC, que estuvo vigente hasta julio de 1970, por el cual se permitía instituir heredero al adoptado a través de la escritura pública de adopción, pero desde este momento, las reformas del Código Civil español relativas a las materias de sucesiones han sido muy escasas y las facultades de disposición del causante han venido estando limitadas tanto por vías de condicionamientos formales como materiales, OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, *op.cit.*, pp. 453 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para una reforma del código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Santander, 2006, pp. 479 y ss.

<sup>50</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», *ADC*, 17, núm. 2, *op.cit.*, p. 370; MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ

Por otro lado, el artículo 816 CC recoge que una cuestión de especial interés en este trabajo ya que como puede observarse del texto literal del mismo se afirma que «Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción», prohibiéndose bajo sanción de nulidad la renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el causante y sus herederos forzosos.

A tenor de lo expuesto, y centrando la atención en el objeto de este trabajo, haremos referencia a los pactos de renuncia a la herencia o de *non succedendo*, y entre estos los firmados por la mujer renunciando a la herencia paterna.

## 2.- La mujer romana en la regulación de los pactos de *non succedendo*.

El papel de la mujer en la sociedad romana tuvo su reflejo en el Derecho, que fue modificando sus normas a tenor de su evolución, en especial en el ámbito de la familia y, por ende, en la herencia, en la que podemos observar una idea primigenia relativa a la igualdad de sexos y a la no discriminación entre los hijos legítimos en la herencia como se observa en las XII Tablas<sup>51</sup>.

---

YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual, op.cit.*, p. 202.

<sup>51</sup> XII Tablas V, 4.

A este respecto, tomaremos como punto de partida una situación ciertamente prolongada en el tiempo relativa a la desigualdad de sexos en la sociedad romana, ya que es claro que Roma conoció un ordenamiento caracterizado por la desigualdad con carácter general, en el cual un sujeto adquiría la personalidad con el nacimiento efectivo, con vida y con forma humana, lo que era condición necesaria, pero no suficiente para tener capacidad jurídica, ya que se exigía al individuo el triple *status*, debiendo concurrir en este la condición de libre, ciudadano y no sujeto a potestad ajena, de forma que solo tendría plena capacidad jurídica quien cumpliera las tres condiciones.

En consecuencia, la organización familiar seguía este criterio de desequilibrio jurídico, siendo el *paterfamilias* el titular de todos los derechos familiares hasta su fallecimiento, gozando en el derecho sucesorio de una amplia libertad para testar, con un papel pasivo de la mujer, en un escenario desigual, pues por razón de sexo era privada de derechos que sí disfrutaban los varones<sup>52</sup>.

En este sentido, las mujeres romanas se encontraban sometidas en el antiguo derecho al *paterfamilias*, al igual que los varones *alieni iuris*, siendo esta sujeción el vínculo que determinaba su integración en la familia, sin poder tener sucesores ni a nadie bajo su potestad y

---

<sup>52</sup> GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, abril, 2022, pp. 62 y ss.

con una escasa participación en los aspectos políticos y jurídicos de la vida pública.

Con la evolución del derecho, la condición de las féminas se vio mejorada con el estatus de *sui iuris*, si bien continuaban sometidas a un poder ajeno mediante la *tutela mulierum*, que con el paso del tiempo será eliminada en algunos supuestos según las normas del *ius liberorum* permitiendo a las mujeres entrar en la sucesión, mediante *testamenti factio* activa y pasiva, lo que no vino a significar en ningún caso la libre capacidad<sup>53</sup>.

Esta posición de la mujer en el Derecho romano tenía su fundamento en su supuesta debilidad tanto física como mental, que venía reconocida en distintos textos; así de forma directa declaran la inferioridad de la mujer respecto al hombre D. 1, 5, 9 (*Papinianus 31 quaest.*).- *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*, y D. 1, 9, 1pr. (*Ulpianus 62 ad ed.* ).- *Consulari feminae utique consularem virum praeferendum nemo ambigit. Sed vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum. putem praeferri*,

---

<sup>53</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, pp. 133 y ss.; PEREIRA PORTO, C., «La representación del concepto de mujer en Roma», *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, 1995, pp. 292 y ss.; POMEROY, S., *Diosas, ramerías, esposas y esclavas*, Madrid, 1999, p. 173; HERRERA BRAVO, R.; SALAZAR REVUELTA, A.; SALAZAR REVUELTA, M., «La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica», *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, 2011, pp. 186 y ss.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El *ius adcrendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, 2011, pp. 455 y ss.; GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, Valencia, 2017, p. 61; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en derecho privado romano», *Revista Clepsidra*, 16, 2017, pp. 191-217; LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017, pp. 27 y ss.

*quia maior dignitas est in sexu virili*. Estos servían como fundamento de la *levitas* o *fragilitas animi*, la *imbecilitas mentis* o la *infirmetas consilii*, además del pasaje de Ulpiano recogido en D. 16, 1, 2, 2 (*Ulpianus 29 ad ed.*), también una constitución de Justino I sobre las actrices, promulgada entre el 520 y el 523 en C. 5, 4, 23 pr. (*Imperator Justinus*), así como en C. 5, 17, 10 (*Imperator Justinianus*).

También se pueden encontrar referencias al término *imbecilitas* en fuentes literarias como en los dos Sénecas: las *Controversiae* 1, 6 y 2, 7, de Séneca el Viejo o el Retórico y en los *Dialogos* 12, 19, 5, de Séneca hijo, en los «Dichos y hechos memorables» de Valerio Máximo, o en el «Tusculano» de Cicerón 3, 16, 34.

Además, cabe destacar el uso de los términos *infirmetas* y *calliditas* según el senadoconsulto Velejano en D. 16, 1, 2, 3 (*Ulpianus 29 ad ed.*), en el que se declaraba que las mujeres no tenían capacidad para ser fiadoras de terceros en cuestiones financieras, de manera que no podían obligarse de ningún modo, si bien esta idea ya estaba en el derecho anteriormente mediante edictos de Augusto y Claudio en los que se las prohibía ser fiadoras de su marido, con el fin, en principio, de proteger su dote<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, 15, 2, 2018, pp. 139 y ss.; PAVÓN, P., «*Infirmetas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit* (D. 16, 1, 2, 3 Ulp. 29 ad ed.) o la “extrema dualidad” de la condición femenina en el senadoconsulto Velejano», *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021, pp. 127 y ss.; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM, op.cit.*, pp. 63 y ss.

Todas estas ideas conforman lo que venía a asimilarse en Derecho a una incapacidad de la mujer, que mantenía un papel pasivo a nivel jurídico, con una actuación circunscrita al ámbito doméstico, nula respecto a su función social e inexistente en el ámbito público de Roma<sup>55</sup>.

Partiendo de esta posición desfavorable, la capacidad jurídica de las mujeres en Roma evolucionó en paralelo a la sociedad romana desde finales de la República<sup>56</sup>, comenzando a adquirir de forma progresiva un mayor estatus de libertad personal y una menor desigualdad jurídica, tanto en lo privado como en lo público, favorecidas por las sucesivas guerras y la mortalidad masculina; estas circunstancias les permitiría asumir la administración y gestión del patrimonio familiar, en ocasiones cuantioso, ante la ausencia de

---

<sup>55</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D., *Capacidad jurídica de la mujer casada*, en *Revista Gráficas Europa*, Salamanca, 1969, p. 7; RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando "atributos" femeninos en la antigua Roma», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, BOE, 2012, pp. 897 y 903; SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la *materfamilias* en el marco de la ciudadanía romana», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013, pp. 200 y ss.; BRAVO BOCH, M.J., «Lenguaje y género. *Infirmas sexus*», *No tan lejano, una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, Valencia, 2020, p. 15.

<sup>56</sup> PEREIRA PORTO, C., *La representación del concepto de mujer en Roma*, *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, *op.cit.*, p. 292; RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando "atributos" femeninos en la antigua Roma», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, *op.cit.*, p. 899; MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, *op.cit.*, pp. 54 y ss.; RODRÍGUEZ, R., «La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013, pp. 242 y ss.; ORTUÑO, M<sup>a</sup> E., «Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la *Lex Voconia*», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013, pp. 452 y ss.; MCCLINTOCK, A., «The *Lex Voconia* and *Cornelia's jewels*», *RIDA*, 60, 2013, p. 183-200.



un varón, aunque la equivalencia entre hombre y mujer no fue plenamente aceptada debido en algunos casos a las reticencias y en otros a la confrontación total<sup>57</sup>.

El nuevo contexto que provoca esta evolución hizo que fuesen ganando cotas de poder e independencia frente a los hombres, de hecho, a finales de la República, y a pesar de su limitada capacidad para participar en la vida pública, su presencia se hizo cada vez más patente con algunas manifestaciones públicas de mujeres<sup>58</sup>.

Con relación a la *tutela mulieris*<sup>59</sup>, configurada como una institución jurídica fundamentada en la incapacidad de la mujer al ser considerada como ligera de juicio e ignorante de las cosas del foro, que tenía una justificación en el Derecho romano arcaico, ya que a la muerte del *pater*, la mujer seguía teniendo el papel de una *filia familias*, quedando bajo potestad de los herederos, como una

---

<sup>57</sup> GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, *op.cit.*, p. 62; RODRÍGUEZ, R., «La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, *op.cit.*, pp. 244 y ss.

<sup>58</sup> A este respecto, a finales de la República son conocidas manifestaciones de mujeres a pesar de su incapacidad para participar en la vida pública, ya que la vida política y el gobierno familiar estaba en poder de los hombres, que limitaban la función femenina, como podemos observar en D. 3, 1, 1, 5 (*Ulpianus 6 ad ed.*); D. 5, 1, 12, 2 (*Paulus 17 ad ed.*); D. 50, 17, 2 pr. (*Ulpianus 1 ad sab.*), y en los textos literarios de autores que ante este cambio social exponían sus dudas ante una posible igualdad entre hombres y mujeres, en este sentido, CATÓN sostiene *Extemplo simul pares esse coeperunt, superiores erunt*, recogido en *Livio, Ab urbe condita*, XXXIV, 3. LÓPEZ GÜETO, A., *Mujer, poder y derecho en Roma*, *Revista jurídica Piélagus*, 17, 2018, pp. 12-13; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, *op.cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>59</sup> Cicerón, *Pro Murena* 12, 27; *Ulp. Tituli ex corpore*, 11, 1; *Ulp. Tituli ex corpore* 11, 27.

prolongación de la patria potestad del difunto<sup>60</sup>; pero, con la admisión de la mujer como *sui iuris* la *potestas* cambia para ser una tutela testamentaria o legítima, pero no fundamentada en la incapacidad propia de la mujer, lo que viene confirmado con la introducción del *ius liberorum* por Augusto<sup>61</sup>, que liberaba a la mujer de tutela según su capacidad reproductiva, ya que el hecho de tener un número de hijos determinado no podía conllevar una incapacidad intrínseca por ser mujer<sup>62</sup>.

Esta afirmación vendría corroborada por el hecho de que la cualidad de las mujeres, como personas de carácter leve e inconstante, merecedoras de la incapacidad legal, no pudo ser entendido por la sociedad romana como algo propio de su sexo<sup>63</sup>,

---

<sup>60</sup> CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, 1991, p. 209.

<sup>61</sup> CAMPOS VARGAS, H., «La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género a las “Instituciones” de Gayo», *Revista de Ciencias Jurídica*, 107, 2005, pp. 151 y ss.; LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, *op.cit.*, pp. 20 y ss.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El *ius adcrendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, *op.cit.*, p. 455 y ss.; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, *op.cit.*, pp. 144 y ss.; LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, *op.cit.*, p. 19; TELLO LÁZARO, J.C., «La concesión discrecional por *princeps* del *ius trium liberorum* y su reflejo en Marcial», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021, pp. 579 y ss. *Leges Iulia de maritandis ordinibus*, 18 a.C.; *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, 17-16 a.C.; *Lex Papia Poppaea*, 9 d.C.

<sup>62</sup> RESINA SOLA, P., «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La Mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, pp. 105 y ss.; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, *op.cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>63</sup> Desde antiguo se establecía la excepción en la tutela de las vírgenes vestales, a las que se permitía la gestión de sus propios bienes, al ser consideradas dignas de ello. GIANNELLI, G., *Il sacerdozio delle Vestali romane*, Florencia, 1913; BEARD, M., «The Sexual Status of Vestal Virgins», *JRS*, 70, 1980, pp.12 y ss.;

sino que tenía unas connotaciones de tipo de económico, además de ser entendido como un medio de control de las mujeres en una sociedad patriarcal que no las consideraba aptas para el mundo militar, fundamental en Roma, y por ende, preparadas para la vida pública, lo que comenzaba en la infancia al recibir una educación diferente de los varones, todo ello a pesar de que entre las mujeres de la élite sí se pueden encontrar casos de mujeres cultas y preparadas para cualquier oficio.

A pesar de las razones expuestas, en las fuentes podemos encontrar textos que consideran la tutela un instrumento del *ius civile* cuya finalidad era proteger a los sujetos, en unos casos por la edad, en otros por el sexo, al no poder defenderse por sí mismos, negando que fuesen medios de fuerza y potestad creados para el control de las mujeres, como se puede observar en D. 26, 1, 1, pr.<sup>64</sup>

Sobre esta cuestión, en Derecho romano clásico Gayo expone en sus Instituciones la pertinencia de la tutela de los impúberes, pero plantea dudas sobre las razones que sustentaban la tutela sobre las mujeres, pues en su opinión estas eran más aparentes que verdaderas, ya que pudo observar que en su época las mujeres de

---

SCARDIGLI, B., «Vestali integrate nella società romana», *Studi historica. Historia Antigua*, 21, 2003, pp. 97-104; PARKER, H. N., «Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State», *The American Journal of Philology*, 125, 4, 2004, p. 568; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, op.cit., p. 144 (nota 17).

<sup>64</sup> D. 26. 1. 1. pr. (Paulus libro 38 ad edictum): *Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

plena edad cumplían los negocios por sí mismas, con casos en los que el tutor imponía su autoridad por puro formalismo, incluso no siendo extraño que el Pretor fuese quien autorizara los actos en contra de la voluntad del tutor, como se observa en Gayo 1, 190, en el que reconoce que las mujeres en su época ya comercian y realizan cualquier acto jurídico como los hombres.

Esta afirmación, que podría dar a entender que en época clásica se comenzaba a cambiar la percepción de la naturaleza femenina y su papel en la sociedad, no era una idea compartida por la mayoría de los juristas de ese momento, ni siquiera por el propio Gayo en el resto de su obra, pues en esta distingue constantemente la capacidad del varón y de la mujer con fundamento en la debilidad y fragilidad femenina <sup>65</sup>, si bien nos sirve para entrever un cierto progreso social, y en ocasiones normativo, más favorable a la mujer.

Esta relación de desigualdad entre los géneros sirve de fundamento a la idea de menor capacidad de la mujer en todos los ámbitos de la vida romana.

---

<sup>65</sup> FRIEDLANDER, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México, 1947, p. 301; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 2010, p. 383; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, *op.cit.*, p. 13; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, *op.cit.*, pp. 148 y ss.; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, *op.cit.*, p. 66.

No obstante, en el derecho hereditario se pueden observar unas premisas jurídicas diferentes, por un lado, la delación *ab intestato* desde la época arcaica se encuentra recogida en distintos fragmentos de la Ley de las XII Tablas<sup>66</sup>, referidos al conjunto de bienes y relaciones que formaban la familia romana y el destino que debía darse a los mismos en caso de sucesión *mortis causa*; de ellos se extrae el orden de llamamientos a la herencia en el caso de muerte de un *paterfamilias*<sup>67</sup>:

*XII Tab.- V, 4.- Si intestato moritur, cui suus heres  
nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5.- Si  
adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*<sup>68</sup>.

Como puede comprobarse, la legislación decenviral establece que el primer grado en la sucesión intestada lo ocupa el *suus heres*<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Se sigue la reconstrucción del texto de las XII Tablas recogida en la obra de RASCÓN, C.- GARCÍA GONZÁLEZ, J.M., *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996.

<sup>67</sup> Es la muerte del *paterfamilias* lo que inicia el sistema establecido en el *ius civile* aplicable a la sucesión, ya que según D. 29, 2, 27, «*hereditas viventis non datur*», SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), *op.cit.*, pp. 192 y ss. D. 18, 4, 1 (*Pomponius 9 ad sab.*); D. 29, 2, 19 (*Paulus 59 ad ed.*); D. 41, 5, 1 (*Pomponius 32 ad sab.*).

<sup>68</sup> Este texto fue posteriormente interpretado por Gayo 3, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*, y recogido literalmente por *Tit.Ulp.* 26, 1.- .... *id enim cautum est lege Duodecim Tabularum hac: si intestato moritur, cui suus heres nec est, adgnatus proximus familiam habeto*. También aparece citado parcialmente en D. 28, 2, 9, 2 (*Paulus 1 ad sab.*); D. 50, 16, 162 (*Pomponius 2 ad sab.*); D. 50, 16, 195, 1 (*Ulpianus 46 ad ed.*); D. 50, 16, 220 pr. (*Callistratus 2 quaest.*). Ver LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., «La sucesión intestada en la ley de las doce tablas». *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, coor. Por Alfonso Murillo Villar, Vol. 1 2000., pp 533-568.

<sup>69</sup> Sobre el sentido originario de la expresión *suus heres* y opiniones doctrinales, ver LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., «La sucesión intestada en la ley de las doce

del *de cuius*, que adquiriría la herencia *ipso iure* y sin necesidad de *aditio*; además, el precepto decenviral no asigna el nombre de heredero al agnado próximo ni a los gentiles, quienes *familiam habento*, siendo la interpretación posterior la que hizo que fueran considerados verdaderos herederos<sup>70</sup>.

En esta delación hereditaria intestada no hay distinción de sexo como se afirma en *Pauli Sent.* 4, 8, 20 (22) *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguíneas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretionem sexus cognatos admittit*, de igual redacción que *Coll.* 16, 3, 20, por los que se establece que la Ley de las XII Tablas no reflejaba ninguna distinción por sexo en la sucesión hereditaria; sin embargo, esta afirmación se debe matizar respecto a la sucesión intestada con la regulación de la *lex Voconia*, del 169 a.C., por la que sólo se admitía a la mujer agnada a la herencia en el caso de que fueran consanguíneas del causante, aunque esta regla ya debía de estar en desuso a finales de la República<sup>71</sup>.

---

tablas». *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, coor. Por Alfonso Murillo Villar, Vol. 1 2000., pp 533-568

<sup>70</sup> WAGNER, H., recensión a NELSON, H.L.W., «Überlieferung, aufbau und Stil von *Gai Institutiones*», *IURA*, XXXII, 1981, p. 254; GAUDEMET, J., «Tentatives de systematisation du droit a Rome», *INDEX*, XV, 1987, p. 87 (=en *ANTIQUA*, 62, Paris, 1992, pp. 333 y ss.); MEINHART, M., «Die datierung des *Sc. Tertullianum*, mit einem beitrage zur Gaiusforschung», *ZSS*, LXXXIII, 1966, pp. 127 y 131; ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 830; POLO ARÉVALO, E., *Conceptus nodum natus...*, *op.cit.* p. 30.

<sup>71</sup> Con relación a la igualdad de sexo en la vocación hereditaria KÜBLER, B., «Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom», *ZSS*, XLI, 1920, pp. 15 y ss; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *op.cit.*, p. 581; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, VI «Le successioni», *op.cit.*, p. 367 (nota 1); VOLTERRA, E.,

Se muestra contrario a esta opinión La Pira<sup>72</sup> al afirmar que a pesar de que los juristas clásicos no establecieron discriminación por razón de sexo en el derecho a suceder al *paterfamilias*, la sucesión de la mujer no cumplía el objetivo de la herencia romana consistente, en el caso de los *sui heredes*, en el deber de continuar la familia, más aún, en el supuesto de agnadas, tampoco podían absorber la familia del agnado próximo, pues no podían ser *paterfamilias*; asimismo, con relación a la posibilidad de la mujer de suceder sólo a los propios consanguíneos sostiene en una tesis opuesta a la doctrina mayoritaria de que la *lex Voconia* no supone una restricción a la libertad de sucesión de las mujeres, sino una mejora de la imposibilidad originaria de suceder.

Respecto a la sucesión testamentaria, como ha quedado establecido, hay que hacer referencia al principio de libertad de testar que en origen disponía el *paterfamilias*, pero que a causa de la evolución de la sociedad romana y del concepto de familia fue limitado con el fin de proteger a los miembros más cercanos al testador, sin distinción de sexo; si bien en el supuesto de preterición

---

*Istituzioni di diritto privato romano, op.cit.*, p. 794; VOLTERRA, E., «Sulla capacità delle donne a far testamento», *BIDR*, 48, Roma, 1941, pp. 74 y ss.(=en *ANTIQUA*, 62, pp. 76 y ss.); TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 709; CASTRO, A., «Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 8, 2021, pp. 214 (nota 36) y 222. Gayo 2, 121; Gayo 2, 126; Gayo 3, 2; Gayo 3, 14; *Tit.Ulp.* 26, 1; *Tit.Ulp.* 26, 6; *Tit.Ulp.* 26, 8; C. 6, 58, 14 (*Imperator Justinianus*); I. 3, 2, 3.

<sup>72</sup> LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, *op.cit.*, pp. 115 y ss.-172 y ss. Siguen esta misma opinión FRANCIOSI, G., *Corso istituzionale di diritto romano, I, Famiglia e persone, successioni, diritti reali, op.cit.*, pp. 157-158; LÉVY-BRUHL, H., «Heres», *op.cit.*, pp. 155-156; MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, Napoli, 2000, pp. 49 y ss.

de descendientes, los requisitos y consecuencias eran más laxos con relación a las mujeres.

Ahora bien, estas normas del Derecho romano, que incluso en la etapa más arcaica no discriminaba a la mujer por razón de sexo en su derecho a una cuota de la herencia paterna era esquivada por el interés del causante en mantener la mayor parte de su patrimonio intacto para sus hijos varones, de manera que, por medio de la sucesión contractual omitían los derechos de las mujeres a la herencia en su mayor parte por razones económicas.

Estos pactos, además de presentar una situación discriminatoria respecto a la mujer dotada, fueron considerados extraños, no ajustados a derecho e incluso nulos en Roma, de forma que el Derecho romano permitía a la mujer acudir a la llamada hereditaria, si bien también establecía la obligación de colacionar los bienes recibidos con anterioridad<sup>73</sup>.

Sobre este tipo de pactos sucesorios, tomando como premisa la idea presentada de no discriminación de hijos por razón de sexo en Derecho hereditario, cabe exponer las características que conformaban la participación como destinataria o parte de los

---

<sup>73</sup> Con relación a la *collatio dotis* vid. SOLAZZI, S., *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 379; BURDESE, «*Dos patris et dil iae communnis*», Labeo, 1959, pp. 284 y ss.; TELLO LÁZARO, J. C., «Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica», *Revista de Aula de Letras. Humanidades y Enseñanza de la Universidad Pablo de Olavide*, Sevilla, 2003, pp. 1 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2008, p. 736. D. 37,7 (*Ulpianus 40 ad ed.*); D. 37, 7, 1, 3 (*Ulpianus 40 ad ed.*); D. 37,8,1,16 (*Ulpianus 40 ad ed.*); C. 6, 20, 25 (*Imperator Gordianus*).



pactos sucesorios renunciativos de los derechos futuros a la herencia de la mujer.

A este respecto, como se puede extraer de la escasa consideración del Derecho romano a la sucesión contractual podemos afirmar que los pactos de renuncia a derechos sucesorios futuros se consideraban, al igual que el resto, extraños a la legislación sucesoria<sup>74</sup>, hasta que Justiniano, aun reafirmando el principio de nulidad, de forma excepcional atenuó su prohibición respecto a la renuncia a la *querella inofficiosi testamenti*<sup>75</sup>, siempre que en este pacto se contara con la voluntad del causante de forma clara y evidente, como se afirma en C. Th. 2, 24, 2 y C. 2, 3, 30 (*Imperator Justinianus*)<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II, op.cit.*, p. 325; CARIOTA FERRARA, L., *Le successioni per causa di morte, parte generale*, Napoli, 1974, p. 137; VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, p. 63; IGLESIAS, J., *Derecho romano, op.cit.*, p. 426; PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op. cit.*, pp. 2911 y ss.

<sup>75</sup> Con relación a la *querella inoficiosi testamenti*, la misma aparece cuando los herederos forzosos, esto es, los hijos del *paterfamilias*, ya estén sometidos o no a su potestad en el momento de la apertura de la sucesión, los ascendientes y los hermanos del *de cuius*, ante un testamento en el que habían sido preteridos, o desheredados, de forma injusta estaban legitimados activamente para solicitar abrir la sucesión intestada por ser necesario, en su opinión, rescindir ese testamento, *vid.* ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano, op.cit.*, p. 596; PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano*, Buenos Aires, 1977, p. 705; SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano, op.cit.*, p. 255; GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, Libro V, Milano, 1893, p. 309; KASER, M., *Derecho romano privado*, traducida por SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1982, p. 323.C. 3, 28, 35 (*Imperator Justinianus*).

<sup>76</sup> PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano, op.cit.*, p. 705; COLL RODES, R., «Consideracions y normes generals referents á la successió voluntaria á títul universal», *RJC, op.cit.*, p. 270; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones*

En este supuesto, como en el resto de pactos renunciativos se prevé la prohibición por los herederos de renunciar por pacto a este derecho, sin embargo, como se afirma en C. 3, 28, 35, 1 y 1a, se exceptúa tal situación cuando fuese evidente y claro que existía voluntad por el causante:

*C. 3, 28, 35, 1.- (Imperator Justinianus) Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari secundum papiniani responsum, in quo definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos. <a 531 d. k. sept. constantinopoli post consulatum lampadii et orestae vv. cc.>*

---

*interna e internacional), op.cit., p. 203; PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op.cit., p. 2911; MARÍN PADILLA, M.L., Historia de la sucesión contractual, op.cit., pp. 48 y ss.*

C. 3, 28, 35, 1a: (*Imperator Justinianus*) *Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit. <a 531 d. k. sept. constantinopoli post consulatum lampadii et orestae vv. cc.>*

Del estudio de estos textos se puede extraer que no era válido el pacto sucesorio entre padre e hijo según el cual una vez recibidos ciertos bienes se aceptaba no iniciar la *querella inoficiosi testamenti* después de la muerte del padre, esto es, no se permitía el pacto de renuncia a un derecho sucesorio<sup>77</sup>, salvo que de evidente o evidentísima manera, dice el texto, se hubiese conocido la voluntad del padre al respecto, esto es, se mantiene siempre que exista la *perseverantia voluntatis* durante toda la vida de este<sup>78</sup>.

Respecto a la posibilidad de establecer pactos sucesorios entre padres e hijos en el Derecho postclásico, Constantino manifiesta, en primer lugar, la prioridad de la voluntad última de los padres a la hora de repartir su herencia, como se afirma en C. 3, 36, 26 (*Imperator Constantinus*), para más adelante, presentar el caso de una madre

---

<sup>77</sup> IGLESIAS, J., *Derecho romano, op.cit.*, p. 426; PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano, op.cit.*, p. 705; FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II, op.cit.*, 1949, p. 325; VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, p. 147.

<sup>78</sup> PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op.cit.*, p. 2922; MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual, op.cit.*, pp. 51 y ss.

que en vida divide su herencia entre sus hijos, caso sobre el que el emperador afirma que a pesar de que este tipo de pactos va en contra de las buenas costumbres, porque nadie tiene derecho a apropiarse de los bienes de una persona viva, si la madre lo ha permitido, y con su consentimiento los hijos se han repartido sus bienes, debe mantenerse su voluntad, siempre y cuando hubiese permanecido estable durante toda su vida. Por ello, su legislación rechazaba estos pactos basados en la inmoralidad, por atentar contra las buenas costumbres, salvo conocimiento y beneplácito del padre o madre, que daban validez al pacto<sup>79</sup>.

Este quebrantamiento de la regla de nulidad con fundamento en su inmoralidad eludible por la voluntad expresa a favor del *de cuius* hasta el final de su vida se afirma en C. 2, 3, 30, 3.- (*Imperator Justinianus*). *Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit:...*<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión se debe afirmar que los emperadores Teodosio y Valentiniano en el año 493 denominaban a este tipo de pactos sucesorios como testamento imperfecto, aunque válido por la importancia de las relaciones familiares en el Derecho romano, como se puede observar en distintos textos de las fuentes, Nov. Teodosio 16, 5; C. Th. 2, 24, 1; C. 3, 28, 8 (*Imperator Antoninus*); Nov. Justiniano 102, año 541. Hasta que en el año 528 Justiniano proclama la *lex Scrupulusam* admitiendo que la delación voluntaria de la herencia se puede realizar por testamento o por contrato, esto es, por pactos sucesorios, MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual, op.cit.*, p. 53.

<sup>80</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, p. 150.

Por otro lado, se puede encontrar otro fragmento de las fuentes que sanciona un motivo de nulidad distinto, así en D. 38, 16, 16 (*Papinianus 12 resp.*):- *...privatorum enim cautiones legum auctoritate non censerit.*, ya no se hace referencia a las buenas costumbres sino a la ley, al afirmar que la prohibición de los pactos sucesorios se basa en que no tienen la autoridad de las leyes.

Estos dos fragmentos de la obra de Justiniano y las razones jurídicas expuestas en ellos se enmarcan en un momento de mayor regulación de la sucesión intestada, cuando la libertad de testar era más limitada y se produce la promulgación de la Novela 115 con la normativa sobre la legítima<sup>81</sup>.

A pesar de lo expuesto y de afirmar con carácter general la nulidad de estos pactos, parte de la doctrina establece cierto matiz derivado de su función patrimonial<sup>82</sup>; así, cuando la herencia, debido a la evolución de la sociedad romana, superó su etapa como institución de carácter político y sacramental, cuya razón era consagrar la figura del *paterfamilias*, para configurarse como un acto patrimonial, lo que tuvo su influencia en el origen de la sucesión forzosa, fue probable que desde un punto de vista legal se produjera

---

<sup>81</sup> GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, Libro V, *op.cit.*, p. 382; ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, III, Bologna, 1875, p. 305; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, III, *op.cit.*, p. 591; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, *opt.cit.*, p. 203.

<sup>82</sup> BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, pp. 4 y ss.; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, pp. 554 y ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, *op.cit.*, p. 370; KASER, M., *Derecho romano privado*, *op.cit.*, p. 299; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, *op.cit.*, pp. 147-148.

el primer intento de introducirlos en el tráfico jurídico, si bien las reticencias continuaban en el derecho y en la mente del legislador.

Establecida la admisibilidad o no de los pactos de renuncia se puede hacer referencia a dos situaciones específicas: por una parte, se regulaba la prohibición de los pactos sucesorios en los que se renunciaba al orden legal sucesorio, y, por otro, el Derecho establecía la nulidad de aquellos pactos en los que las hijas, casadas y satisfechas con su dote, renunciaban a sus derechos a la herencia paterna<sup>83</sup>.

Con relación al primer caso, los pactos de renuncia al orden sucesorio legal y su prohibición se encuentra en D. 2, 14, 34 (*Modestinus 5 reg.*)<sup>84</sup>, que recoge la opinión de Modestino quien afirmaba la íntima relación entre este orden sucesorio y el *ius agnationis*, por lo que no era un derecho disponible, ya que habría significado pactar acerca de las normas reguladoras de la familia<sup>85</sup>, por lo que fueron considerados contrarios a los principios de esta además de contrarios al principio general de libertad de testar, y por lo tanto, prohibidos por el Derecho.

---

<sup>83</sup> PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, op. cit., p. 2922.

<sup>84</sup> D. 2, 14, 34.- (*Modestinus 5 reg.*) *Ius agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, iuliani sententia est.*

<sup>85</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, op.cit., p. 149; BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Milano, 1961, p. 40.

Sobre los pactos de renuncia de la mujer una vez dotada en derecho sucesorio el varón era más favorecido por el *paterfamilias*, lo que se puede observar en la desheredación, que no se podía realizar siendo varón salvo justas causas, lo que no sucedía con las mujeres, o en la preterición de herederos forzosos con requisitos más severos para los varones; en el mismo orden de ideas, en el matrimonio greco-egipcio la mujer dotada se consideraba satisfecha con los bienes recibidos, de tal manera que no podían hacer valer derecho alguno posterior sobre la herencia paterna, y para facilitar esta renuncia era común suscribir un pacto sucesorio renunciativo, práctica muy extendida, si bien como ha quedado establecido el Derecho romano no los consideraba acordes a las buenas costumbre y a la moral<sup>86</sup>.

A pesar de lo expuesto se podía encontrar una disociación entre lo actuado por la sociedad romana a partir de una determinada etapa y el Derecho romano, pues como se puede observar en los textos de las fuentes parece que los pactos sucesorios renunciativos fueron frecuentes, a pesar de la oposición legal y de la opinión contraria de los emperadores romanos, incluso el derecho justiniano legisló en contra de estos pactos, aunque siguieron presentes en la sociedad<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, *op.cit.*, pp. 146 y ss.; MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, *op.cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>87</sup> FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano*, I-II, *op.cit.*, p. 325; BONFANTE, P., «Le affinità giuridiche greco-romane», *Rivista di Storia antica*, 13, 1910, pp. 346 y ss.

A este respecto, la Nov. 6 de Maiorano del 458 establecía que si una mujer quería dedicar su vida al culto, lo hiciera sin coacciones y no presionada por sus padres, estableciendo la prohibición de que una doncella ingresara en un monasterio antes de los 40 años bajo pena de multa a ella y a sus padres. Esta disposición era la respuesta a la costumbre de los padres de obligar a una hija a profesar en un orden religiosa, o a la viuda a ingresar en un monasterio porque no quería contraer nuevo matrimonio, para así vivir una vida más plena.

La finalidad de los padres en estos casos era conservar el patrimonio familiar para sus hijos varones en detrimento de sus hijas que bien profesaban la religión o se volvían a casar, a las que se otorgaba una pequeña parte de los bienes de la familia, costumbre que se daba en especial en las regiones más occidentales del Imperio<sup>88</sup>. Sobre esta cuestión - afirma Justiniano-, que además de en estos territorios, otras gentes dentro del Imperio seguían esta práctica degradando así la naturaleza e injuriando al sexo femenino<sup>89</sup>.

Es por ello que encontramos constituciones imperiales que reconocieron la existencia de los pactos sucesorios; por un lado, en el 476 d.C., el emperador Zenón renovó una constitución de Constantino<sup>90</sup> en la que se establecían las clases de delación: por testamento, intestada y por pacto; esta misma norma afirma la

---

<sup>88</sup> MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, op.cit., p. 58.

<sup>89</sup> Nov. Justiniano 21 año 536.

<sup>90</sup> C. 5, 27, 5 (*Imperator Zeno*).



validez de los pactos sucesorios establecidos al constituir una dote, una emancipación de los hijos o donaciones *propter nuptias*.

Asimismo, Justiniano en su Nov. 118 hace referencia a estos pactos insistiendo en su derogación, si bien Marín Padilla<sup>91</sup> sostiene que no es taxativa la prohibición en Derecho romano de los pactos sucesorios, pues como se puede observar de algunos textos de las fuentes se declararon válidos pactos por la jurisprudencia, como se afirma en D. 23, 3, 64 (*Ulpianus 7 ad l. iul. et pap.*) en el que se admite un pacto sucesorio de restitución de la dote entre una mujer, que se dotaba a sí misma, y su hermano; o en D. 23, 4, 23 (*Africanus 7 quaest.*) se admitió una escritura de dote en la que se pactó que si la hija moría dejando uno o varios hijos que la sobrevivieran se le devolvería la dote al padre, deducida la tercera parte de la dote, la restante dote, o si hubiera muerto, que se le devolvería al hijo que todavía estuviera bajo su potestad.

Entre estos pactos de *non succedendo* cabe destacar aquellos en los que una de las partes era una hija dotada por el *paterfamilias*, y que mediante este acto jurídico renunciaba a sus derechos hereditarios paternos.

Con relación a estos pactos, hemos de tomar como punto de partida su falta de validez establecida por el Derecho romano; no obstante, en algunas ocasiones fueron admitidos y rechazados en otras; en concreto, eran considerados nulos aquellos que se tomaban

---

<sup>91</sup> MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual, op.cit.*, pp. 59 y ss.

a partir del matrimonio y dote de la mujer, cuando, obligada o no, renunciaba a los derechos hereditarios de su padre<sup>92</sup>.

Así, con relación a la situación de la mujer en los pactos de renuncia a la herencia se puede encontrar un supuesto en el texto de Papiniano recogido en D. 38, 16, 16:

D. 38, 16, 16.- (*Papinianus 12 resp.*) *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri.*

En este fragmento se expone el caso de un padre que estableció en el documento dotal de su hija que no esperase ninguna otra cosa de la herencia del padre, si bien se afirma por el Derecho que esta escritura no alteró el derecho de la sucesión de la mujer, ya que las leyes no toman en consideración este acuerdo entre particulares, esto es, no le dotaba de eficacia jurídica, al prevalecer aquéllas y no la voluntad de las partes<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> PLANAS BALLVÉ, M., en «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo, op. cit.*, p. 2923, sostiene que a este pacto se les puede considerar como el antecedente de los pactos sucesorios renunciativos.

<sup>93</sup> GUERIN, P., *Les renonciations à succession future dans l'ancien droit français*, Paris, 1931, p. 13; FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II, op.cit.*, p. 325; VISMARA, G., *Storia dei patti successori, op.cit.*, p. 147.

A este respecto, la validez o no de estos pactos hay que incardinarla en el tiempo, así, en el derecho arcaico, cuando el matrimonio ordinario era *in manu*, este tipo de pacto carecería de sentido, ya que la mujer entraba a formar parte de la familia agnaticia del marido y se colocaba *in loco filiae*.

Sin embargo, con la generalización del matrimonio *sine manu*, y el estatus de mujer *sui iuris*, cuando los esposos mantenían unos patrimonios separados y el régimen matrimonial venía a ser corregido con la dote como medio para sostener las cargas familiares, es cuando este tipo de acuerdo podía utilizarse para apartar a una hija de la herencia paterna mediante el juramento de que quedaba satisfecha con los bienes recibidos a título de dote, ya que como afirma parte de la doctrina en primera instancia la finalidad de la dote era otorgar a la hija un adelanto de la herencia paterna cuando entraba en otra familia por matrimonio y perdía cualquier derecho a esta<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> SOLAZZI, S., *La restitutions della dote nel diritto romano*, Castello, 1899, pp. 11 y ss.; ALBERTARIO, E., «La concessione della dote con gli oneri del matrimonio», *Studi di diritto romano, vol. I, Persone e familia*, Milano, 1933, pp. 283 y ss.; ALBERTARIO, E., *Il diritto romano*, Milano, 1940, pp. 140 y ss.; LAURIA, M., *Matrimonio-dote in diritto romano*, Napoli, 1952, p. 8; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, pp. 707 y ss.; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 393 y ss.; GIRARD, P.F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1978, pp. 1008-1009; GARCÍA GARRIDO, M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. La tradición romanística*, Barcelona, 1982, pp. 12 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, op.cit.* 1986, p. 676; GUTIÉRREZ-MASSON, L., «La dote en el Derecho romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1989, p. 271; DOS SANTOS JUSTOS, A., «Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro», *RIDROM*, Huelva, 2003, pp. 327 y ss. *Gayo*, 3, 96; *Epit. Ulp.* 6, 11; *Epit. Ulp.* 11, 20; *C Th.* 3, 13, 4.; D. 4, 4, 3, 5 (*Ulpianus 11 ad ed.*); D. 12, 4, 8 (*Nerva 2 membr.*); D. 23, 3, 3 (*Ulpianus 63 ad ed.*); D. 23, 3, 21 (*Ulpianus*

En este sentido, otro texto de las fuentes que establece la nulidad del pacto en el que interviene una hija y renuncia a sus derechos sobre la herencia de su padre, a pesar de haber recibido su dote es el recogido en C. 6, 20, 3:

C. 6, 20, 3.- (*Imperator Alexander Severus.*)  
*Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatur nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet. \* alex. a. alexandro. \* <a 230 d. xiiii k. iul. agricola et clemente cons.>*

Como se puede apreciar del estudio del fragmento, el emperador Alejandro Severo confirma que no tiene eficacia el pacto establecido en una escritura dotal que negaba a la hija derechos sucesorios sobre la herencia paterna una vez aceptada la dote, pero también afirma que esta situación no podía suponer una desventaja para los hijos que habían quedado *in potestate* del *paterfamilias*, y ordena que al acudir a la herencia tenía la obligación de colacionar los bienes de la dote que recibió con los hermanos que permanecieron bajo potestad<sup>95</sup>.

---

35 *ad sab.*).

<sup>95</sup> GUERIN, P., *Les renonciations à succession future dans l'ancien droit français*, op.cit., p. 12; FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano*, I-II, op.cit., p. 325; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, op.cit., p. 148.

Con relación a la nulidad de los pactos renunciativos de los derechos de la mujer dotada cabe destacar su contradicción con las legítimas, lo que significó un riesgo y, por ende, una causa de su prohibición, pues no era posible disponer de este derecho mediante acuerdos entre particulares; de esta manera, el sistema de legítimas corría el peligro de no tener aplicación práctica en algunos pactos privados, en especial, en el supuesto de las mujeres, lo que llevó a declarar nula la renuncia de la hija dotada a la herencia de su padre, abriendo la sucesión intestada, si bien, con la obligación de colacionar los bienes de la dote<sup>96</sup>.

En consecuencia, estos pactos en los que se renunciaba a los derechos hereditarios eran considerados contrarios a la legislación y a la sociedad civil, además de ser considerados contrarios a las buenas costumbres, y no amparados por las leyes, pues excluir a las hijas significaba no respetar el principio de igualdad entre todos los hijos de causante que estaba consagrado en el Derecho, además de actuar contra el principio de que los padres han de respetar los derechos sucesorios de sus hijos.

Este principio de igualdad de trato a los hijos venía establecido en el Derecho romano desde las XII Tablas en la sucesión intestada al nuevo orden de llamamientos por el Pretor mediante la *bonorum*

---

<sup>96</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 530; HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, *opt.cit.*, p. 205; FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II*, *op.cit.*, p. 325; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, *op.cit.*, p. 63.

*possessio contra tabulas*, pasando por diversas normas que lo favorecían hasta la novela 115 del año 529 d.C. de Justiniano que promulgó la igualdad entre los herederos sin distinción de sexo, mediante las legítimas, pero era una idea que estaba en el Derecho desde mucho antes, desde que el pretor modifica el llamamiento y considera que los vínculos consanguíneos son prioritarios, por encima de la relación agnaticia, y se establece un desarrollo de la sucesión forzosa que nace como reacción al principio de libertad de testar del causante, que en origen era absoluto, pero que con la evolución de la sociedad también se ve modificado a favor de los hijos; primero estableciendo unas formalidades que debían cumplirse para proteger a los *sui heredes*, como era la obligación de nombrarlos en su testamento por el *de cuius*, si bien el *favor testamenti* continuaba favoreciendo a los varones como se afirma en D. 28, 5, 1, 1 (*Ulpianus 1 ad sab.*), para pasar a tener una sucesión forzosa material, que les concedía una cuota de la herencia paterna, de manera que si los herederos forzosos no recibían por testamento, legado o donación una cuarta parte de los bienes, podían impugnar el documento mediante la *querella inofficiosi testamenti*, hasta llegar a la promulgación de las legítimas con la legislación de Justiniano en la Novela 115, que obligaba a otorgar a los descendientes un tercio de la porción intestada si había cuatro o menos herederos, y la mitad si eran más de cuatro, decretando la nulidad del testamento si había preterición o desheredación de descendientes sin mediar causa legal lo que supone un hito respecto al principio de igualdad de trato a los hijos en el Derecho romano, ya que con anterioridad, a pesar de una larga evolución legislativa a su favor, las hijas tenían una

posición de inferioridad respecto a sus hermanos varones en el derecho sucesorio<sup>97</sup>.

Sin embargo, esta posición favorable a la igualdad del Derecho romano en el ámbito del derecho hereditario, fruto de una larga evolución jurídica en Roma, se vio truncada en la Edad Media por influencia de otros derechos no románicos, cuando mediante la *exclusio propter dotem*, recogida en algunos derechos de Europa se vuelve a dar prioridad a los derechos de los herederos masculinos<sup>98</sup>. Así, el espíritu de la norma subyacente en la Novela 115 fue modificado durante la Edad Media, particularmente en los siglos XII y XIII, aunque algunos autores sitúan este cambio dentro del contexto del feudalismo<sup>99</sup>.

En diferentes territorios europeos, como Francia, Italia y algunas regiones de España, se adoptó una práctica legal que excluía a las hijas de la herencia paterna una vez que habían recibido una dote, mediante pactos de renuncia<sup>100</sup>. Esta medida, motivada por

---

<sup>97</sup> BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, op.cit., p. 187; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op.cit., p. 321; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, op.cit., p. 424; SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, op.cit., pp. 178 y 451; GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, Libro V, op.cit., pp. 335-368; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, III, op.cit., p. 248; VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, op.cit., p. 63; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, op.cit., p. 643; PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, op. cit., p. 2921.

<sup>98</sup> SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, op.cit., p. 197.

<sup>99</sup> GUERIN, P., *Les renonciations à succession future dans l'ancien droit français*, op.cit., pp. 12 y ss.

<sup>100</sup> LALINDE ABADÍA, J., «Los pactos matrimoniales catalanes», *AHDE*, 33, 1963, Madrid, p. 236.

razones socioeconómicas, representó una regresión en términos de igualdad de género, ya que sacrificaba los derechos de las mujeres en favor de un enfoque puramente utilitarista. En este sistema, los primogénitos varones adquirirían la totalidad del patrimonio familiar mediante la *exclusio propter dotem*, lo que dejaba a las hermanas sin acceso a su parte de la herencia, ya que previamente habían renunciado a ella. De este modo, se aseguraba la unidad de la riqueza familiar<sup>101</sup>.

El fundamento de este derecho favorable a los varones radicaba en la costumbre de mantener intacto el patrimonio familiar, evitando su fragmentación. Esta práctica buscaba garantizar la sostenibilidad económica de la familia ya que mantener las tierras unidas facilitaba su explotación agrícola o ganadera, reduciendo el riesgo de que al dividir las entre varios herederos la riqueza familiar se diluyera con el tiempo.

En contraste con esta práctica medieval, el Derecho romano prohibía los pactos de *non succedendo*, lo que era claramente opuesto a esta corriente jurídica. Sin embargo, durante la recepción del Derecho romano en Europa, se recurrió al Derecho canónico para legitimar estas instituciones en los territorios donde se implementaron sistemas como el mayorazgo en Castilla y Navarra,

---

<sup>101</sup> PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, op. cit., p. 2913 (nota 9).



el *majorat* en Francia, Alemania e Inglaterra, el *morgadio* en Portugal o el *hereu* en Cataluña<sup>102</sup>.

En este contexto, la Decretal VI de Bonifacio VIII, emitida en 1299, declaró que: «*Pactum factum patri a filia, dum tradebatur nuptui, quod dote contenta nullum habebit ad bona paterna regressum, si iuraverit id ipsa filia, omnino servare tenebitur*». Esta disposición afirmaba la validez del pacto siempre que la hija lo hubiera jurado, consolidando así el marco legal que permitía estos acuerdos, retornando los derechos sucesorios de la mujer a unas etapas que ya habían sido superadas por el Derecho romano.

---

<sup>102</sup> BERMEJO CABRERO, J.L., «Sobre noblezas, señoríos y mayorazgos», *AHDE*, 55, 1985, pp.253 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

AMBROSINO, R., «Successio in ius-successio in locum-successio», *SDHI*, II, 1945.

ALBERTARIO, E., «La connessione della dote con gli oneri del matrimonio», *Studi di diritto romano, vol. I, Persone e familia*, Milano, 1933.

ALBERTARIO, E., *Il diritto romano*, Milano, 1940.

ARANGIO RUIZ, V., «L'origine dei testamentum militis», *BIDR*, Roma, 1906.

ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, Madrid, 1949.

ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, III, Bologna, 1875.

BEARD, M., «The Sexual Status of Vestal Virgins», *JRS*, 70, 1980.

BERMEJO CABRERO, JL., «Sobre noblezas, señoríos y mayorazgos», *AHDE*, 55, 1985.

BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Milano, 1961.

BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milán, 1954.

BIONDI, B., *Instituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946.

BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.

BONFANTE, P., «L'origine dell'hereditas e dei legata nel diritto successorio romano», *BIDR*, 4, Roma, 1891.

BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1965.

BRAVO BOCH, M.J., «Lenguaje y género. *Infirmas sexus*», *No tan lejano, una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, Valencia, 2020.

BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, 15, 2, 2018.

BURDESE, «*Dos patris et dil iae communnis*», *Labeo*, 1959.

CAMPOS VARGAS, H., «La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género a las “Instituciones” de Gayo», *Revista de Ciencias Jurídica*, 107, 2005.

CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, 1991.

CARIOTA FERRARA, L., *Le successioni per causa di morte, parte generale*, Napoli, 1974, p. 137

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de familia. Relaciones paternofiliales y tutelares. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1944.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral: Derecho de sucesiones*, Madrid, 2010.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», *ADC*, 17, núm. 2, 1964.

CASTRO, A., «Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 8, 2021.

COING, H., *Derecho privado europeo, II*, Madrid, 1966.

COLL RODES, R., «Consideracions i normes generals referents á la successió voluntaria á títul universal», *RJC*, 18, 1912, Barcelona.

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 2008.

DOS SANTOS JUSTOS, A., «Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro», *RIDROM*, Huelva, 2003.

ESPÍN CÁNOVAS, D., «Capacidad jurídica de la mujer casada», *Revista Gráficas Europa*, Salamanca, 1969.

FADDA, C., *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano, I-II*, Milano, 1949

FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El ius adcrendi en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, 2011.

FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953.

FONT I SEGURA, A., «La ley aplicable a los pactos sucesorios», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009.

FRIEDLANDER, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México, 1947.

FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, abril, 2022.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2008.

GARCÍA GARRIDO, M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. La tradición romanística*, Barcelona, 1982.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, III*, Madrid, 1852.

GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret Civil Valencià*, Castellón, 1996.

GAUDEMET, J., «Tentatives de systematisation du droit a Rome», *INDEX*, XV, 1987 (=en *ANTIQUA*, 62, Paris, 1992).

GIANNELLI, G., *Il sacerdozio delle Vestali romane*, Florencia, 1913.

GIRARD, P.F., *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, Paris, 1978.

GLÚCK, F., *Commentario alle pandette*, V, Milano, 1893.

GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, Valencia, 2017.

GUERIN, P., *Les renonciations à succession future dans l'ancien droit français*, Paris, 1931.

GUTIÉRREZ-MASSON, L., «La dote en el Derecho romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1989.

HERRERA BRAVO, R.; SALAZAR REVUELTA, A.; SALAZAR REVUELTA, M., «La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica», *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, 2011.

HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009.

IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 2010.

KASER, M., *Derecho romano privado*, traducida por SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1982.

KÜBLER, B., «Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom», *ZSS*, XLI, 1920.

LALINDE ABADÍA, J., «Los pactos matrimoniales catalanes», *AHDE*, XXXIII, 1963, Madrid.

LAURIA, M., *Matrimonio-dote in diritto romano*, Napoli, 1952.

LINAZOSORO CAMPOS, G., *Convenciones sucesorias: pactos sobre sucesiones futuras*, Santiago, 1981.

LONGO, C., «L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano», *BIDR*, 14, Roma, 1902.

LONGO, C., «L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano», *BIDR*, 15, Roma, 1903.

LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017.

LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, 2018.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., «La sucesión intestada en la ley de las doce tablas». Estudios de derecho romano en memoria de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes, coor. Por Alfonso Murillo Villar, Vol. 1 2000., pp 533-568.

MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad para testar*, Madrid, 2022.

MARÍN PADILLA, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.

MCCLINTOCK, A., «The Lex Voconia and Cornelia's jewels», *RIDA*, 60, 2013.

MEINHART, M., «Die datierung des Sc. Tertullianum, mit einem beitrage zur Gaiusforschung», *ZSS*, LXXXIII, 1966.

MODZEJEWSKI, J. «La règle de Droit dans l' Égypte romain», *Proceedings of the Twelfth International Congress of Papyrology*, Toronto, 1970.

MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, Napoli, 2000.

MONJE BALMASEDA, O.-LLEDÓ YAGÜE, F., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento. El contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del derecho hereditario. La sucesión intestada y contractual*, Madrid, 2017.

OLMEDO CASTAÑEDA, F.J., «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su ratio legis. Propuesta para su admisibilidad», *Anuario de Derecho Civil*, LXXII, fasc. II, 2019.

ORTUÑO, M<sup>a</sup> E., «Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.

PARKER, H. N., «Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State», *The American Journal of Philology*, 125, 4, 2004.

PAVÓN, P., «*Infirmas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit* (D. 16, 1, 2, 3 Ulp. 29 ad ed.) o la “extrema dualidad” de la condición femenina en el senadoconsulto Veleyano», *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021.



PEREIRA PORTO, C., «La representación del concepto de mujer en Roma», *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, 1995.

PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en derecho privado romano», *Revista Clepsidra*, 16, 2017.

PÉREZ SIMEÓN, M., «La renuncia a la legítima o a su complemento en vida del futuro causante. Estudio histórico comparado de diversas tradiciones jurídicas europeas», *La Notaría*, número 7/8, 2001.

PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano*, Buenos Aires, 1977.

PLANAS BALLVÉ, M., «De la imposibilidad de renunciar a derecho sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021.

POMEROY, S., *Diosas, rameras, esposas y esclavas*, Madrid, 1999.

RASCÓN, C.- GARCÍA GONZÁLEZ, J.M., *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996.

RE, C., «Del patto successorio», *Studi e documenti di Storia e Diritto*, 8, 1, 1887-7, 1, 1886.

REQUEIXO SOUTO, X.M., «Pactos de atribución particular post mortem. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, LXV, fasc. IV, 2012.

RESINA SOLA, P., «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La Mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990.

ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de derecho privado. II. Sucesiones*, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, 2021.

RODRÍGUEZ, R., «La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.

SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la materfamilias en el marco de la ciudadanía romana», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para una reforma del código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Santander, 2006.

SCARDIGLI, B., «Vestali integrate nella società romana», *Studi storica. Historia Antigua*, 21, 2003.

SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*, Madrid, 2009.

SOLAZZI, S., *La restitutions della dote nel diritto romano*, Castello, 1899.

TELLO LÁZARO, J. C., «Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica», *Revista de Aula de Letras. Humanidades y Enseñanza de la Universidad Pablo de Olavide*, Sevilla, 2003.

TELLO LÁZARO, J.C., «La concesión discrecional por prínceps del *ius trium liberorum* y su reflejo en Marcial», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021.

VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986.

VOLTERRA, E., «Sulla capacità delle donne a far testamento», *BIDR*, 48, Roma, 1941(=en *ANTIQVA*, 62).

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986.

WAGNER, H., recensión a NELSON, H.L.W., «Überlieferung, aufbau und Stil von Gai Institutiones», *IURA*, XXXII, 1981.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III*, traducción de FADDA, Torino, 1930.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>22/09/2024   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>31/03/2025  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Gayo, sistematización, enseñanza, Institutas, Res cottidianae, historia de la educación</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Gaius, systematization, teaching, Institutas, Res cottidianae, history of education</i> |



**GAYO, ¿EL PEDAGOGO?**

**GAIUS ¿THE PEDAGOGUE?**

**Daniel Santiago Gaitán Calderón**

Monitor académico de Derecho Romano  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario  
<https://orcid.org/0009-0007-6468-1967>

(GAITÁN CALDERÓN, Daniel Santiago. *Gayo ¿El pedagogo?* RIDROM [online]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 297-363.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

A Gayo normalmente se le acusa de haber resistemizado el derecho en personas-cosas-acciones. Es común escuchar esta afirmación en boca de varios docentes de derecho romano, o en textos académicos. También se dice que aquella labor fue accidental, toda vez que se hizo con fines pedagógicos y no jurídicos. Aún con todo, es válido preguntarse cuál es la veracidad y el alcance de esas afirmaciones.

Entonces, este artículo indaga en la novedad de la clasificación de Gayo y su potencial origen pedagógico.

### Abstract:

Gaius is usually accused of having re-systematized the law into persons-things-actions. This statement is commonly heard from various Roman law professors or in academic texts. It is also said that this work was accidental, as it was done for pedagogical rather than legal purposes. Even so, it is worth asking about the truth and scope of these claims. Therefore, this article examines the novelty of Gaius's classification and its potential pedagogical origin.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Metodología. 3. La novedad de Gayo: la generalidad personas-cosas-acciones. 3.1. El “sistema muciano” 3.2. El “sistema sabiniano”. 3.3. Los *Digestorum*. 3.4. Los demás textos institucionales. 3.5. Conclusión. 4. La novedad de Gayo: la especificidad personas-cosas-acciones. 4.1. Las personas (libro primero). 4.1.1. El concepto de persona. 4.1.2. La esquematización del derecho de las personas. 4.2. Los bienes (libro segundo). 4.2.1. El concepto de cosa. 4.2.2. La esquematización de las cosas y lo restante. 4.3. Las obligaciones (libro tercero). 5. Gayo contra sí mismo. 5.1. El *rerum cottidianarum sive aureorum*. 5.1.1. Su contenido. 5.1.2. Conclusiones. 5.1.3. Addendum: los contratos y los contratos reales. 5.2. Corolario. 6. Las influencias de Gayo. 6.1. La *humanitas*. 6.2. La sicología del aprendizaje de su época. 6.3. Lo restante. 7. Conclusión. 8. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

Como es sabido, el texto clásico que más se ha conservado desde su redacción hasta nosotros son las *Instituciones* de Gayo, cuya supervivencia se debió ante todo a la fama del texto. Otro tanto igual se sabe, o se especula, de la nacionalidad y ubicación del jurista que posiblemente debió ser un *cives* ubicado en alguna parte oriental del imperio y que vivió en algún momento a mitad del siglo II (150-200). Así mismo, sobre su dignidad como jurista se sabe que no alcanzó el *ius publice responendi ex auctoritate principis*, ni tampoco

que estuviera relacionado con los grandes juristas contemporáneos a él ni que ocupase una dignidad estatal<sup>1</sup>.

Esas cuestiones ya decantadas hace bastante tiempo no merecen más elucubración. Sin embargo, hay dos que sí deben enfatizarse. La primera es que la sistematización de la obra de Gayo tiene el mérito -al parecer- de reputarse novedosa y ajena a la manera en que el *ius* era clasificado en su época. La clasificación gayana del derecho clásico fue tan poco clásica que por eso se dice con mal criterio que fue un “prepostclásico”<sup>2</sup>. Y la segunda es que se especula que Gayo no fue un jurista, sino un profesor de derecho, y sus Instituciones no vendrían siendo sino una herramienta para su enseñanza<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Juan MIQUEL, trad. Barcelona: Ariel, 1999, p. 127.; HERNÁNDEZ-TEJEIRO, Francisco. Prólogo. Gayo. En: *Instituciones*. Madrid: Civitas, 1985.

<sup>2</sup> GAYO. *Las instituciones de Gayo*. Francisco SAMPER POLO, trad. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017; D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p. 52. Esa es una opinión, verbigracia, de Kaser, que él mismo después revocaría. Al respecto revisar KASER, Max. V. Gaius und die Klassiker. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1953, vol. 70, n.º 1, p. 137. DOI: doi:10.7767/zrgra.1953.70.1.127 sobre la que no se hace mención en ese mismo sentido en, por ejemplo, KASER, Max. *Derecho privado romano*. José SANTA CRUZ TEJEIRO, trad. Argentina: Olejnik, 2021, p. 15.; KASER, Max, Rolf KNÜTEL y Sebastian LOHSSE. *Derecho privado romano*. Patricio LAZO GONZÁLEZ y Francisco ANDRÉS SANTOS, trads. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, n.º 1.10.

<sup>3</sup> Habrían de rescatarse las palabras de Guarino: “Las Instituciones gayanas, dice [refiriéndose a Flume] no merecen ser clasificadas de no clásicas, vulgares, semivulgares, en suma como un subproducto [...]: son un libro escolar y por lo tanto no pueden tener las características de lucidez, agudeza, entre otras, de los *libri tres* de Sabino y de muchas otras celebres obras de la jurisprudencia romana” GUARINO, Antonio. *Pagine di diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1994, p. 323.

Estos dos puntos llaman la atención, pues se dice que son una labor (re)sistematizadora del derecho<sup>4</sup>. Pero la cuestión es si realmente el orden expuesto en las *Instituciones* es un esfuerzo jurídico (si es autoría del Gayo-jurista), lo cual daría validez al hecho de que reflexivamente se dividió el derecho en personas-cosas-acciones desde una **perspectiva científica**, del *ars boni et aequi*. O si, por el contrario, el orden del texto se hizo más con propósitos educativos, desde una **perspectiva pedagógica** (si es autoría del Gayo-profesor), y realmente esa clasificación que se usa incluso ahora para dividir el derecho civil fue un accidente de un docente con agudo sentido didáctico.

Para solucionar esta cuestión, el presente escrito se divide en varias partes. En primer lugar, habría que elucidar si Gayo introdujo una novedad. Averiguar si él fue el primero en hacer un texto con fines pedagógicos, o si su tridivisión en personas-bienes (obligaciones-sucesiones)-acciones es de su autoría (numerales 3 y 4). Si la respuesta es positiva, habría que solucionar la pregunta de si es obra del jurista o del profesor (numeral 5). Si es obra del profesor, el siguiente interrogante es preguntarse cuáles fueron, desde la historia de la pedagogía, las influencias que tuvo la ciencia de la educación de aquella época sobre Gayo para que lo empujaran a aquella clasificación (numeral 6). Y, finalmente, habría de investigarse si Gayo tiene algún mérito pedagógico original que no

---

<sup>4</sup> SCHIPANI, Sandro. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho - instituciones-*. Fernando HINESTROSA, trad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 31.

haya sido reconocido en la historia de la educación (conclusión). Sin embargo, para abordar el Digesto se usó una metodología de análisis, que se explica preliminarmente.

## 2. Metodología

Dada la vastedad del texto en cuestión, el análisis que procede hacer sobre el mismo no sigue su orden y los índices correspondientes son inútiles para el propósito de este artículo. Por ello, resulta necesario usar un método que permita identificar y analizar los textos de manera adecuada. Para ese fin se ideó un código de programación en Python que analice el texto del Digesto. El algoritmo procesa todo el contenido del Digesto, e identifica y agrupa citas específicas según criterios de búsqueda como el nombre del texto (*ad Sabinum, institutiones*, etc.) y/o el nombre de un jurista (Gayo, Paulo, Modestino, etc.). Los resultados obtenidos se almacenaron en una base de datos, lo cual facilita su cruce con la base de datos que se explica en el párrafo siguiente. Como el programa debe trabajar sobre un texto digitalizado, se usó la versión del texto de Mommsen que aparece publicado en la web de “*The Roman Law Library*”.

En otra base de datos, de forma manual, a cada uno de los títulos de los libros del Digesto se le asignó un tema y un subtema, según el encabezado que los compiladores asignaron. *Por ejemplo,*



los primeros títulos del libro primero fueron organizados así: como los títulos 1 a 4 tratan sobre las fuentes del derecho, el tema que se les asignó fue precisamente ese: “fuentes del derecho”. Como los títulos 5 a 7 tratan de personas, se les asigna ese tema: “personas”. A esos mismos títulos se les puede asignar un subtema, el 5 trata de la libertad, por lo que ese es su subtema: “libertad”; y el 6 y 7 tratan de la patria potestad, por lo que ese es su subtema: “potestas”. Ese ejercicio se hizo con los 50 libros del Digesto.

Teniendo varias bases de datos con las citas según un criterio de búsqueda y otra base con los títulos del Digesto discriminados por temas, el paso siguiente consiste en cruzar la información de las bases para identificar el tema de cada cita buscada sin necesidad de leerla directamente. *Por ejemplo*, si se usó el algoritmo para buscar todas las citas del *Enchiridion* de Pomponio y este arrojó como resultado, entre otras, unas citas en D. 1.1.2 y 1.2.2; al contrastar tales citas con la otra base de datos (la de los títulos), se observa que a los títulos 1.1 y 1.2 les fue asignado el tema de “fuentes del derecho”. La conclusión es que las citas 1.1.2 y 1.2.2 deben tratar del tema de fuentes del derecho.

Ese resultado obtenido fue cuantificado en términos estadísticos. Si se hace la búsqueda de un texto que tenga varios libros, y posteriormente se cruza la información, se puede contar el tema que más se repite dentro de un libro y concluir cuál es el tópico de todo el libro. *Por ejemplo*, tras analizar el *ad Sabinum* de Paulo, se

observa que, de las 26 citas del libro segundo, 17 de ellas correspondían al tema de “cosas” y a los subtemas de “usufructo” y “servidumbre”, mientras que las 9 restantes tratan temas variados. Esto sugiere que el tema predominante del libro segundo era de bienes.

Al aplicar la anterior metodología a la totalidad de los textos que se consultaron, puede identificarse con un relativo margen de exactitud cuál era el orden de estos. Aclarando que la simplificación hecha por temas y subtemas siempre dejará un margen de imprecisión poco significativo en consideración a que el recuento de libros y los resultados estadísticos fueron corroborados manualmente al confrontarlos con el *index Florentinus*. Lo anterior asegura una aproximación metodológica razonable teniendo en cuenta los grandes volúmenes de citas analizadas.

### **3. La novedad de Gayo: la generalidad personas-cosas-acciones**

La enseñanza como acto de transmisión de conocimiento es tan antigua como la humanidad misma<sup>5</sup>. En ese sentido, el derecho, como ciencia susceptible de ser transmitida, también debió tener a la par de su génesis la correspondiente enseñanza. Así, en el muy antiguo derecho, la enseñanza del *ius* debió corresponder a los jefes de la familia, por ser aquel esencialmente consuetudinario. Una vez

---

<sup>5</sup> ABBAGNANO, Nicola y Aldo VISALBERGHI. *Historia de la pedagogía*. Jorge HERNÁNDEZ CAMPOS, trad. México D.F.: Fondo de cultura económica, 1992, pp. 8-13.

redactadas las XII Tablas, la interpretación y aplicación del derecho se le encargó a los Pontífices. Luego de ellos, desde que *Cneius Flavius* hizo públicas las acciones de la ley, la enseñanza del derecho se desmonopolizó del colegio sacerdotal y, finalmente, de Tiberio Coruncanio (281 a.C.<sup>6</sup>) en adelante le correspondió a los jurisprudentes.

Y es solamente con la llegada de los jurisprudentes que puede tratar de averiguarse qué rumbo tomó la enseñanza del derecho “pues los demás anteriores [...] procuraban mantener en secreto el derecho civil, y solamente se prestaban a evacuar consultas, más bien que a enseñar a los que querían aprenderlo”<sup>7</sup>. De ahí en adelante, se sabe que todos los juristas que le procedieron fueron autores de textos de derecho civil.

Luego, Sexto Elio (198 a.C.) en un texto llamado *tripertita* dividió el derecho en tres: el de las XII Tablas, la interpretación de ellas, y las acciones de la ley<sup>8</sup>. Posteriormente, le siguió Quinto Publio Mucio, quien se mencionará en numeral aparte, y a Quinto le sigue Aulo Ofilio, quien vivió en épocas de Julio César (100-44 a.C.), y se dice<sup>9</sup> que iba a sistematizar de manera más adecuada el edicto del pretor por encargo de César. Sin embargo, la muerte de este

---

<sup>6</sup> Para ubicar las fechas, cuando fuere posible, se usará el texto de BROUGHTON, T. Robert S. *The magistrates of the Roman Republic*. New York: American Philological Association, 1951.

<sup>7</sup> D., 1.2.2.35

<sup>8</sup> D., 1.2.2.38

<sup>9</sup> D., 1.2.2.44

último y la falta de fuentes no permiten aseverar si lo hizo y de qué forma.

Después de él, el Digesto menciona varios jurisperitos, pero no habla de que ninguno hubiere hecho una organización del derecho civil, más allá de mencionar a Sabino (de quien también se hablará en título aparte). Y, finalmente de Salvio Juliano (100-170), cuyo mérito bien conocido es la redacción del Edicto Perpetuo, aunque también escribió un *Digestorum*. Sin estar citados por Pomponio, se sabe que escribieron también sendos *Digestorum* Alfenio Varo (s. I a.C.) y Publio Juvencio Celso (s. I-II d.C.), quienes, dada su proximidad con Gayo, también merecen ser revisados.

Consecuencia de lo dicho se tiene que las únicas labores sistematizadoras que cuenta Pomponio son la de Quinto Mucio, la de Masurio Sabino y la de Salvio Juliano, que se sabe por contexto.

### **3.1. El “sistema muciano”**

Quinto Mucio Escévola (95 a.C.) dividió el derecho civil en 18 géneros<sup>10</sup>. Sobre el orden de este último no se puede saber cuál fue, pues no se conservan textos directos de él. Pero sí aparece en el Digesto, como se dijo, un *ad Quintum Mucium* de Pomponio, en 39

---

<sup>10</sup> D., 1.2.2.41.

libros. Es de creerse que los comentarios que hace Pomponio deben ser, precisamente, en el mismo orden que los 18 géneros de Mucio.

Después de aplicar la metodología puede concluirse que Quinto Mucio debió sistematizar el derecho a partir de acciones jurídicamente relevantes: **testar** (testamento, peculios, legado, donación, institución de heredero, tutela, etc.), ¿y de paso la sucesión intestada?, **contratar verbalmente** (estipulaciones, promesa de dote, estipulación pretoria, *condictio*, *iusiurandum liberti* etc.), **manumitir, modificar la familia** (*adoptio*, *arrogatio*, *emancipatio*), **adquirir el dominio, matar o dañar esclavos o animales** (*Lex Aquilia*), **contratar de cualquier otra forma** (los demás contratos mencionados, en la concepción de contrato en su momento), **causar cualquier otra forma de daño** (los demás delitos y otras formas como el daño de cuadrúpedos o dejar caer cosas de sitios altos), y **ser aprehendido por los enemigos** (cosa fundamental en una república de pretensión expansionista, y que pasaba por la guerra de los *Socii*). Nótese, pues, que este orden dista del gayano.

### 3.2 El “sistema sabiniano”

Luego de Quinto, se sabe que Masurio Sabino, máximo exponente de la escuela Sabiniana, y el primero en recibir el *ius responendi* de Tiberio (14-37 d.C.), organizó el derecho civil de manera también influyente. Prueba de ello es que Pomponio, Paulo

y Ulpiano hicieron sus correspondientes comentarios a los textos sabinianos.

Pomponio escribió un texto *Ad Sabinum* en 36 libros<sup>11</sup>. Del único libro que no hay citas es del 28, pues todos los demás están citados, para un total de 340 citas. Paulo también hizo lo propio en, al parecer, 40 libros<sup>12</sup>. No hay citas de los libros 16-31, y del 33-39, de resto, todos los demás están citados, para un total de 311 citas. Finalmente, el homólogo texto de Ulpiano se escribió en cincuenta y un libros. De esos, ninguno está perdido, y adicionalmente es el más citado, con 580 citas (casi la mitad de los textos que refieren a Sabino).

Uniando unos con otros, el orden sabiniano debió ser: testamento, sucesión intestada, legado, modificación de la familia, manumisión, contratos consensuales (¿bilaterales?), donación, dote, guardas, delitos, ley Aquilia, contratos verbales, *condictio*, los modos de adquirir, la posesión, la servidumbre, la prenda y el postliminio. Nótese que, en comparación con el muciano, el orden cambia ligeramente, pero las categorías no.

---

<sup>11</sup> El *index* menciona 35 libros, pero en D. 49.15.20 hay una referencia al libro 36.

<sup>12</sup> El *index* dice que eran 16 libros, pero en D. 41.3.31 y 47.2.21 hay citas a un libro 32 y a otro 40, respectivamente.

### 3.3. *Los Digestorum*

Más o menos en la misma época de Sabino, Alfenio Varo, de la escuela Proculiana, escribió su *Digestorum*. Según el *index*, eran cuarenta libros, pero solo se citan los primeros siete, faltando el 1 y 3, repartidos en treinta citas. Las temáticas son muy variopintas como para afirmar algo o reconstruir un orden.

Luego, de fecha posterior, entre el siglo I y II, vivió Celso, quien también hizo un texto de igual título. Este tenía 39 libros, de los cuales falta el 31, 34 y 36, repartidos en 124 citas. Al igual que con el anterior, las citas son confusas, pero, puede decirse, con muy poca seguridad, que el orden era: procedimiento, pactos, *receptum*, *condictio*, dote, tutela, manumisión, testamento, legados y fideicomiso, ¿*modos de adquirir?*, servidumbre, posesión, interdictos de la posesión, compraventa, ¿*contratos consensuales?*, ¿*delitos?*, contratos verbales.

Finalmente, Salvio Juliano escribió un voluminoso *Digestorum* digno de mención, en 90 o más libros. De esos están perdidos los 66, 67, 71, 72, 75-77, 79, 83, y los demás están repartidos en 347 citas, lo que deja un margen de precisión bastante bajo, pues deja, en promedio, solo cuatro citas por libro.

Después de aplicar la metodología, el orden de Juliano debió ser: disposiciones procesales, derechos reales y modos de adquirir, *condictio, adiecticiae qualitatis*, compraventa, dote, contratos verbales, colación de la dote, manumisión testamentaria, sucesión intestada, testamento, tutela testamentaria, legados y fideicomisos, demás manumisiones, usufructo y posesión, interdictos para retener la posesión, ... ¿?, modificación de la familia, ... ¿?, *lex Aquilia*, ... ¿?

### 3.4. Los demás textos institucionales

Al extraer todos los textos institucionales citados en el Digesto, se encuentra que Gayo no es el único autor de uno semejante. Se encuentran 202 registros en total, que se reparten en los textos de seis autores: Calístrato, Florentino, Marciano, Paulo, Ulpiano y Gayo.

Ninguno aparece referido por Pomponio en su historia de los jurisconsultos, por esa razón tienen que serle posteriores o coetáneos. Se sabe, con certeza, que Ulpiano, Paulo y Marciano son posteriores a Gayo, pues los dos primeros hicieron parte del *Consilium Principis* de Alejandro Severo<sup>13</sup>. Y Marciano, por su parte, se refiere a Septimio Severo como si estuviera muerto<sup>14</sup>, lo que hace forzosa su exclusión, pues es factible que para la época posterior a la

---

<sup>13</sup> ESPARCIANO, Elio et al. *Historia Augusta*. Vicente PICÓN y Antonio CASCÓN, eds. Madrid: Akal, 1989, lib. Alejandro Severo, 68.

<sup>14</sup> D. 48.17.2



muerte de este emperador Gayo también haya estado muerto. Así las cosas, ninguno de estos pudo haber sido influenciado por ellos, quedando Calístrato<sup>15</sup> y Florentino. El primero debe descartarse, pues se tienen muy pocas citas (solo cinco) como para concluir algo seguro.

Respecto de la personalidad de Florentino, las fuentes también son escasas. Una buena parte de la doctrina considera que él es ligeramente posterior a Gayo<sup>16</sup>. Se sabe que el texto de él contenía doce libros. De esos están perdidos los 2, 4, 5 y 12, repartidos en cuarenta citas. Al reconstruirlo se obtiene que el orden de Florentino es: parte general, ¿?, matrimonio, división de las cosas, adquisición del dominio, obligaciones contractuales, manumisión, testamento, legado (y dentro, el usufructo). Como se observa, este orden tampoco se asemeja al de Gayo, salvo en el hecho de que al inicio hay una parte general en donde se habla de las fuentes del derecho.

### 3.5. *Conclusión*

Una vez revisados los textos jurídicos más influyentes en el derecho romano, que lo fueron por dar sistematicidad al ordenamiento, puede concluirse que ellos no se asemejan a las Institutas de Gayo. En otras palabras, sí existe novedad.

---

<sup>15</sup> Aunque Schulz lo ubica posterior, en época de los Severos. SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1946, p. 171.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 158.; KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*, p. 127. Las razones, y muy verdaderas, es que aparece después de Gayo en el *Index*.

Respecto de los sistemas muciano y sabiniano, se decanta que no son parecidos al sistema gayano. Aquellos, amén de que se parecen entre sí, ordenan el derecho de conformidad con los actos jurídicos realizados de ordinario, mientras que el gayano no.

Un cambio fundamental del muciano al sabiniano es que el tema de la *familia* (se pone en cursiva, pues refiere a su significación romana) se encuentra de corrido. El concepto de la familia era la piedra angular de Roma, al constituirse como la institución política primigenia básica, según la cual la *gens* se perpetúa en el tiempo. Con este marco, tiene todo el sentido que la sucesión, la adopción, la adrogación y la manumisión se encuentren todas pegadas. Aquellas no refieren sino a la familia misma, en primer lugar, en lo referente a los bienes que la constituyen, y en segundo, a las personas que la integran.

Otro cambio, consecuencial del anterior, es que también se va delineando el concepto de las obligaciones. Los contratos verbales ya no están entre medio del testamento y la adrogación-adopción (pues ya son un “único tema”), sino que se encuentran de corrido con las demás fuentes de las obligaciones, dando cuenta, de pronto, de una mutación del concepto Labeoniano al respecto. De manera residual se encuentran los modos de adquirir y en general todas las disposiciones relativas a los bienes. Si se piensa un poco no es tan

residual pues, se cree, que aquella separación de las obligaciones y de las cosas podría indicar que, para la época de Sabino, ya existía una distinción bien clara entre título y modo.

Todo lo dicho no pretende afirmar que efectivamente Sabino se haya inventado la división o categoría (*genus*) de personas, obligaciones y cosas, para nada. Sin embargo, sí da cuenta de que la organización dada, intuitiva o reflexivamente ya implica un concepto de generalización por instituciones más que por acciones (actos). Así, la afirmación de Schipani, sobre que los sistemas pregayanos atendían a considerar al sujeto como “actor jurídico”<sup>17</sup>, y que el gayano es el primero en considerar “objetos sustanciales” no es incorrecta, pero debe ser morigerado el carácter tan absoluto de la misma.

Nótese que, aun cuando Sabino sigue hablando de actos jurídicos, su orden sí responde a tratar los actos jurídicos de determinados objetos: la familia, las obligaciones y las cosas, sin que los aborde desde una perspectiva ontológica. Con este marco, no sería extraño que un seguidor de Sabino (aun cuando para su época ya estaban derogadas las escuelas) fuere el encargado de dar el paso siguiente. Sin embargo, esta discusión se dará en el numeral 4.

Ahora, respecto de los demás textos institucionales escritos y de los que se tiene registro, aparece claro que tampoco sirvieron de

---

<sup>17</sup> SCHIPANI, Sandro. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho - instituciones-*, p. 40.

influencia para Gayo. Pues su organización, como se observó, es distinta.

Aún con todo, el texto de Florentino se relaciona con el de Gayo (y también con el *enchiridii* de Pomponio en D. 1.1.2), y es la consideración inicial hecha sobre las fuentes del derecho. Esto indica que ese apartado es privativo de aquellos que tienen propósito pedagógico, o más bien, isagógico<sup>18</sup>. Por esa misma lógica<sup>19</sup> se puede decir también que la práctica educativa del siglo II, y quién sabe si desde más antes, iniciaba la explicación del derecho desde el tema más general o supraordinado: antes de hablar de cualquier institución jurídica romana, se debía delimitar cuál era el ordenamiento jurídico de la *civitas*, para diferenciarlo de los demás. Acto seguido se debían indicar, dentro del *ius civile*, cuáles eran sus fuentes.

Así las cosas, tratando de contestar el primer interrogante propuesto, la novedad de Gayo no radica en la redacción de textos jurídicos con carácter divulgativo, científico o pedagógico, pues toda una tradición de juristas antes de él ya había emprendido la misma empresa. Sin embargo, no aparece registro de que antes de él se hubiera escrito un texto institucional con propósitos introductorios a la ciencia jurídica, sin que ello implicase asumir que antes de él no había personas dedicadas a la enseñanza del derecho. Entonces, su

---

<sup>18</sup> SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*, p. 94.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 158.

primera novedad radica en la redacción de un texto con propósitos educativos.

Prueba de lo anterior parece estar en los textos del pedagogo y jurista Quintiliano. Él vivió más o menos en la misma época de Masurio Sabino, y en un pequeño apartado de sus *Institutio Oratoria*, al referirse a los oradores que no estudian el derecho civil, afirma: “[...] *quorum alii se ad album ac rubricas transtulerunt et formularii vel, ut Cicero ait, legulei quidam esse maluerunt, tamquam utiliora eligentes ea quorum solam facilitatem sequebantur.*”<sup>20</sup>. La traducción al español, antigua por demás, peca por traducir las palabras sin cuidado del derecho romano: “[...] *ad album ac rubricas transtulrunt et formulari [...]*” no puede referir a otra cosa que al álbum del pretor, a las rúbricas (títulos) y a las fórmulas que se le escriben al *iudex*, es decir, al edicto. Si hubiera habido algún texto de carácter pedagógico al cual referirse, cuya comprensión hubiera sido más sencilla que el edicto o que hubiera gozado de fama, seguramente, por el contexto del fragmento, Quintiliano se hubiera referido a él, cosa que no hizo. Se cree que es un fuerte sustento para argumentar la novedad pedagógica del texto gayano.

---

<sup>20</sup> QUINTILIANO, Marco Fabio. *Instituciones oratorias*. Ignacio RODRÍGUEZ y Pedro SANDIER, trads. [en línea]. Madrid: Librería de la viuda de hernando y compañía, 1887, lib. 12.3.XI. Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_41.html](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_41.html)

Aun con todo, parece lícito afirmar que aun cuando el texto en sí mismo es novedoso, la totalidad de su contenido no lo es. En este numeral, de manera preliminar, se logró develar cómo Florentino y Pomponio, al igual que Gayo, iniciaron sus textos isagógicos con el tratamiento de las fuentes del derecho, sin que fuera posible que entre ellos se conociesen. Con eso, la única conclusión plausible es que la costumbre educativa de la época era iniciar el estudio del derecho con aquel tema.

#### **4. La novedad de Gayo: la especificidad personas-cosas-acciones**

Una vez delimitada la novedad del jurista respecto de otros juristas, en la generalidad de la clasificación, hay que detallarse más dentro de cada uno de los temas, para ver si, además de la autenticidad general personas-cosas-acciones<sup>21</sup>, hay también autenticidad en torno a la temática individualmente considerada. Adéntrese, pues, en cada uno de los temas. Aclárese que se prescindirá del libro de las acciones, dado que realmente no hay modo de hacer parangón con las fuentes encontradas. Esto debido a que muy seguramente existían obras especializadas a comentar el edicto, lo cual excluiría tratarlas dentro de lo “sustancial” del derecho.

---

<sup>21</sup> SCHIPANI, Sandro. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho - instituciones-*, pp. 39-44.

## 4.1. *Las personas (libro primero)*

Ya quedó descartada de manera preliminar la consideración en lo referente a las fuentes del derecho. Solo resta ocuparse de la parte restante del libro (I. 1.9 en adelante). En primer lugar, el concepto de persona adquiere un papel filosófico central que merece ser estudiado.

### 4.1.1. *El concepto de persona*

En contraposición con los sistemas muciano, sabiniano y edictal, quienes comienzan con el testamento, la familia y los bienes (omitiendo la parte procedimental), respectivamente, y en donde la persona adquiere, muy probablemente, una ubicación de estrato secundaria, aquí, en el sistema gayano, es colocado en primer lugar. Tal ubicación no pasa desapercibida, y merece atención.

Deming sugiere que el concepto de persona fue, primero, ajeno a la ciencia jurídica romana, toda vez que la enseñanza isagógica no era algo que les preocupara a los juristas de la alta élite académica. Razón por la que el concepto, “mejor, puede ser el producto de una tradición evolutiva de una educación liberal avanzada”<sup>22</sup>. Y también es del parecer que el concepto debió ser anterior a Gayo y haber sido

---

<sup>22</sup> DEMING, Will. Paul, Gaius, and the ‘Law of Persons’: The Conceptualization of Roman Law in the Early Classical Period. *The Classical Quarterly*. 2001, vol. 51, n.º 1, p. 221. DOI: <https://doi.org/10.1093/cq/51.1.218>

acuñado en el siglo I d.C. A este respecto solo se puede decir que Sabino (también del siglo I d.C.) no dimensionó, ni en su propuesta jurídica (dado que no aparece el orden explícitamente reconstruido) ni en su esquema mental (pues no está en la sistematización que parece subyacer a su orden), un concepto tal como el de “derecho de las personas”.

Se cree que Deming tiene razón en varias cosas: en primer lugar, el concepto de persona no fue nunca abordado implícita ni explícitamente por ninguno de los juristas anteriores de renombre, pues ni Sabino ni Celso dan visos de un concepto así; y, en segundo, decantado de lo anterior, es factible que el concepto de persona sea una categoría propia de la enseñanza del derecho, y más, en consideración de las reflexiones hechas en 6.1. Sin embargo, en contra de esta última premisa puede decirse que, a diferencia de las fuentes del derecho, ninguno de los otros textos isagógicos da cuenta del concepto de persona. Eso implica ora que Gayo es novedoso en tanto que enseñaba el derecho de esa forma, ora que no hay rastro alguno sobre la influencia **jurídica** que recibió el jurista para hablar del derecho de las personas.

En todo caso, si se asume que él fue el primero en hablar de persona, debe reafirmarse que Gayo marcó un antes y un después, al poner en el centro de la dogmática jurídica el concepto del individuo. Como pudo observarse, su antecedente más cercano, Sabino, y en general toda la idiosincrasia socio-religiosa romana,



siempre habló de la familia. Al trocarlo por el de persona, está desplazando el concepto colectivista-político de las relaciones privadas desde el grupo familiar al de sus integrantes individualmente considerados<sup>23</sup>.

Más interesante es la concepción gayana sobre la *capitis deminutio*. En su significación originaria implicaba una pérdida o detrimento (*deminutio*) del colectivo: la *civitas* perdía un ciudadano o la familia perdía un miembro<sup>24</sup>. Sin embargo, la definición de Gayo en 1.58 no está dada en relación con el colectivo, sino a un atributo propio de la persona: el *estatus*. Igualmente, las tres explicaciones de la mínima, media y máxima no se explican en relación con la *civitas* y la *familia* como un colectivo, sino como características inherentes a la persona.

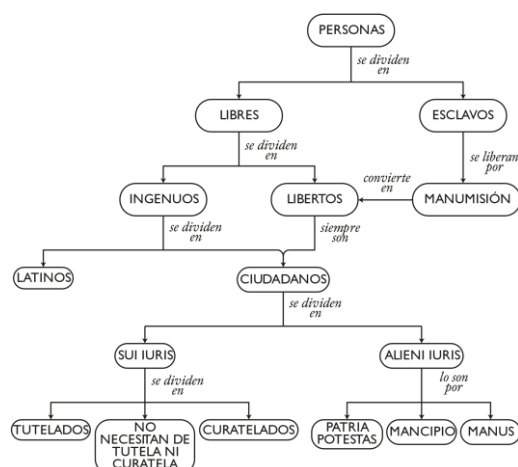
#### 4.1.2. La esquematización del derecho de las personas

El texto gayano, por lo menos en este libro, goza de una pulcritud conceptual digna de un educador. En términos de un esquema, el capítulo puede sintetizarse así:

---

<sup>23</sup> KASER, Max, Rolf KNÜTEL y Sebastian LOHSSE. *Derecho privado romano*. Patricio LAZO GONZÁLEZ y Francisco ANDRÉS SANTOS, trads. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 181-182. Sobre esto se hablará nuevamente en el numeral 6.

<sup>24</sup> GOUDY, Henry. *Capitis deminutio in roman law*. *Juridical Review*. vol. 9, n.º 2.



Obviamente al esquema le quedan cosas por fuera: los *dedicticios*, el matrimonio, etc. Sin embargo, todos los temas se integran los unos a los otros de manera ordenada: el concepto de persona es supraordinado a todos, y las tres grandes categorías de subdivisión: libertad, familia y guardas se subordinan las unas a las otras, pues la *suma diuisio* es entre libres y esclavos. A su vez, dentro de cada uno de los temas, están igualmente esquematizados: respecto de la libertad, divide en romanos, *dedicticios* y latinos, pero primero debe hablarse de los esclavos y de la manumisión, y entre ese tema, de la ley Aelia Sentia, etc.

Ese orden así configurado no responde a ninguno otro previo a él, como quedó visto, sino que es propio de Gayo. Y ese esquema no debe ser fruto sino de la práctica docente, de una aguda capacidad y experiencia transmitiendo la información. Si Ausubel<sup>25</sup> hubiera

---

<sup>25</sup> AUSUBEL, David, Joseph NOVAK y Helen HANESIAN. *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*. Mario SANDOVAL PINEDA, trad. México D.F.: Editorial Trillas, 1998.

sabido de Gayo, habría visto reflejado toda su obra: hay un organizador avanzado al inicio de la exposición (1.9-1.12, 1.48-1.49, 1.124, 1.142), y, como se mencionó, el conocimiento aparece supraordinado a otro<sup>26</sup>.

Ahora bien, entrando propiamente al fondo del libro, si tuviera que traducirse, al igual que el sistema muciano, en actos jurídicos, tendría que ser así: fuentes del derecho, manumisión, matrimonio (aquí se extraña la dote), modificación de la familia, *conventio in manu*, postliminio, tutela, curatela. El orden así colocado, para tratar de confrontarlo con el sabiniano, devela también una novedad consecencial a la consideración jurídica del individuo: las guardas se convierten en un tema perteneciente a las personas, uno de carácter no patrimonial, al igual que el postliminio.

Sin embargo, aunque el texto es novedoso, y la organización de los contenidos también, los contenidos en sí mismos no parecen serlo. Musso y Amunátegui<sup>27</sup>, con un juicioso detalle, lograron demostrar cómo Florentino (y en general en el Digesto) influenciado por el estoicismo, entendía la libertad como una no-esclavitud. Es decir, la libertad es un estado connatural al ser humano, pero que es

---

<sup>26</sup> Pero, sobre este punto nuevamente se referirá más adelante en 6.2.

<sup>27</sup> AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El Digesto y su definición de libertad. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos*. 2020, n.º 42.

mutable, “por cuanto puede verse restringida, limitada o, incluso, llegar a perderse”<sup>28</sup>.

Gayo no definió la libertad, por lo menos en las *Institutas*, haciendo imposible develar si en torno a ese respecto hay o no la misma influencia estoica que en Florentino. Pero, en cambio, sí aparece la misma exposición de la libertad como una no-esclavitud (I. 1.9, 1.16, 1.12). Otro tanto ocurre en 1.50, con los *sui iuris*, al definirlos como los que no sean *alieni*; y en 1.142, pues sabiendo primero quiénes necesitan de guarda, se sabrá quiénes no necesitan. En Gayo ser libre es no ser esclavo, ser *sui* es no ser *alieni*, y ser completamente capaz es no necesitar de guarda.

La conclusión a la que se llega es que esta consideración de las cosas sí debe ser un elemento jurídico común en la sistematización de la época. Es más, si las reconstrucciones de las XII Tablas son correctas, el concepto de libertad es omnicompreensivo, no solamente de la *dominica potestas*, sino también de la *patria potestas*, pues así parece indicar la tabla 4.2: “*Si pater filium ter venum duvit filius a patre, liber esto*”<sup>29</sup>. Así las cosas, la consideración dada de la libertad es propia del derecho arcaico, y es, como se ve, un concepto jurídico sobre el cual no obra novedad.

---

<sup>28</sup> MUSSO ARRATIA, Benjamín. Nisi si quid vi aut iure prohibetur. *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho UDD*. 2022, n.º 46, p. 167.

<sup>29</sup> RUIZ CASTELLANOS, Antonio. *Ley de las Doce Tablas*. Madrid: Ediciones Clásicas, 1992, p. 64.

## 4.2. *Los bienes (libro segundo)*

Sobre los bienes o cosas (que a efectos del derecho romano se entenderán como sinónimos), históricamente puede hacerse la misma reconstrucción que sobre las personas. El concepto de cosa, en sentido técnico jurídico-sistemático, es relativamente reciente en la historia del derecho romano.

### 4.2.1 *El concepto de cosa*

Así, en el derecho arcaico, dada la inmediatez que tenían los romanos, el concepto de cosa hacía referencia a aquello que era asible con la mano (*capere*), solo lo tangible<sup>30</sup> y el único derecho real que existía era comprensivo de cualquier situación jurídica. Y, aun con todo, la cosa no estaba sistematizada en un estrato primario hasta que el sistema sabiniano ubicó todos los actos jurídicos relativos a la cosa de manera junta. Eso hace pensar, particularmente en el sistema sabiniano, que el concepto de cosa (*res*) existía en su significación antigua: la corpórea y asible con la mano, ubicada en un estrato secundario, pues al final estaban las disposiciones relativas a la adquisición del dominio y a los derechos reales.

---

<sup>30</sup> BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Andrés LARROSA y Luis BACCI, trads. Madrid: Reus, 1965, p. 237. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. José CARAMÉS FERRO, trad. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 198.

Así las cosas, la novedad de Gayo en este apartado es poca, pero sustancial. El derecho que le precedía ya conocía de la *res* como aquello que se puede asir (*manus*), él solo la concibió ontológicamente. Y, como ya ha dicho la romanística desde antaño, su novedad está en el concepto de cosa incorporal, que vino a contraponerse con el de corporal (I. 2.11-2.14). Como se sabe, en las cosas corporales vienen a estar incluidas aquellas que probablemente el derecho anterior a Gayo conocía como tal: las tangibles, los objetos del mundo físico. En las incorporales, vienen a ubicarse las obligaciones, la *hereditas* y los derechos reales en cosa ajena (servidumbres, uso y usufructo). La propiedad no aparece, porque como era el más natural de los derechos que acompañaba a la cosa misma, se confundía con esta.

Como comentan Beghini y Zambotto, sobre el concepto nuevo de cosa corporal e incorporal debe aplicarse el ya conocido de cosa mancipable y no mancipable. “Es aparente cómo, incluso en esta categorización de *res*, hay una mixtura de cosas y derechos, que es decir *corpora* y *iura*”<sup>31</sup>. Aquella “confusión”, se cree, va de la mano con lo que las autoras llaman *system harmony*. Solamente se agregaría un argumento desde otra perspectiva histórica. La clasificación de *res mancipi* es, como demuestra el mismo Gayo en 2.16, una lo suficientemente antigua como para que los que la inventaron no conocieran los elefantes, implicando que es anterior a

---

<sup>31</sup> BEGHINI, Marta y Isabella ZAMBOTTO. ‘Res Corporales’ and ‘Res Incorporales’. Roman Foundation and Current Development of a Bipartition. *Roma Tre Law Review*. 2022, n.º 2, p. 26.

las guerras púnicas, y, por eso, de la época arcaica del derecho romano<sup>32</sup>. Naturalmente, esta clasificación, al ser más vetusta, incluye solamente las cosas corporales.

La inserción de la categoría incorporal por parte de Gayo vendría a ubicarse casi tres siglos después, y la ubicación tanto de cosas y derechos no es equívoca. Al contrario, con muy buen tino, el jurista deduce que serán *mancipi* aquellas cosas que, tangibles o no, se alienen por la *mancipatio* y así lo explica en 2.22, ese es el criterio diferenciador. Eso hace que haya cosas incorporales mancipables, como el usufructo, y otras que no, como las obligaciones, que son intransferibles como *negotium inter vivos*, y requerían de novación.

Esta misma supuesta crítica, en comparación a la pulcritud con la que expone el tema de las personas, ha llevado a autores a afirmar el carácter provincial del jurista, toda vez que en las provincias se interactúa más frecuentemente con problemas de derecho internacional privado referentes a la ciudadanía. Aunque parece que existe otra razón, llamémosle hipótesis, de peso para que las cosas hayan quedado así: las *res incorporales* no pueden ser obra del pedagogo, sino que tienen que serlo del jurista.

---

<sup>32</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Para esa misma época no conocían de los derechos reales en cosa ajena, pues la única acción usable era le *per sacramentum in rem*.

Las razones que llevan a pensar eso son sencillas: en el capítulo anterior, el de las personas, quedó visto cómo cada una de las clasificaciones cumplía una función pedagógica o de aprendizaje. Los conceptos estaban desarrollados de manera tal que se subordinaban los unos a los otros, y hacían significativo el aprendizaje, lo facilitan, cosa que solo un curtido docente podría hacer.

Sin embargo, esta nueva clasificación no parece tener una utilidad pedagógica: ¿qué sentido tiene, por ejemplo, enseñarle a un estudiante que las obligaciones son cosas incorpóreas, pero que no se alienan como las demás cosas incorpóreas?, francamente ninguno. Asimismo, pudo prescindir de esa clasificación e igualmente ubicar el tema de las sucesiones -herencia- dentro de los bienes, como un modo de adquirir. La clasificación se justifica, por ejemplo, para poder ubicar las obligaciones dentro del tema de las cosas, y no aparte. Es por esto que, en este respecto, sí debe existir una influencia filosófica que haya llevado al jurista a concluir eso, pero esa respuesta se dará más adelante en 6.3.

#### *4.1.2 La esquematización de las cosas y lo restante*

Parece que hasta lo dicho antes radica la novedad de Gayo. Lo siguiente que se trata en términos de las cosas propiamente dichas son los modos de adquirir, la posesión, etc., que, como quedó deducido, ya se encontraba en el sistema muciano. Igualmente, en



buena cantidad de partes, Gayo va a referir a las contraposiciones entre sabinianos y Proculeyanos, o discusiones antiguas, lo cual deja ver la falta de originalidad al respecto, como en I. 2.94 y 2.79.

Aún con ello la exposición del tema es tan didáctica como la de las personas: la clasificación de las cosas también tiene su *summa divisio* (2.2), y podría hacerse otro mapa conceptual idéntico. Habla de las cosas, luego del dominio, la adquisición del dominio a título singular (donde divide los modos), a título universal (donde discrimina la que sucede por causa de muerte, por causa de entrada a la patria potestad y la del proceso ejecutivo). Solamente le falta terminar con las obligaciones, donde las divide en contractuales (enfaticando en los tipos contractuales y los modos de extinguir) y delictuales. Todos los temas se subordinan los unos a los otros.

#### **4.3. Las obligaciones (libro tercero)**

Como bien lo anunció Betti<sup>33</sup>, la historia de las obligaciones es, en últimas, la historia de la abstracción. El derecho romano más arcaico no conocía la obligación sino por los concretos vínculos en los que se manifestaba, teniendo como rasgo común que todos iban a parar a la *legis actio per manus iniunctionem*. O, en otras palabras, las fuentes de las obligaciones no se distinguían de la obligación; la causa de la atadura y la atadura misma eran un solo concepto. De

---

<sup>33</sup> BETTI, Emilio. *La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis*. José Felix CHAMIE, trad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

los rastros procesales, se sabe que no será sino hasta la entrada de la *actio legis per condictioem* y su eventual mutación en la *actio condictio* y la posterior *venditio bonorum*, que se migrará de la ejecución personal a la patrimonial.

También es la historia del tránsito del derecho absoluto al relativo. En el absoluto solamente se podía ser deudor de una persona, pues la entrega de la corporeidad (*nexum*) impedía una posterior obligación. En cambio, en el relativo, al estar enlazados jurídicamente los bienes y no corporalmente el deudor, era posible adquirir varias deudas<sup>34</sup>. Ambas aristas van a ser relevantes al momento del período clásico.

En torno a este punto, como quedó visto, la única novedad de Gayo fue considerar las obligaciones como un bien incorporal, lo cual sistemáticamente implica negarle una categoría autónoma. Puede no haber mérito, en cambio, en su cosmovisión del contrato como acuerdo lícito generador de obligaciones ni en su cuadripartición. Adéntrese un poco en este último punto.

Para la época de Quinto Mucio, por el relato que da Cicerón - que era relativamente contemporáneo- sobre los temas contractuales en *De Officiis*, se sabe que el estoico nunca usa la expresión

---

<sup>34</sup> ÁLVAREZ-CORREA, Eduardo. *Curso de derecho romano*. Carlos Enrique TEJEIRO LÓPEZ, ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

“contrato” como sustantivo, sino que usa el verbo “contraer”. Igualmente, cuando refiere a los *bona fidei iudicia*, habla de las acciones que en su momento eran de buena fe, pero no las engloba bajo el concepto de contrato. Estas puntuales anotaciones, aunadas al hecho que Escévola tuviera aparte la *stipulatio* de los demás tipos contractuales, hacía pensar con total certeza que no existía, para ese momento, la categoría de contrato<sup>35</sup>.

Como cuenta Ulpiano, en D. 50.16.19, el jurista Antisio Labeón, de épocas de Augusto (27 a.C.-14 d.C.), construyó el concepto de contrato inspirado en el *synallagma* aristotélico explicado por el filósofo en su *Ética Nicomáquea*<sup>36</sup>. En aquella definición de contrato no se habla todavía del acuerdo, sino meramente de la sinalagmaticidad<sup>37</sup>. Y, de paso, los contratos unilaterales no van a pertenecer a la categoría del *contrahere* sino del *agere* (*actum*). De esta misma opinión es Sabino, que como se pudo reconstruir, los contratos no se encuentran todos de corrido.

---

<sup>35</sup> GAUDEMET, Jean. Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique. *Archives de Philosophie du Droit*. 2000, n.º 44.

<sup>36</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Julio PALLÍ BONET, trad. Madrid: Gredos, 1985, lib. 5.1130a-1133a.

<sup>37</sup> De este parecer PARICIO, Javier. Una historia del contrato en la jurisprudencia romana. *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*. 2009, n.º 53. En otro criterio FIORI, Roberto. The Roman Conception of Contract. En: MCGINN, Thomas, ed. *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future* [en línea]. University of Michigan Press, 2012. Disponible en: <https://research-ebSCO-com.ez.urosario.edu.co/linkprocessor/plink?id=87bc6edb-2d83-3877-a8e7-857322331b37>

Luego, la explicación de Sexto Pedio en D. 2.14.3 parece ser la primera que observa el tinte convencional del contrato. Según buena parte de la doctrina moderna es entender que para él *contractum* y *obligationem* son una forma de hendíadis, de suerte tal que el contrato se convierte en un lícito convencional. Esta percepción de las cosas parece equivalente a la del pensamiento gayano, quedando duda de si Pedio es anterior a Gayo, y, por tanto, pudo haberle influenciado, o si Pedio fuese contemporáneo a Gayo y no pudo haberle influenciado, dando visos de una novedad al respecto.

Aún con todo, es cierto que si a rajatabla se tratase de aplicar la dicotomía contrato-delito, debiera decirse forzosamente, con Wegmann<sup>38</sup>, que la definición gayana no implica la *conventio*, la intención reflexivamente encaminada a obligarse. Ergo no fue influenciado por Pedio, sino que su definición de contrato es “una categoría donde se engloban todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, convencionales o no convencionales”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos* [OpenAIRE]. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, .Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2018, n.º 40. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552018000100097>; WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo. *Revista de Derecho Privado* [OpenAIRE]. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, .Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2018, n.º 4. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.02>; WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos* [OpenAIRE]. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, .Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2017, n.º 39. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552017000100085>

<sup>39</sup> PARICIO, Javier. *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, p. 83.

Sin embargo, se cree que eso es tratar de ajustar a Gayo exclusivamente dentro de sus *Instituciones*, por eso, en el siguiente numeral, cuando lo confrontemos contra sí mismo, se dará cuenta que efectivamente Gayo quería dar a entender que la voluntad presente en el contrato debía ser reflexiva. Lo anterior implicaría asumir dos cosas: que I. 3.91 si da luces para entender el carácter convencional de la obligación, y que I. 4.182 es, realmente, un error aproximativo. Pero, se reitera, más adelante se regresará sobre ello.

Ahora, sobre el punto de los delitos, no parece haber mucha reflexión al respecto. La razón parece ser que los delitos fueron decantados con mayor antelación que los contratos. El daño y la injuria existían desde las XII Tablas (450 a.C.), sufriendo apenas leves morigeraciones por el pretor en torno a las consecuencias jurídicas de su causación. El daño causado sin derecho (del que también hay difusas disposiciones decenvirales) existe desde la *lex Aquilia* en vísperas de las revueltas plebeyas (286-289 a.C.). Mientras que para la época de Cicerón (s. I a.C.), el depósito, por ejemplo, era ventilado por una acción *in factum*, toda vez que aún no era admitido en el ordenamiento objetivo como contrato.

Esta prioridad histórica, de más o menos cuatrocientos años, explicaría que los tres conceptos delictuales estuviesen decantados y sistematizados con antelación a Gayo. La fundamental prueba de

esto, a diferencia de lo que sucede con los contratos, es que Sabino colocó los delitos juntamente con la ley Aquilia (cosa que no hace Mucio), por lo que el mérito de Gayo es igual que pequeño con el concepto de bienes: colocarlo en un estrato primario, o, en otras palabras, desde una perspectiva ontológica.

## 5. Gayo contra sí mismo

Una vez esclarecido, tanto en la generalidad, como en la particularidad, la novedad de Gayo en torno a la sistematización que hace del Derecho, y partidas algunas hipótesis de si es obra del jurista o del pedagogo, habría que confirmarlas o infirmarlas. Para ello, se deben revisar los demás textos gayanos, a efectos de identificar si él usa sus clasificaciones y sistematizaciones en otros textos o no lo hace.

Después de aplicar la metodología se tiene que Gayo escribió varios textos<sup>40</sup>. Unos comentarios edictales, comentarios a varias leyes, a senadosconsultos, como el *Tertulianum* y el *Orfitianum*, y, otros textos, entre ellos el *rerum cottidianarum sive aureorum*. En total, todos estos libros arrojan aproximadamente 504 citas, de las cuales habría de excluirse las relativas a las *Instituciones*, por haber sido ya

---

<sup>40</sup> Cfr. MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro. Gayo y su obra. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V. Universidad Veracruzana*, 2003, n.º 7.; LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis*. Leipzig: Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, 1889, pp. 181-265. También, con más certeza, el *Index Florentinus* contenido en MOMMSEN, Teodoro y Paulus KRUEGER, eds. *Corpus iuris civilis*. Berlín: Weidmann, 1872, p. XXX-XXXII.

estudiadas. Y dado que la res *cottidianarum* constituye el culmen de la obra gayana, será el único texto por analizar.

### 5.1. *El rerum cottidianarum sive aureorum*

Este texto tenía también una finalidad pedagógica, tal como las *Institutiones*. Precisamente su nombre significa eso: las cosas cotidianas son las básicas, las elementales<sup>41</sup>. Eso explicaría por qué, como se verá, hay partes de este texto que se encuentran copiadas y ampliadas sobre las de las *Institutiones*.

#### 5.1.1. *Su contenido*

La obra se compone de siete libros, según el *Index Florentinus*, de los cuales solo hay 25 citas repartidas en los tres primeros, de suerte tal que los cuatro últimos están perdidos. El primer libro tiene cuatro citas: la primera, en D. 40.2.7 no tiene la misma redacción, pero sí el mismo contenido que I. 1.20 *in fine*; en D. 40.9.10 amplía la breve explicación de I. 1.37; la de D. 40.4.24 que debe condecirse en alguna parte de I. 1.42-47; y la que está en D. 39.6.4 está demasiado descontextualizada como para asegurar algo. Conclúyase que las citas del libro primero de las *Res* son equivalentes al libro primero de las *Institutas*, de suerte tal que Gayo respetó su sistematización en lo referente al derecho de las personas.

---

<sup>41</sup> SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*, p. 167.

El libro segundo trata forzosamente de los bienes, manteniendo su concepción de, al igual que el segundo de las *Institutas*, cosas corporales e incorporeales, sin que aparezca mención alguna de las sucesiones. Hay 19 citas:

- En D. 1.8.5 amplía lo contenido en I. 2.11.
- En D. 7.1.3, 7.8.11 y 8.4.16 ofrecen explicaciones novedosas y detalladas respecto de todos los derechos reales en cosa ajena, que, en comparación con las *Instituciones*, fueron mencionados fugazmente a propósito de las cosas incorporeales en 2.11, 2.32 y 2.32. Esto lleva a pensar que Gayo amplió sustancialmente el tamaño del libro al tratar de manera autónoma y detallada los *ius in re aliena*, cosa que no hizo en su anterior texto. Adicionalmente, a propósito del usufructo, en D. 22.1.28, distingue las cosas fructuarias de las no fructuarias, y dice qué cosas son o no son fruto de otras, explicación completamente ausente en las *Instituciones*.

- En D. 41.1.1, 3, 5, 7, 9 trata de la adquisición del dominio, tema tratado en 3.28-80, más o menos. El contenido de D. 41.1.1 es equivalente al de I. 2.65-66; el del 41.1.3.pr-1 es novedoso, pero el de 41.1.3.2 se condice con I. 3.67. Igualmente, la anterior cita institucional es ampliada por la discusión doctrinal sobre el momento de la adquisición. Así mismo los animales que son silvestres y los que no, en D. 41.1.5.

- El texto de D. 41.1.7 se puede segregar: el pr., es novedoso; el 1 es equivalente a I. 3.70, pero, con otras palabras. El 2 amplía I. 3.71; las disposiciones del 3-6 amplían sustancialmente lo que sale el I. 3.72, además de que Gayo cambia de tesis, pues en las



*Institutiones* dice que la isla media es de propiedad conjunta, mientras que en las *Res* indica que la propiedad se divide por la línea media del río y por las perpendiculares correspondientes a los linderos. El 7 explica de manera más clara y unitaria lo que sale en I. 3.78-79, además de que Gayo, fuera de mencionar las tesis de ambas sectas, aparece una *media sententia*<sup>42</sup> acogiendo ambas tesis según la reversibilidad de la especificación, y también distingue qué es y qué no es especificación. El 8 y 9 habla de la *commixtio*, tema ignorado en las *Institutas*. El 10-12 amplían las explicaciones de I. 2.73. Lo propio hace el 13 con I. 3.74.

- Otro tanto sucede con D. 41.1.9: el pr., contiene I. 3.75-76. El 1 y 2 son completamente condicentes con I. 2.77 y 2.78, pero con explicaciones más claras. El 3-8 detalla más prolijamente la *traditio*, pobremente explicada en I. 2.28 y 2.66.

- En D. 41.3.36-38 curiosamente es la misma cita de las *Res* que tiene en medio una de las *Institutas*. Seguramente el pedazo que traslapan de las *Institutas* ("*furtum non committit [...]*") haya estado ausente en las *Res*, dado que el tema es tratado más adelante en ese texto. Por su parte, la cita de las *Res* es más completa, pero esencialmente igual a las *Institutas* en 2.50-2.51.

- En D. 44.7.1.pr, que refiere **al mismo segundo libro**, divide las fuentes de las obligaciones en tres: contratos, delitos y otras varias especies de causas (*ex variis causarum figuris*) a diferencia de I. 3.88. Habría que hilar más fino:

---

<sup>42</sup> Aclarando que: "De estar interpolados los dos textos [D. 41.1.7.7 y 41.1.24 donde Paulo opina lo mismo], la *media sententia* podría haber sido solamente afirmación justiniana" ESPITIA, Fabio. *Historia del derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 190.

○ En 1 (D. 44.7.1.1.) se elimina la categoría de los contratos *litteris*, sin embargo, es altamente factible que esté interpolado, dado que en las Instituciones de Justiniano (3.21[22]) menciona que está en desuso, por lo que la eliminación de aquella categoría prevendría una antinomia.

○ En 2, es equivalente a I. 3.90. En 3-6 aparecen los restantes contratos reales: comodato, depósito y prenda, con sus correspondientes regímenes de responsabilidad. A cambio, está completamente omitida la referencia a la *solutio indebiti* que antes estaba en I. 3.91.

○ En 8, al contrario, se cercenan cosas, pues solo aparece un resumen de I. 3.92, y se pierden (no se sabe si por omisión o porque no estaba *ab initio*) los textos referentes a I. 3.93-96.

○ El 9 es equivalente a I. 3.97, el 10 es equivalente a I. 3.99, el 11 se corresponde a I. 3.98. (cercenando toda explicación de los legados), el 12 equivale a 3.106, el 13 resume el 3.109, el 14 y 15 están en 3.105.

• En D. 17.1.2, también en el libro segundo, se habla del mandato con más detalle del que lo hizo en las Institutas (3.155-156), y en D. 17.2.72, cambia su posición respecto de la *actio mandati*, pues en I. 3.161 acoge la tesis Casiana de que se niega la acción cuando se excede el mandato, mientras que en las *Res* acoge la tesis Proculyana de que solo se le concede hasta el valor del mandato.

• En D. 17.2.72, la misma novedad de haber trasladado los contratos al segundo libro, amén de que ofrece explicaciones

sobre el régimen de responsabilidad en la sociedad, cosa que no hace en ninguna parte de I. 3.148-154.

- En D. 18.6.2 y 18.6.16 habla de la teoría del riesgo de la compra y venta, cosa que no hace en las pocas disposiciones de las Institutas sobre el mismo contrato (3. 139-141).

- En D. 19.2.2 habla de la *locatio-conductio* con más diafanidad de lo que lo hace en I. 3.142-147.

Luego, el libro tercero menciona las demás fuentes de las obligaciones. En D. 44.7.4, que seguramente es como se inaugura el libro tercero, se copia I. 3.182, sobre los delitos, y hará la explicación correspondiente. Después, debió tratar las demás varias causas, y a ese apartado deben pertenecer D. 44.7.5, donde explica con sumo detalle la gestión de negocios, la tutela, la deuda por legado damnatorio, el pago de lo no debido, indicando que se obligan casi que como un contrato; y luego, al tratar del *si iudex litem suam fecerit* (que también está en D. 50.13.6), el *effusum et deiectum, positum aut suspensum* y los *receptum nautarum cauponum stabularii*, los explica como si se tratasen de un delito (*quasi ex maleficio*).

Sobre los demás cuatro libros, es completamente imposible saber de qué trataban, dado que no hay citas.

### 5.1.2. Conclusiones

De todo lo analizado, se concluye que este libro es más maduro y elaborado que las *Instituciones*. El trabajo sistematizador de Gayo no puede ser apreciado en su totalidad si se atiende solamente al

contenido institucional y no de las *Res*. Eso implica asumir, con certeza, que entre las *Institutiones* y las *Res* debió mediar una cantidad considerable de tiempo e incluso varias obras debieron estar entremedio.

La primera cuestión por despacharse es el contenido de los libros. Sobre el primero, no cabe duda de que trató de las personas, pero, del segundo en adelante el orden varía. En este punto se hallaron dos tesis. La de Mommsem y de Schulz de que, de los siete libros del texto, tres contuvieran a las *Res cottidianarum* como tal, y los otros cuatro fueren un anexo con las anteriores *Institutionum*. Y otra más congruente, la de Stanojević<sup>43</sup>, sobre que los siete libros trataron de lo mismo que las *Institutas*, que procederá a explicitarse, agregando algunos argumentos.

Como quedó visto, la primera gran conclusión del texto nuevo es que hay una cantidad de cosas agregadas, fruto de errores e incompletitudes que no pueden tener ninguna razón filosófica, como pretende sugerir una buena parte de la doctrina, alegando el carácter institucional del primer texto. Esas omisiones no se explican sino por razones prácticas: la falta de pericia de Gayo para insertar un tema antiguo en su nuevo modelo, la falta de consenso jurisprudencial sobre si eran o no categorías jurídicas, como en los

---

<sup>43</sup> STANOJEVIĆ, Obrad. О ГАЈЕВОМ ДЕЛУ RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII. *Анали Правног факултета у Београду (Anales de la Facultad de Leyes de Belgrado)*. 1983, vol. 4, n.º 1.

demás contratos reales, (las anteriores las ofrece Guarino<sup>44</sup>), no hacer un texto tan largo para sus estudiantes, siendo las categorías integradas meramente ejemplificativas, etc. Cualquiera que no se fundamente en razones axiológicas es válida. La razón es muy sencilla: su apareamiento posterior implica que debieron estar allí desde un inicio<sup>45</sup>.

Stanojević hace dos buenas precisiones: primero, “durante el siglo II, precisamente en tiempos de Gayo, y en gran medida antes de la creación de las Instituciones, se introdujeron algunas reformas en el derecho sucesorio, entre las cuales las más significativas son el *SC Tertulianum* y el *Orfitianum*. Si en las Instituciones ya había párrafos suficientes para recibir dos o uno y medio comentarios, es casi seguro que en *Res cott.*, donde se explica más detalladamente el sistema sucesoral, después de estas reformas, hubo material para dos comentarios siguientes, el cuarto y el quinto”<sup>46</sup>; y la segunda, es que el derecho sucesoral debió ubicarse en otro lado.

---

<sup>44</sup> Él agrega otra, la consideración inicial gayana de que no eran instituciones de derecho civil, pero al ser sistemática, se descarta. GUARINO, Antonio. *Pagine di diritto romano*, p. 330.

<sup>45</sup> Sobre los contratos reales me referiré nuevamente, por ahora se está hablando del orden general de las *res*.

<sup>46</sup> STANOJEVIĆ, Obrad. *O ΓΑΙΕΒΟΜ ΔΕΙΛΥ ΡΕΡΟΜ ΚΟΤΤΙΔΙΑΝΑΡΟΜ ΣΙΒΕ ΑΥΡΕΟΡΟΜ ΛΙΒΡΙ ΒΙΙ*, p. 643. Las traducciones son generadas con ayuda de ChatGPT.

Agréguense más argumentos. En primer lugar, como quedó visto, Gayo dedicó una buena cantidad de espacios a hablar más detenidamente de los derechos reales en cosa ajena, que fueron pobremente tratados en las *Instituciones*. Se tienen pocos fragmentos, pero es sumamente probable que se hayan gastado muchos más párrafos de los citados. Igualmente, las obligaciones contractuales se encuentran todas en el segundo capítulo, una por una, y, encima del hecho, con las explicaciones correspondientes a los regímenes de responsabilidad, y en el caso de la compra y venta (que es extensa), está la teoría del riesgo y probablemente los *pactos in continenti*. Stanojević indica que si entremedio de ambos temas (bienes y contratos) -que de por sí fueron ampliados-, estuviera la sucesión (como lo está en las *Institutas*), el segundo libro sería inmensamente largo, lo cual no tendría sentido si se compara con el primero, que se mantuvo relativamente igual.

Otro argumento a favor sería creer que, para la época de las *Res*, Gayo ya dominaba temas excluidos de las *Institutas* como los Sc. Ter. y Orf. así como las colaciones y la querrela de testamento inoficioso, lo cual explicaría que entre ambos textos (temporalmente hablando), redactó las correspondientes disertaciones sobre los senadoconsultos, así como un texto sobre los fideicomisos. En otras palabras, colocó dentro de las *Instituciones* los demás textos que escribió. Si esos temas se incluyesen entre las sucesiones, quedaría aún más largo, y aunado con la longitud de bienes y obligaciones, hace hartamente improbable que las sucesiones se encuentren en la mitad.

Otro muy buen argumento es que en D. 44.7.1.9, a diferencia de I. 3.98, omite toda explicación de los legados. Probablemente las explicaciones correspondientes se hagan en libro postrero, tal como en D. 44.7.1.4 al hablar del mutuo omite la explicación de la *solutio indebiti* porque la trata en el libro subsecuente de las *variis causarum figuris*.

Todo este conjunto de situaciones lleva a la segunda tesis de Stanojević: las sucesiones adquirieron un carácter autónomo al de los modos de adquirir, y, por tanto, se ubicaron después. El argumento es persuasivo: “Un autor de espíritu tan audaz e innovador, creador del primer sistema jurídico en el derecho (la tripartición), que ya con la elección de los títulos de sus obras muestra independencia de pensamiento al escribir un nuevo libro sobre la misma materia, pudo darse cuenta de que esta rama del derecho merecía una sección aparte en la obra. Como veremos, también en otros aspectos se apartó de las soluciones que había dado previamente en las Instituciones<sup>47</sup>. Con ello, no solo no vulneró su sistema *personae – res – actiones*, sino que lo aplicó aún mejor.”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Sobre las cuales ya se hizo referencia.

<sup>48</sup> STANOJEVIĆ, Obrad. *O ГАЈЕВОМ ДЕЛУ RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII*, p. 644.

Finalmente, con toda la lógica, si Gayo amplió sus explicaciones “sustanciales”, tendría todo el sentido creer que también amplió las procesales. Así, los dos últimos libros los debió dedicar a tratar los tres sistemas procedimentales: *legis actionis*, *agere per formulas* y debió hablar también de la *cognitio extraordinem*.

Entonces, las *Res* debieron tener este orden: libro primero, personas. Libro segundo, cosas y obligaciones contractuales. Libro tercero, obligaciones delictuales y otras fuentes de las obligaciones. Libro cuarto, sucesión testada. Libro quinto, sucesión intestada. Libro sexto, *legis actionis* y *agere per formulas*. Y libro séptimo, *cognitio extraordinem*.

### 5.1.3. *Addendum: los contratos y los contratos reales*

Arriba quedó el sinsabor de preguntarse si el contrato debía constituir una voluntad reflexiva o no en los términos de Wegmann y Paricio<sup>49</sup> y de si la categoría de contrato real, dentro del contexto de las *Instituciones*, estaba restringida al *mutuum*, de modo tal que el texto no fuera incoherente<sup>50</sup>. Aquí se harán unos brevísimos comentarios al respecto.

---

<sup>49</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. *Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo*.; PARICIO, Javier. *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*.

<sup>50</sup> Realmente no se dijo explícitamente, solo se insinuó con la referencia a WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*.



Respecto de lo primero, efectivamente el concepto de contrato es incoherente en las *Instituciones*: la dote, el pago de lo no debido, la tutela, y posiblemente la gestión de negocios quedaron dentro de los contratos, dado que podría entenderse como cualquier acto lícito. A despecho de ello, como se dijo, no existen razones sistemáticas o filosóficas para considerar que la posición de Gayo era creer que en los contratos no hay intención vinculativa. Lo que hubo fue un error aproximativo, completamente plausible al proponer originariamente un concepto, que fue corregido en una etapa más madura del pensamiento del jurista. Lo anterior hace que todos esos errores sistemáticos advertidos (como I. 4.186) queden adecuadamente ubicados en las demás causas de obligaciones. Eso también explicaría que el silencio a todas esas fuentes no fue accidental, sino debido a la insuficiencia de su clasificación bipartita, mas no de su definición de contrato<sup>51</sup>.

Sobre el segundo tema, de los contratos reales, más allá de si el *velut* es aclarativo o ejemplificativo, es absolutamente cierto que, si Gayo, en el marco de sus *Institutas* se hubiera referido a los demás

---

<sup>51</sup> “De lo cual se deduce que para Gayo es contrato aquel negocio que genera obligaciones celebrado con el entendimiento de producir tal efecto [...] En otras palabras, para Gayo el contrato supone un acuerdo o convención entre partes dirigido a crearlas. De este modo se explica el silencio en torno a la *negotiorum gestio*, la *tutela* y el legado *per damnationem*: bien que a través de todas esas figuras nazcan obligaciones, ello no ocurre como consecuencia de un negocio convencional entre las partes obligadas [...] En consecuencia no son contratos” GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 704.

contratos reales, se hubiera contradicho. La razón parece estar ligada a otro error, o consideración gayana: la *traditio* en las *Institutas* implicaba siempre y en todo caso una transferencia del dominio y así parece desprenderse de 2.19, 2.28, 2.65, 2.66 y 2.87. Es su forma de entender la entrega (*traditio*), como acto traslativo de la propiedad, pues cuando usa “entregar”, en un sentido no traslativo, usa otro verbo, como en 3.143 (“*vestimenta dederi*”). Si ésa era su forma de entender la tradición, el único contrato real que implicaba tradición era el mutuo.

Pero en las *Res* se supera esa visión restringida de la tradición, lo cual le permite aproximarse a las demás formas de tradición (*brevi manu, longa manu, clavium*, etc.). La tradición es ahora entendida en un sentido más amplio, donde no necesariamente deben concurrir el elemento objetivo y subjetivo, pues faltando alguno, sigue siendo *traditio*. Así, la expresión de D. 41.1.9.5 dice que la nuda voluntad del dueño es suficiente para transferir la cosa sin necesidad de la tradición (“*Intedum etiam sine traditione*”). De aquí se desprende claramente que la tradición es también entendida como la entrega material (el llamado *corpus*), sin necesidad de que con ella vaya envuelta la intención de transferir el dominio.

En esta visión amplia de la tradición (por más antitécnica que a los ojos modernos nos parezca), entendida como entrega material traslativa de la tenencia o posesión, o entendida como alienación del dominio, se supera su escollo inicial de que, en su cabeza, las

*obligationes re contractae* implicaban la *datio rei*. Si la *traditio* no implica transferencia de propiedad, la *datio rei* tampoco, pudiendo incluirse los demás contratos reales sin caer en contradicción.

## 5.2. Corolario

Como se dijo, las *Res* vendrían siendo el último trabajo de Gayo, el más maduro, razón por la que comparar el inicio con el final es más que suficiente. De este parangón se desprende que los conceptos gayanos fueron en un principio obra del pedagogo y en un segundo momento adquirieron un carácter científico. La idea es obra del pedagogo, y luego, el jurista se dejó influenciar por el pedagogo.

Los conceptos de personas (y el concepto mismo) fueron, como se vio, muy factiblemente creados con propósitos didáctico-esquemáticos, que, aún así, respondían a una tradición histórica traída de las XII Tablas. Aunque después fueron refinados en términos científicos: una prueba es la doble ubicación de la tutela como institución de las personas (cosa que estaba ya en las *Institutas*), y su posterior inclusión como fuente de las obligaciones, que solo pudo ser posible con la corrección de la *summa diuisio*.

Asunto distinto ocurrió con el concepto de cosa incorporal, cuya practicidad didáctica no se hace patente, por lo que debe existir alguna influencia no-pedagógica. Podría serlo que la construcción de este concepto era lo único que le hacía dar sentido a su clasificación: pues el concepto de obligación y de herencia caían dentro del de cosa. Pero, la posterior modificación del orden sistemático en las *Res* daría lugar a pensar si la categoría fue redefinida, eliminada, o si en alguna parte de aquel texto Gayo haría la precisión de que se iba a invertir el orden.

Ahora bien, con el concepto de contrato, como se dijo, habría de pensarse que, más allá de la consideración que tenga Gayo de la definición, es también un concepto técnico, no jurídico. Sin embargo, la cuadripartición de los contratos, gayana o no, sí debe ser un elemento didáctico: las categorías finitas y materialmente parecidas son elementos mnemotécnicos que muy seguramente facilitaron el entendimiento de las cosas. Piénsese en la facilidad de explicar el concepto de obligación real, el de verbal o el de literal, todas pueden enseñarse de manera significativa, con una teatralización, o con una asociación al libro de cuentas del *pater*. Esa categoría que adquirió un carácter científico, al inicio fue propia de la tradición educativa<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> NELSON, Hein y Ulrich MANTHE. *Gai Institutiones m 88-181 Die Kontraktobligationen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999, p. 81.

## 6. Las influencias de Gayo

Delimitada ya la novedad de Gayo y la autoría (si era del jurista o del pedagogo), y avenida la curiosa conclusión de que es, de alguna manera, autoría de ambos, resta ahora revisar cuáles fueron las influencias *pedagógicas* que recibió Gayo. Naturalmente no interesa aquí preguntarse las influencias sobre “el fondo” (entendido como el derecho propiamente dicho), sino sobre “la forma” (entendida como la enseñanza), aunque como se vio es difícil separarlos. Las razones para evitar escarbar las influencias filosóficas sobre “el fondo” es que no existe consenso sobre si realmente las hay, o si el derecho romano hasta cierta medida es hermético, dueño de su propia influencia, razón que explicaría la falta de dogmaticidad u homogeneidad entre los mismos pensadores<sup>53</sup>.

En lo respectivo a Gayo, esa influencia interna está dada por los propios pensadores. En las *Instituciones* hay inmensa cantidad de posiciones tomadas de la escuela Sabiniana, y en las *Res* algunas son viradas a la Proculyana, como el caso ya visto de la *actio mandati directa* o tomadas sincréticamente como la *media sententia* de la especificación.

---

<sup>53</sup> WINKEL, Laurens. Le Droit Romain Et La Philosophie Grecque, Quelques Problèmes De Méthode. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*. Brill, 1996, vol. 65, n.º 2. DOI: 10.1163/157181996X00283

Por otra parte, muy juiciosamente Leesen<sup>54</sup> logró demostrar, a propósito de este tema, que las diferencias entre las escuelas (las “de fondo”) obedecen a razones casuísticas y no dogmáticas, ni filosóficas, ni teóricas; fundamentadas en ejercicios retóricos, bajo una influencia ciceroniana y quintiliana. Ella, que curiosamente también es pedagoga, da fundamento a una idea que se suscitó una vez aprendida la historia de la pedagogía: la notoria influencia de estos dos autores en la pedagogía también debió reflejarse en el derecho. Otra tesis sugestiva es la de Schulz<sup>55</sup>, quien dijo que las dos escuelas de pensamiento no lo eran solamente en términos de corrientes de pensamiento, sino que también lo eran en su literalidad: eran dos centros educativos. Con ese marco, es lícito preguntarse cuál es la influencia, en mayor o menor medida, que tuvo particularmente la historia de la pedagogía en Gayo en torno a esos tópicos.

### **6.1. *La humanitas***

Schulz dio atisbos descontextualizados pero correctos de la influencia de la *humanitas* en el derecho clásico<sup>56</sup>. La *humanitas* es un concepto ciceroniano, que a su turno es tomado de Isócrates, quien, a su vez, está sumergido en el mundo griego, donde descansa el equivalente helénico de la *paideia*. Sin entrar en detalles, se sabe que

---

<sup>54</sup> LEESEN, Tessa. *Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies* [eBook Academic Collection (EBSCOhost)]. Leiden: Nijhoff, 2010.

<sup>55</sup> SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*, pp. 119-123.

<sup>56</sup> SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. José Santa CRUZ TEIGEIRO, trad. Barcelona: Bosch, 1960, pp. 100-104.

el antiguo concepto griego de la *areté*<sup>57</sup> va a mutar en el de la *paideia* por primera vez **más o menos** con la llegada de los sofistas, en épocas de Sócrates, sobre el siglo IV a.C. Aquel concepto procuraba una apuesta educativa, un ideal de ciudadano, en virtud de la cual, dentro del nuevo estado democrático ateniense, todas las personas estuvieran en la capacidad de acceder al gobierno del Estado ateniense. La educación, *paideia*, nace con y para el Estado democrático.

Los educados por los sofistas eran quienes “querían formarse en y para la política y convertirse un día en directores del Estado” y para ello requerían “una intelección universal de las cosas humanas”<sup>58</sup>. Otra visión implicaría pensar que los que eran educados por los sofistas lo eran con el propósito de tener las herramientas suficientes para maniobrar dentro del Estado democrático donde debían ser partícipes. Los sofistas eran igualadores sociales que les permitían a todos encontrarse en situaciones semejantes<sup>59</sup>.

Más allá del concepto, y asumiendo la posición que fuere, (pues ambos van a parar al *ágora*) dentro de la *paideia* había una suerte de subtexto, una idea que le era integrante: la idea de individuo. El

---

<sup>57</sup> BOWEN, James. *Historia de la educación occidental*. Juan ESTRUCH, trad. Barcelona: Herder, 1976, p. 87.

<sup>58</sup> JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Joaquín XIRAU, trad. México D.F.: Fondo de cultura económica, 2006, p. 266.

<sup>59</sup> BOHMER, Martin. Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy. *Fordham law review*. 2011, vol. 4, n.º 77.

concepto de individualidad no podía ser escindido del de *paideia*, pues el mismo interés en educar al ciudadano implicaba una consideración individualista, la educación -en este contexto- en sí misma, por más que pretende servir al Estado, parte de considerar individualmente a las personas<sup>60</sup>. Ese individualismo estará presente aún en Isócrates<sup>61</sup>, de quien se va a servir Cicerón para hablar de la *humanitas*, cuyo contenido es similar. Es un ideal ético que implica pertenecer a la vida pública, y estar preparado para ella a través de la oratoria, de ser un *doctus orator*<sup>62</sup>, al que le subyace la idea individualista.

Esa idea de *humanitas*-individualismo se hace más patente en Quintiliano. Por un lado, la idea de *humanitas* como el ideal de hombre orador, el *doctus orator*, está calcada de Cicerón. Pero, por otro, el concepto de individuo sí se hace más patente especialmente al hablar del niño: es susceptible de ser enseñado incluso antes de que fuera infante<sup>63</sup>, para enseñarle no hay que azotarle, considera que es capaz de aprender por sí mismo, de modo tal que el profesor cumple un papel mediador, el docente debe jugar con él, debe colocarle tareas que lo desafíen y felicitarlo cuando las pueda

---

<sup>60</sup> “[...] es el síntoma más evidente del advenimiento de un tipo de educación [...] que en su más íntima raíz era individualista, por mucho que se hablara de la educación para la comunidad y de las virtudes de los mejores ciudadanos. Los sofistas son, en efecto, las individualidades más representativas de una época que tiende en sí en su totalidad al individualismo” JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*, p. 272.

<sup>61</sup> Ibid., p. 855.

<sup>62</sup> BOWEN, James. *Historia de la educación occidental*, p. 252.

<sup>63</sup> Recuérdese que *in fanti* significaba literalmente el que podía hablar y tenía discernimiento.



realizar. En todas estas ideas<sup>64</sup> subyace un principio de individualidad, de considerar al aprendiz como sujeto.

Este concepto individualista de la *humanitas* influyó al derecho romano tanto como la retórica, según la tesis de Leesen ya citada. El inconveniente es que la retórica no tuvo que pelear, como sí la *humanitas*, contra los anquilosados conceptos sobre la capacidad, el matrimonio y el patrimonio, donde el *pater* era jefe omnímodo de la familia, y donde la familia era una entidad política y colectiva<sup>65</sup>. Tendrían que pasar dos generaciones, más o menos, para que las ideas calaran y se reflejaran en el derecho romano clásico.

En torno a las personas el matrimonio ya era sumamente liberal, pues no era común que las nupcias estuvieran acompañadas de *conventio in manu*, el *usus* había sido derogado por la costumbre, y la finalización del matrimonio ocurría con la simple voluntad de uno de sus miembros (*repudium*). Igualmente, el hijo de familia ya contaba con capacidad jurídica propia y con universalidades jurídicas de las cuales podía disponer libremente (*peculio profecticio* y *castrense*).

---

<sup>64</sup> Que aparecen a lo largo del Libro primero de las Instituciones Oratorias.

<sup>65</sup> IHERING, Rudolph von. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Enrique PRINCIPE Y SATORRES, trad. Granada: Editoria Comares, 2011, pp. 326-327.; VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè Editore, 2004, pp. 552-554.

En torno a las obligaciones los principios humanísticos de la individualidad van a resonar en la consideración subjetiva, o en la existencia de factores subjetivos. Los conceptos de dolo y culpa, así como el del caso fortuito aparecerán en los regímenes de responsabilidad contractual. E, igualmente, los conceptos de dolo van a ser necesarios para la responsabilidad delictual o la aquiliana<sup>66</sup>. Así también pasó en Grecia, pero en derredor del derecho penal<sup>67</sup>.

## ***6.2. La psicología del aprendizaje de su época***

Todo el sistema gayano, como se mencionó, es un conjunto de conceptos claramente ordenados significativamente. Se cree que es la mayor prueba de que la sistematización tanto en lo general como en lo particular es fruto de un pedagogo.

En el numeral 4 se trató de reconstruir muy fugazmente el esquema de Gayo, y se hizo un mapa conceptual del primer libro. Si se quisiera, el orden de Gayo permitiría hacer un mapa conceptual gigante con todos los temas, o, como se hizo, se podría hacer varios pequeños, que luego encajarían en uno solo, como un rompecabezas. La idea antes descrita da cuenta de que Ausubel estaría encantado con Gayo, como se dijo, porque aquel autor

---

<sup>66</sup> TORRENT, Armando. La causalidad aquiliana. Conexión corpore suo-damnum dare: Gayo 3.129; Ulp. (18 ad ed.) D. 9,1,1,7; IJ 4,3,16. *Revista Internacional de Derecho Romano*. 2018, n.º 20, p. 504.

<sup>67</sup> JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*.

consideraba, entre muchas otras ideas, que el aprendizaje se producía cuando era posible “encadenar” un conocimiento nuevo con uno anterior, eso, precisamente, significa que el aprendizaje sea significativo. Solo hay un problema con tan fantástica teoría: que Ausubel nació casi dos mil años después.

¿Eso significa que hay un mérito muy implícito de Gayo en torno a la psicología del aprendizaje? La respuesta es que no. Pero sí tiene todo el sentido creer que Gayo aplicó las teorías de la psicología del aprendizaje de su época, que estaban en Quintiliano. Es muy probable que Gayo haya conocido las *Instituciones Oratorias* y las haya aplicado, en primer lugar, en su concepto de persona, es decir, de considerar al individuo como centro, ya no de la enseñanza, sino del derecho (como se mencionó); y, en segundo lugar, en su esquema de la obra.

Quintiliano fue el primero que se preocupó por el concepto más importante de la psicología del aprendizaje: la memoria, y dio muchas pautas de cómo debían aprenderse las cosas, precisamente, el libro undécimo, capítulo segundo, se titula así “de la memoria”. Las estrategias que dio eran parecidas a las del aprendizaje significativo, él era el Ausubel de su época, pues compartían varias ideas: el conocimiento debe estar relacionado lógicamente con el anterior (*Inst. Or.*, 11.2.18-23), deben usarse herramientas mnemotécnicas para poder recordar (*Inst. Or.*, 11.2.19), la información debe poderse dividir y componer: deben haber cosas

pequeñas que se inserten en algo grande, pues “quien divide correctamente, nunca puede errar ordenando las cosas” (*Nam qui recte dividerit, numquam poterit in rerum ordine errare, Inst. Or., 11.2.36*)<sup>68</sup>.

Las *Institutas* son una forma de enseñar el derecho aplicando la teoría quintiliana de la memoria. Como se describió arriba, la presentación de los temas en esos esquemas permite descomponer y componer la información. Un ejemplo: la cesión de bienes de la *lex Iulia de bonis cedendis* es la manera que tiene el deudor de pagar sin estar sometido a la pena de la infamia, pero, por el orden de Gayo, sé que es una forma de comprar el patrimonio, que a su turno es una forma de sucesión (3.77), que a su vez es una forma de adquirir el dominio (2.98), y por lo tanto se ubica en los bienes.

Tal ejercicio solamente me es posible hacerlo porque el conocimiento está significado, o en términos de Quintiliano, estoy en capacidad de componerlo y descomponerlo. Primero tuve que leer el concepto de cosa incorporal y el de dominio, de modo tal que la cesión de bienes se significa con estos dos anteriores, gracias a que mi profesor (Gayo), sirvió de facilitador. El mismo ejercicio puede hacerse con cualquier tema de cualquier parte del derecho romano, porque como todo está sistematizado, todos los temas tienen que

---

<sup>68</sup> Cfr. DURÁN FERNÁNDEZ, Benito J., María Jesús BARRIOS CASTRO y María José BARRIOS CASTRO. Marco Fabio Quintiliano: análisis psicopedagógico. *Estudios clásicos*. Sociedad Española de Estudios Clásicos, 1999, vol. 41, n.º 115.

ubicarse en algún lado. En otras partes de este mismo texto se dieron accidentales demostraciones. Puede que en las *Res* haya temas que cambiaron de lugar, como se pudo concluir, pero eso no demerita en nada el argumento, por el contrario, dan cuenta de que Gayo encontró otra mejor forma de dividir y componer el conocimiento que accidentalmente reacomodó su orden sistematizador.

### 6.3. *Lo restante*

Sobre los demás tópicos no merece hablar en detalle, pues ya ha sido advertida la influencia sobre Gayo. La distinción entre *res corporales* y *res incorporales* es traída de conceptos aristotélicos en *Del Alma* (2.11), sobre el alma y el cuerpo, que fueron posteriormente traídos por Cicerón en sus tópicos<sup>69</sup>. Igualmente, la división entre contratos y delitos debió responder a la consideración hecha también por Aristóteles en la *Ética Nicomáquea* (1131a) sobre los actos voluntarios y los involuntarios<sup>70</sup>.

## 7. Conclusión

La conclusión más gruesa de todo el texto es que Gayo fue un autor sumamente influido por los ideales de la *humanitas*

---

<sup>69</sup> BEGHINI, Marta y Isabella ZAMBOTTO. '*Res Corporales*' and '*Res Incorporales*'. *Roman Foundation and Current Development of a Bipartition*, p. 19.; GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano*, p. 430.

<sup>70</sup> SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*, p. 448.

ciceroniana y quintiliana, lo cual daría a creer que él conoció los textos de oratoria de los dos autores. La influencia fue tanto filosófica, con el concepto de persona, como pedagógica, con el orden del texto.

Este último punto lleva a contestar el interrogante propuesto al inicio: ¿la sistematización es obra del pedagogo o del jurista? La respuesta es que es obra del pedagogo, influido por el padre de la pedagogía, Quintiliano. Pero, posteriormente, el jurista, en su obra más madura y completa, la acogió desde una perspectiva científica al mantenerse en ella.

De ello se desprende otra conclusión: hay y no hay novedad en la obra de Gayo. En términos jurídicos, le es novedosa la tridivisión, el concepto de persona, el concepto de cosa incorporal y el concepto de contrato y la cuadripartición, etc. Pero hay unas ideas que le precedieron, que son el paso anterior a sus conceptos, especialmente, en el sistema sabiniano. Por otro lado, no hay novedad en la manera de presentar la información, pues se hizo de conformidad con las indicaciones de Quintiliano; aunque sí es novedoso en tanto es la primera vez que se escribe un texto en aplicación de conceptos científicos de aprendizaje.

Particularmente, en las *Res cottidianae* se puede apreciar que se mantuvieron idénticas las divisiones macro, haciendo ajustes a las

fuentes de las obligaciones, que, por ser corregidos y ampliados, pareciera que mutaron su cariz didáctico a uno científico, al quedar integrados con otros conceptos también refinados como el de la *traditio*. Por otra parte, queda en duda si en el concepto de *res incorporales* cabría todavía la herencia, dado que en las *Res* fue trocado de lugar con las obligaciones, factiblemente debido a razones de espacio más que sistemáticas. Pero, en cualquier caso, esta última obra parece también respetar esa influencia de Quintiliano, solamente que ajustada a consideraciones de orden jurídico más pulidas, dando cuenta del amalgamamiento de cuestiones educativas como jurídicas.

En últimas, la idea que merece atención se reitera, es que el derecho le debe su sistemática y orden a la pedagogía, gracias a la coincidencia de que uno de los juristas más grandes de la historia dialogó y se empapó del primer y más importante de los pedagogos para producir la obra que retumbaría hasta los códigos modernos:

El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan [...] [el] **estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, [...] y acciones civiles.**

(*Cód. Civil Colombiano, art. 1)*

Todo el derecho del que nos servimos se refiere **o a las personas, o bien a las cosas, o bien a las acciones.** [...]

(*Instituciones, 1.8)*

## 8. Referencias Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola y Aldo VISALBERGHI. *Historia de la pedagogía*. Jorge HERNÁNDEZ CAMPOS, trad. 1. ed. México D.F.: Fondo de cultura económica, 1992.

ÁLVAREZ-CORREA, Eduardo. *Curso de derecho romano*. Carlos Enrique TEJEIRO LÓPEZ, ed. 2. ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015. ISBN 978-958-774-068-4.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El Digesto y su definición de libertad. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos*. 2020, n.º 42, pp. 97-105.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. José CARAMÉS FERRO, trad. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Julio PALLÍ BONET, trad. Madrid: Gredos, 1985.

AUSUBEL, David, Joseph NOVAK y Helen HANESIAN. *Psicología educativa. Un punto de vista cognoscitivo*. Mario SANDOVAL PINEDA, trad. 2. ed. México D.F.: Editorial Trillas, 1998.

BEGHINI, Marta y Isabella ZAMBOTTO. 'Res Corporales' and 'Res Incorporales'. Roman Foundation and Current Development of a Bipartition. *Roma Tre Law Review*. 2022, n.º 2, pp. 7-44. ISSN 2704-9043.



BETTI, Emilio. *La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis*. José Felix CHAMIE, trad. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

BOHMER, Martin. Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy. *Fordham law review*. 2011, vol. 4, n.º 77, pp. 1363-1382.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Andrés LARROSA y Luis BACCI, trads. 3. ed. Madrid: Reus, 1965.

BOWEN, James. *Historia de la educación occidental*. Juan ESTRUCH, trad. Barcelona: Herder, 1976.

BROUGHTON, T. Robert S. *The magistrates of the Roman Republic*. New York: American Philological Association, 1951. Philological monographs 15. ISBN 978-0-89130-812-6.

CICERÓN, Marco Tulio. *De los deberes*. Baldomero ESTRADA MORÁN, trad. 2. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 10. ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2004.

DEMING, Will. Paul, Gaius, and the 'Law of Persons': The Conceptualization of Roman Law in the Early Classical Period. *The Classical Quarterly*. 2001, vol. 51, n.º 1, pp. 218-230. DOI: <https://doi.org/10.1093/cq/51.1.218>

DURÁN FERNÁNDEZ, Benito J., María Jesús BARRIOS CASTRO y María José BARRIOS CASTRO. Marco Fabio Quintiliano: análisis

psicopedagógico. *Estudios clásicos*. Sociedad Española de Estudios Clásicos, 1999, vol. 41, n.º 115, pp. 29-50. ISSN 0014-1453.

ESPARCIANO, Elio et al. *Historia Augusta*. Vicente PICÓN y Antonio CASCÓN, eds. Madrid: Akal, 1989. ISBN 84-7600-361-7.

ESPITIA, Fabio. *Historia del derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.

FIORI, Roberto. The Roman Conception of Contract. En: MCGINN, Thomas, ed. *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future* [en línea]. University of Michigan Press, 2012. Disponible en: <https://research-ebSCO-com.ez.urosario.edu.co/linkprocessor/plink?id=87bc6edb-2d83-3877-a8e7-857322331b37>

GAUDEMET, Jean. Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique. *Archives de Philosophie du Droit*. 2000, n.º 44, pp. 19-32.

GAYO. *Las instituciones de Gayo*. Francisco SAMPER POLO, trad. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017.

GOUDY, Henry. Capitis deminutio in roman law. *Juridical Review*. vol. 9, n.º 2, pp. 132-142. ISSN 0022-6785.

GUARINO, Antonio. *Pagine di diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1994.

GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

HERNÁNDEZ-TEJEIRO, Francisco. Prólogo. Gayo. En: *Instituciones*. Madrid: Civitas, 1985. ISBN 84-7398-360-2.

IHERING, Rudolph von. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Enrique PRINCIPE Y SATORRES, trad. Granada: Editoria Comares, 2011. Crítica del derecho 2.

JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Joaquín XIRAU, trad. 2. ed. México D.F.: Fondo de cultura económica, 2006.

KASER, Max. *Derecho privado romano*. José SANTA CRUZ TEJEIRO, trad.. Argentina: Olejnik, 2021. ISBN 978-84-340-2857-9.

KASER, Max. V. Gaius und die Klassiker. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1953, vol. 70, n.º 1, pp. 127-178. DOI: doi:10.7767/zrgra.1953.70.1.127

KASER, Max, Rolf KNÜTEL y Sebastian LOHSSE. *Derecho privado romano*. Patricio LAZO GONZÁLEZ y Francisco ANDRÉS SANTOS, trads.. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022. ISBN 978-84-340-2857-9.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Juan MIQUEL, trad. 9. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

LEESEN, Tessa. *Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies* [eBook Academic Collection (EBSCOhost)]. Leiden: Nijhoff, 2010. Legal History Library. ISBN 978-90-04-18774-0.

LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: ein versuch zu seiner Wiederherstellung: mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt*. 3. ed. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1927.

LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis*. Leipzig: Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, 1889.

MOMMSEN, Teodoro y Paulus KRUEGER, eds. *Corpus iuris civilis*. Berlín: Weidmann, 1872.

MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro. Gayo y su obra. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V. Universidad Veracruzana*, 2003, n.º 7, pp. 187-201. ISSN 1665-1529.

MUSSO ARRATIA, Benjamín. Nisi si quid vi aut iure prohibetur. *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho UDD*. 2022, n.º 46, pp. 159-180. ISSN 0717-5914.

NELSON, Hein y Ulrich MANTHE. *Gai Institutiones m 88-181 Die Kontraktobligationen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999. ISBN 3-428-09883-8.

PARICIO, Javier. Una historia del contrato en la jurisprudencia romana. *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*. 2009, n.º 53, pp. 73-114.

QUINTILIANO, Marco Fabio. *Instituciones oratorias*. Ignacio RODRÍGUEZ y Pedro SANDIER, trads. [en línea]. Ignacio RODRÍGUEZ y Pedro SANDIER, trads. Madrid: Librería de la viuda de hernando y compañía, 1887. Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_41.html](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_41.html)

RUIZ CASTELLANOS, Antonio. *Ley de las Doce Tablas*. Madrid: Ediciones Clásicas, 1992.

SCHIPANI, Sandro. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho -instituciones-*. Fernando HINESTROSA, trad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. José Santa CRUZ TEIGEIRO, trad. Barcelona: Bosch, 1960.

SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1946.

STANOJEVIĆ, Obrad. О ГАЈЕВОМ ДЕЛУ RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM LIBRI VII. *Анали Правног факултета у Београду (Anales de la Facultad de Leyes de Belgrado)*. 1983, vol. 4, n.º 1, pp. 639-651.

TORRENT, Armando. La causalidad aquiliana. Conexión corpore suo-damnum dare: Gayo 3.129; Ulp. (18 ad ed.) D. 9,1,1,7; IJ 4,3,16. *Revista Internacional de Derecho Romano*. 2018, n.º 20, pp. 465-504.

VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. Sexta. ed. Milán: Giuffré Editore, 2004.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos [OpenAIRE]*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2017, n.º 39, pp. 85-110. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552017000100085>

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo. *Revista De Estudios*

*Histórico-Jurídicos* [OpenAIRE]. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2018, n.º 40, pp. 97-122. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552018000100097>

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo. *Revista de Derecho Privado* [OpenAIRE]. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho., 2018, n.º 4, pp. 19-49. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.02>

WINKEL, Laurens. Le Droit Romain Et La Philosophie Grecque, Quelques Problèmes De Méthode. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*. Brill, 1996, vol. 65, n.º 2, pp. 373-384. ISSN 0040-7585. DOI: [10.1163/157181996X00283](https://doi.org/10.1163/157181996X00283)



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>28/02/2025   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>14/04/2025  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Gracos, comitia, Ilustración, revolución, República, Constitución</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Gracchi, comitia, Enlightenment, revolution, Republic, Constitution</i> |



## **QUIS TULERIT GRACCHOS... EL EPISODIO DE LOS HERMANOS GRACO SEGÚN LOS RELATOS ANTIGUOS Y SU IMPACTO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y JURÍDICO CONTEMPORÁNEO**

## **QUIS TULERIT GRACCHOS... THE GRACCHI BROTHERS EPISODE ACCORDING TO ANCIENT WRITINGS AND ITS IMPACT ON CONTEMPORARY POLITICAL AND LEGAL THOUGHT**

**Miguel Ángel García Olmo**

Doctorando de Derecho Romano de la Universidad de Murcia. Doctor en Antropología Cultural

[miguelangel.garciao1@um.es](mailto:miguelangel.garciao1@um.es)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2121-1085>

**Lucía Melgarejo Meseguer**

Universidad de Murcia

**(GARCÍA-OLMO, Miguel Ángel-MELGAREJO MESEGUER, Lucía. *QUIS TULERIT GRACCHOS...* El episodio de los hermanos Graco según los relatos antiguos y su impacto en el pensamiento político y jurídico contemporáneo RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 364-459. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

### **Resumen:**

Abordamos aquí la huella que en el pensamiento histórico, político y jurídico de nuestro tiempo ha dejado la peripecia romana de los hijos de Sempronio Graco y Cornelia — Tiberio y Gayo —, que supuso una inflexión trágica en el derrotero de la República hasta precipitar su caída, tras un siglo de contiendas civiles. Para facilitar la comprensión y el debido contexto histórico, reconstruimos primero sendos momentos de protagonismo de estas figuras de la Antigüedad tal y como los presentan las fuentes grecolatinas

### **Abstract:**

We discuss here the influence left on the historical, political and legal thought of our time by the life path of the children of *Sempronius Gracchus* and Cornelia — *Tiberius* and *Gaius* —, which represented a tragic turning point in the course of the Roman Republic until its fall, after a century of civil strife. To help understand and provide an adequate historical context, both moments of prominence of these ancient figures are reconstructed as they were presented by Greco-Latin sources.

[NOTA REFERENTE AL TÍTULO: “*Quis tulerit Gracchos de seditione querentes?*” es un agudo verso de la sátira segunda de Juvenal, que alcanzó notoriedad como tópico y que hemos visto aludido, por ejemplo, por Friedrich Engels en su introducción a la edición de 1895 de *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850* de Karl Marx]

*Nihil est incertius vulgo, nihil obscurius voluntate  
hominum, nihil fallacius ratione tota comitiorum.*

(M. T. CICERO, ‘Pro Murena’, 17, 36)

SUMARIO: 1. Presentación 2. Exposición histórica 3. El Siglo de las Luces 4. Los revolucionarios 5. La Modernidad 6. Colofón 7. Bibliografía adicional

## 1. PRESENTACIÓN

Pretendemos con este trabajo analizar la impronta que ha dejado en el pensamiento jurídico-político moderno un episodio de la historia de Roma aparentemente remoto y puntual, pero que ya en su tiempo cambió el curso de siglos de la República romana, y dos milenios después –merced en buena medida a la educación tradicional, basada en referentes clásicos– ha permanecido visible en el imaginario de numerosos autores occidentales. Nos referimos a los convulsos tribunados de Tiberio (133 a. C.) y Gayo Sempronio Graco (123 a. C.); pero, antes de acometer la tarea de indagar la presencia de estos dos personajes y su obra en tantos desarrollos teóricos e incluso de praxis política de nuestra era, creemos obligado



narrar con cierto detalle cómo fueron los hechos y cuál fue la trayectoria, a la par célebre y trágica, de unos hermanos que nunca faltan en historia alguna que se precie. Para reconstruir el impactante relato de los Gracos optamos por ceñirnos a las fuentes clásicas, con breves catas en la evidencia epigráfica o arqueológica, que nos parece que confirman muchos detalles, así como el sentido general hacia el que discurren los más reputados testimonios literarios de la Antigüedad.

## 2. EXPOSICIÓN HISTÓRICA<sup>1</sup>

Nació Tiberio Graco hacia el año 162 a. C. en una época marcada por la creciente expansión territorial de la República romana. Tras haber dominado casi por completo la península itálica, Roma dio el siguiente paso, lógico en su afán de crecimiento, centrando su atención en los territorios convecinos. Así, a lo largo de los siglos III y II a. C., se sucedieron diversas conquistas en el entorno del Mediterráneo que permitieron la incorporación de nuevos y ricos dominios a la República. Se desataron a la sazón las Guerras Púnicas, que otorgaron a Roma las fértiles tierras de Siracusa y Sicilia<sup>2</sup>; dieron sus frutos las campañas militares de Macedonia y Grecia, acaudilladas por los generales Flaminio, Emilio Paulo y Lucio Mumio; de igual manera, los asuntos en Siria se saldaron con

---

<sup>1</sup> Este epígrafe ha sido elaborado por Lucía Melgarejo Meseguer.

<sup>2</sup> Siracusa y Sicilia en general se convirtieron en centros clave para la producción de trigo (Str. 6.2.7, Plb. 1.16.10, Cic. Ver. 2.3.12). La gran bonanza de Sicilia fue alabada por Catón el Censor, quien se refirió a la isla como "*nutricem plebis Romanae*" (Cic. Ver. 2.2.5).

la derrota del rey Antíoco III y, mediante el tratado de Apamea, fueron aseguradas todas las valiosas posesiones que atesoraba el monarca selécida al oeste de los Montes Tauro<sup>3</sup>.

Los territorios conquistados se conformaron entonces en vastos latifundios, cuyas excelentes características los volvían más rentables que las pequeñas explotaciones agrícolas. Asimismo, el rebrote incesante de hostilidades –especialmente el gravoso conflicto en la Península Ibérica<sup>4</sup>– había conducido en Italia a una alarmante escasez de hombres jóvenes y en edad de trabajar. A medida que este sector disminuía, se incrementaba el número de esclavos adquiridos a través de las guerras, los cuales pronto comenzaron a suplir la mano de obra de los latifundios. Sin posibilidad de competir con un modelo mucho más lucrativo, la única esperanza del campesino rural residía en malvender sus tierras de manera apresurada a la aristocracia senatorial –la cual, además, se beneficiaba de la explotación exclusiva del *ager publicus*, viendo así un súbito incremento de sus riquezas<sup>5</sup>–, así como en trasladarse del campo a la ciudad en busca de sustento.

---

<sup>3</sup> Las tierras fueron distribuidas entre Rodas y Pérgamo, aliados de los romanos (Plb. 21.42.5, Liv. 38.38.4, App. *Syr.* 38, Eutr. 4.4, Cic. *Sest.* 27.58). Tito Livio señala que estos territorios eran particularmente fértiles (38.8.8). Puede consultarse: Francisco MARCO SIMÓN, *La expansión de Roma por el Mediterráneo: de finales de la II Guerra Púnica a los Gracos*, Akal, Madrid, 1999.

<sup>4</sup> Sobre las duras condiciones de las contiendas, *vid.* Plb. 35.1.1-6, Flor. 1.33.2. Debido a las numerosas bajas que se reportaban y al pavor general hacia los celtíberos, muchos soldados temían ser enviados a la península (Plb. 35.4.2-6, Liv. *Per.* 48.17).

<sup>5</sup> Prueba de ello es la proliferación de leyes suntuarias que se observa en la época, como la *lex Orchia* (que prescribía el número de convidados en las comidas), la *lex Fannia* (que fijaba el gasto máximo de un banquete en cien ases) o la *lex Didia* (que extendía la aplicación de la ley anterior a toda Italia, imponiendo penas

Para abordar dicha problemática se ensayaron diversas medidas, aunque ninguna resultó verdaderamente eficaz. Ahora bien, ya existía desde mediados del siglo IV a. C. una legislación destinada a gestionar las tierras que pertenecían al Estado: las *leges Liciniae-Sextiae*<sup>6</sup>. Presentadas por los tribunos de la plebe Gayo Licinio Estolón y Lucio Sextio Laterano, estas leyes establecían, entre otras previsiones, que ningún ciudadano pudiera poseer más de 500 yugadas de *ager publicus*; no obstante, tales disposiciones eran transgredidas con asiduidad<sup>7</sup>. La última tentativa de reforma previa a la llegada de los Gracos, se gestó en el círculo de Escipión Emiliano: a través de Gayo Lelio, se presentó una propuesta de ley –cuyos detalles desconocemos– que buscaba solucionar la preocupante situación en que vivía la población rural; pero Lelio se vio obligado a retirarla ante la decidida oposición de numerosos senadores, temiendo que esto pudiese suscitar futuras disensiones en el Senado<sup>8</sup>. En estas circunstancias se encontraba la República romana cuando Tiberio emprendió su vida política.

Había nacido, decíamos, en el seno de la *gens Sempronia*, una familia plebeya, pero consular. Su padre del mismo nombre, Tiberio Sempronio Graco, se había distinguido durante la primera guerra

---

por su incumplimiento tanto al anfitrión del banquete como a sus comensales) entre otras (Macr. *Sat.* 3.17.2-6).

<sup>6</sup> Vid. Giovanni ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912; pág. 216. Liv. 6.35.5.

<sup>7</sup> Incluso Licinio Estolón acabaría siendo procesado por incumplir su propia ley, *vid.* Liv. 7.16.7.

<sup>8</sup> Plut. *TG* 8.4

celtíbera<sup>9</sup>, llegando a ocupar el cargo de cónsul en el año 177 a. C. Desempeñándose luego como censor, implementó una medida, que le valió el aplauso general de sus contemporáneos, por la que disponía que todos los libertos de Roma se adscribieran dentro de la tribu Esquilina<sup>10</sup>. Pese a su animosidad inicial hacia Escipión el Africano, Graco acabó por desposar a la menor de sus dos hijas, Cornelia, una mujer muy reconocida en Roma por sus virtudes morales. De los doce hijos<sup>11</sup> que nacieron de este matrimonio, únicamente tres llegarían a la edad adulta: Gayo, Sempronio y el propio Tiberio, siendo éste el mayor de los varones.

Crecieron Tiberio y Gayo en un ambiente culto y filo-helénico propio de la casta de los Escipiones. Tras el pronto fallecimiento de su padre, el peso de la educación de ambos hermanos recayó completamente sobre Cornelia, quien se esmeró en brindarles una formación refinada con los mejores tutores griegos del momento. Tiberio recibe lecciones del retórico Diófanos de Mitilene<sup>12</sup>, y, probablemente, en esta misma época conoce también al filósofo estoico Bloasio de Cumas; ambos eruditos terminarán siendo partidarios acérrimos de la causa graquiana y, según aseveran

---

<sup>9</sup> App. *Hisp.* 43, Plut. *TG* 5.3. Vid. A. Llamazares Martín, "Reconstruyendo la carrera de Tiberio Graco Maior: Algunas reconsideraciones en torno a las magistraturas menores". *Studia historica. Historia antigua* N° 34, 2016, pp. 13-40.

<sup>10</sup> Liv. 45.15.1-8. Cicerón llegaría a decir sobre esta iniciativa: "...quod nisi fecisset, rem publicam, quam nunc vix tenemus, iam diu nullam haberemus" (Cic. *de Orat.* 1.38). La tribu Esquilina era una de las cuatro tribus urbanas instauradas, según la tradición, por Rómulo.

<sup>11</sup> Plut. *TG* 1.3, Plin *HN* 8.13.57, Sen. *Helv.* 16.6

<sup>12</sup> Cic. *Brut.* 104

algunas fuentes, habrían ejercido cierta influencia en el devenir político de este joven<sup>13</sup>.

El primer hecho significativo en la trayectoria pública de Tiberio se produce durante la Guerra de Numancia. Llevaban los romanos casi una década combatiendo contra los numantinos sin demasiado éxito. A lo largo de este periodo, numerosos generales asumieron el mando del ejército en la Península Ibérica, pero sus intervenciones no llegaban a reportar resultados satisfactorios para Roma, y a menudo se demostraba la ineptitud de algunos de ellos para desempeñar el cargo. Quinto Pompeyo, uno de estos generales, estableció un tratado de paz con los numantinos sin el conocimiento del Senado<sup>14</sup>, siendo sustituido por Popilio Lenas, quien reanudó las hostilidades con el respaldo senatorial.

El joven Tiberio había sido enviado en calidad de cuestor bajo el mando del general Hostilio Mancino, sucesor de Lenas, un hombre, a decir de Plutarco, que “no era cobarde, pero sí desgraciado”<sup>15</sup>. Lo cierto es que su gestión durante el conflicto había resultado desastrosa para el ejército romano, acumulando una sucesión ininterrumpida de derrotas<sup>16</sup>. En uno de los múltiples enfrentamientos contra los romanos, los numantinos lograron sorprender y cercar al ejército, forzando a Mancino a negociar un acuerdo con ellos para asegurar la salvación de sus tropas. Las

---

<sup>13</sup> Plut. TG 8.4-5. Vid. A. Intxaurrendieta Ormazabal, “Estoicismo y Bloqueo de Cumas: de Roma a Pérgamo” en: R. Cordero Maincelle y A. Vázquez Martínez (coords.), *Estudios de Arqueología, Prehistoria e Historia Antiga: achegas dos novos investigadores*, Santiago de Compostela: Andavira, 2016, págs. 421-438.

<sup>14</sup> Liv. Per. 54.2, App. Hisp. 79, Eutr. 4.17

<sup>15</sup> Plut. TG 5.1

<sup>16</sup> App. Hisp. 80, Flor. 1.34.5, Oros. 5.4.20

conversaciones fueron lideradas por Tiberio, y, ya fuera por el buen recuerdo que los numantinos todavía conservaban de su padre<sup>17</sup> o por su simple posición como cuestor, finalmente, se consiguió la protección de todos los soldados bajo condiciones desfavorables. En Roma, sin embargo, los términos del tratado fueron despreciados, comparándolo con la humillación sufrida por la República en las Horcas Caudinas<sup>18</sup>. Así pues, los sacerdotes feciales<sup>19</sup> decidieron aplicar a Mancino el mismo castigo que hubo de recaer entonces sobre los cónsules responsables de aquella rendición ante los samnitas: desnudo y amarrado, fue enviado de regreso a los numantinos<sup>20</sup>.

A pesar de su clara implicación en este asunto, Tiberio logró eludir en gran medida las sospechas de culpabilidad, tal vez gracias a la intercesión de Escipión Emiliano<sup>21</sup>, aunque todavía enfrentaba numerosas críticas provenientes sobre todo de la clase senatorial. Su entorno, no obstante, comenzó a difamar al Africano menor — posiblemente en un intento de defensa — acusándolo de no haber

---

<sup>17</sup> Plut. *TG* 5.3

<sup>18</sup> La batalla de las Horcas Caudinas (321 a. C.), librada en el desfiladero homónimo durante la Segunda Guerra Samnita, es considerada una de las derrotas más humillantes que jamás haya sufrido el ejército romano. Dentro de las condiciones de rendición, se estipulaba que los romanos debían despojarse de todas sus vestiduras y caminar por debajo de un yugo. Los cónsules responsables del acuerdo fueron despreciados y enviados de vuelta a los samnitas (Liv. 9.10, Cic. *Off.* 3.30.109, App. *Sam.* 6, Aul. Gell. 17.21.36).

<sup>19</sup> El Colegio de feciales, según mantiene la tradición, fue instituido por el rey Numa Pompilio. Entre sus funciones se encontraba: *φυλάττειν ἵνα μηδένα Ῥωμαῖοι πόλεμον ἐξενέγκωσι κατὰ μηδεμιᾶς ἐνοσπόνδου πόλεως ἄδικον, ἀρξάντων δὲ παρασπονδεῖν εἰς αὐτοὺς ἐτέρων πρεσβεύεσθαι τε καὶ τὰ δίκαια πρῶτον αἰτεῖν λόγῳ, ἐὰν δὲ μὴ πείθωνται τοῖς ἀξιουμένοις, τότε ἐπικυροῦν τὸν πόλεμον.* (Dion. Hal. AR 2.72.4)

<sup>20</sup> Liv. *Per.* 56.3, Vell. Pat. 2.1.5, App. *Hisp.* 83, Flor. 1.34.7

<sup>21</sup> Plut. *TG* 7.3

rescatado también a Mancino y de incumplir el tratado que Tiberio había pactado con los numantinos; en este punto sitúa la mayoría de autores el inicio de la aversión mutua entre Tiberio y el Senado.

Poco después, en el año 133 a. C., Tiberio es nombrado tribuno de la plebe y con las facultades que le otorgaba su nueva posición, trata de impulsar una reforma agraria con el objeto de aliviar la delicada situación de la población campesina. Esta repentina preocupación que manifiesta Tiberio por el proletariado rural dio lugar a numerosas especulaciones en su momento: los adversarios sugerían que tal interés respondía a un deseo de reconocimiento por parte del tribuno, así como a una necesidad de vindicación personal frente a la nobleza que tanto vituperó su actuación en Numancia. Sus partidarios, en cambio, defendían el genuino interés de este político por las clases bajas surgido durante su paso por la Toscana, cuando se dirigía a Numancia, en donde tuvo la oportunidad de comprobar la alarmante escasez poblacional y la afluencia de esclavos a las tierras públicas. Ahora bien, Tiberio no redactó en solitario su ley agraria, sino que estuvo asesorado por varios jurisconsultos y expertos en derecho<sup>22</sup>, entre los que se contaban Mucio Escévola<sup>23</sup>, distinguido jurista y cónsul en aquel mismo año, el pontífice máximo Craso Muciano<sup>24</sup> y su propio suegro Apio Claudio.

---

<sup>22</sup> Plut. *TG* 9.1

<sup>23</sup> Publio Mucio Escévola, experto en *ius pontificium*, fue el responsable de la publicación de los *Annales maximi* (Cic. *de Orat.* 2.53).

<sup>24</sup> Publio Licinio Craso Dives Muciano se convirtió en pontífice máximo en el año 132 a. C. y fue famoso por sus dotes oratorias y sus conocimientos en materia de derecho civil (Cic. *Brut.* 127).

La reforma era, en esencia, una restitución de las *leges Licinia-Sextiae* por la que nuevamente se establecía que ningún ciudadano podría disponer de más de 500 yugadas de *ager publicus*, incorporando la posibilidad de añadir 250 yugadas por cada hijo que tuviera el ocupante. Las tierras reintegradas al Estado se fraccionarían entonces bajo la supervisión de tres comisionados, cuyo mandato debía renovarse anualmente, distribuyéndose en parcelas de 30 yugadas entre los ciudadanos necesitados<sup>25</sup>.

La iniciativa fue ampliamente criticada por la aristocracia senatorial que, temiendo perder sus propiedades, inició una campaña de desprestigio contra Tiberio. Buscaron, igualmente, el apoyo de Marco Octavio, otro tribuno de la plebe y amigo muy cercano de Tiberio, a quien mediante la súplica y la suscitación de temores —pues él también poseía grandes extensiones de terreno— lograron persuadir para que interpusiera su veto a la nueva ley agraria.

Ante estas circunstancias, Tiberio se vio forzado a retirar su propuesta provisionalmente. No tardó, sin embargo, en presentar otra ley de un carácter mucho más severo que el que había exhibido la anterior, pues suprimía la compensación económica que el Estado debía ofrecer a los propietarios por las tierras que les habían sido confiscadas<sup>26</sup>. ¿A qué obedece un cambio tan repentino en la formulación de la ley? ¿Por qué motivo iba Graco a eliminar un detalle sin apenas relevancia para sus propósitos, sabiendo, además,

---

<sup>25</sup> App. BC 1.9

<sup>26</sup> Plut. TG 10.3



que semejante disposición redundaría en su perjuicio al atraerle todavía más opositores? No tenemos ninguna certeza a este respecto: es de suponer que un enfoque más agresivo contra los latifundistas habría sido muy bien recibido por el iracundo campesinado, cuyos numerosos votos, si decidieran sumarse a la causa de Tiberio, podrían facilitar la aprobación de su ley. Octavio, naturalmente, continuó negándose a aceptar cualquier versión de la ley agraria, de forma que Tiberio, resuelto a lograr la ejecución de sus proyectos y creyendo percibir las razones que había detrás de aquella negativa, planteó a su colega una alternativa que podría resultar beneficiosa para ambos: si éste accedía a retirar su veto, Graco se comprometía a abonar de su propia hacienda el importe de las extensas tierras que Octavio poseía y que formaban parte del *ager publicus*. El tribuno rechazó la propuesta y Tiberio optó por emitir un decreto —supuestamente un *iustitium*<sup>27</sup>— suspendiendo todas las actividades públicas y judiciales de los magistrados hasta dar por concluida la votación de la ley agraria. Para asegurarse de que este procedimiento fuese respetado, Tiberio selló personalmente la puerta del Templo de Saturno, lugar donde los romanos custodiaban el *aerarium*<sup>28</sup>, con el fin de que ningún cuestor pudiera

---

<sup>27</sup> El *iustitium* suponía la suspensión temporal de toda actividad pública y judicial por parte de magistrados, tribunales y jueces ante situaciones que pudieran comprometer la estabilidad del Estado. La primera referencia que tenemos de su aplicación se remonta a los enfrentamientos entre ecuos y romanos durante el siglo V a. C. (Liv. 3.3.6). Podía ser decretado tanto por el Senado como por un dictador (Liv. 7.9.6). Para otros ejemplos, véanse Liv. 4.31.9, 9.7.8, 10.4.1, 10.21.3-6; App. BC 1.55; Cic. *Pro Planc.* 33. Merece consulta: Álvaro D'ORS, *De la guerra y de la paz*, Rialp, Madrid, 1954.

<sup>28</sup> Los autores clásicos no se ponen de acuerdo en la fecha de edificación del Templo de Saturno. Sabemos que fue el cónsul Publio Valerio Públicola quien lo convirtió en la sede del erario hacia finales del siglo VI a. C. (Plut. *Publ.* 12.3).

disponer de sus fondos. Asimismo, anunció la posibilidad de imponer sanciones a aquellos pretores que mostrasen resistencia a las nuevas medidas<sup>29</sup>. De este modo, entre prohibiciones y advertencias, algunas sutiles y otras más ostensibles, consiguió Graco inducir a todos los magistrados a abandonar el ejercicio de su cargo.

Llegó finalmente el día de las votaciones, no sin antes reportarse algunos incidentes<sup>30</sup>. Dos varones consulares, Fulvio y Manlio<sup>31</sup>, se aproximaron a Tiberio y le propusieron que sometiera primero su moción a la consideración del Senado. El tribuno acogió la sugerencia con vanas esperanzas, convencido de que sus demandas eran demasiado justas como para que los senadores se las negasen<sup>32</sup>. Aquéllos, sin embargo, no mostraban la buena disposición que Graco se había figurado: en la Curia, Tiberio contaba con escasos aliados y las negociaciones, al final, no dieron fruto alguno.

Frustrado y sin ver otras salidas legales, Tiberio decidió recurrir a un procedimiento que era completamente ilegal y ajeno a la constitución romana: la deposición de Marco Octavio de su cargo.

---

Parece ser que esta elección se debió, además de a las evidentes connotaciones religiosas que el lugar tenía para los paganos romanos, a su ubicación estratégica a los pies del monte Capitolio (Plut. *Quaes. Rom.* 274F-275A).

<sup>29</sup> Plut. *TG* 10.6

<sup>30</sup> Si damos crédito al relato de Plutarco, las urnas electorales fueron arrancadas por un grupo de opositores de Tiberio y se sucedió una gran confusión entre los presentes (*TG* 11.1).

<sup>31</sup> Aparentemente se trataría de Manio Manlio (cónsul en el año 149 a. C.) y Gayo Fulvio Flaco (cónsul en el 134 a. C.), o quizá Servio Fulvio Flaco (cónsul en el 135 a. C.).

<sup>32</sup> App. *BC* 1.10

Regresó al foro e imploró a su colega que, en aras del bien común, renunciase por propia voluntad a la magistratura. Octavio, claro está, desechó de inmediato una propuesta que, además de ser ilícita, iba en detrimento de su persona. En vista de que las súplicas no conseguían arrancarle la anuencia, Tiberio declaró ante el pueblo que ahora se había vuelto necesario que uno de los dos tribunos abandonara el cargo, sometiendo tal decisión al veredicto popular; juzgaba Graco que si un tribuno actuaba en contra de los intereses del pueblo, no debería seguir ocupando la magistratura. Había pensado comenzar con la votación sobre su propia continuidad, pero como Octavio amagó con volver a protestar, Tiberio ordenó que primero se deliberase sobre aquél, disolvió la asamblea y convocó al pueblo para el día siguiente. Por la mañana, las treinta y cinco tribus emitieron su voto y Marco Octavio fue destituido y reducido a la condición de *privatus*<sup>33</sup>. Se procedió enseguida a buscarle sustituto: un tal Quinto Mumio<sup>34</sup>, cliente de Tiberio, quien no pondría objeción alguna al proyecto. Seguidamente, fue aprobada por aclamación popular la ley agraria y se constituyó una comisión de tres hombres para supervisar la división y el reparto de tierras; fueron elegidos el propio Tiberio, su hermano Gayo — que a la sazón se hallaba combatiendo en Numancia bajo el mando de Escipión Emiliano — y Apio Claudio, el padre de su esposa. Estos hechos causaron gran indignación entre los enemigos de Tiberio,

---

<sup>33</sup> Flor. 2.14.5, Vell. 2.2.3, Liv. Per. 58.1. Vid. J. F. Ossier, "Greek cultural influence and the revolutionary policies of Tiberius Gracchus", *Studia historica. Historia antigua* N° 22, 2004, págs. 63-69.

<sup>34</sup> App. BC 1.12. Las fuentes discrepan sobre el nombre de este oscuro personaje: Plutarco le asigna el *nomen* de Mucio (TG. 13.5), mientras que Paulo Orosio se refiere a él como Minucio (Oros. 5.8.3)

que comenzaban a ver en la ley agraria una suerte de empresa familiar.

La deposición de Octavio, como ya hemos señalado, era una medida contraria a la constitución romana sin precedentes en la República, aunque sí contemplada en los sistemas políticos griegos. ¿Pudo Tiberio haber tomado esta decisión por instigación de Blosio de Cumas, tutor y confidente suyo? Muchos lo creyeron así<sup>35</sup>. Lo que más sorprendía de semejante disposición, sin embargo, era que se hubiera aplicado sobre una magistratura tan respetada por los antiguos como era el tribunado, cuya *sacrosancta potestas*<sup>36</sup> se había erigido en pilar fundamental de esta institución desde el momento de su creación; las sospechas sobre las verdaderas aspiraciones de Tiberio comenzaban a cobrar mayor fuerza. Los latifundistas, desde hacía ya algún tiempo, habían decidido intervenir en el asunto y contratado a hombres armados con el propósito de acabar con la vida del tribuno<sup>37</sup>. Tiberio, por su parte, se acostumbró a llevar como medida de defensa cada vez que se presentaba en público, un pequeño puñal<sup>38</sup> escondido en el interior de un bastón.

Pero el acto no sólo fue mal recibido por los latifundistas, sino que también provocó el rechazo de quienes habían apoyado incondicionalmente la causa graquiana. Tiberio había sido un personaje muy querido en Roma, en buena parte gracias a su

---

<sup>35</sup> *Vid.* nota 12

<sup>36</sup> Liv. 2.33.1, 3.55.6, 9.9.1, 29.20.11

<sup>37</sup> Plut. *TG* 10.9

<sup>38</sup> Más concretamente un *dōlo*. Según recoge San Isidoro de Sevilla: "*Dolones sunt vaginae lignae, intra quas latet pugio sub baculi specie. Dolones autem a dolo dicti sunt, quod fallant et decipiant ferro, quum speciem praeferant ligni*" (*Etym.* 18.9.4). Su uso también es reportado en época imperial (Suet. *Cl.* 13, *Dom.* 17)

parentela, pero también a sus propias cualidades. Se nos dice que era un orador excepcional, con un estilo puro y bien cuidado, suave al declamar sin recurrir a aspavientos innecesarios, con un discurso inclinado por naturaleza, no tanto a la persuasión como a la compasión<sup>39</sup>. Hasta ese momento, no había realizado una sola acción que le hubiera merecido reproche por parte de sus contemporáneos, por lo que no es de sorprender que muchos se sintieran genuinamente traicionados al descubrir que la figura en la que habían depositado casi todas sus esperanzas tomaba ahora una dirección que no se correspondía con los principios que esperaban. Otros, en cambio, celebraron la noticia de la destitución de Octavio con entusiasmo, disponiéndose a escoltar a Tiberio hasta su casa<sup>40</sup>.

Ahora bien, la ley agraria, una vez instaurada, se encontró con varios inconvenientes. En primer lugar, el Senado, a instancias de Escipión Nasica<sup>41</sup> –pontífice máximo y uno de los más acerbos enemigos de Tiberio–, había denegado a los comisionados un espacio para llevar a cabo los trámites del reparto de tierras, además de asignarles para expensas la irrisoria cantidad de nueve óbolos diarios<sup>42</sup>. Por otro lado, los nuevos propietarios carecían de medios suficientes para costear el mantenimiento de las tierras que se les habían otorgado, y el Estado, arruinado por las constantes guerras, tampoco podía proporcionárselos.

---

<sup>39</sup> Cic. *Brut.* 103-104, *Har.* 41, App. *BC* 1.9, Plut. *TG* 2.2-3, Flor. 2.14.1, Diod. 34.5, Vell. 2.2.2

<sup>40</sup> App. *BC* 1.13

<sup>41</sup> Publio Cornelio Escipión Nasica Serapión, nieto de Escipión el Africano y primo carnal de los Gracos, fue cónsul en el año 138 a. C. y pontífice máximo desde el 141 a. C.

<sup>42</sup> Al cambio, nueve sestercios.

Mientras en Roma se desarrollaban estos acontecimientos, Atalo III *Philometor*<sup>43</sup>, rey de Pérgamo, falleció sin dejar descendencia legítima, legando tanto su reino como su enorme fortuna al Estado romano<sup>44</sup>. Los motivos detrás de la concesión, que implicaba la pérdida total de la independencia de Pérgamo, nos son desconocidos. No es ésta, sin embargo, una ocasión inédita para la Antigüedad: a lo largo de la historia romana –especialmente durante el periodo imperial– se registraron otros ejemplos de reyes que, muertos sin sucesión, designaron testamentariamente a Roma como heredera de todos sus bienes; entre ellos, Nicomedes IV de Bitinia<sup>45</sup>, Prasutago, rey de los icenos<sup>46</sup> y Herodes Agripa II<sup>47</sup>. Como solía ocurrir en estos casos, una delegación fue enviada a Roma para anunciar el óbito del rey atálida y las disposiciones de su testamento. Tan pronto como llegó la noticia, Tiberio volvió a congregarse al pueblo y propuso ante él otra ley, según la cual todos

---

<sup>43</sup> Atalo III, apodado *Philometor Euergetes*, era hijo del rey Eumenes II y nieto de Atalo I Sóter, fundador del reino de Pérgamo. Sucedió a su tío Atalo II tras la muerte de éste en el año 138 a. C. Hombre versado en botánica y en la preparación de fármacos, escribió varias obras sobre agricultura (Plin. *NH* 18.22, Plut. *Demetr.* 20.3, Just. *Epit.* 36.4-3).

<sup>44</sup> Liv. *Per.* 58.4, Val. Max. 5.2e.3, Eutr. 4.18, Oros. 5.8.3. El testamento, según recoge Floro, dictaba lo siguiente: “*Populus Romanus bonorum meorum heres esto. In bonis regiis haec fuerunt*” (1.35.2).

<sup>45</sup> Nicomedes IV Filopátor, hijo de Nicomedes III, ocupó el trono de Bitinia entre el 94 a. C. y el 74 a. C. Durante su reinado se desató la primera guerra mitridática (App. *Mith.* 10 y 71, BC 1.111, Liv. *Per.* 93.2).

<sup>46</sup> Prasutago, esposo de la afamada Boudica, designó como herederos de su reino a sus dos hijas y al emperador Nerón (Tac. *Ann.* 14.31).

<sup>47</sup> Herodes Agripa II, bisnieto de Herodes el Grande, fue tetrarca de Calcis desde el año 48 hasta el 43, cuando el emperador Claudio le concedió el título de rey sobre diversos territorios incluyendo Iturea, Golán, y Batanea (Joseph. *BJ* 2.215). En la ciudad de Cesarea, ante él y su hermana Berenice, respondió el apóstol San Pablo a las acusaciones de fomentar sediciones entre el pueblo judío (*Hch.* 25, 13-26, 32). Mantuvo además una íntima amistad con el historiador Flavio Josefo (J. *Vit.* 364-366).

los bienes de Atalo debían ser primero divididos y luego repartidos entre los nuevos propietarios, a fin de cubrir los gastos de los útiles de labranza y otros relacionados con el cultivo de los predios. En lo tocante a las ciudades que regentaba el monarca, sería el pueblo romano quien juzgase lo que debía hacerse con ellas.

La propuesta suscitó un profundo malestar en el Senado, avivando aún más la mutua antipatía que se profesaban Curia y tribuno. De entre las muchas acusaciones que se lanzaron en contra de éste<sup>48</sup>, la más grave, sin lugar a duda, fue la proferida por Quinto Pompeyo, vecino del propio Tiberio, que afirmó haber presenciado cómo el jefe de la delegación de Pérgamo le hacía entrega de una diadema y de una túnica púrpura<sup>49</sup>, prendas asociadas con la realeza. Más allá del grado de veracidad que pudieran tener las imputaciones, lo cierto es que a juicio de los senadores la actitud de Tiberio había transgredido el más atávico tabú de la República romana: la *adfectatio regni*, que implicaba alta traición contra el Estado, su idiosincrasia y sus bases. El recuerdo de la tiranía de Lucio Tarquinio<sup>50</sup>, último rey de Roma, y del ejército que éste trajo hasta sus puertas todavía resonaba en el alma romana. Tras la expulsión de los reyes, se aseguraron de configurar un sistema que impidiera a toda costa la concentración del poder en manos de un solo hombre, y cuando por cuestiones excepcionales se hacía

---

<sup>48</sup> Conservamos algunas de las críticas que le dirigieron los senadores Quinto Metelo y Tito Annio Lusco (Liv. *Per.* 58.6, Plut. *TG* 14.4-9)

<sup>49</sup> Plut. *TG* 14.4. Las diademas —o coronas— y las telas púrpuras eran presentes que habitualmente se obsequiaban a los reyes: (Liv. 27.4.10, 31.11.12, 30.15.11).

<sup>50</sup> Lucio Tarquinio, apodado “el Soberbio”, fue el séptimo y último rey de Roma. Las fuentes lo describen como un hombre de carácter autoritario y tiránico (Liv. 1.49.1-7).

necesario un mando único y expedito bajo la figura del dictador, su actuación quedaba restringida a unos pocos meses. Por temor a que pudiera retornar la corona, no dudaba la República en aplicar la pena capital a todo aquel que mostrase afinidad con las formas monárquicas: ni siquiera varones consulares y de probados méritos, como lo eran Viscelino<sup>51</sup> o Manlio Capitolino<sup>52</sup>, pudieron eludir semejante condena. Les inspiraba en este sentido el ejemplo que había dado Lucio Junio Bruto, el primer cónsul de Roma, quien, según la tradición, ordenó el ajusticiamiento de sus propios hijos por presuntos tratos con la realeza<sup>53</sup>; tan funesto había sido el recuerdo de los reyes. Después de formular su acusación, la peor que se podía hacer contra un romano, le advirtió Pompeyo a Graco que, al término del año, cuando ya tuviese que abandonar el tribunado y retornar a la condición de *privatus*, él mismo se encargaría de llevarlo ante los tribunales tanto por la destitución de Octavio como por las disensiones que ahora estaba sembrando en Italia<sup>54</sup>.

La amenaza no pasó inadvertida para Tiberio. Consciente de la magnitud de las acusaciones que se le hacían y viendo próximo el

---

<sup>51</sup> Espurio Casio Viscelino alcanzó la dignidad consular en tres ocasiones y celebró dos triunfos por sus victorias sobre los sabinos, los volscos y los hérnicos. En el año 485 a. C. propuso la primera ley agraria de Roma. Fue acusado de ambicionar el poder real y condenado a morir en la roca Tarpeya (Liv. 2.41, Cic. *Rep.* 2.60, Dion. Hal. AR 68-80).

<sup>52</sup> Marco Manlio Capitolino fue cónsul en el año 392 a. C. y participó activamente en la guerra contra los ecuos. Recibió el *cognomen* por su heroica defensa del Capitolio durante el asedio de los galos. Acusado de querer establecer un régimen monárquico, fue arrojado desde la roca Tarpeya (Liv. 6.20, Val. Max. 6.3.1, Cic. *Dom.* 101, Plin. *HN* 7.28.103).

<sup>53</sup> Val. Max. 5.8.1, Liv. 2.4-5, 5.10.4, Dion. Hal. AR 5.10.4

<sup>54</sup> App. *BC* 1.13, Oros. 5.8.3



fin de su tribunado, sólo pudo concebir una alternativa para ponerse a salvo del inminente peligro: presentar de nuevo su candidatura a las elecciones para tribuno de la plebe. Con el propósito de promover su nombramiento, Tiberio presentó un conjunto de leyes cuyo fin último no era otro que reducir las facultades del Senado y transferir de forma paulatina un poder mayor al pueblo romano: disminuir la duración de las campañas militares, conceder al pueblo el derecho de apelar las decisiones de los jueces e incorporar en los tribunales senatoriales a un número igual de *equites*<sup>55</sup>.

Llegado el día de las elecciones, se levantaron algunas voces en contra de la candidatura de Graco alegando que no era lícito que un hombre ocupase el mismo cargo durante dos años consecutivos. El tribuno designado para presidir aquellos *comitia*, un tal Rubrio<sup>56</sup>, se mostró dudoso sobre esta cuestión: la *lex Genucia*<sup>57</sup> establecía, entre otras disposiciones, que la reelección en una magistratura no era posible hasta haber transcurrido el plazo de diez años, pero se trataba de legislación antigua y, por tanto, frecuentemente desoída. Mumio, quien había remplazado a Marco Octavio en el tribunado, le instó a cederle a él mismo la dirección de la asamblea para ahorrarse complicaciones y Rubrio así lo consintió. Pero los demás tribunos se rebelaron sosteniendo que Rubrio no podía entregar su puesto a voluntad, y que era necesario un nuevo sorteo para asignar la presidencia si es que deseaba abandonarla. De ahí se derivó una

---

<sup>55</sup> Plut. *TG* 16.1

<sup>56</sup> No tenemos más información sobre esta misteriosa figura.

<sup>57</sup> *Vid.* ROTONDI (*op. cit.*), pág. 226. Propuesta por el tribuno de la plebe Lucio Genucio en el año 342 a. C., establecía además la prohibición de la usura, la imposibilidad de ejercer a un tiempo dos magistraturas y abría la puerta a que ambos cónsules pudieran ser plebeyos (Liv. 7.42.2).

gran discusión y Tiberio, blanco principal de los dicterios, planteó que la votación se aplazase al día siguiente<sup>58</sup>. La situación se había vuelto insostenible y muchos de los amigos de Tiberio, temiendo que algo grave pudiera ocurrir, montaron guardia a la puerta de su casa<sup>59</sup>.

Al amanecer, los seguidores de Graco, ya fuera por iniciativa propia, ya por órdenes suyas, subieron y ocuparon el monte Capitolio, lugar donde habrían de celebrarse las elecciones. Como decíamos, aquellos fueron momentos de extrema tensión, y sin haber siquiera terminado con las votaciones, el caos se desató en el monte. Podemos imaginar la escena: la gran afluencia de personas, las ansiosas carreras hacia las urnas, la actitud defensiva de muchos, la angustia invadiendo a todos, expectativas de sucesos, rumores de un ataque inminente... Todo este ambiente llevó a que los seguidores de Tiberio, presos de la confusión general, se atrevieran a romper las picas que portaban los *viatores*<sup>60</sup> y, blandiendo sus fragmentos a modo de armas, se replegaran en el Capitolio. Graco, convencido por los rumores de que se encontraba en serio peligro y sin poder gritar a causa del tumulto, alzó una mano hacia la cabeza como señal de auxilio<sup>61</sup>. Sus adversarios, al contemplarlo, pensaron que con aquel movimiento estaba reclamando para sí una corona y

---

<sup>58</sup> App. BC 1.14, Plut. TG 16.2-3

<sup>59</sup> Desde hacía tiempo, cada vez que Graco se mostraba en público lo hacía acompañado de una enorme escolta (Aul. Gell. 2.13.5).

<sup>60</sup> Asistentes de los magistrados con funciones similares a las de los lictores. Se encargaban, además, de transmitir mensajes entre los miembros del Senado, lo que dio origen a su nombre (Cic. Sen. 56).

<sup>61</sup> Flor. 1.14.7, Plut. TG 19.2

rápida­mente fueron a dar parte al Senado, que en aquella ocasión se encontraba reunido en el templo de *Fides*<sup>62</sup>.

El Senado quedó consternado por la noticia y Nasica exigió al cónsul Escévola<sup>63</sup> que pusiera fin de una vez por todas a la amenaza que representaba aquel evidente “tirano”. Escévola, con calma, respondió que no recurriría a la fuerza ni consentiría la ejecución de un ciudadano sin juicio previo, pero que cualquier decisión tomada por el pueblo en la ilícita votación, ya fuera por persuasión o por coacción de Tiberio, no la daría por válida. Nasica, ofendido por esta respuesta, se volvió entonces al resto de senadores declarando que, dado que el cónsul se había revelado como un traidor, todo aquel que deseara salvar a la República debía seguirle hasta el Capitolio. Al tiempo que pronunciaba esta arenga se cubrió la cabeza con el borde de la toga, gesto solemne reservado a la dignidad sacerdotal mediante el cual pretendía inflamar el ánimo de los que se encontrase por el camino e incitarlos a sumarse a la empresa<sup>64</sup>.

Los partidarios de Tiberio, al contemplar la enorme multitud que se aproximaba hacia ellos, huyeron en desbandada; las intenciones del Senado eran claras y la reconciliación entre ambas facciones imposible. Portaban algunos de los atacantes mazas y palos traídos desde sus casas, pero los propios senadores, ya en el lugar, arrancaron las patas de las sillas dispuestas para la asamblea y las emplearon como armas improvisadas contra los presentes.

---

<sup>62</sup> App. BC 1.16, Val. Max. 3.2.17

<sup>63</sup> Asesor de Tiberio en la redacción de la ley agraria, *vid.* nota 22.

<sup>64</sup> Esta forma de ceñirse la toga, conocida también como *cinctus Gabinus*, estaba reservada para ocasiones religiosas y ritos sacrificiales (Plut. TG 19.4, Vell. Pat. 2.3.1, Val. Max. 1.4.7).

Tiberio y un gran número de sus seguidores perecieron bajo los golpes y sus cuerpos, privados de sepelio, fueron arrojados durante la noche a las aguas del río Tíber<sup>65</sup>. Todas las fuentes coinciden en afirmar que esta fue la primera disensión pública desde los tiempos de la monarquía, que se dirimió con derramamiento de sangre<sup>66</sup>.

Inmediatamente después de estos sucesos, se tomaron violentas represalias contra el resto de seguidores de Tiberio dirigidas por los cónsules en funciones, Rupilio y Lenas; algunos fueron desterrados sin juicio, otros apresados y otros incluso asesinados<sup>67</sup>. No faltaron ejemplos de crueldad: un tal Gayo Vilio fue encerrado dentro un saco con serpientes vivas. Diófanes también sucumbió durante la persecución, no así Blosio de Cumas, que logró salvarse y huir a Asia. Allí entabló conversaciones con Aristónico, hijo natural del rey Eumenes II de Pérgamo, que no aceptaba el testamento de su hermanastro ni la intervención de Roma en su reino. Aristónico aspiraba a convertirse en rey y contaba con un amplio número de seguidores, entre los que pronto se encontraría también Blosio. El atálida llevaba tiempo contemplando la creación de una suerte de estado ideal al que llamaría Heliópolis –la Ciudad del Sol–, donde no existirían esclavos ni amos y todos los ciudadanos gozarían de igual consideración<sup>68</sup>. Según parece, la contribución de Blosio fue esencial para asentar las bases del proyecto, el cual, sin embargo, no pudo terminar de concretarse, pues la revuelta de Aristónico fue rápidamente sofocada por el

---

<sup>65</sup> Liv. *Per.* 58.7, Plut. *TG* 20.2

<sup>66</sup> Vell. *Pat.* 2.3.3, Plut. *TG* 20.1, Flor. 2.14.1

<sup>67</sup> Plut. *TG* 20.3-4, Sall. *Jug.* 31.7, Vell. *Pat.* 2.7.4

<sup>68</sup> Str. 14.1.38

ejército romano<sup>69</sup> y Blosio, temiendo caer de nuevo en sus manos, acabó quitándose la vida<sup>70</sup>.

Una vez terminado el periodo de represalias, las reacciones ante la muerte de Tiberio no tardaron en aflorar y Roma se encontró pronto a caballo entre dos corrientes de opinión: unos se lamentaban por su trágico final, considerando que había sido víctima de la ambición y la intransigencia de los senadores; otros, en cambio, sostenían que Graco había recibido el castigo oportuno por fomentar discordias entre el pueblo y promover medidas deliberadamente hostiles al Senado, no por compasión hacia la plebe, sino por odio visceral hacia los poderosos. En cualquier caso, el Senado había caído ahora en la ignominia general, y en un intento de ganar de nuevo el favor del pueblo optó por no oponerse al reparto de tierras, sugiriéndole además que eligiera al hombre que debía sustituir a Tiberio en la comisión: salió elegido Publio Craso, el suegro de Gayo Graco<sup>71</sup>. Condenaron también a los cónsules que habían llevado a cabo la persecución de los seguidores de Tiberio<sup>72</sup> y, asimismo, como temían que el pueblo quisiera tomar venganza contra Escipión Nasica, decidieron enviarlo a un lugar lejano, a Pérgamo, alegando como pretexto una visita diplomática; allí, en el exilio, terminó sus días<sup>73</sup>.

Gayo, como hemos dicho, se encontraba ausente en el momento de la muerte de Tiberio e inmerso en la campaña militar

---

<sup>69</sup> Acaudillado por el general Publio Licinio Craso Dives Muciano. *Vid.* nota 23.

<sup>70</sup> Plut. *TG* 20.4

<sup>71</sup> Plut. *TG* 21.1, Cic. *Amic.* 37

<sup>72</sup> Vell. Pat. 2.7.4

<sup>73</sup> Plin. *HN* 7.34.120, Plut. *TG* 21.4

de Numancia que dirigía Escipión Emiliano. Era nueve años menor que su hermano y cuando comenzó la vida pública se evidenció rápidamente que su carácter también era otro: si hemos de obedecer el testimonio de las fuentes, Gayo no era un hombre templado ni apocado, sino de ánimo encendido y enérgico. Si Tiberio había sido un buen orador, Gayo era brillante. Si aquél lograba complacer a sus oyentes, éste conseguía atraérselos. Su estilo de oratoria era florido y efectista, sus palabras siempre persuasivas y sus gestos colmados de pasión y teatralidad<sup>74</sup>. Ahora que su hermano había muerto, pensaba que las tareas que debía cumplir eran muchas e imperiosas, y en los asuntos del foro rara vez conocía la tranquilidad.

Tras este breve paréntesis, los triunviros agrarios reanudaron las tareas de redistribución de tierras con aparente libertad<sup>75</sup>; a fin de cuentas, el Senado no tenía ningún motivo para oponerse a una comisión legítima. Apenas habían retomado sus labores, cuando comenzaron a aflorar en Roma los primeros inconvenientes que esta costosa empresa traería consigo. Pues pronto se descubrió que muchos de los antiguos propietarios no se habían preocupado de llevar un registro regular sobre las extensiones de sus parcelas, lo que dificultaba enormemente la distinción entre los límites de una propiedad y los de otra.

Con el fin de paliar aquel desorden, se optó por promulgar un edicto que confería a cualquier particular el derecho de denunciar

---

<sup>74</sup> Plut. *TG* 3.2-8, Cic. *Brut.* 125, *de Orat.* 3.214 y 225, *Quint.* 1.10.27, Aul. Gell. 1.11.10-16

<sup>75</sup> Prueba de ello son los cipos encontrados en varias regiones de Italia, y que datan precisamente de esta época, *vid.* CIL 9.1024, CIL 9.1025, CIL 10.3861.

ante los triunviros las presuntas irregularidades que pudieran haberse cometido en la concesión de terrenos<sup>76</sup>. Pero aquella medida, lejos de aliviar la situación, desató una vorágine de acusaciones que terminaron por poner en evidencia la gran imprecisión con la que se habían demarcado las tierras públicas originalmente, pues tratándose a la sazón de territorio recién conquistado, su trazado se había efectuado de manera apresurada y sin cuidado. El centro de aquellas disputas recayó en los terrenos adyacentes al *ager publicus*, los cuales habían sido previamente vendidos o asignados entre los aliados itálicos. Dichas propiedades fueron objeto de una investigación por parte de la comisión agraria para calcular las verdaderas dimensiones de las parcelas públicas y comprobar cómo habían sido éstas repartidas. Ahora bien, no todos los propietarios contaban con los títulos de venta o de asignación del lote, y los documentos que se presentaban solían ofrecer muy escasa fiabilidad. Por otra parte, las nuevas mediciones de tierras no hicieron más que agravar el problema, puesto que algunos propietarios se vieron obligados a intercambiar terrenos cultivados por parcelas baldías o improductivas.

Se intentó mitigar la cuestión mediante la ampliación del acuerdo ya promulgado, permitiendo ahora a los campesinos el cultivo de tierras no asignadas. Este arreglo trajo todavía más inconvenientes, pues fueron muchos los que aprovecharon la autorización para extender sus cultivos hacia los terrenos vecinos, desdibujando así las fronteras entre la tierra pública y la privada. No

---

<sup>76</sup> App. BC 1.18

tardó en manifestarse el descontento por parte de los aliados itálicos, principales damnificados de aquellos juicios, y cuya relación con los romanos atravesaba un periodo de creciente tensión<sup>77</sup>. Temiendo éstos la inminente confiscación de sus propiedades, acudieron en masa al que consideraban su único valedor entre los prohombres de Roma: Escipión Emiliano. El general se había servido de los aliados itálicos durante la guerra de Numancia<sup>78</sup>, y no pensaba desatender sus ruegos ahora en la paz. Se dirigió entonces a la casa del Senado y allí ofreció un discurso en el que, si bien no se pronunciaba abiertamente en contra de la ley agraria, dejaba implícita la inviabilidad de aquel proyecto. Escipión reclamó que las posesiones de los aliados itálicos se mantuvieran al margen del reparto<sup>79</sup> y, dado que los triunviros eran vistos con cierto recelo por los litigantes, propuso que los juicios relacionados con la cuestión de tierras fueran presididos no por ellos, sino por otra clase de jueces. El Senado accedió y se nombró para la cuestión al cónsul Sempronio Tuditano<sup>80</sup>, que poco duró en su cargo, pues en cuanto advirtió las complicaciones de este tipo de negocios, partió a la guerra contra los

---

<sup>77</sup> Así lo demuestran los levantamientos en la isla de Cerdeña y otras poblaciones itálicas durante los años previos. Las tensiones continuaron en aumento hasta el asesinato del tribuno Livio Druso en el año 91 a. C., que desencadenó la Guerra Social (91-88 a. C.). No es de extrañar que la aristocracia senatorial acusara a los Gracos de haber quebrantado los tratados pactados con los *socii* (Cic. *Rep.* 1.31 y 3.41)

<sup>78</sup> Su hermano Fabio Máximo Emiliano también recurrió a los itálicos durante la campaña militar en Hispania contra Viriato (App. *Hisp.* 67 y 84).

<sup>79</sup> Cic. *Mil.* 16

<sup>80</sup> Gayo Sempronio Tuditano, cónsul en el año 129 a. C. junto a Manio Aquilio, se distinguió por su actuación durante la campaña contra los iápidas de Iliria. A su regreso a Roma, fue honrado con un triunfo. Destacó también en los campos de la oratoria y la historia, siendo citado por autores como Aulo Gelio y Macrobio (Aul. Gell. *NA* 7.4, Macr. *Sat.* 1.13.21 y 16.32, Cic. *Brut.* 95, Dion. Hal. *AR* 1.11.1)



ilirios<sup>81</sup> y los triunviros, como ya nadie acudía a ellos para dirimir litigio alguno, quedaron desocupados.

Con todo, esta disposición logró aplacar en gran medida las quejas de los aliados itálicos; no así las de los campesinos romanos, quienes se sintieron profundamente molestos por la condescendencia de Escipión hacia los *socii*. Los partidarios de los Gracos, al ver que se les imponía además un juez ajeno y consular, comenzaron a propagar el rumor de que el verdadero propósito del Numantino era abolir la ley agraria, añadiendo como dardo final que para conseguirlo el general no vacilaría en desenvainar la espada contra todos ellos.

Para mayor infortunio de la comisión agraria, dos de sus miembros, Claudio y Craso, fallecieron a escasos meses de distancia<sup>82</sup>. Fueron sustituidos rápidamente por Fulvio Flaco y Papirio Carbón, varones de reconocida lealtad a la empresa gracana. Este último, Carbón, había ejercido como tribuno de la plebe en el año 131 a. C. e intentó sacar adelante, hasta donde sabemos, dos *rogationes* en favor de los intereses de su partido: una *lex tabellaria* que garantizara el voto secreto, y —lo que resulta más relevante para nuestro trabajo— otra ley que permitiera la reelección indefinida de los tribunos de la plebe. Con la primera de ellas eliminaba el riesgo de coerción o extorsión en las votaciones; con la

---

<sup>81</sup> Tribu del norte de Dalmacia. Pese a la conquista de su territorio por parte de los romanos en el 168 a. C., los ilirios se enfrentaron a la República en numerosas ocasiones (Liv. 45.26, Plb. 30.22.1, App. *Illyr.* 10).

<sup>82</sup> Craso pereció durante el conflicto en Asia contra las tropas de Aristónico (Flor. 1.35.4-5, Liv. *Per.* 59.4, Vell. Pat. 2.4.1, Val. Max. 3.2.12, Str. 14.1.38). De la muerte de Claudio no tenemos noticias, aunque es de suponer que falleció por causas naturales.

segunda, resolvía el problema que había acosado a Tiberio durante su tribunado, a la vez que allanaba el camino para la implementación segura de proyectos a largo plazo como la *lex agraria*, pues ya no existirían motivos para temer la llegada de otro magistrado que pudiera deshacer lo establecido por su predecesor. La ley de Graco quedaría así protegida frente a cualquier injerencia de sus opositores.

La *lex Papiria tabellaria*<sup>83</sup> fue aprobada sin mayores dificultades, pero la cuestión de la reelección de los tribunos generó disensiones. En uno de los debates públicos que siguieron a la propuesta, surge inesperadamente el tema del asesinato de Tiberio a manos del tropel senatorial. Carbón aprovechó el momento para preguntar a Escipión cuál era su opinión al respecto, suponiendo que, al ser pariente político del finado, condenaría de inmediato aquellos hechos; no obstante, el Africano se limitó a insinuar que la muerte de Graco parecía haber sido legítima si, en efecto, el tribuno había osado comprometer la estabilidad de la República<sup>84</sup>. No era la primera vez que Escipión se pronunciaba en términos semejantes: durante el sitio de Numancia, cuando fue informado por mensajeros de los sucesos del Capitolio, se cuenta que respondió con un verso de Homero<sup>85</sup>: “¡Así perezca cualquiera que lleve a cabo acciones

---

<sup>83</sup> Vid. ROTONDI (*op. cit.*), pág. 302. Existieron dos *leges tabellariae* previas a la de Papirio: una propuesta en el año 139 a. C. por el tribuno Quinto Gabinio, que reemplaza el voto oral por el escrito en una tablilla, y otra en el 137 a. C. por Lucio Casio Longino Ravila, que disponía el voto en tablilla para los juicios populares con la excepción de los casos de *perduellio* (Cic. *Leg.* 3.16.35-36).

<sup>84</sup> Liv. *Per.* 59.11; Cic. *de Orat.* 2.25.106, *Mil.* 8

<sup>85</sup> Plut. *TG* 21.4, Diod. 34.7.3

semejantes!”<sup>86</sup>. No parece que el recitado suscitara demasiada indignación en su momento: Escipión se encontraba en el campamento, donde las mentes de los soldados, abrumadas por las exigencias de la guerra, difícilmente habrían prestado mayor atención a sus veladas palabras. Ahora, en cambio, estaba en el foro: frente a un pueblo romano con el recuerdo bien vivo del último día de Tiberio.

Los presentes, que también esperaban una respuesta distinta de un general tan querido, clamaron airadamente en contra de su *sic semper tyrannis* interrumpiendo la intervención de Escipión; incluso se alzaron voces que lo acusaban a su vez de incurrir en tiranía<sup>87</sup>. Agotada su paciencia, el Numantino se dirigió a la multitud con una dureza impropia del carácter que todos le atribuían, refiriéndose a ellos —a quienes en otro tiempo había defendido con ardor<sup>88</sup>— como hijastros de Italia<sup>89</sup>. La relación entre el general y la plebe, que le había permitido alcanzar sus dos consulados aun en contra de la

---

<sup>86</sup> ὡς ἀπόλοιτο καὶ ἄλλος, ὅτις τοιαῦτά γε ῥέζοι (Hom. *Od.* 1.47). En el relato homérico, la frase es pronunciada por la diosa Atenea en referencia a Egisto, hijo incestuoso del rey Tiestes de Micenas y su hija Pelopia, que sedujo a Clitemnestra, esposa de Agamenón, y en complicidad con ella asesinó a su marido. Más tarde, Orestes, hijo de Agamenón, vengó a su padre dando muerte a Egisto, cuya figura quedó inmortalizada como ejemplo de perfidia y lubricidad. Para más alusiones a Egisto en la tradición romana, *vid.* Cic. *ND* 3.91, Suet. *Iul.* 50.1.

<sup>87</sup> Plut. *Regum* 82.23

<sup>88</sup> Defendió el proyecto de ley agraria promovido por Lelio y también respaldó la *lex tabellaria* de Lucio Craso (Cic. *Brut.* 25, *Leg.* 3.16.37). Algunos lo contaban entre los políticos más próximos a las causas populares (Cic. *Luc.* 13). Su enemigo Apio Claudio le reprochó que se mostrara en el foro acompañado de libertos y otros hombres de baja ralea (Plut. *Aem.* 38. 4-6).

<sup>89</sup> Vell. *Pat.* 2.4.4, Val. *Max.* 6.2.3

ley<sup>90</sup>, quedaba rota para siempre. Las palabras que pronunció en aquella asamblea, no obstante, parecieron ser lo suficientemente convincentes como para disuadir a los votantes, y pese a que el propio Gayo se levantó y defendió la ley, ésta al final no logró ser aprobada<sup>91</sup>.

Pero volviendo al presente, los plebeyos romanos estaban indignados con el proceder de Escipión, y la consideración que éste mostraba ahora hacia los aliados itálicos no hizo sino acrecentar el sentimiento de traición. Los seguidores de Graco, como ya hemos expuesto, aprovecharon la ocasión para emprender una campaña de desprestigio contra el general, cuya acrisolada fama comenzaba a tambalearse. Poco durarían estas desavenencias: a la mañana siguiente de su intervención en el Senado, Escipión es hallado muerto en su propia casa. La versión más extendida sostiene que el general se había retirado temprano con el propósito de escribir un discurso para la asamblea, y que al amanecer se le encontró sin vida en sus habitaciones<sup>92</sup>.

Dadas las extrañas circunstancias del fallecimiento y el clima de tensión que reinaba en la República, los rumores de asesinato no tardaron en extenderse, señalando al círculo más próximo a Gayo;

---

<sup>90</sup> La *lex Villia annalis* (180 a. C. *Vid.* ROTONDI, pág. 278) fijaba en alrededor de los 42 años la edad mínima para acceder al consulado. Sin embargo, en el 147 a. C., Escipión, con apenas 37 años, fue investido cónsul a instancias de los ciudadanos de Roma, que lo querían al mando de la campaña militar contra Cartago (*App. Pun.* 112, *Liv. Per.* 50.11, *Cic. Amic.* 11). Volvió a ocupar el consulado en 147 a. C. para despachar los asuntos en Numancia, a pesar de que la ley no le permitía presentarse nuevamente (*Liv. Per.* 56.8).

<sup>91</sup> *Liv. Per.* 59.12, *Cic. Amic.* 25.96

<sup>92</sup> *App. BC* 1.20, *Liv. Per.* 59.16

para muchos no cabía duda de que Escipión había sido víctima de una intriga política. Entre los presuntos responsables que se sugirió entonces figuraban Cornelia, su esposa Sempronia<sup>93</sup>, Fulvio<sup>94</sup> y Carbón<sup>95</sup>. Las sospechas terminaron por alcanzar también al propio Gayo, aunque el recelo popular le hostigó menos tiempo posiblemente debido a su juventud y al cariño que le tenían muchos ciudadanos.

Llegados a este punto, conviene señalar que las informaciones que nos llegan sobre la muerte de Escipión son sumamente contradictorias<sup>96</sup>, y no está en nuestro ánimo adentrarnos en cuestiones que, aún a día de hoy, resultan tan poco claras. Por lo demás, es innegable que el caso fue despachado con rapidez: no se emprendió ninguna investigación acerca de lo sucedido –algo extraño dado el renombre del fallecido– y el cadáver, cuando fue expuesto públicamente, llevaba la cabeza cubierta con una tela, lo que suscitó todavía más murmuraciones<sup>97</sup>. Las exequias fueron costeadas por los sobrinos de Escipión<sup>98</sup>, y su cuerpo, a instancias de Metelo Macedónico –que en otro tiempo había sido enemigo

---

<sup>93</sup> Según las fuentes, el matrimonio entre Escipión y Sempronia fue muy infeliz. Los rumores sobre su presunta implicación en la muerte del general se debieron, además de a su condición de hermana de Tiberio, a la manifiesta animosidad que existía entre ambos (Liv. *Per.* 59.17, Oros. 5.10.10).

<sup>94</sup> Plut. GC 10.4

<sup>95</sup> Sobre Carbón recayeron la mayoría de acusaciones (Cic. *de Orat.* 2.40.170, *Fam.* 9.21.3).

<sup>96</sup> Algunos autores afirman que el cuerpo de Escipión presentaba evidentes signos de violencia (Vell. Pat. 2.4.5, Plut. GC 10, 4, Cic. *de Fat.* 9.18), mientras que otros aseguran que no mostraba ninguna herida (App. BC 1.20, Plut. *Rom.* 27.4). También se barajó la hipótesis del suicidio, al comprobar supuestamente Escipión que no podría cumplir las promesas hechas a los aliados itálicos.

<sup>97</sup> Vell. Pat. 2.4.6, Aur. Vict. *De vir. ill.* 10

<sup>98</sup> Cic. *Mur.* 36.75, Val. Max. 7.5.1

suyo—, fue escoltado por sus propios hijos hasta la pira<sup>99</sup>. Mientras tenía lugar el funeral, en medio de las lamentaciones y los suspiros, Metelo expresó su opinión sin ambages: aquello, según juzgaba, había sido un asesinato minuciosamente orquestado por enemigos del Numantino.

Al margen ya de si la muerte de Escipión Emiliano fue natural o causada —algo que, por otra parte, nunca se podrá determinar—, lo relevante del asunto es que gran parte de la sociedad se adhirió al parecer de Metelo, y las sospechas de crimen continuaron en la conciencia colectiva incluso en época de Cicerón, de lo que no faltan ejemplos: Pompeyo Magno, el ilustre general, empleó este relato de los hechos para arremeter contra un oponente político<sup>100</sup>. Sin embargo, en su tiempo —como señalarán los autores posteriores—, la cuestión cayó rápidamente en el olvido, sepultada por el peso de otros problemas más urgentes que acuciaban a la República; y si acaso Escipión murió de muerte violenta, nadie quiso impulsar juicio alguno ni buscar venganza.

A partir de entonces, Gayo Sempronio Graco comenzó a adquirir cierta fama de insolente entre la aristocracia senatorial. Su primera actuación pública fue la defensa ante los tribunales de un amigo suyo, Vetio, el cual había sido acusado de un cargo que desconocemos<sup>101</sup>. El discurso de Gayo, cargado de pasión y desafío, puso enseguida en alerta a la clase senatorial, que ya había

---

<sup>99</sup> Val. Max. 4.1.12, Plin. *HN* 7.44.144

<sup>100</sup> Concretamente contra Craso: Pompeyo se había comparado a sí mismo con Escipión, y a Craso, con Carbón (Cic. *Quint.* 2.3.3).

<sup>101</sup> Plut. *CG* 1.3

comenzado a percatarse de que ambos hermanos poseían talentos contrarios: él no sería tan paciente como Tiberio a la hora de demandar favores para la plebe. Los graquistas, sin embargo, se alegraron de ver el camino que estaba tomando el joven, imaginando que las políticas de Tiberio podrían tal vez resurgir de la mano de este prometedor sucesor.

En el año 126 a. C., Gayo es designado por sorteo cuestor en Cerdeña bajo las órdenes del cónsul Orestes<sup>102</sup>. Los habitantes de la isla se habían rebelado una vez más contra la dominación romana<sup>103</sup> y el Senado encomendó al cónsul la misión de pacificar el territorio de manera definitiva. Todas las fuentes coinciden en afirmar que la conducta de Gayo durante la campaña fue ejemplar, cumpliendo con todo lo que se esperaba de un buen soldado en aquellos tiempos: valentía en el combate —esa *virtus* que tanto fascinaba a los romanos—, compasión hacia los vencidos y una estricta obediencia a su general. No obstante, si hemos de atenernos al testimonio completo de los antiguos, la República estaba atravesando por entonces una profunda crisis moral. Tradicionalmente se ha venido atribuyendo esta decadencia al influjo de la *asiatica luxuria*, introducida en Roma por los soldados que retornaban victoriosos de las operaciones militares en Asia<sup>104</sup>. Con ellos llegaron costumbres

---

<sup>102</sup> Lucio Aurelio Orestes, hijo del cónsul homónimo, tuvo como colega a Marco Emilio Lépido y gozó de cierta fama como orador (Cic. *Brut.* 25.94). Los *fasti triumphales* le otorgan un triunfo por su actuación en Cerdeña.

<sup>103</sup> Ya se habían sublevado en varias ocasiones, siendo la revuelta más reciente la de 178 a. C., sofocada por el padre de Gayo: Ti. Sempronio Graco (Liv. 41.12.4-6 y 28.8-9).

<sup>104</sup> Así lo estimaban los antiguos: “luxuriae enim peregrinae origo ab exercitu Asiatico invecta in urbem est” (Liv. 39.6.7).

ajenas al *mos maiorum* y a los vetustos valores que habían definido el carácter romano. Como denunciaron el historiador Polibio<sup>105</sup> y el propio Gayo<sup>106</sup>, los magistrados partían a sus provincias con bolsas llenas de oro y regresaban inexplicablemente más ricos; prostitutas y esclavillos holgaban en las casas de los próceres embebecidos por lascivas diversiones; pasaban los cargos de uno a otro entre la ociosidad y la molicie, sin reportar nunca más beneficios que pérdidas para el Estado. La situación había llegado a tal extremo que a menudo los padres temían enviar al ejército a sus hijos todavía muchachos por miedo a que fueran deshonrados<sup>107</sup>. En estas circunstancias, Gayo procuró conducirse con una rectitud idéntica a la que había mostrado su padre, destacando por incurrir en todo lo contrario que sus colegas magistrados, de suerte que, al regresar a Roma, esperaba que nadie pudiera dirigirle reproche alguno por su cuestura.

Mientras se desarrollaba la campaña militar llegó el invierno, trayendo consigo numerosos contratiempos para el ejército. La isla de Cerdeña presenta un clima especialmente difícil en esta época del año, y los soldados necesitaban ropa adicional para poder hacer

---

<sup>105</sup> Plb. 31.25.3-7

<sup>106</sup> Aul. Gell. 15.12.1-4

<sup>107</sup> Aul. Gell. 15.12.2. Téngase en cuenta que la edad de reclutamiento en época republicana oscilaba entre los 16 y 17 años. Nos han llegado algunos testimonios sobre estos abusos: durante la guerra contra los cimbrios, el tribuno militar Gayo Lusio se propasó con uno de los jóvenes a su cargo (Plut. *Mar.* 14.3.5). Del mismo modo, un centurión llamado Letorio Marco fue acusado de forzar a su *cornicularius* (Val. Max. 6.1.11). Existía, no obstante, legislación para combatir el estupro: la *lex Scantinia*. Ésta recibió su nombre del edil —o tribuno— Escantinio Capitolino, quien había intentado violentar a uno de los hijos de Claudio Marcelo (Plut. *Marcell.* 2.3-4, Val. Max. 6.1.7). Su primera mención en las fuentes, sin embargo, data de la época de Cicerón (Cic. *Fam.* 8.12.3, 12.4).



frente a las inclemencias del tiempo. Orestes solicitó las vestimentas a varias ciudades aliadas, pero éstas enviaron una comitiva a Roma implorando que se las liberase de la carga<sup>108</sup>. Preocupado quizá por las reacciones de los *socii*, el Senado terminó accediendo a la petición e indicó a Orestes que se buscara el sustento para él y para su ejército en otro lugar. El cónsul no contaba ya con más contactos y los soldados se vieron obligados a enfrentar el frío con lo poco que tenían a su disposición. Entonces Gayo decidió tomar cartas en el asunto y recorrió en solitario todas las ciudades, persuadiéndolas de prestarle su ayuda. Es posible que en esta concesión influyera el recuerdo que los habitantes conservaban de su padre, Tiberio Graco, que había servido como procónsul en la provincia. De ser así, como ya hemos visto, ambos hermanos se habrían beneficiado del legado dejado por su progenitor en tierras extranjeras: Tiberio en el caso de Numancia y Gayo en Cerdeña.

La noticia de que Gayo estaba solicitando apoyo para el ejército llegó hasta los oídos del rey númida Micipsa<sup>109</sup>, quien, en consideración a él, decidió enviar algo de trigo. Esto no fue bien recibido por el Senado y tan pronto como llegaron los embajadores de Numidia anunciando la disposición del monarca, fueron

---

<sup>108</sup> Plut. GC 2.2-3

<sup>109</sup> El rey no tenía ninguna amistad especial con la *gens Sempronia*, pero sí mucho trato con el cuñado de Gayo, Escipión Emiliano (Sal. *Iug.* 9.2). Aunque con el tiempo las diferencias políticas los enfrentaron, parecía existir cierto vínculo entre el Numantino y su familia política, como lo demuestra el trato privilegiado que recibió Tiberio en el campamento romano de Cartago (Plut. *TG* 4.4). También podría interpretarse como un gesto más de deferencia por parte de Micipsa hacia la República (App. *Pun.* 112).

expulsados con malas formas<sup>110</sup>. Los senadores, temerosos de las acciones que Gayo pudiera emprender a su regreso, decidieron retrasarlo todo lo posible. Así, promulgaron un decreto para efectuar el relevo de los soldados de Cerdeña, que llevaban ya dos años de campaña, pero dispusieron que el cónsul Orestes permaneciera todavía en su puesto confiando en que Gayo, dada su posición como cuestor, no tendría más remedio que quedarse también.

Cuando Gayo se enteró del decreto, partió de inmediato hacia Roma para sorpresa de todos; estaba indignado por el trato que le había dispensado el Senado y demandaba explicaciones de lo ocurrido. Sus enemigos aprovecharon la ocasión para desacreditarlo y el pueblo lo miró asimismo con desconfianza, pues no era habitual que un magistrado en funciones abandonara su cargo sin previa autorización. Finalmente fue obligado a comparecer ante los censores acusado de mala gestión en la provincia. Aunque Graco logró defenderse con éxito de todas las acusaciones, pronto se le imputaron nuevos cargos, a saber: que había instigado una rebelión entre los aliados itálicos y que se hallaba involucrado en la reciente conjuración de Fregelas.

En el año 125 a. C., Fulvio Flaco, entonces cónsul, intentó resolver la disputa entre la comisión agraria y los *socii* ofreciéndoles la ciudadanía romana a muchos de ellos<sup>111</sup>. Creía que, una vez convertidos en ciudadanos, aceptarían con mayor facilidad el

---

<sup>110</sup> Plut. CG 2.5

<sup>111</sup> App. BC 1.21 y 34, Val. Max. 9.5.1

reparto de sus parcelas. A pesar de sus múltiples esfuerzos, esta *lex de civitate sociis danda* no pudo prosperar. Ahora bien, las promesas de Flaco no fueron olvidadas por los aliados itálicos y en la ciudad de Fregelas comenzó a gestarse un levantamiento contra Roma. El intento de sublevación fue aplastado rápidamente por el pretor Lucio Opimio<sup>112</sup>, gracias a la traición de Numitorio Pulo, un nativo de Fregelas que delató los planes de sus conciudadanos a los romanos<sup>113</sup>. Puesto que había sido Flaco quien prometió la ciudadanía a los itálicos sin luego llegar a concedérsela, las culpas por la conjuración recayeron sobre él, aunque los senadores no tardaron en extenderlas también a Graco, a pesar de que éste todavía se encontraba en Cerdeña. Las maniobras de sus detractores fueron en vano y al final Gayo no sólo demostró su inocencia, sino que también consiguió convencer a muchos de que él, como antes su hermano, había sido víctima de las insidias senatoriales<sup>114</sup>.

Limpia su reputación, Gayo decide postularse como candidato a las elecciones al tribunado del año 123 a. C. Su fama se había extendido por toda Italia y una multitud inmensa acudió a Roma con el único propósito de respaldarlo en las votaciones. La afluencia fue tan grande que el Campo de Marte resultó insuficiente para albergarlos a todos, y muchos se vieron obligados a emitir su voto

---

<sup>112</sup> Lucio Opimio ocupó la pretura en el año 125 a. C. y el consulado en el 122 a. C. A pesar de haber cosechado dos importantes victorias en Fregelas y Capua, el Senado se negó a concederle el triunfo alegando que tal honor estaba reservado a aquellos generales que hubieran ampliado los territorios de la República (Liv. *Per.* 60.3., *Vell. Pat.* 2.6.4, *Val. Max.* 2.8.4).

<sup>113</sup> Cic. *Fin.* 5.22.62, *Inv. rhet.* 2.105

<sup>114</sup> “*Quo me miser conferam?*” –decía– “*Quo vertam? In Capitoliumne? At fratris sanguine madet. An domum? Matremne ut miseram lamentantem videam et abiectam?*” (Cic. *de Orat.* 3.56.214).

desde lo alto de los edificios<sup>115</sup>. Naturalmente, su victoria fue aplastante. Ya como tribuno de la plebe, puso en marcha una serie de reformas en la misma línea política que su hermano mayor<sup>116</sup>. Sus dos primeras medidas estuvieron claramente dirigidas contra Marco Octavio, a quien Tiberio había apartado del tribunado, y contra Popilio Lenas, el cónsul responsable de la persecución y ejecución de los partidarios de aquél<sup>117</sup>. La primera establecía que un magistrado destituido por decisión del pueblo jamás podría volver a ocupar otro cargo público; no obstante, a petición de su madre Cornelia, que le suplicó clemencia para Octavio, la ley fue finalmente derogada. La segunda estipulaba que si un magistrado desterraba a un ciudadano sin juicio, el pueblo podría juzgarlo a él con total libertad.

A continuación, introdujo una *lex frumentaria* que garantizaba la distribución de trigo entre la plebe a un precio máximo de seis ases y un tercio<sup>118</sup>. Le siguió la *lex militaris*<sup>119</sup> – fruto, sin duda, de su experiencia en Cerdeña –, que disponía que la vestimenta de los soldados debía ser financiada exclusivamente con fondos públicos, además de exonerar a los menores de 17 años del servicio militar.

---

<sup>115</sup> Plut. CG 3.3

<sup>116</sup> Para introducirse en su labor legislativa o ampliar aspectos concretos, puede resultar útil esta tesis doctoral de 1980 accesible en Internet: Miguel Ángel PEÑALVER RODRÍGUEZ, *En torno a las leyes de Tiberio y Gayo Graco*, Universidad Complutense de Madrid (405 páginas).

<https://docta.ucm.es/entities/publication/3dd889cb-fc66-42ce-92ed-7c66035ef080>

<sup>117</sup> Plut. CG 4.1.3-4

<sup>118</sup> Para la *lex Sempronia frumentaria*, *vid.* ROTONDI (*op. cit.*), pág. 307. Liv. *Per.* 60.7. Los detractores de la ley argumentaron que su implementación resultó en detrimento del erario. (Cic. *Tusc.* 3.20.48, *Off.* 2.21.72).

<sup>119</sup> *Lex Sempronia militaris* (*vid.* ROTONDI, pág. 308)

Luego impulsó una ley sobre los aliados itálicos, otorgándoles el derecho al voto<sup>120</sup>. Una *lex agraria*<sup>121</sup> que reafirmaba las *leges Licinia-Sextiae* al fijar en 500 yugadas el máximo de tierras que se podía poseer del *ager publicus*. Y finalmente una *lex iudiciaria*, que limitaba drásticamente el poder de los senadores en la administración judicial, añadiendo a los tribunales permanentes, que estaban compuestos por trescientos senadores, otros trescientos varones del *ordo* ecuestre<sup>122</sup>. Se cuenta que, al presentar esta última ley, Graco hizo un gesto deliberadamente provocador contra los senadores. Hasta entonces era costumbre en Roma que los oradores, en el momento de declamar, lo hicieran mirando al Senado y al *comitium*; pero él en su discurso se volvió hacia el Foro como si quisiera dirigirse sólo al pueblo<sup>123</sup>.

Con aquel simple cambio de postura, Gayo dejaba claro el nuevo rumbo que pretendía imprimir a la política romana, desplazando con su ley el poder que hasta entonces había ostentado la aristocracia hacia los équites. Puso mucho cuidado en atraerse el favor de esta clase social, dueña absoluta del comercio por aquella

---

<sup>120</sup> H. Mouritsen, «Caius Gracchus and the “cives sine sufragio”», *Historia* 55.4, 2006, págs. 418-425.

<sup>121</sup> *Lex Sempronia agraria* (vid. ROTONDI, pág. 307)

<sup>122</sup> Veleyo Patérculo, sin embargo, da a entender que hubo exclusión senatorial: “Por aquella época Cota confió por igual al orden ecuestre y al Senado la facultad de juzgar que Gayo Graco había sustraído a éste en favor de los caballeros, y Sila había devuelto al senado” (II 32, 3). Para las distintas hipótesis, vid. ROTONDI, págs. 308 y 313.

<sup>123</sup> Plut. CG 5.3. Según Plutarco, Gayo fue el primer orador en adoptar esta costumbre, aunque otras fuentes reportan que fue Gayo Licinio Craso (Cic. *Lael.* 25.96). En cualquier caso, se popularizó a partir de la época graquiana.

época<sup>124</sup>. Dado que la mayoría de publicanos pertenecían a dicho orden<sup>125</sup>, los équitos no sólo dominaban los principales negocios de la *Urbs*, sino que también controlaban los arrendamientos de tributos en las provincias; contar con su apoyo, por lo tanto, implicaba tener acceso a una considerable fuente de recursos, aunque ello redundaba en detrimento de los provincianos, a quienes se les imponían contribuciones excesivas. En cualquier caso, Gayo defendió su reforma argumentando que estaba saneando los corruptos tribunales, y citó los casos de Aurelio Cota, Manio Aquilio y Salinator, acusados que fueron absueltos de sus cargos tras sobornar a los jueces<sup>126</sup>.

Todas estas disposiciones reducían de manera significativa la riqueza y el poder político de la aristocracia senatorial, al tiempo que intentaban solventar el problema existente con el campesinado romano. En este sentido, además de las medidas políticas ya citadas, Gayo propuso la creación de varias colonias y supervisó personalmente la construcción y pavimentación de caminos, así como la instalación de molinos y *horrea* para almacenar el trigo que había prometido<sup>127</sup>. Sabedor además del impacto que sus leyes tendrían entre los senadores, intentó suavizar la cuestión mediante

---

<sup>124</sup> Los senadores se habían visto limitados en las actuaciones comerciales por la *lex Claudia* del año 218 a. C., que les prohibía a ellos y a sus hijos poseer barcos mercantiles con una capacidad superior a las 300 ánforas, facilitando así el ascenso de los équitos en este sector (Liv. 21.63.3-4). Más allá de las consideraciones jurídicas, el comercio era considerado un oficio indigno (Plb. 6.56.1-4).

<sup>125</sup> Cic. *Planc.* 9.23, Liv. 34.16

<sup>126</sup> App. *BC* 1.22

<sup>127</sup> App. *BC* 1.23

la *lex Sempronia de provinciis*<sup>128</sup>, la cual otorgaba al Senado la designación anual de las provincias consulares, que debía realizarse antes de que los comicios tuvieran lugar.

Al año siguiente Gayo es elegido nuevamente como tribuno de la plebe, aunque parece ser que su candidatura no se debió tanto a la propia iniciativa como al compromiso con sus partidarios<sup>129</sup>. Durante las elecciones consulares respaldó a Gayo Fannio, quien, gracias a su influencia, se alzó con la victoria. No obstante, una vez en el cargo, Fannio pronto se apartó de Gayo y el tribuno se vio frente a la oposición del Senado sin ningún apoyo sólido. Ante esta situación, Gayo decide asegurarse el favor del pueblo con más leyes, decretando el establecimiento de más colonias en Tarento y Capua, y otorgando a los aliados itálicos los mismos derechos civiles que ostentaban los ciudadanos romanos de pleno derecho.

Las reformas le granjearon gran popularidad entre los estratos marginales de la sociedad romana. Obreros, soldados, équitos y *socii* se agolpaban a su alrededor esperando obtener algún beneficio de sus leyes. Graco, por supuesto, estaba encantado de contar con el apoyo de tan numeroso grupo y se dice que conversaba con todos ellos de muy buen grado, lo que incomodaba a sus detractores<sup>130</sup>. El Senado, alarmado por todas estas medidas – y especialmente por la

---

<sup>128</sup> Vid. ROTONDI (*op. cit.*), pág. 311. Cic. *Dom.* 9.24, *Balb.* 27.61

<sup>129</sup> Plut. CG 8.2-3, App. BC 1.21. Apiano señala que, en algún momento después de la muerte de Tiberio, se aprobó una ley que permitía al pueblo elegir a un tribuno de entre todo el cuerpo de ciudadanos en caso de no haberse completado las diez candidaturas, de manera que Gayo fue designado para el cargo aun sin haberse presentado. Antes de esta, la *lex Trebonia* del 448 a. C. ya establecía la obligatoriedad de elegir a diez hombres (Liv. 3.65.3-4).

<sup>130</sup> Plut. CG 6.4

concesión del derecho al voto de los itálicos —, decidió adoptar una estrategia diferente para desbaratar la influencia de Gayo antes de que se convirtiera en un problema. Así pues, en lugar de enfrentarse a la plebe, optaron por complacer algunas de sus demandas a fin de atraer su simpatía y al mismo tiempo ir socavando la autoridad de Graco. Para ello recurrieron a la figura de Livio Druso<sup>131</sup>, un tribuno de gran elocuencia y prestigio. Movidó por los celos que sentía hacia Gayo, Druso aceptó aliarse con los senadores y desde ese día se encargó de poner todo tipo de trabas a las reformas de su colega<sup>132</sup>. Cada vez que éste proponía alguna medida próxima a la causa popular, el Senado alababa su disposición y sus buenos sentimientos para con el Estado, pero cuando Gayo aparecía con un proyecto similar, enseguida era rechazado y censurado.

Gracias a la actuación de Druso, la plebe comenzó a recuperar la confianza en el Senado y las relaciones entre ambos se suavizaron progresivamente. Como tribuno, impulsó la creación de doce colonias, a las cuales se destinarían tres mil ciudadanos empobrecidos; suprimió los tributos para los nuevos terratenientes que accedían a sus propiedades y decretó la prohibición de golpear a cualquier latino con varas incluso dentro del ejército<sup>133</sup>. Druso

---

<sup>131</sup> Marco Livio Druso, tribuno de la plebe en 122 a. C. y cónsul diez años después. Se enfrentó a la tribu de los escordios en Macedonia, victoria que al parecer le valió un triunfo. En el 109 a. C. fue elegido censor y falleció mientras aún ejercía la magistratura (Plut. *Quaest. Rom.* 50). Su hijo, del mismo nombre, también ocupó el cargo de tribuno de la plebe y su asesinato precipitó la Guerra Social.

<sup>132</sup> App. BC 1.23, Tac. *Ann.* 3.27, Plut. CG 8.5-6. Los magistrados podían ejercer su derecho al veto sin alegar ningún motivo.

<sup>133</sup> Parece que éste era un castigo disciplinario muy extendido en los campamentos. Los soldados romanos, en cambio, eran golpeados con una vara de vid llamada



aparecía ahora como un magistrado noble y desinteresado, pues no proponía nada en su propio beneficio, en tanto que Gayo, por el contrario, se había colocado a sí mismo al frente de los asuntos más importantes y no dejaba nada en manos ajenas.

Mientras la popularidad de Gayo menguaba, uno de los otros tribunos de la plebe, Rubrio, propuso el establecimiento de una colonia en Cartago, atraído por la célebre fecundidad de aquel territorio<sup>134</sup>. El asunto se resolvió por sorteo y Gayo y Fulvio<sup>135</sup> fueron elegidos para organizar el asentamiento, destinando con ellos a tres mil colonos<sup>136</sup>. Desembarcaron entonces en las costas de Libia y procedieron a trazar la ciudad —a la que llamaron Junonia<sup>137</sup>— sobre el antiguo emplazamiento de Cartago. Al parecer, los ritos fundacionales de la colonia estuvieron rodeados de diversos incidentes que los augures interpretaron como señales de malos presagios<sup>138</sup>. Muchos afirmaban que el lugar estaba maldito,

---

*vitis*, de acuerdo con lo dispuesto en la *lex Porcia* (Liv. Per. 57.4, Cic. Rab. Post. 4.12).

<sup>134</sup> Plut. GC 10.2, Liv. Per. 60.8

<sup>135</sup> Fulvio también se desempeñaba como tribuno de la plebe durante ese año, algo inusual en el *cursus honorum*, pues ya había ocupado el consulado anteriormente.

<sup>136</sup> De algunos autores se desprende que el sorteo pudo haber sido manipulado para apartar a Gayo y a Fulvio de la esfera pública durante algún tiempo (App. BC 1.24).

<sup>137</sup> En honor a la diosa Juno, esposa de Júpiter, quien, junto a Minerva y el propio Júpiter, formaba parte de la tríada capitolina. La tradición romana le atribuía un vínculo espacial con la ciudad de Cartago, *vid.* Verg. *Aen.* 1.12-16.

<sup>138</sup> Según dictaba la ley religiosa, para fundar una colonia era necesario realizar previamente una *auspicatio* (Cic. Leg. agr. 2.31, Phil. 40.102). En cuanto al poder de los augures para intervenir en cualquier asunto público: “*Quid enim maius est, si de iure quaerimus, quam posse a summis imperiis et summis potestatibus comitiatus et concilia uel instituta dimittere, uel habita rescindere? Quid grauius quam rem susceptam dirimi, si unus augur 'alio die' dixerit? Quid magnificentius quam posse decernere, ut magistratu se abdicent consules? Quid religiosius quam cum*

recordando las palabras que había pronunciado Escipión tras destruir la ciudad<sup>139</sup>. Los detractores de Graco, por su parte, difundieron relatos aún más extraordinarios y llegaron a afirmar que unos lobos habían sustraído las estacas para delimitar la colonia y las habían esparcido.

Mientras esto ocurría en África, en Roma la situación se tornaba cada vez más tensa. Livio Druso había aprovechado la ausencia de Fulvio para difamarlo públicamente, reavivando las sospechas sobre su implicación en las revueltas de los *socii*. La conducta extremista que el tribuno había observado hasta ese momento parecía dar pábulo a los rumores en su contra y muchos terminaron creyendo las acusaciones de Druso. Al enterarse de estos hechos y tras resolver cuanto pudo en la colonia, Gayo regresó a Roma para hacer frente a las hostilidades contra su causa. A la larga lista de enemigos que había ido acumulando —entre los que ya figuraban varios prohombres de la *Urbs*<sup>140</sup>—, se sumaba ahora la figura de Lucio Opimio<sup>141</sup>. Éste le guardaba un profundo rencor al partido de Gayo por su supuesta participación en la conjura de Fregelas, y a esa animosidad política se añadía además cierto resentimiento personal, pues Opimio había perdido las elecciones consulares frente al candidato de Gayo, Fannio. El antiguo pretor

---

*populo, cum plebe agendi ius aut dare aut non dare? Quid, legem si non iure rogata est tollere, ut Titiam decreto collegii, ut Liuias consilio Philippi consulis et auguris? Nihil domi, nihil militiae, per magistratus gestum, sine eorum auctoritate posse cuiquam probari?"* (Cic. Leg. 2.12.31).

<sup>139</sup> App. Pun. 135

<sup>140</sup> Entre ellos se encontraba Décimo Junio Bruto, fundador de Valentia (Oros. 5.12.7), y Quinto Elio Tuberón (Cic. Brut. 117), sobrino de Escipión Emiliano.

<sup>141</sup> Vid. Nota 111.

fue consolidando poco a poco su lugar dentro de la oposición a Graco, y nadie albergaba la más mínima duda sobre quién sería el próximo cónsul.

Ahora bien, Gayo no permaneció ocioso: consciente de la importancia de fortalecer sus apoyos de cara a las futuras elecciones, intensificó sus esfuerzos con el propósito de atraer a un mayor número de votantes. Así pues, al volver de Cartago, lo primero que hizo fue dejar su residencia en el monte Palatino y mudarse a una vivienda más modesta en las inmediaciones del foro, donde residían gentes humildes<sup>142</sup>. Impulsó entonces el resto de sus reformas, muchas de las cuales conocemos de manera fragmentaria o indirecta<sup>143</sup>, procurando siempre mantener a sus principales aliados cerca de él.

Al Senado, como ya se ha mencionado, le inquietaba especialmente la cuestión de los itálicos. La concesión de la ciudadanía romana había sido durante mucho tiempo una herramienta fundamental para asegurar la lealtad y estabilidad de los territorios dominados; al dispensarla de forma indiscriminada, se corría el riesgo de desvirtuar su verdadero valor y, a la larga, la ciudadanía dejaría de ser considerada un privilegio. Consciente de esta amenaza y decidido a deshacerse de las inoportunas alianzas que mantenía Gayo con los *socii*, el Senado persuadió al cónsul

---

<sup>142</sup> Plut. GC 12.1

<sup>143</sup> Es el caso de una *lex Sempronia* mencionada únicamente por Cicerón y que sirvió de base a Sila para la redacción de su *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (Cic. Clu. 55.151). También conservamos una intervención de Gayo en contra de la *lex Aufeia*, la cual, según parece, versaba sobre los asentamientos romanos en Asia (Aul. Gell. 11.10).

Fannio para que decretara la expulsión de Roma de todo aquel que no fuera ciudadano<sup>144</sup>. Gayo, indignado, respondió lanzando un decreto propio en el que instaba a los aliados itálicos a permanecer en la ciudad y les prometía su respaldo. La oportunidad para demostrar aquellas palabras, sin embargo, no tardó en presentarse: uno de sus amigos itálicos fue arrastrado por los servidores del cónsul y Gayo, que pasó a su lado, se vio incapaz de intervenir, ya sea porque en el fondo era consciente de su débil posición, ya porque temía ofrecer a sus enemigos la ocasión de un enfrentamiento justificado. Independientemente de cuáles fueran las razones, lo cierto es que aquel desaire decepcionó a gran parte de sus partidarios, y la honradez de Gayo fue puesta en duda.

Finalmente se celebraron las elecciones al tribunado y Gayo no consiguió ser reelegido. En este punto las fuentes difieren según sus propios intereses: unos afirman que fue derrotado de forma legítima, pues Druso había logrado socavar casi toda su popularidad y la mala gestión del asunto de los itálicos seguía pesando sobre sus electores; otros, por el contrario, aseguraban que las votaciones habían sido amañadas por sus celosos enemigos, quienes le estaban negando al 'campeón del pueblo' su tercer tribunado<sup>145</sup>. Tal como se esperaba, Lucio Opimio fue elegido cónsul junto a Fabio Máximo Alobrógico<sup>146</sup>. Investido ahora con la magistratura suprema, se proponía derogar todas las disposiciones graquianas contando para ello con el respaldo del tribuno que había

---

<sup>144</sup> Plut. GC 12.2-3

<sup>145</sup> Plut. GC 12.4

<sup>146</sup> Uno de los sobrinos de Escipión Emiliano.

sucedido al propio Gayo, un tal Minucio<sup>147</sup>; el nuevo orden político quedaba así en manos de sus más acérrimos adversarios.

En cualquier caso, Gayo no aceptó los resultados y el día en que se iba a proceder a la abolición de la *lex Rubria*<sup>148</sup> ocupó el Capitolio junto a los suyos. Quinto Antilio, un hombre sobre cuya identidad las fuentes no se ponen de acuerdo<sup>149</sup>, se encontraba realizando un sacrificio en el pórtico del edificio donde tenía lugar la reunión. La tensión del momento era insoportable, y ya fuera por una mala mirada o por un comentario desafortunado, Antilio acabó siendo asesinado por los hombres de Gayo, que habían acudido armados ante el temor a un enfrentamiento. Al percatarse de lo que acababa de suceder, el pánico estalla entre los presentes y Gayo junto con sus partidarios se ve obligado a retirarse apresuradamente del monte.

Las noticias no tardaron en llegar a oídos de Opimio, quien convocó al Senado en el templo de Cástor y Pólux para deliberar sobre los acontecimientos. El cadáver de Antilio fue traído y presentado oportunamente ante los senadores para luego ser expuesto en el foro como símbolo de la desvergüenza de Gayo. Este gesto, sin embargo, causó desagrado entre muchos, pues recordaban cómo, tras el asesinato de Tiberio Graco —un magistrado de la República a fin de cuentas—, no se le había mostrado una deferencia

---

<sup>147</sup> Oros. 5.12.5, Flor. 2.3.4

<sup>148</sup> Vid. ROTONDI (*op. cit.*), pág. 310. Ley promovida por el tribuno Rubrio para establecer la colonia de Gayo en Cartago. Años más tarde, Julio César retomaría este proyecto (Plut. *Caes.* 57.8, App. *Pun.* 136, Cass. Dio. 43.50.3-5).

<sup>149</sup> Algunos lo describen como un lictor de Opimio (Plut. *GC* 13.3), otros como un seguidor de Graco (App. *BC* 1.25) e incluso hay quienes lo señalan como familiar suyo (Diod. 34.28a).

semejante a la que ahora se dispensaba a un simple particular, sino que su cuerpo vejado había sido lanzado a las aguas del Tíber. Por esta razón, algunos de los que habían abandonado a Gayo reconsideraron su postura, y regresaron a su lado para oponerse a los senadores.

Al día siguiente Fulvio y Gayo se apresuraron a ocupar el Aventino<sup>150</sup>, convencidos de que, al hacerlo, el Senado no tendría más opción que negociar con ellos. Una vez reunidos todos sus partidarios, acordaron enviar al foro al hijo menor de Fulvio, Quinto, con una propuesta de conciliación. El joven se presentó en el templo de Castor y Pólux y transmitió el mensaje de los gracanos. No obstante, los senadores insistieron en que antes de cualquier acuerdo debían comprometerse a deponer las armas, presentarse ante ellos y entregar a los culpables de cualquier delito para su juicio; sólo entonces considerarían sus peticiones.

La respuesta no fue bien recibida en el Aventino y enviaron nuevamente a Quinto con los mismos términos. El Senado, entendiendo que no existía otra manera de resolver la crisis, decretó el primer *senatus consultum ultimum*<sup>151</sup>, invistiendo al cónsul con poderes excepcionales para poner fin al conflicto; como indicaba el propio llamamiento, la estabilidad de la República debía preservarse a cualquier precio. Así, Opimio, amparado por esta nueva

---

<sup>150</sup> Esta elección no parece ser causal: la última *secessio plebis* del año 287 a. C., en la que el Senado reconoció la fuerza de ley de los *plebiscita*, tuvo lugar precisamente en ese monte.

<sup>151</sup> Cic. *Cat.* 1.2.4. Tres veces más emitió la República un *senatus consultum ultimum*: en el año 77 a. C., cuando Emilio Lépido marchó con sus tropas sobre Roma; en 63 a. C. para refrenar la conjuración tramada por Lucio Sergio Catilina; y en 49 a. C., cuando César cruzó el Rubicón y dio inicio a la segunda guerra civil.

autoridad, ordenó el aprisionamiento del hijo de Fulvio y marchó contra el Aventino al frente de una multitud de hombres armados.

Se desató entonces una violenta represión, semejante a la que había ocurrido años atrás en el Capitolio. Cientos de seguidores de Graco fueron abatidos<sup>152</sup>. El propio Fulvio, atrapado junto a su hijo mayor mientras intentaban encontrar refugio, acabó degollado. Gayo, por su parte, escapó de sus perseguidores y huyó hacia el bosque sagrado de la diosa Furina. Finalmente fue alcanzado y asesinado, ya fuera a manos de sus enemigos o, según algunas versiones, por su propio esclavo, a quien habría suplicado que le diera muerte para evitar la captura<sup>153</sup>. Tampoco respetaron su cadáver: como Opimio había puesto precio a las cabezas de Fulvio y Gayo en función del peso, un tal Septimuleyo le cortó la suya, la vació y la rellenó con plomo para aumentar su peso<sup>154</sup>. Los cuerpos fueron arrojados al río Tíber y sus propiedades confiscadas para engrosar el erario<sup>155</sup>.

Lo que comenzó como una disputa política derivó muy pronto en un hostigamiento privado: se prohibió a las viudas de los caídos guardar luto y Licinia, la esposa de Gayo, se vio despojada de su dote. Todos los seguidores de Graco sufrieron entonces una implacable persecución por parte del cónsul<sup>156</sup>. El hijo menor de Fulvio, apresado por Opimio, corrió la misma suerte que su padre y su hermano. Unos fueron hechos prisioneros, otros llevados a juicio,

---

<sup>152</sup> Vell. Pat. 2.6.4

<sup>153</sup> Plut. GC 17.3, Val. Max. 6.8.3, Plin. NH 33.14.48

<sup>154</sup> Flor. 2.3.6

<sup>155</sup> Plut. GC 17.5

<sup>156</sup> Vell. Pat. 2.7.3 y 6, Oros. 5.12.9-19

mientras que algunos como Herenio Sículo<sup>157</sup> prefirieron la muerte antes que enfrentar el castigo.

En recuerdo de estos acontecimientos, Opimio ordenó la construcción de un templo dedicado a la Concordia, un gesto que le valió numerosas críticas. Su actuar durante todo este periodo fue duramente desaprobado por la población, pues más que actuar en defensa del Estado parecía impulsado por un afán de revancha. Con el paso de los años, el escaso prestigio que conservaba por su consulado se desmoronó por completo: enviado como embajador ante el rey de Numidia, Yugurta, fue acusado a su regreso de haber aceptado sobornos y, ante el escándalo, decidió exiliarse en Dirraquio, donde vivió hasta el fin de sus días siendo despreciado por sus contemporáneos<sup>158</sup>.

Liberados del miedo y el rencor, los habitantes de Roma comenzaron a tomar conciencia de lo sucedido y, poco a poco, a compadecerse del destino de los dos hermanos. Su memoria fue rehabilitada e incluso enaltecida. En su honor se erigieron numerosas estatuas en los espacios públicos de la ciudad y se consagraron los lugares donde había perecido cada uno. Su imagen alcanzó la fama de personajes como Coriolano y, al igual que sucedió con él, la percepción sobre su legado generó controversia: para algunos, los Gracos eran los campeones supremos del pueblo romano, impulsores de unas reformas destinadas a salvar a la plebe de su precaria situación; para otros, unos jóvenes con una excelente

---

<sup>157</sup> Val. Max. 9.12.6, Vell. Pat. 2.7.2

<sup>158</sup> Plut. GC 18.1, Sal. *Iug.* 16.1-4, Cic. *Sest.* 67.140



parentela que habían escogido el camino equivocado, convirtiéndose en sediciosos dispuestos a emplear cualquier medio lícito o ilícito para alcanzar sus objetivos.

### 3. EL SIGLO DE LAS LUCES

Sorprende que **Montesquieu** (1689-1755) no aborde siquiera sucintamente las acciones de los hermanos Graco en una obra como sus *Consideraciones*<sup>159</sup> de 1734 que, ya desde su título, promete hablar sobre las causas de la decadencia de Roma; máxime cuando tantos estudiosos de la Historia señalan este momento como el ‘principio del fin’, al menos del esplendor de la República como modelo político. Mas en ella sí anticipa algunas líneas de lo que luego será la principal crítica anti-graquista articulada en su monumento de *El espíritu de las leyes* catorce años después. La verdaderamente demoledora –siquiera para Secondat, pero también para su propio impulsor<sup>160</sup>– de entre las reformas de los Graco (que él atribuye a Tiberio, pero que tal vez corresponda más bien a Gayo), fue la sustracción al Senado de su exclusividad en el desempeño del papel de jueces y la atribución de esta prerrogativa a los équites: la clase del dinero y los negocios que Montesquieu pensaba que nunca debió perder su papel de intermediaria entre el pueblo y la *nobilitas* senatorial. Él expresa en uno de sus párrafos redondos de *L’Esprit*

---

<sup>159</sup> *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*

<sup>160</sup> “...aquel tribuno se ufano de haber cortado los nervios del orden de los senadores con una sola rogación” (*El espíritu de las leyes*, Istmo, Madrid, 2002; pág. 273).

*des lois* lo que creyó que representaba esta radical medida: “Cuando los Gracos privaron a los senadores del poder de juzgar, el Senado ya no pudo resistir al pueblo. Así pues, dañaron la libertad de la constitución para favorecer la libertad del ciudadano, pero ésta se perdió con aquélla”<sup>161</sup>. Y remata: *Il en résulte des maux infinis...* Pero su reflexión en este punto trasciende el mero desequilibrio constitucional y abunda también en desconfianza hacia el emergente *ordo equester* como impartidor de justicia por sus dudosas prácticas como arrendadores de tributos –los denostados publicanos–, aunque tal vez también por recelo hacia su entraña comercial en el seno de un pueblo como el romano, que cultivó las frugales virtudes republicanas y que Montesquieu conceptúa como desinteresado de lo mercantil, las técnicas y la navegación. Su compatriota y coetáneo, el historiador Charles Rollin, lamenta con mayor crudeza en su *Historia Romana* (compuesta más o menos a la vez que *El espíritu de las leyes*) el pernicioso efecto que para la República tuvo esta medida de Gayo Graco:

Los caballeros, dueños únicos de los juicios, se hicieron temibles frente a los senadores. Pronto los imitaron y superaron incluso la corrupción y la iniquidad de aquéllos a los que habían reemplazado. Como los arrendatarios de las rentas públicas eran reclutados de su orden, el nuevo poder les facilitó un medio de cometer audaces apropiaciones y de saquear la república con entera impunidad. No se contentaron

---

<sup>161</sup> *Ibid.*

con aceptar regalos por absolver culpables, sino que llegaron a perder a inocentes.<sup>162</sup>

Tampoco **Rousseau** (1712-1778) se demora en *El contrato social* (1762) glosando aspecto alguno de tan importantes sucesos, a pesar de todas las páginas que consagra a la historia y al sistema político y social de los romanos, pueblo al que sinceramente admira. Sin embargo, hay en esta obra fundamental una mención a cierto detalle de la peripecia de los Gracos que no debemos pasar por alto. Aparece la frase en el contexto de la impugnación que lanza el ginebrino contra el sistema parlamentario inglés –situándose así en las antípodas del anglófilo Montesquieu, a quien por lo demás respeta– y, en general, contra cualquier tentación de implantar la representatividad política como base de un sistema que preserve la soberanía y la libertad del pueblo. En plena exposición de la metafísica absolutizante de su típico concepto de “voluntad general”, Rousseau apela al ejemplo histórico de los *comitia tributa*, los concilios de la plebe y de sus tribunos como proto-encarnación de un verdadero poder legislativo:

---

<sup>162</sup> Libro XVIII. Tribunado de Gayo. En una nota a pie de página Rollin informa someramente a sus lectores de la evolución posterior de esta medida: “Los caballeros gozaron del poder que les había asignado Gayo durante dieciséis o diecisiete años hasta el consulado de Servilio Cepión, que les asoció a los senadores. Luego los caballeros fueron repuestos en la plena posesión de la judicatura, que de nuevo fue compartida algún tiempo después entre caballeros y senadores hasta Sila, quien privó enteramente de ella a los caballeros”.

La idea de los representantes es moderna; nos viene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degrada y el hombre se deshonra. En las antiguas repúblicas, y aun en las monarquías, jamás el pueblo tuvo representantes. Es muy singular que en Roma, en donde los tribunos eran tan sagrados, no hubiesen jamás intentado prescindir de un solo plebiscito. Y júzguese, sin embargo, de los obstáculos que a veces ocasionaba la turba, por lo que sucedió en tiempo de los Gracos, en que una parte de los ciudadanos votaba desde los tejados. Donde el derecho y la libertad lo son todo, los inconvenientes no significan nada. En ese pueblo sabio todo estaba en su justa medida. Dejaba hacer a sus lictores lo que los tribunos no hubieran osado llevar a cabo, porque no temía que aquéllos quisieran ser sus representantes.<sup>163</sup>

El barón de la Brède, lector de Tácito, había situado muy bellamente en *L'Esprit des lois* el origen de su admirado sistema inglés en los bosques de Germania. Pero Jean-Jacques lo entronca con el que tiene por peor de los gobiernos, porque el fiel de la balanza lo constituye para él la detestable representatividad. He ahí el gran punto de desencuentro entre la tradición republicana francesa (o al menos la más utópica y *ginebrina*) y su paralela estadounidense. Sin embargo, el sueño de la democracia pura que Rousseau podría haber palpado en la cotidianidad de los cantones

---

<sup>163</sup> J.-J. Rousseau, *El contrato social*, libro tercero, capítulo 15 (UNAM, México, 1984; págs. 125-126).

helvéticos, malamente encaja con la experiencia romana en un momento en el que no se sabía adaptar la constitución descrita por Polibio de una idealizada ciudad-estado al fenómeno sobredimensionado de un imperio como el del siglo II a. C. La propia escena puntual de Gayo Graco, con las gentes de los campos y los municipios itálicos acudiendo en masa a la metrópoli y desbordando los lugares habilitados para ejercer el sufragio en un momento acuciante para sus intereses, revela *a contrario* la realidad del día a día comicial: con escasa asistencia a las convocatorias por lo general, livianos controles de identificación y quórum, sobornos, espectáculos gratuitos y dádivas interesadas como práctica aceptada y aceptable. Y es curioso que el rousseaunianismo francés llevado a su radicalidad política por Robespierre desembocara, como su modelo romano, en un trono imperial que pusiera orden en la entropía que generaba su propio caos. No es que Rousseau, devorador de libros, ignorase o no fuera consciente de las dificultades estructurales que estaban llevando a un callejón sin salida a la República romana tardía. Al contrario, en *El contrato social* deja constancia de estar informado por las fuentes y la historiografía de las disfunciones que se presentaron a la hora de lidiar con las imprevisibles asambleas, la compra de sufragios, los sobornos y corruptelas, las intimidaciones, la adopción del voto secreto, etc.; pero su ejercicio de voluntarismo es constante a la hora de presentar como acicate de venideras democracias el empeño de los romanos en dar la voz al pueblo sin que nadie suplantara su soberanía hasta que las usurpaciones lo hicieron imposible precipitándose al fin Roma en las monarquías de facto de Sila, César o Augusto.

La Revolución norteamericana, igual de dependiente que el primer republicanismo francés de los modelos ideales clásicos, revela, sin embargo, su vocación moderada y representativa, por ejemplo, en el abordaje que hizo el presidente **John Adams** (1735-1826) del episodio de los Gracos en su *Defensa de las constituciones de gobierno de los Estados Unidos de América*, elaborada en Londres en 1787 para refutar a Turgot. Su exposición en forma epistolar de las vicisitudes de la República romana –guiado por la obra del historiador y filósofo escocés Adam Ferguson, como él mismo declara– acierta en buena medida al desgranar las causas de largo alcance que prepararon las acciones de los nietos del Africano y toda la agitación que las rodeó. Considera así que las brillantes conquistas en el exterior se correspondieron en el seno de la sociedad romana con corrupción, choque de intereses egoístas y un malestar cuya nueva dialéctica de clases evocaba los tiempos ya pretéritos del enfrentamiento entre patricios y plebeyos; todo además sobre un peligroso fondo de infatuación creciente de los nobles y de unas masas cada vez más expuestas al envilecimiento, los tumultos políticos y las promesas de cabecillas de facción. Pero su enfoque intenta ser realista, más allá de que coincida con las concepciones típicas de un estadista liberal de primera hora: en los estados prósperos que han adquirido además un tamaño importante, es un hecho que ha de haber una élite acaudalada cuyo estatus y superior educación le reservan casi de forma necesaria las posiciones de preeminencia y buen gobierno, en tanto que a los

pobres les compete dedicarse al igualmente necesario trabajo<sup>164</sup>. Tiberio Graco debió detenerse y renunciar a su propósito de obtener del pueblo la reactivación de las leyes de reparto del *ager publicus* en cuanto vio que el veto de su colega se interponía como inamovible. Por lo demás, su proyecto era, según nuestro autor, inviable y la pertinacia del Senado en su rechazo, lógica: comprometía la propiedad privada y los intereses de un gran número de principales que habían consolidado su dominio con el paso de los años o lo habían heredado de sus antepasados; y situaba sobre esos fundos a gentes sin cualificación. Salvando las distancias de mentalidad y época, el de John Adams es un razonamiento parecido al del citado erudito francés Charles Rollin, cuando en su *Historia Romana* sostiene que la posesión dilatada de las fincas había cubierto las injusticias originales que sin duda pudieron darse, pues con razón a la prescripción se la llama “patrona del género humano”. Y erraba Tiberio si creía que los ricos iban a dejarse despojar tranquilamente de sus haciendas, de forma que lo que estaba haciendo en realidad era armar a unos romanos contra otros. Para apoyarse, Rollin recurre al gran tratado ético de Cicerón *De officiis*, del que reproduce en una nota estas palabras del Arpinate con las que parece identificarse: “Los que intentan reformas agrarias para echar a los poseedores de sus haciendas... éstos minan los fundamentos de la República: primero la concordia, que no puede darse cuando a unos

---

<sup>164</sup> Adams destaca con cursivas en su libro estas palabras, que parafrasea de Ferguson: “The distinctions of poor and rich are as necessary, in states of considerable extent, as labour and good government. The poor are destined to labour; and the rich, by the advantages of education, independence and leisure, are qualified for superior stations” (Carta LII, página 360 del primer volumen de la edición de 1787).

les quitan el dinero y a otros se lo condonan; luego la justicia, que es del todo suprimida si se impide que cada uno tenga lo suyo. Esto es, pues, lo propio de un estado y una ciudad: que cada cual sea libre de conservar lo suyo sin peligro alguno... ¿Qué justicia hay en que un campo poseído muchos años antes e incluso siglos, lo tenga quien nada tuvo y lo pierda el que lo tenía?"<sup>165</sup> Con todo, Rollin no deja de lamentar la veleidat de la plebe y los méritos desperdiciados hasta su mismo final de estos hermanos singulares, ni tampoco de censurar la disposición moral y las crueldades de un colegio senatorial desmerecedor de su antiguo prestigio, concluyendo la reflexión con un "Los Gracos defendieron una mala causa por las vías por las que el Senado debería haber defendido la buena". Y para terminar también con John Adams, cumple decir que él ve especialmente reprobable la transgresión constitucional y el desprecio del imperio de las leyes por parte de un partido exaltado al que no frena ni la santidad del tribunado de la plebe, sino que se aboca a una pendiente de violencias, personalismos y tensiones contrapuestas cuyo relevo pasa por Gracos, Marios, Silas y Césares hasta la definitiva *catastrophe*, que desde el principio achaca a "imperfections in their *balance*" (en cursiva esta palabra).

---

<sup>165</sup> La cita entresacada por Rollin de *Off.* 2, 78 y 79 es: "*Qui... agrariam rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur... [ii] labefactant fundamenta reipublicae, concordiam primum, quae esse non potest, quum aliis adimuntur, aliis condonantur pecuniae, deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cuiusque custodia... Quam habet aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat, qui autem habuit, amittat?*"



Hemos visto que, en lo referente a la República, John Adams no escogió mal mentor (para otros ámbitos de la historia universal, el presidente declara también sus distintas influencias). La flamante *Historia del progreso y la terminación de la República romana* (1783), de **Adam Ferguson** (1723-1816), gozó enseguida de popularidad y de ediciones sucesivas en diversas lenguas. Además, ya intuimos de todo lo dicho que su autor sostuvo pareceres políticos, sociales y morales que se pueden considerar afines a muchos postulados de los “Padres fundadores” de la nación estadounidense. Y como parece lógico desde el propio título del libro, el filósofo escocés dedica un considerable número de páginas a tratar de dilucidar los hechos, las razones y el contexto de las iniciativas de los Gracos y sus partidarios. A lo que ya sabemos por la pluma de John Adams, se une esta impresión general de Ferguson: “Ambos, Senado y pueblo, habían sido empujados a actos de violencia que ofendían las leyes y la constitución de su país”. Y para ambos tiene reproches: la facción popular se dejó llevar por la impaciencia; en lugar de probar suerte en una nueva elección, eligió un camino que claramente abocaba a una usurpación final de carácter demagógico. Y el Senado tampoco confió en los propios medios legales de reaccionar: su determinación violenta de salvar *in extremis* la República, dejó un estado con plomo en las alas. Su intento de recoger algunas velas manteniendo la comisión agraria con Fulvio Flaco y Papirio Carbón o facilitando un exilio encubierto para Escipión Nasica anunciaba negros nubarrones. Los comisionistas alborotaron el avispero de los conflictos de propiedad del *ager publicus*, dando y quitando sin lograr contentar a nadie. Después Gayo prosiguió en la labor de

zapa de todas las prerrogativas de los aristócratas para reforzar el poder de las asambleas populares, y se lanzó a la vez a una carrera de obras útiles que quedaron en la nación. Su oratoria incluía la adulación, las bufonadas y la sátira, y su medida estrella contra el senado consistió en reclutar los jueces del orden ecuestre exclusivamente, lo que incrementó la corrupción de las costumbres y el desorden general, reaccionando el Senado con el órdago del tribuno Livio Druso. De ahí a la ocupación del Aventino por la facción popular y al *senatus consultum ultimum*, ya fue todo una cadena de despropósitos. Ferguson justifica la represión sangrienta del Senado y los magistrados ordinarios como la única forma de hacer frente a la insoportable violencia a la que se había entregado finalmente el partido de la plebe. De hecho, se pudo luego reconducir la situación, recobrar la autoridad, la supervisión y las atribuciones senatoriales, restituir lo arrebatado a los nobles y restaurar el orden público. Hasta en los tribunales de justicia, asignados a los caballeros, parecía poderse aspirar al deseable *balance* entre clases y rangos de ciudadanos, y la persecución de los restos del partido de los Gracos pudo más o menos cohonestarse con el mantenimiento de sus reformas. Y el lector entenderá por qué ponemos fin al comentario sobre Adam Ferguson con esta frase suya: “About this time appeared in the assemblies of the People the celebrated Caius Marius...”

En la *Defensa* del presidente John Adams había una nota de cierre conteniendo una misiva enviada por éste en 1782 al **Abate**

**Mably** (1709-1785), historiador francés muy renombrado entonces, en la que con cortesía y prolijidad le advierte de lo compleja y aventurada que puede resultar su pretensión de abordar la historia completa de la flamante Revolución Americana. Gabriel Bonnot de Mably fue junto con Rousseau uno de los autores que más influyó en el devenir del proceso revolucionario francés, sobre todo entre el sector más radical e ideologizado, plenamente imbuido también de modelos grecolatinos. Debieron de convencerle las razones detalladas por Adams en su carta, porque modificó su intento convirtiéndolo al final en unas observaciones (tal y como le dejaba caer el propio Adams) semejantes a las que había dedicado a griegos y romanos en los inicios de su trayectoria como politólogo. En cualquier caso, *Observations sur le gouvernement et les lois des États-Unis d'Amérique* (1784), dirigida a John Adams, fue su última obra y su fallecimiento al año siguiente habría impedido llevar adelante cualquier gran proyecto 'americano' si lo hubiera abordado. Es curioso que en el ensayo finalmente publicado aparece una funesta predicción con mención incidental de nuestros protagonistas los Gracos, pues el peso de los moldes clásicos siguió haciéndose evidente hasta el final en el pensamiento político del abate Mably. La alusión no deja bien a los hermanos:

La República romana se perdió desde que las leyes y las costumbres entraron en contradicción. Apenas os hará falta un Graco, es decir, un ambicioso hábil o un orador apasionado para alzar a unos ciudadanos contra otros y arrojarlos a una

anarquía de la que no se suele salir si no es para experimentar los rigores del despotismo. Tal es, señor, la catástrofe que temo. ¿No haréis leyes en vano si no están apoyadas por buenas costumbres?<sup>166</sup>

Es chocante que este paladín de la virtud republicana, martillo de lujos y vicios civiles y defensor de un severo control de la apropiación privada del terreno rústico, nunca se sintiese solidario y ni siquiera preocupado por la lucha de Tiberio y Gayo Sempronio Graco. Su primera obra de éxito tras dejar la vida pública y consagrarse al estudio fue *Parallèle des Romains et des François par rapport au gouvernement* (1740), y en ella ya arranca su tratamiento del episodio gracano con esta descalificadora afirmación:

La ambición podía mostrarse con mayor decencia excitando los conflictos populares. Había en la República [romana] un cierto genio que era obra de las primeras disensiones y que no sólo podía volver excusable a un tribuno sedicioso, sino hacerle incluso pasar por vengador de la justicia y las leyes. Los Gracos quisieron dominar: estos políticos peligrosos advirtieron la contradicción reinante entre las nuevas costumbres y las antiguas leyes y aprovecharon este vicio del gobierno para someter la República.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> G. B. de Mably, *Observations sur le gouvernement et les lois des États-Unis d’Amérique*, carta IV; págs. 164 y 165 de la edición francesa de 1784.

<sup>167</sup> G. B. de Mably, *Parallèle des Romains et des François par rapport au gouvernement*,

Su duro análisis prosigue en *Parallèle des Romains...*, y la semblanza que va haciendo de Tiberio es la del carrerista ansioso y fingidor que pone sus muchas cualidades (elocuencia, idealismo, compasión astutamente combinados con timidez y moderación), que sabía que seducían al pueblo, al servicio de revanchas personales y de un liderazgo cada vez más temible y reivindicativo que cundía veloz entre la plebe. Gayo, en cambio, sin gozar de esas dotes ni de ese suave sentimiento, sí tenía la pasión de vengar a su hermano y de atravesar los obstáculos, no de levantarlos, como dice Mably: “Se convirtió en el árbitro de la República y todo cambió de rostro. El pueblo dominó, la nobleza se vio sobrepasada, ésta dio muerte al tribuno y retomó su autoridad”. A partir de ahí comenzó un turno de forcejeos entre el poder del pueblo y el del Senado, que no fue en realidad una alternancia de régimen entre aristocracia y democracia, sino entre dos tiranías hasta dar irremisiblemente con el peor despotismo. Todavía tuvo ocasión el abate Mably de ahondar en la pésima opinión que le merecían los Gracos en la obra monográfica sobre historia de Roma que dio a la imprenta once años después: *Observations sur les Romains* (1751). En su libro segundo y bajo la etiqueta “Affaires des Gracques”, vuelve a aparecer este par de sediciosos e intrigantes que armaron a unos romanos contra otros y a los que hubo que perder y destruir: Tiberio, el mayor de Cornelia, del que nos quieren contar que se conmovió al atravesar los campos abandonados de Italia y quiso salvar a Roma del imperio

---

libro II; págs. 223 y 224 de la edición de París de 1740.

desintegrador del lujo resucitando las antiguas leyes, cuando sólo le impulsaba la ambición de atraerse al populacho desde su posición de tribuno para despojar a los ricos y adueñarse de la República. ¿O acaso ignoraba que aquéllos antes la verían hundirse que dejarse arrebatar sus riquezas? Era a la voluntad de Tiberio – sostiene tenaz el abate – a la que debían plegarse las leyes: por eso depuso a Octavio. Creyó haber vencido a los ricos y sólo los exasperó. Para cuando el tribunado recayó en su hermano menor, la plebe ya sólo era una turba envilecida, en parte por la desidia y los intereses particulares de los sucesores de Tiberio, en parte por la prevención hostil del Senado. Así que Gayo enfocó su propia ambición hacia la aventura exterior.

Se habría vuelto tan poderoso como Sila y César... si instruido del fin trágico de su hermano, de sus intereses, de la situación de los romanos y de lo que debía temer de parte de los grandes, hubiese comprendido que todo temperamento arruinaría una empresa tan audaz como la suya y que sólo la fuerza podía hacerla triunfar... Y dejó a sus enemigos un recurso contra los golpes que les quería propinar.

Al final, en la pluma de Mably, sólo quedó un Gayo alborotador de la paz pública mientras se veía como protector del pueblo y al que los ricos tenían tomada la medida. Pero ni éstos pudieron luego alzar el pendón definitivo de la victoria, porque el precio lo pagó la estabilidad de la República sintetizado en esta frase

del *Catilina* de Salustio, que el abate apunta a pie de página: “*Alii sicuti populi iura defenderent, pars, quo senatus auctoritas maxuma foret, bonum publicum simulantes pro sua quisque potentia certabant*”.

*Perturbateur du repos public*. Tal vez Mably no pudo imaginar otro epitafio para el Graco menor, imbuido como estaba de la lectura de Livio y Tácito y rendido al republicanismo lánguido de este último genio, que tildó a ‘Gracos y Saturninos’ de *turbatores plebis*<sup>168</sup>. Con su agudeza habitual, **Joseph de Maistre** (1753-1821), el gran autor reaccionario por derecho, se une en su *Étude sur la Souveraineté* (1797) a las primeras voces que fustigan la ola de pasión por la *libertas* grecorromana que desató los más terribles y ciegos impulsos de la Revolución Francesa. Endosa el calificativo de “pedante” que al abate más rendidamente helenófilo dirigió su ‘conmilitón’ Condorcet<sup>169</sup>, y lo remata con esta gracia: “Dice Mably en algún sitio: *Tito Livio me ha enseñado todo lo que sé de política*. Qué duda cabe de que es un gran honor para Tito Livio, pero lo siento por Mably”. También la referencia de Rousseau a los sufragios emitidos desde los tejados en tiempos de los Gracos, recibe de De Maistre su contundente réplica en el contexto de una desautorización general del *Contrato social*: para él es fácil extasiarse recreando la épica soberanista de votar hasta desde las azoteas, mientras transcurre fuera de foco la prosaica realidad de que abajo en las calles están degollando personas. Su madrugadora crítica del republicanismo clasicista incide, como luego harán Benjamin

---

<sup>168</sup> Tac. *Ann.* 3.27

<sup>169</sup> En su *Vida de Voltaire* de 1791.

Constant, Tocqueville y otros, en el caso omiso que se hace de las masas sobre las que en verdad recae el peso y el dolor de sostener la libertad de una élite: las provincias sometidas a la voracidad sin ley de los procónsules, la sorda servidumbre dentro y fuera de los muros de la metrópoli... Los argumentos son tan contundentes que parece mentira que aquellos filósofos sigan vigentes como clásicos del pensamiento social, y hasta el propio De Maistre encuentra en la Revolución misma la 'reacción' que sorprende a los lectores y que casi podría eximirle de seguir razonando. Como el fragmento que transcribe de un informe presentado desde la tribuna de oradores y en nombre de los tres Comités del gobierno a la Convención Nacional (sesión de 12 de enero de 1795):

En las repúblicas antiguas el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos estaba circunscrito a un territorio muy reducido o a los muros de una sola ciudad. Fuera del recinto de los gobiernos se vivía bajo una sujeción insoportable, y dentro de él estaba establecida la más dura esclavitud junto a una libertad tumultuosa. La dignidad de unos pocos hombres fue elevada sobre la degradación de un grandísimo número. En aquellos contornos cuya libertad tanto hemos alabado porque veíamos al pueblo en un pequeño número de habitantes privilegiados, la palabra *libertad* no se podía pronunciar sin que se estremeciese una turbamulta de esclavos; no se podía pronunciar la palabra *igualdad* sin oír el ruido de sus cadenas; y la *fraternidad* jamás fue conocida en los



países en que unos pocos libres han tenido constantemente bajo su dominio a una masa de hombres condenados a la servidumbre.

Para De Maistre, valedor en su obra del concepto monárquico y de la aptitud natural y ancestral de los pueblos para la libertad a la luz del estudio de sus orígenes y su historia, el advenimiento de República romana o la institución del tribunado, con toda su importancia, no fueron hitos que abrieran vías nuevas a la eclosión de un pueblo dueño de sí mismo y ni siquiera a dotarse de una constitución, sino que sus derechos y lo más genuino de su perdurable organización social estaban definidos desde tiempo inmemorial (o tal vez providencial) y atravesaron incólumes la época de los Reyes, salvando la excepción tiránica de Tarquino y proyectándose de similar manera en la República y más tarde en el Imperio. La revolución republicana no fue tal, salvo un deficiente intento de recobrar lo que siempre había pertenecido a los romanos y fue puesto en peligro por el tirano, pero que acabó en un caos desastroso porque tampoco se había retomado bien. Para afianzar esto último recurre el saboyano al intenso cuadro de la legislación republicana que el sin igual Tácito bosquejó en los pocos párrafos del capítulo 27 del tercer libro de sus *Anales*. Al final, nuestro polemista concluye, entre destellos de erudición y raciocinio, que libres y esclavos, provinciales y romanos vivieron hartos más tranquilos y felices bajo los emperadores buenos y razonablemente también bajo los malos que en los pretendidamente modélicos

tiempos republicanos. ¿Y qué fue por fin de los Gracos? Para cuando aparecieron, dice De Maistre, ni siquiera había ya República...

#### 4. LOS REVOLUCIONARIOS

La Revolución ya había invocado, aunque de manera ambigua, el electrizante nombre de los Gracos: desde el 'aplebeyado'<sup>170</sup> Mirabeau identificándose hiperbólicamente con el mito en su arenga a los marseleses («Cuando espiró el último Graco —les dice— cogió un puñado de polvo y lo arrojó hacia el cielo, y de este polvo nació Mario; Mario, menos grande por haber derrotado a los cimbras que por haber humillado en Roma la aristocracia de la nobleza»<sup>171</sup>); a un Robespierre que igual de enfáticamente se sacude en el club Jacobino las acusaciones de despotismo y demagogia (abril de 1792) de sus rivales partidarios de la guerra: «Leed el periódico de Brissot, y en él veréis que se me invita a no apostrofar siempre al pueblo en mis discursos. Sí, para no pasar por faccioso o por tribuno, es preciso privarse de pronunciar el nombre del pueblo. Se me compara a los Gracos. Con razón se establece semejante comparación. Lo que habrá de común entre aquellos hombres y yo, será quizá el que yo tenga un fin tan trágico como ellos»<sup>172</sup>. Paralelismo tremendo, a la vista de lo que habría de ocurrir, y al que tanto se presta todavía hoy el hado funesto de nuestra pareja de

---

<sup>170</sup> El epíteto se lo puso el prócer ecuatoriano Juan Montalvo.

<sup>171</sup> Alphonse de LAMARTINE, *Historia de los Girondinos* (edición de Madrid de 1877), tomo primero, libro primero, pág. 4.

<sup>172</sup> *Ibid.*, libro catorce, pág. 348.

personajes (la comparación entre los Graco y los hermanos Kennedy ha sido explotada últimamente por varios escritores italianos). Vuelan también, como se ve, cual armas arrojadas sobre los alegatos cruzados de girondinos y montañeses los títulos romanos de “tribuno”, “triunviro” o “dictador” en un sentido similar a cuando se acusan también de “protector” a lo Cromwell...

**Napoleón**, sin embargo, no tuvo reparos en denunciar la contradicción en la que creía que había incurrido la Historia respecto del tratamiento otorgado a las figuras de Tiberio y Gayo. En el Memorial de Santa Elena que compilara su confidente Las Cases, aparece un Bonaparte observador y crítico contrastando la siniestra imagen histórica que de ellos se ofrece a la posteridad (...*des séditieux, des révolutionnaires, des scélérats...*), con esa otra recta, delicada y virtuosa que se escapa de las semblanzas de los hijos de Cornelia ganando a los espíritus magnánimos. Las raíces que descubre el Corso para tan lacerante antinomia bucean en su compromiso por el pueblo frente a un Senado opresor y una nobleza implacable, que temió su ejemplo y talento proyectándose en historiadores parciales que han hecho en cada época pasar la causa popular por despotismo y sus virtudes por crímenes; hasta hoy que podemos pensar y debemos ver por fin a los Gracos bajo una luz favorable. «En esta terrible lucha entre la aristocracia y la democracia que acaba de renovarse en nuestros días —remata desde su ocaso el Emperador—, en esta exasperación de la vieja tierra contra la nueva industria que fermenta en toda Europa, nadie duda de que si la aristocracia triunfara por la fuerza, no mostraría muchos

Gracos aquí o allá, ni los trataría tan benignamente como lo han hecho sus antepasados».

Estos juicios napoleónicos hallan también eco en la voluminosa obra que sobre la Revolución francesa publicó en 1845 el socialista utópico **Étienne Cabet**<sup>173</sup> (1788-1856), promotor luego del pintoresco movimiento de los Icarianos en Norteamérica. También para él los Gracos tienen esa generosidad y grandeza, y su desgracia es comparable en injusticia a la que padecieron Sócrates o Jesucristo, mas a su Historia vienen a rescatar de esa misma calumnia y difamación históricas a otro incorruptible virtuoso por el que Cabet se atreve a comprometer su conciencia: Maximilien de Robespierre.

*Peuple opprimé... Sénat oppresseur...* Napoleón empleó en Santa Elena, para resumir la pasión de los Gracos, expresiones idénticas a las que había puesto en boca de Gayo el dramaturgo **Marie-Joseph Chénier** (1764-1811) en la tragedia que dedicó a este romano y estrenó con aparatoso éxito —y con el famoso Talma en el papel de Fulvius— en el Théâtre Français de París el 9 de febrero de 1792. Tal vez tuvo ocasión de asistir en persona a alguna de sus numerosas representaciones en la capital o en provincias, aunque con mayor seguridad la leería. Chénier fue un revolucionario convencido; su *Carlos IX* había tenido también un resonante debut en 1789 y su impacto acompañó en las almas parisinas los hechos determinantes

---

<sup>173</sup> Reproducidos en las págs. 130-131 del tomo IV de su *Histoire Populaire de la Révolution Française* (1845).

de aquel año. Cordelero entre jacobinos, destacó en la Comuna y en la Convención Nacional; votó la guillotina para Luis XVI pero también el fin de Robespierre, figurando entre los Quinientos durante el Directorio y en el Tribunado hasta su renovación de 1802 cuando el Primer Cónsul lo apartó junto con Benjamin Constant y otros discretos desafectos. Todavía Napoleón le dispensaría algunas prebendas hasta la muerte del literato nueve años después.

Se sabe que el implacable Robespierre salió indignado del teatro en el momento en que oyó al Graco de Chénier pronunciar su hemistiquio más famoso, que desde entonces campea al frente de cada edición: *Des lois, non du sang!* Era el “*Cedant arma togae*” de este *montagnard* templado, por el que pasó en meses de las aclamaciones y las encomiendas oficiales (el 2 de agosto de 1793 la Convención decretó tres representaciones semanales de *Gayo Graco*, *Brutus* de Voltaire y *Guillermo Tell* de Lemierre para edificación del pueblo), a la práctica prohibición de la tragedia. La decepción le llevó a abandonar su asiento en el Comité de Instrucción Pública. Había empezado el Terror y sus ejecutores gustaban de declamar el *Gracchus*, pero al revés: «*Du sang et non des lois!*».

Ése fue el corto recorrido aparente de la primera pieza teatral que abordó el relato de los Gracos. Estudiosos achacan al peso cultural del juicio que sobre ellos manifestó San Agustín (*De civitate Dei* 3.24), el que sobre este impactante episodio de la historia de Roma no hubiese recaído antes un aprovechamiento favorable en obras del pensamiento o del arte de vocación política<sup>174</sup>. Es sólo con

---

<sup>174</sup> Vid. E. Hall y R. Wyles, “The censoring of Plutarch’s Gracchi on the

Chénier con quien los anhelos populares de libertad, equidad, igualdad, república, sacrificio o virtud frente al despotismo aristocrático, la avaricia, la corrupción y la tiranía surgen de las bocas de Gayo o de Cornelia en el escenario vivo de la Revolución francesa. La obra abunda en sentimientos y patetismo que preparan lo romántico, pero acusa también cierto estilo didáctico y engolado de su siglo, y la forma es estrictamente clásica: pareados alejandrinos de rima consonante; el radical Chénier se muestra conservador en su oficio de poeta. Y una afinidad inesperada en la elección del tema, que afectará profundamente la situación personal de nuestro tragediógrafo. También él, como su protagonista, tuvo un *Tiberio*: su hermano André, primogénito y tal vez preferido por las musas a juzgar por el mayor aprecio y fama, pero cuya vida y alta vena poética segó la guillotina dos días antes del fin de Robespierre. La importante posición de Marie-Joseph en los medios revolucionarios fue aprovechada por panfletos enemigos para orquestarle una dura campaña en la que no era asociado precisamente con Gayo, sino con Caín: *Qu'as-tu fait de ton frère?* A ella debemos su lograda *Epístola sobre la calumnia* con la que se pudo defender.

Otro exaltado que bien pudo contemplar absorto alguna de las funciones del *Gayo Graco* fue **François-Noël Babeuf** (1760-1797), el agitador proto-comunista que acabó en la guillotina por su

---

Revolutionary French and Reformist English Stages, 1792-1823" en: J. North & E. Potter (eds.) *The Afterlife of Plutarch*, University of London, 2018; págs. 127-146.

*Conspiración de los Iguales*. Viera la obra o no, lo cierto es que trocó su anterior sobrenombre (Camille, en honor al dictador romano) por el de *Gracchus*, llamó igualmente Caius Gracchus a su hijo pequeño y rebautizó uno de sus libelos como *Le Tribun du Peuple*. Su identificación con nuestros personajes venía, sin embargo, de lejos, pues su sensibilidad hacia lo social y esa férrea actitud reivindicativa que le hacía recalar periódicamente en prisión estaba vinculada con el reparto igualitario de la tierra. Había tenido ocasión de trabajar desde bien joven en la administración señorial y comprendió entonces –según confesión propia– el calado y la materia de los abusos que pronto trató de impugnar entre revolucionarios proyectos de ley agraria y de radicales reasignaciones de terreno. Creía tanto en su delirio, que imitó desastrosamente la muerte autoinfligida del virtuoso Catón de Útica llegando medio muerto al cadalso (27 de mayo de 1797); y la última carta a su mujer e hijos antes de morir destila autenticidad dentro del desvarío por la enorme fe que tiene en que la grandeza de su causa se habría de proyectar en la posteridad, lo que tampoco anega la ternura y el sentimiento por su familia. Gracchus Babeuf no es que fuera antagonista de Robespierre: al contrario, después de Termidor intentó justificarlo, pues al fin y al cabo perseguían los mismos fines; y acabó por declarar su admiración y homenaje considerando su propio movimiento como el de los “segundos Gracos”, después del liderado por el abogado de Arrás y su lugarteniente Saint Just. El legado programático de Babeuf, reivindicado por Marx, Engels y Lenin, pasó por épocas de olvido hasta que reapareció de forma inopinada a finales del siglo XX, en el

contexto de una polémica sobre las masacres revolucionarias de La Vendée. Todavía hoy lucha contra una especie de *cancelación avant-la-lettre* el nombre mismo de Reynald Sécher, el investigador— pronto respaldado por estudiosos de la talla de Pierre Chaunu o Stephane Courtois— que rescató la diatriba de este segundo Gracchus contra Jean-Baptiste Carrier, destacado artífice de las carnicerías vendeanas cuya cabeza segaría la guillotina el 26 de frimario del año III (16/12/1794). El mayor mérito que para nuestro ‘Tribuno del Pueblo’ ha quedado en los anales de la historia y en la teoría de los derechos humanos tras la gran confrontación dialéctica, ha sido el reconocimiento de su madrugadora clarividencia a la hora de calificar la acción letal lanzada contra la población de esta región francesa como *populicidio*.

Trece semanas después del ajusticiamiento por el Directorio de Gracchus Babeuf junto a su cómplice de conspiración Augustin Darthé, se desencadena el golpe del 18 de Fructidor y, al hilo de sus consecuencias, un **Benjamin Constant** (1767-1830) de 30 años presenta su candidatura a diputado. Infructuosamente aún, pero fue el estreno público en la Revolución francesa de este pensador político y afortunado escritor. Sus discursos y amenos tratados gozan todavía de predicamento a la hora de comprender el constitucionalismo moderno y la génesis de los sistemas más consolidados de Occidente; de hecho, se dice que Constant fue el primero en llamarse “liberal”. El legado de Grecia y Roma dejó también honda huella en sus discusiones y ensayos teóricos, cuya



lectura se hace agradable por su erudición oportunamente aplicada, así como por su inteligencia y sinceridad. Como los demás intelectuales de la época, el peso de las *Vidas paralelas* de Plutarco — especialmente en la versión francesa del helenista (y latinista) Dacier, que leyeron todos, aunque algunos con conocimientos más o menos amplios del griego original— se hizo notar en sus desarrollos; y en especial, las de los hermanos Graco gozaron de un tratamiento monográfico en su *Curso de política constitucional*, desarrollado entre 1818 y 1820 cuando era diputado bajo la Segunda Restauración francesa. En esta obra defiende con sencilla, pero punzante elocuencia su apuesta por un poder constitucional que medie, modere y facilite la interacción dialéctica entre los grandes partidos y sus respectivas demandas y aspiraciones. Para Constant la historia de los conflictos civiles en la República romana fue dilatada y acabó mal precisamente por la falta de un poder moderador, que para su tiempo identifica con la monarquía inglesa y que recomienda, retomando así la anglofilia de Montesquieu y también la representatividad que tanto espantaba a Rousseau. El de Lausana, de todas formas, nunca dejó de admirar el genio del *Citoyen* del cantón vecino, ni de ponderar las buenas intenciones de los “amigos de la Humanidad”; como tampoco de su obra desaparece del todo cierta onda revolucionaria, a pesar de la contundente diatriba con la que censuró su cerrazón y sus excesos. Pero la distancia de Benjamin, celoso de la esfera privada y sus productivos placeres, respecto de las absorbentes exigencias colectivistas del sistema rousseauniano es constante, y no digamos cuando éstas se manifiestan a través de la sequedad espartana del

frugal e irritante Mably. Es la distancia ya irreversible entre la libertad de los antiguos –o más bien la destilada por los jacobinos a partir de sus filósofos de cabecera– y las libertades modernas, que se disfrutaban en un mundo ya no condicionado por la guerra de las viejas *poleis*, sino por el comercio, y en el que el individuo pone límites a las injerencias de lo público y a su participación en el Estado, para gozar también de una existencia plena en el ámbito de su realización personal. Todo esto lo expresó en discursos como el famoso del Ateneo de París (*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, febrero de 1819) o ensayos como el madrugador *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leur rapports avec la civilisation européenne* (1814). Pero volviendo a los Gracos y al *Curso*, es aquí donde, tomando pie de la recurrente revisión polémica del tema de los hijos de Cornelia, Benjamin Constant aborda una cuestión muy sensible y peligrosa que todavía hoy acucia a las naciones que se precian de serlo: el recurso a letales vías extrajurídicas e inconstitucionales so capa de urgente necesidad y bajo el pretexto de la seguridad del Estado. Para explicitar debidamente su oposición, echa mano de una obra de corte didáctico que halló fortuna en su tiempo y que contó con varias ediciones. Se trata de *L'Esprit de l'histoire, ou Lettres d'un père a son fils sur la manière d'étudier l'histoire* (1802), publicada al volver del exilio –y tras haber perdido al hijo de 16 años al que iba dirigida– por el monárquico Antoine Ferrand, quien ocupó importantes puestos durante la Segunda Restauración. La posición del conde Ferrand, contenida en la carta XIV (tomo primero), tal vez resulte algo extensa, por cuya traslación nos disculpamos, y seguramente

equivocada, como con algún desdén intenta dilucidar Constant; mas tampoco, por el contexto en que surgió, parece cuadrarle lo de “fastidiosa paradoja” que mereció a Lamartine toda la obra<sup>175</sup>:

Los Gracos, ambiciosos o republicanos frenéticos, querían recuperar esta igualdad que los triunfos de Roma destruían todos los días. Querían volver al reparto de tierras, a esta idea quimérica pero cara a todos los facciosos: querían sujetar las graves y sabias deliberaciones del senado a las asambleas tumultuosas y a las vociferaciones del populacho. En una palabra, querían una revolución, eso que nadie tiene derecho a querer; eso que en un estado constituido debe ser sentencia de muerte. La suya fue, pues, pronunciada por la ley, por el bien, por el orden público. No fue ejecutada por medios legales porque ellos mismos habían vuelto esos medios imposibles; porque perturbando la sociedad, se habían puesto en estado de guerra; porque haciendo valer los derechos de la multitud, es decir, el derecho del más fuerte, se habían sometido a esta ley que paraliza todas las demás. Encontrarás algunos escritores que han reprochado al senado la muerte de los Gracos, como han reprochado a Cicerón la muerte de los conjurados de Catilina y a Enrique III la de los Guisas. En las circunstancias en que esos sucesos tuvieron lugar, derivaban del derecho de seguridad que, siendo el de todo individuo, es con mucha más razón el de toda sociedad.

---

<sup>175</sup> Alphonse de Lamartine, *Historia de la Restauración*, libro XIV (1851).

Un soberano, un estado cualquiera, comete sin duda una falta cuando se deja reducir a esta necesidad por movimientos que hubiese podido detener; pero cometería una mucho mayor si, aplicando aún los principios de la sociedad a quien la destruye, no ejecuta la condena exigida por la primera de las leyes: *salus populi*. Se encuentra incluso un ejemplo en la historia de la severa Lacedemonia. Las leyes de Licurgo prohibían hacer perecer a un ciudadano sin una investigación, determinadas formalidades, una sentencia judicial. Agesilao había descubierto una conspiración a cuyos autores había que castigar inmediatamente y de la que, sobre todo, era preciso, por la salvación de la república, dejar para siempre de ignorar los complots. Agesilao en absoluto temió abrogar las leyes de Licurgo y condenar a los culpables sin forma alguna, tras lo cual restableció las leyes. El giro que dio en este asunto prueba que cuando no hay más que un medio de salvar el Estado, la primera de todas las leyes es emplearlo. Examina bien las máximas de Grocio, de Puffendorf, de Vattel mismo, sobre el derecho de la naturaleza y de gentes, y verás que conducen a esta consecuencia. Es posible que en sus primeras tentativas los Gracos no tuviesen visiones personales, pero esas tentativas no eran menos peligrosas: no podían tener éxito sin trastornar el Estado.

A cuantos “de siglo en siglo” se hacen lenguas de estos episodios de liquidación fulminante sin reparar en leyes,

constituciones ni proceso judicial alguno, Benjamin Constant les achaca su entusiasmo acrítico a la hora de encomiar crisis cerradas en falso por mor de la salvación del Estado: como si sus lamentables consecuencias no tuvieran que ver con todo ello. Y qué duda cabe que las reacciones históricas aludidas por Ferrand desencadenaron luego grandes males que alcanzaron incluso a las generaciones siguientes. De todas formas, el argumento en sí cojea dialécticamente: el propio Ferrand a quien culpa es a los Gracos por haber allanado el camino a la tiranía. Es un hecho comprobable que a las reacciones inconstitucionales o simplemente desproporcionadas casi nunca les sigue la paz, pero tampoco es justo disimular la responsabilidad original de quien las provoca vulnerando primero la constitución o las reglas por todos aceptadas, algo de lo que también la Historia contemporánea abunda en funestos ejemplos. Más persuasivo parece nuestro tratadista cuando desconfía del argumentario que rodea a estas *soluciones* políticas, por parecerle arma de doble filo, que lo mismo sirve al honrado que al vil, y fuente de contradicciones que se perpetúan hasta llevar a la decadencia a las sociedades. Cicerón incluso –viene a decir– es capaz de sostener en su obra lo opuesto a la determinación con la que, siendo cónsul, envió a una muerte sin juicio a los catilenarios. Y viene a citar la frase del *De legibus* (1.42) en la que el propio Marco Tulio tacha de injustísimo el poder legal que confirió L. Valerio Flaco al dictador Sila de matar sin trámites ni consecuencias al ciudadano que quisiera: *Nihilo credo magis illa quam interrex noster tulit, ut dictator quem vellet civium nominatim aut indicta causa impune posset occidere*. Y replica entonces Benjamin Constant: “¿Y los

cómplices de Catilina no habían sido entregados a la muerte *indicta causa?*”; concluyendo más adelante: “La ley de Valerio Publícola, que permitía matar sin formalidad ninguna a cualquiera que aspirase a la tiranía, servía alternativamente a los furores aristocráticos y populares, y perdió la República romana”. Una forma muy bella de expresar algo muy claro, aunque hoy tal vez sujeto a demasiadas matizaciones históricas...<sup>176</sup>

## 5. LA MODERNIDAD

La segunda vez que se entregó un Premio Nobel de literatura (en 1902), no fue para coronar una obra que comúnmente llamaríamos *de creación*, sino por un tratado de Historia de Roma que, eso sí, marcó un hito en la tradición romanista y ofrece además una experiencia apasionante de lectura: *Römische Geschichte*, de **Theodor Mommsen** (1817-1903). Casualmente, fue una conferencia suya sobre los Gracos lo que motivó la propuesta al gran jurista de confeccionar su obra más exitosa. Por lo demás, el episodio de los hermanos es abordado por Mommsen en el libro cuarto, que tituló “Revolución”, y lo primero que impacta es el retrato especialmente sombrío que dedica a la clase dirigente. Una nobleza senatorial egoísta y corrompida tras los resonantes éxitos de las armas

---

<sup>176</sup> Una breve e interesante discusión sobre las dudas que hoy genera esta supuesta medida de Publícola (impropia del introductor de la *provocatio ad populum*, pero transmitida por Plut. *Publ.* 12.1 y Liv. 2.8.2) en: F. Pina Polo, “El tirano debe morir: el tiranicidio preventivo en el pensamiento político romano”, *Actas y Comunicaciones del Instituto de Historia Antigua y Medieval*, Universidad de Buenos Aires, vol. 2, 2006.

romanas y el posterior decaimiento de los estímulos de expansión y conquista que habían impulsado los logros de sus predecesores. Creyéndose naturalmente destinados a los puestos y tareas de gobierno, se dedicaron a dar rienda suelta a sus ambiciones intestinas, a la adulación de los más grandes y a impedir como fuera el acceso a los puestos clave de los advenedizos. Del mismo modo, llevaron al paroxismo las variopintas prácticas de comprar los sufragios populares, usos que llevaban tiempo degradando la ya imperfecta democracia. Al pueblo, por su parte, ya macerado por la eliminación de los impuestos directos, tampoco le infundían especial responsabilidad garantías recién conquistadas como el voto secreto, sino que se dejaba halagar sin recato por las promesas electorales y los cada vez más rutilantes espectáculos gratuitos. Por otro lado, los estratos ínfimos de la sociedad —proletarios y siervos de los latifundios en número creciente— arrastraban una vida calamitosa que Mommsen explícitamente considera mucho más doliente y llena de penalidades que la de los esclavos negros de su tiempo. Y en tan volátil contexto, un Tiberio Graco que va hundiendo los puentes en lo que parece ya una cuestión personal contra la aristocracia enrocada y entre Escévolas, Lelios y Metelos que no terminan de aclarar su posición por no ver tampoco con malos ojos las reformas. La cuestión del *ager publicus*, enquistada, siendo ya siglos enteros de transmisiones a título hereditario u oneroso; y la organización política, obsoleta, manipulable y a menudo caótica e incapaz de evolucionar desde el gobierno de la ciudad-estado al de un imperio verdaderamente global (“El error capital de la revolución de los Gracos”). A la postre, la indignante descomposición del orden

senatorial tampoco atenúa y menos aún absuelve el turbulento derrotero de usurpación, que avisaba demagogia y tiranía, emprendido por un Tiberio que, a juicio del alemán, no atesoraba valía ni logros como para merecer la vitola de mártir con la que le adornan. Gayo, en cambio, asciende en los juicios de Mommsen; tal vez viera prefigurada en él la imagen de su modélico César, aunque rodeada de reservas: "...más leal que Carbón, más hábil que Flaco, y que poseía cuanto se necesita para arrastrar en pos de sí los pueblos y mandar... por el talento, el carácter y el entusiasmo, superaba con mucho la talla del primer Graco... hombre de Estado de primer orden... sin esta pasión y sus extravíos, podríamos contarle también entre los grandes políticos de su siglo... genio ardiente y profundo al mismo tiempo, naturaleza poderosa y tan elevada sobre el nivel común de los hombres". Supo Gayo apoyarse para su vasto programa no sólo en el proletariado urbano que le proporcionaba las masas, sino sobre todo en los caballeros, ese "Senado comercial", que puso a competir con el romano y que constituía su mejor ariete con el que hendir el muro aristocrático. Para el académico de Berlín, la "constitución Sempronia" (por el volumen y el carácter estructural de su actividad legislativa) no reconstruyó democráticamente ninguna república, como se cree, sino que con el tribunado reelegible y el dominio sobre la asamblea popular instauró una tiranía: "la monarquía napoleónica absoluta, anti-feudal y anti-teocrática", dice, que, sin embargo, identifica con el mal menor frente a la nefasta oligarquía. No obstante, es sensible también a la pesadilla que se abrió para las provincias, ahora en manos de la ralea mercante, o a las dificultades económicas por las



que atravesó el Tesoro con el reparto de las anonas, política embrutecedora del bajo pueblo que ya nunca abandonó Roma. Los Gracos cayeron, pero “la revolución de éstos – asevera Mommsen – resonaba aún en todos los espíritus, y protegía las creaciones de los tribunos”, luego convenientemente adaptadas a la nueva idiosincrasia y, de una forma u otra, recibidas por el Imperio monárquico.

Tampoco la obra del propio Mommsen dejó de resonar en la siguiente generación de historiadores de la Antigüedad, y su eco se percibe incluso cuando éstos toman muy distintos derroteros. Tal es el caso de los valedores del análisis marxista, que gozaron de un importante protagonismo durante la primera mitad del siglo pasado. Uno de ellos, **Arthur Rosenberg** (1889-1943), publicó su breve *Historia de la República romana* (1921) al año siguiente de ingresar en el recién fundado Partido Comunista de Alemania de Karl Liebknecht y Rosa Luxemburgo –cuyo cadáver, tras la fallida revolución, tuvo un sino paralelo a los de Tiberio y Gayo—. En España fue Margarita Nelken la que, un lustro después, tradujo la obra directamente del alemán para la *Revista de Occidente* de Ortega y Gasset. La crítica de Rosenberg a “la intentona revolucionaria de los Gracos” es hosca desde su planteamiento inicial, que rechaza por considerarlo fundado en bases deformadas por la influencia del “socialismo griego”, que cundía entre las élites del siglo II (ya conocemos el ascendiente de Diófanos y Blosio sobre Tiberio) coetáneamente a ciertos levantamientos populares en el orbe

romano. A éste se sumaba “otro socialismo muy característico, el del labrador propietario cuyo lema era: ¡Abajo los intereses de las hipotecas! ¡Amortización de las deudas rurales!” La constitución saltó en pedazos de un modo insólito cuando Tiberio sacó ilegalmente a M. Octavio de su sitio de tribuno entre la aprobación irracional de la plebe, y Nasica finalmente la salvó. Prueba de la cordura del sistema fue que la reforma agraria continuó “a pesar de sus defectos de origen”. La perplejidad que podría producir este enfoque en algunos lectores de un historiador revolucionario parece desvanecerse cuando Rosenberg aborda el tribunado de Gayo, al que no perdona su *cupido regni*, pero, sobre todo, el haberse apoyado en los *plutócratas* para anular al Senado. A partir de ahí, ya todo son reproches: la corrupción generalizada al tirar los precios de los alimentos básicos, las provincias y los jurados entregados a los capitalistas, el saqueo por las compañías de publicanos de la ubérrima provincia de Asia... Y llega a escribir el berlinés: “Pero los ciudadanos y campesinos, fieles a la constitución, forjaron entonces un arma contra el partido revolucionario”. El *senatus consultum ultimum*... Mas para Rosenberg en el debe del movimiento graquista quedará el haber asentado en Roma al partido capitalista, con perdurables y nefastas consecuencias económicas y sociales para todo el ámbito mediterráneo.

De mayor prestigio y popularidad ha gozado, incluso entre los universitarios españoles, la *Historia de Roma* del soviético **Serguéi Kovaliov** (1886-1870), lo que nos exime de presentarlo. Él estuvo entre los historiadores que ampliaban el foco dejando ver la

sustentación de aquellos imperios constituidos principalmente en sociedades esclavistas. Es curioso que Kovaliov, haciendo gala de una exquisita imparcialidad historiográfica, constata como fracasos ciertas medidas intervencionistas de la economía introducidas por los Gracos, que luego se reprodujeron igual de desastrosamente en diversos momentos del Imperio, pero que han sido políticas estrella en los sistemas modernos del *Socialismo real* con análoga fortuna; como el control de precios o las distribuciones estatales de medios de subsistencia. En cualquier caso, el académico materialista lo que vio en los tribunados de Tiberio y Gayo fue un movimiento que empezó tímido y conservador, mas no pudo evitar ser empujado por las masas hasta constituir una verdadera revolución política con graves conculcaciones del sistema legal, pero que nunca pretendió — ni podía — llevarse por delante la verdadera estructura del sistema: la esclavista, en la que el componente servil constituía la gran población trabajadora del sistema productivo.

Y si encontramos en la esfera universitaria grandes catedráticos de ideología revolucionaria que desautorizan el legado de la revolución de los Gracos, no nos extrañe hallar también a estudiosos reaccionarios encareciendo la justicia de estos intentos y elevando las memorias de los hermanos a la categoría de cuasi-mártires. **Enrique Gil Robles** (1849-1908) es hoy un sabio olvidado que apenas pasa por ser el padre del líder de la CEDA, pero en su tiempo fue un fanal del pensamiento tradicionalista. En Salamanca mantuvo tensas distancias con un Unamuno más joven, llegando a

oponerse a su acceso al rectorado. Sin embargo, los testimonios coetáneos inciden en su exquisita cortesía y en el trato atento, tanto como profesor como en su época de diputado portavoz carlista, motivos probables de que ésta fuera corta. Su obra monumental y de mayor nombradía durante un tiempo la elaboró en los años del cambio de siglo, y tiene el elocuente título de *Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*. En el capítulo que dedica a “Las leyes agrarias” aborda con jurídica elegancia y cierto detenimiento las regulaciones del *ager publicus* desde Espurio Casio a Catón el Viejo, pasando por Licinio y Sextio. Las ve equitativas y loables para contrarrestar la avaricia de “la aristocracia de la sangre y la aristocracia del dinero coligadas” (que al fin las retardaron o las hicieron fracasar), y sensibles con los necesitados y los pequeños propietarios. A Casio (quien junto con Melio y Manlio son tenidos desde hace tiempo por arquetipos o meras proyecciones de analistas posteriores) le alaba su generosidad, a la par que reprocha la veleidad e intransigencia de la plebe romana por no querer compartir su suerte con los aliados latinos. El relato de los proyectos más antiguos parece hecho sobre el molde gracano, en especial cuando enfatiza el propósito de retirar al Senado sus corruptoras competencias sobre la tierra. Pero es con la ley Sempronia con la que Gil Robles se explaya, “generalmente juzgada con el más estrecho criterio conservador de la adinerada burguesía”. Aparte del alto concepto que le merecen sus protagonistas (“Tiberio... en cuya alma germinaron y crecieron todas las virtudes de que eran susceptibles los que no tuvieron la dicha de recibir las luces y gracias del cristianismo... Cayo...

hombre más vehemente, pero de más capacidad que su hermano”), la reforma le parece digna del “estadista cristiano más circunspecto y más equilibrado”, por lo que considera justa e inevitable la destitución de Octavio, al que conceptúa tal vez con dureza como “convertido en instrumento obstruccionista por el capitalismo”. El final de Tiberio: asesinato y crimen sin paliativos. Y “la gloria de Cayo” intentando remover los “obstáculos constitucionales con que la riqueza egoísta se oponía a la justicia distributiva”, sólo la empaña su alianza con caballeros—injustamente investidos de poderes judiciales—y capitalistas —abrevados con los lucros de Asia—; culpas de nuevo atenuadas por conoedor que era de la cobardía de una plebe que ya había abandonado a su hermano y antes a Espurio Casio.

Con el sistema de **Oswald Spengler** (1880-1936) uno puede simpatizar o sentirse ajeno mientras avanza en la lectura de *La decadencia de Occidente*, pero es difícil sustraerse al hechizo de una obra magna entretejida de alardes de agudeza y penetración. A España llegó de la mano de García Morente, que la tradujo del alemán, y de Ortega, que ayudó en la versión y firmó luego el proemio. En su tomo segundo (“Perspectivas de la historia universal”, aparecido en Múnich en 1922), el filósofo del Harz dedica morosos párrafos a la República con diversas catas en la época de los Gracos. Imbuido de Nietzsche y de Goethe, que afloran de trecho en trecho, este pensador se admira de una constitución romana que un tanto azarosamente logra integrar —sobre todo a

partir de la ley Hortensia de 287 a. C., que dotaba a los plebiscitos de obligatoriedad legal— las sucesivas revoluciones sociales sin destruirse:

Si Roma resulta un fenómeno único y maravilloso dentro de la historia universal no lo debe al “pueblo romano”, que en sí mismo fue como cualquier otro pueblo, una materia prima sin forma; lo debe a esa clase gobernante que puso al pueblo “en forma” y lo mantuvo en esta situación con la voluntad del pueblo mismo o contra ella... demostró la perfección de su tacto político en el manejo de las formas democráticas creadas por la revolución... lo que podía ser en ellas peligroso, la yuxtaposición de dos poderes incompatibles, fue tratado con perfecta maestría y tácitamente, de manera que siempre dio la pauta la experiencia superior, y el pueblo estuvo convencido de haber tomado él mismo la decisión y en el sentido de sus deseos.<sup>177</sup>

Mas es también en ese proceso cuando se echó la simiente para que se diera la *emancipación del dinero* aliado con las masas<sup>178</sup> frente a la propiedad de la tierra, lo que eclosionó con los Gracos y luego con Mario, pero que Spengler remonta hasta Gayo Flaminio (“la primera figura cesárea de Roma”), cuando en 220 a. C. prohibió estos negocios a los senadores y abrió a la plebe las centurias de los caballeros. “...y el dinero, en menos de tres generaciones, aniquiló a

---

<sup>177</sup> Oswald SPENGLER, *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la historia universal*, vol. IV, Espasa-Calpe, Madrid, 1948; página 220.

<sup>178</sup> Y con paralelismo explícito por parte de Oswald Spengler con la revolución alemana de 1918.

la clase aldeana". Y fue durante "la revolución de los Gracos" cuando "la forma interna de la *polis*" no pudo ya sostenerse, surgiendo partidos de optimates y populares en lugar de Estados como Esparta y Atenas en la lucha por el imperio; y con el cesarismo a la vista como inexorable destino ("Llamo cesarismo a la forma de gobierno que, pese a toda fórmula de derecho público, es en esencia completamente informe" ... "Bien claro lo vio César: *Nihil esse rem publicam, appellationem modo sine corpore ac specie* [Suet. *Jul.* 77]"). El espíritu y el dinero sostienen, pues, la democracia hasta que el dinero anega a aquél y convierte las elecciones en mercado y el juego parlamentario en función teatral; el capitalismo siempre se adueña del sistema a través de los partidos "populares" comprando a la mitad de sus líderes (lo que para Spengler ni siquiera es corrupción, sino casi lógica irresistible o ciega de los hechos). Y cuando la hegemonía burguesa se llega a hacer insufrible y los partidos no son ya más que séquitos de hombres fuertes, es la hora del César. El propio Julio alcanzó y dispuso de grandes fortunas, pero no como Verres, apegado al lujo, sino para asegurarse un poder irresistible e informe. Es la reacción determinista y biológica que — desde lo primitivo y lejos de los libros filológico-jurídicos y de las escuelas moralistas — vuelven a protagonizar la sangre, la raza y la vida plena con voluntad de poderío, por decirlo en el lenguaje nietzscheano que prodiga Spengler. Ante esta fuerza cíclica de la naturaleza, poco margen le queda al individuo salvo adaptarse, porque como avisan Cleantes y Séneca: "Ducunt fata volentem, nolentem trahunt", sentencia con la que concluye *La decadencia de Occidente*.

Para **Gaetano de Sanctis** (1870-1957) –el gran historiador de la Antigüedad que firmara junto con otros intelectuales italianos el Manifiesto Antifascista de 1925–, no se podía dudar de que alguno de los diez tribunos de la plebe echaría mano del “arma formidable” que brindaba la *intercessio* en cuanto Tiberio Graco intentase llevar su ley agraria a votación. Era lógico que en esa corporación hubiese hombres con antiguos intereses en el goce privilegiado del *ager publicus*, o simplemente ligados a la aristocracia como miembros o como clientes; y en este momento alude al pasaje en el que Tito Livio denomina a los tribunos *mancipia nobilium*<sup>179</sup>. “Ma conflitto costituzionale – asevera – non vuol dire rivoluzione...” De Sanctis desplegó su visión del tiempo histórico de los Gracos en una conferencia dictada en Milán el 20 de noviembre de 1921<sup>180</sup>; en ella fija para sus oyentes el momento exacto en el que el mayor de los hijos de Sempronio Graco pasó de ser reformista convencido del apoyo que la ciudadanía convertiría en sufragios, a revolucionario seguramente *malgré lui*. Y ese momento fue el primero en el que Roma vio vulnerado su sistema constitucional y unas agitaciones inéditas hasta entonces: el de la destitución de su colega Marco Octavio. Tal gravedad revestía para el catedrático de La Sapienza – y para todas las fuentes antiguas con él – la quiebra de la *tribunicia potestas*, que vio en ella un salto al vacío que le inspiró este paralelismo histórico:

---

<sup>179</sup> Liv. 10.37.10-11: ...adiciebat se quoque laturum fuisse ad populum, ni sciret *mancipia nobilium*, tribunos plebis, legem impedituros;

<sup>180</sup> G. de Sanctis, “Rivoluzione e reazione nell’età dei Gracchi”, *Atene e Roma*, octubre-noviembre-diciembre 1921, Florencia; págs. 209-237.



Se iniciaba la revolución romana. Aquel día Tiberio Graco firmó sin saberlo su propia sentencia de muerte y la de infinitos más. Igual que el 3 de junio de 1789 los diputados del tercer estado que prestaron el *serment du jeu de paume* firmaron casi todos sin saberlo la sentencia de muerte o de exilio para ellos y para otros sin cuento... Y él, que se había encontrado a la cabeza de una revolución casi sin saber y seguro que sin querer, y ni la sombra tenía del fanatismo revolucionario de un Danton o de un Robespierre, conservó demasiada lucidez mental para no ver claro el peligro...

De Sanctis querría salvar a Tiberio, llevado de la generosidad de su causa y de su delicada crianza al amor de la *virtus*, pero reconoce que, cometida la primera ilegalidad, sólo le quedaba huir hacia el resto. *Perché?* Se pregunta. Porque ya no podía traicionar a las masas ciudadanas que él había concitado y porque le impulsaba sin remedio el llevar a cumplimiento el deseo evidente de la soberanía popular de implantar su reforma agraria. Pero la turba es bulliciosa y cobarde; se agita en motines, mas nunca se compromete. Y la reacción en torno a Escipión Nasica es sólida y marcial y sabe que teme la inapelable inclinación del pueblo. Si Tiberio fue un agente de subversión contra su voluntad por cumplir aquélla otra voluntad superior, los reaccionarios lo fueron más, así que la república se hundió irguiéndose en su lugar la interminable pesadilla de las contiendas civiles. Pues las dos Romas de ahora ya

no eran como aquellas de plebeyos contra patricios, cuando aún existía el límite infranqueable de la *salus populi* que permitió a la *Urbs* conquistar Italia y el mundo.

## 6. COLOFÓN

“Él, que había iniciado su acción política no como revolucionario –centraba De Sanctis el debate sobre Tiberio en su conferencia–, sino como reformista, al primer tropiezo serio que encontró su obra de reforma, se aplicó sin dudar a la *ultima ratio* de la revolución”. Cien años después, hemos podido leer una discusión análoga sobre los Gracos pero en un medio actual como Internet y desde trincheras opuestas del espectro ideológico, lo que en general prueba la asombrosa vitalidad cultural de nuestros dos personajes. Dylan Stevenson es un joven profesional de banca radicado en Nueva York, aunque realizó sus estudios secundarios en Harrow – la exclusiva y añeja *public school* londinense, de donde tal vez le venga su interés por los clásicos– y los superiores de Historia y Economía en la universidad norteamericana Notre Dame. En un artículo publicado en 2019 en la revista digital *The Imaginative Conservative*<sup>181</sup> y cuyo título reza directamente: “Los hermanos

---

<sup>181</sup> <https://theimaginativeconservative.org/2019/11/brothers-gracchi-reformers-not-revolutionaries-dylan-stevenson.html>

Fundada en 2010, el conservadurismo de esta revista se declara deudor del del filósofo norteamericano Russell Kirk, y entre sus figuras inspiradoras confiesa, por ejemplo, a Tocqueville, Burke o al Nobel de literatura T. S. Eliot. Varios de sus columnistas han pasado por procesos de conversión al catolicismo parecidos al de Kirk, el propio Eliot (anglocatólico) o Evelyn Waugh; entre ellos

Graco: reformadores, no revolucionarios”, trató de desarrollar esta tesis en el espacio que permite un medio de comunicación de este tipo. Su postura fundamental consiste en desautorizar las etiquetas de *proto-comunistas*, *proto-socialistas* o *revolucionarios* que, a su juicio, han perseguido erróneamente a Tiberio y a Gayo a lo largo de la historia contemporánea, y muy especialmente de la revolucionaria marxista-leninista, hasta el día de hoy<sup>182</sup>. Y en esa línea, establece un juego parecido al de Gaetano de Sanctis cuando comparaba las jornadas ‘gracanas’ con los grandes hitos de la Revolución francesa o descartaba semejanzas de carácter con sus más radicales protagonistas. No hace falta confrontar aquí los fragmentos más elocuentes del *Manifiesto de los Iguales* de Gracchus Babeuf o del *Manifiesto Comunista* de Marx y Engels, con las palabras de Tiberio Graco transmitidas por Plutarco como hace Stevenson, para reconocer con él que los vástagos de Cornelia no eran comunistas. Mas respecto a si fueron o no a partir de algún momento revolucionarios, parece que De Sanctis desgranó ya en su vieja conferencia razones harto poderosas para afirmarlo. Aunque a la postre quizá nos ha convencido más la conclusión a la que llegó en 2014 la especialista de la Universidad de Leiden Saskia T. Roselaar tras revisar en un breve artículo<sup>183</sup> los más conocidos trabajos

---

Joseph Pearce, conocido en España como biógrafo de Tolkien, C. S. Lewis, Chesterton y Solzhenitsyn.

<sup>182</sup> Stevenson da cuenta incluso de una entrevista realizada en 2015 a la popular catedrática de Oxford Mary Beard, donde el entrevistador vuelve a aludir a lo de *proto-socialists* para referirse a los Gracos.

<sup>183</sup> Roselaar, S.T., 2014. ‘The Gracchi brothers,’ en: *Oxford Bibliographies* (Oxford and New York: Oxford University Press).  
<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780195389661/obo-9780195389661-0221.xml>

consagrados a los Gracos desde Katz y Carcopino a Perelli y Von Ungern-Sternberg, pasando por Boren, Fraccaro, Nicolet, Clavel-Lévêque y Gabba, a saber: “Entender los hechos exactos durante el período gracano, así como las intenciones, los logros y el legado de ambos hermanos, figura entre los problemas más complejos que afrontan los historiadores de la República”. Lo cual, complementado con la opinión con la que hace medio siglo cerró don José María Blázquez uno de sus más leídos artículos, creemos que aporta una visión clara de la dimensión cultural de este pasaje de la Historia romana, así como de la imposibilidad de rematar por fin su recurrente debate:

Para los políticos de Roma, como para los investigadores modernos, según en el campo político donde militen, los Gracos son unos criminales o unos héroes.<sup>184</sup>

## 7. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

- María José AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “La protección de la libertad de voto: de Roma al voto electrónico”, RIDROM N.º. 15, 2018; págs. 500-565.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18124>

---

<sup>184</sup> José María Blázquez Martínez, “Los Gracos: una gran revolución abortada contra la plutocracia de Roma, años 133 y 123 a.C.” en *Jano: Medicina y humanidades*, N.º. 90 (3 de agosto de 1973), 1973, págs. 74-81.

- María José BRAVO BOSCH, “El misterio de los hermanos Graco” en *Revista General de Derecho Romano*, N° 29, 2017.
- Ana Isabel CLEMENTE FERNÁNDEZ, “Ante initium suffragium”, *RIDROM* N°. 4, 2010; págs. 159-182.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17938>
- Harriet I. FLOWER (ed.), *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, Cambridge University Press, 2014; 518 páginas.
- Chantal GABRIELLI, *Res publica servanda est. La svolta dei Gracchi tra prassi política e violenza nella riflessione storiografica*, Universidad de Sevilla-Universidad de Zaragoza, 2022; 230 páginas.
- Fergus MILLAR, *The Roman Republic in Political Thought (The Menahem Stern Jerusalem Lectures)*, Brandeis University Press, 2002; 240 páginas.
- Claude MOSSÉ, *L'Antiquité dans la Révolution française*, Albin Michel, 2016; 176 páginas.
- Henrik MOURITSEN, *Plebs and Politics in the Late Roman Republic*, Cambridge University Press, 2008; 172 páginas.
- José Manuel ROLDÁN HERVÁS, *Historia de Roma*, T. 1: ‘La República romana’, Cátedra, 2007; 784 páginas.
- Armando TORRENT, “Partidos políticos en la república tardía. De los Gracos a César (133-44 a. C.)”, *RIDROM* N°. 8, 2012; págs.19-78.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17987>

- A. TRISCIUOGLIO, “Comparación entre el tribuno de la plebe y el defensor civitatis. A propósito de la prisión preventiva”, RIDROM N.º. 29, 2022; págs. 336-365.

<https://doi.org/10.17811/ridrom.1.29.2022.336-365>



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|   |   |
|---|---|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>17/03/2025  | <b>Fecha de aceptación:</b><br>19/04/2025                               |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Numa, paelex, Juno, concubinato, derecho arcaico</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Numa, paelex, Juno, concubinage, archaic law</i> |



## EL RITO DE LA PAELEX THE RITUAL OF THE PAELEX

**Raimundo Tomás Gómez Goldenberg**

Abogado, Universidad Andrés Bello; Máster en Derecho Privado Patrimonial  
Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0009-0007-3618-9588>

(GOLDENBERG GÓMEZ, Raimundo Tomás. El rito de la *paelex* RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp.460-510. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

El presente trabajo aborda la figura de la *paelex* en su contexto jurídico y ritual durante el período de la monarquía romana. Este último elemento de temporalidad nos obligará a enfrentar la crítica histórica, referida a la veracidad de sus monarcas latinos, así como la del carácter mitológico de sus leyes. Una vez resuelto ese punto, se abordará la situación de la *paelex* en el periodo arcaico, figura que habrá de ser contrastada críticamente con el concubinato descrito desde el siglo II a.C., hasta las menciones incorporadas en el Digesto. Igualmente, el objeto de esta investigación será determinar si la *paelex* corresponde a una institución propia del derecho de familia arcaico, o bien si su existencia en la época regia representa una fisura al carácter monogámico de la familia romana.

### Abstract:

This paper addresses the figure of the *paelex* in its legal and ritual context during the period of the Roman monarchy. This latter element of temporality will require us to confront historical criticism, referring to the veracity of its Latin monarchs as well as the mythological nature of its laws. Once that point is resolved, we will address the situation of the *paelex* in the archaic period, a figure that will have to be critically contrasted with concubinage as described from the 2nd century B.C. onwards, up to the mentions incorporated in the Digest. Likewise, the aim of this investigation will be to determine whether the *paelex* corresponds to an institution inherent to archaic family law, or whether its existence during the regal period represents a breach in the monogamous nature of the Roman family.

SUMARIO: I. La Monarquía y sus leyes. II. La paelex. III. Conventio in manu. IV. Leges Iulia et Papia. V. Describiendo a una paelex. VI. Concubinato. VII. Ius sacrum. VIII. El Rito. IX. Connubium. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

*“Paelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum  
feminam caedito”*

## REX NUMA POMPILIUS

### I. La Monarquía y sus leyes

El primer registro histórico-jurídico de la figura de la *paelex*<sup>1</sup> se encuentra en una ley atribuida al rey Numa.<sup>2</sup> Los actuales cuestionamientos de la ciencia histórica, concernientes a la existencia de los primeros monarcas, llevan a preguntarse sobre la veracidad de sus normas.

---

<sup>1</sup> Vid. Volterra, Edoardo, *Concubinato en NNDI*. (1957), III, pp. 1052-1053; Peppe, Leo, *Paelex e spurius*, en *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommages à la mémoire de A. Magdelain*, (París, Pantheon, cords. Humbert, Michel & Thomas, Yan, 1998), pp. 343-359. Panero, Patricia, *El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho*, en *RIDROM*, 5 (2010), p. 98; Sanna, Maria Virginia, *Dalla paelex della lex numana alla concubina*, en *BIDR.*, 5 (2015), pp. 173-206; Arces, Pierfrancesco. *Il regime giuridico-sacrale della «paelex» tra «pallakia» e concubinato*. en *Rivista di diritto romano* 20 (2020), pp. 1-22; Tofiño, Alejandro, *Matrimonio, prohibiciones matrimoniales y concubinato en derecho romano*, (Madrid, Dykinson, 2021), pp. 316 y ss. y Zuccotti, Ferdinando, *Paelex: note sulle unioni coniugali in Roma arcaica* (Milan, LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2022).

<sup>2</sup> Fest. 248 L.; Gel. 4.3 y D. 50.16.144.



En este sentido, Mommsen<sup>3</sup> critica la existencia de los primeros monarcas y sostiene que los nombres de los fundadores de Roma son un mito proveniente de los antiguos himnos que aún se cantaban en tiempo de Dionisio de Halicarnaso. En este mismo sentido Brancati<sup>4</sup> propone que no puede admitirse que Rómulo y Numa sean personajes históricos, ello le lleva a concluir que sus ordenamientos deben ser obra de muchos o el resultado de la experiencia común. Sobre las leyes regias, Amunátegui<sup>5</sup> plantea que aun si se renegará de la monarquía, sus normas, entendidas como actos legislativos, deben considerarse en un sentido de costumbres o actos sacros.

Encontrándose así el estado de la investigación, se debe precisar el carácter de mito o realidad de las leyes de los reyes. A este respecto, en las primeras etapas de la República romana las normas de los monarcas fueron consideradas preceptos propios de la órbita del *ius civile*.<sup>6</sup> Una prueba de esta apreciación la encontraremos en

---

<sup>3</sup> Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, (trad. GARCÍA MORENO, Alejo, Madrid, Francisco Góngora, 1876), I, p. VI.

<sup>4</sup> Brancati, Antonio, *I popoli antichi*, (Florenca, La Nuova Italia, 1984), II, pp. 27-28.

<sup>5</sup> Amunátegui, Carlos, *Laws of the Kings*, en *Oxford Research Encyclopedia of Classics*, (2016), consultado en

<https://oxfordre.com/classics/display/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore-9780199381135-e-8187?rskey=S3ytMb&result=1>.

<sup>6</sup> En este sentido Rocco, Marco, *The leges regiae in Livy* en Bell, Sinclair W. & Du Plessis, Paul J. (Eds.), *Roman law before the Twelve Tables: an interdisciplinary approach*. (Edinburgh, University Press, 2021), pp. 77-96. Una opinión diferente podemos encontrarla en D. 1, 2, 2, 3 (Pomponius I.S. enchir.) [...] *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.*

Livio,<sup>7</sup> quien escribe que, tras la destrucción de Roma, ocurrida a causa de la invasión de los Galos (390 a.C.), se eligieron a seis tribunos militares. Ellos, como primer orden, solicitaron que se buscarán los tratados y las leyes de Roma, incluyendo específicamente la Ley de las XII Tablas y las de los reyes que aún estuviesen vigentes.

Tanto la veracidad de los monarcas, como sus costumbres y actos legislativos, fueron absorbidos por las brumas del tiempo. Ellos solo han llegado a nuestro conocimiento, gracias a los relatos producidos entre el siglo I a.C al II d.C.,<sup>8</sup> es decir de seis a ocho siglos después del fin de sus reinados.<sup>9</sup> Por ello, el problema de la distancia temporal de las fuentes se ha enfrentado contrastando sus relatos con las escasas piezas de evidencia material existentes en el periodo monárquico.<sup>10</sup> Una de ellas, conocida como *Lapis Niger*, contiene la expresión *RECEI*. Según el historiador y especialista en latín arcaico Georges Dumézil,<sup>11</sup> esa palabra significa rey. Igualmente, la interpretación del texto realizada Fiori,<sup>12</sup> permite emplazar a esta figura –de carácter potestativo–, durante el período arcaico y vinculando su actuación a la declaración de una persona

---

<sup>7</sup> Liv. 6.1.

<sup>8</sup> Franciosi, Genaro, *Leges Regiae*, (Nápoles, Jovene, 2003), pp. 213-219.

<sup>9</sup> Los escritores de la antigüedad dedicados a relatar la historia de Roma, Dionisio de Halicarnaso, Tito Livio y Suetonio, hoy son considerados fuentes esenciales para entender las leyes regias.

<sup>10</sup> Vid. Agustí, Rafael, *Lapis Niger*, (s. l., 2017), consultado en [https://www.academia.edu/33894267/LAPIS\\_NIGER\\_pdf](https://www.academia.edu/33894267/LAPIS_NIGER_pdf).

<sup>11</sup> Dumézil, Georges, *A propos de l'inscription du Lapis Niger* en *Latomus*, 29, Fasc. 4 (1970), p. 1038.

<sup>12</sup> Fiori, Roberto, *Homo sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, (Italia, Jovene, 1996), pp. 208-209.

como *homo sacer*.<sup>13</sup> Una acción que se encontrará descrita bajo la misma piedra, utilizando las palabras *SAKROS·ES*. La lectura del texto realizada de esa manera permite separar a la figura regia - imbuida de potestades públicas- durante el periodo arcaico y separada de las funciones exclusivamente sacerdotales del *rex sacrorum*<sup>14</sup> propias de la etapa republicana.

Otro testimonio relativo a la monarquía romana corresponde al trabajo efectuado por el arqueólogo Andrea Carandini<sup>15</sup> en el depósito de la fundación bajo la *Roma quadrata*<sup>16</sup> del monte Palatino. En esa área se han logrado encontrar muros construidos alrededor de un grupo de piedras grandes identificadas como “Terminales”. Este hallazgo parece corresponder a la descripción de los hitos de deslinde consagrados al dios *Terminus*.<sup>17</sup>

Adicionalmente, Carandini<sup>18</sup> se referirá al descubrimiento del cuerpo de una niña asesinada y enterrada de forma ritual con su ajuar. Sus restos fueron ubicados en la puerta Mugonia del *proemium* Palatino. Este último hallazgo ha sido datado entre los años 775 y

---

<sup>13</sup> Fest. 424 L.: *Sacer homo is quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari. sed qui occidit parricidii non damnatur*. Es decir “Homo sacer es aquel que el pueblo ha condenado por un delito, y no es voluntad de los dioses que se le sacrifique, pero quien le mate no será condenado por homicidio de un hombre libre” [Barrido, Carmen, “*Sacer esto*” y la pena de muerte en la Ley de las XII Tablas, en *Estudios humanísticos. Filología*, 15 (1993), p.55].

<sup>14</sup> Agustí, Rafael, cit. n. 10.

<sup>15</sup> Carandini, Andrea, *La fundación de Roma*, (Barcelona, Bellaterra, 2014), pp. 48-49.

<sup>16</sup> D.H. 1, 88.

<sup>17</sup> Plutarco, *Quaestiones Romanae*, 15,1.

<sup>18</sup> Carandini, Andrea, cit. n. 15, pp. 48-49.

750 a.C., coincidiendo sus fechas con las que la tradición atribuye a Rómulo para la fundación de la urbe.<sup>19</sup>

## II. La *paelex*

Expuestos los elementos que nos permiten hablar de una época monárquica, corresponde referirnos a la ley regia sobre la *paelex*. Para ello, será necesario contrastar los distintos textos clásicos que mencionan esta institución jurídico religiosa. No obstante, el propósito es evitar que la interpretación producida desde una sola fuente induzca a errores, ya que todas las menciones a la *paelex* ocurren en asociación con otras figuras jurídicas, tales como el divorcio, la dote o el concubinato, por lo que es necesario determinar si el vínculo con estas instituciones corresponde al sentido originario de la norma.

Antes de adentrarnos en las fuentes que mencionan al rito de la *paelex*, se debe responder si las palabras *palex*, *pallaca*, *pallace*, *pellex*, *pellere*, *pelices*, *pellice*, *pelliceres* son equivalentes, o bien solo comparten similitudes en su pronunciación. Según Cannegieter<sup>20</sup> y Castello,<sup>21</sup> las utilizadas por Gelio<sup>22</sup> tendrán su origen en Festo,<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Carandini, Andrea, cit. n. 15, pp. 48-49.

<sup>20</sup> Cannegieter, Hermannus, *Dissertatio philologico-juridica ad legem Numae Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda*, (Leiden, apud Philippum Bonk, 1743), p. 8, consultado en [https://books.google.es/books?id=kodbAAAacAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?id=kodbAAAacAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false).

<sup>21</sup> Castello, Carlo, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1940), p. 15.

<sup>22</sup> Gel. 4, 3.

reconociendo en ellas su origen griego παλλακή. A su vez, Paul Meyer<sup>24</sup> se aventura a indicar que las correctas son *paelex* o *pelex*. Si bien Paulo<sup>25</sup> hablará de *pellicem* y Festo *pelices*, *pelicem* y *pelex*.

Así, Paulo utiliza la palabra de origen griego como sinónimo de *amica* o *concupina*. Lo que permite a Meyer<sup>26</sup> situar la fuente etimológica en la palabra hebrea *pilegesch* פִּילְגֶשׁ «concupina» y lleva a Castello<sup>27</sup> a remontar su origen al sánscrito *bàkala*. Los análisis filológicos realizados nos autorizan a plantear un origen indoeuropeo de la institución y nos lleva a señalar, más allá de sus formas de escritura, que todas sus expresiones tienen un sentido equivalente.

Igualmente, al asociar Paulo el uso de la expresión *pellex* a las palabras amiga y concupina, vemos un aspecto moralizante, propio de las prohibiciones matrimoniales incluidas en la legislación

---

<sup>23</sup> *Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: "Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito".* (Fest. 248 L.).

<sup>24</sup> Meyer, Paul, *Der römische Konkubinat, nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, (Leipzig, Teubner, 1895), p. 7.

consultado en

<https://ia800904.us.archive.org/17/items/derrmischekonku00meyegoog/derrmischekonku00meyegoog.pdf>.

<sup>25</sup> D. 50, 16, 144 (Paul. 10 ad leg. Jul et Pap.).

<sup>26</sup> Meyer, Paul, cit. n. 24, pp. 7-8.

<sup>27</sup> Castello, Carlo, cit. n. 21, p. 10.

caducaría,<sup>28</sup> un elemento consistente, según explicaremos, al sentido que el Digesto otorga al término.

Se debe entender que el pueblo romano ve en las limitaciones al *connubium* una fuente de conflictos sociales. Prueba esto será la descripción que hace Livio<sup>29</sup> sobre la aprobación de la *Lex Canuleia*, la cual derogará la norma de la Ley de las XII Tablas<sup>30</sup> que prohibía la celebración de matrimonios entre patricios y plebeyos. En ese sentido, vemos que la Ley de Numa pudo ser usada como un antecedente destinado a validar las restricciones matrimoniales impuestas por legislación caducaría y que, curiosamente, siglos después se encuentra reflejado en el testamento político de Augusto,<sup>31</sup> cuando al exponer sus motivaciones legislativas hace ver sus intenciones moralizantes.

Una vez determinada la procedencia de las fuentes del rito de la *paelex*, debemos iniciar su estudio. Para esto, es preciso señalar que las hemos clasificado en seis grupos. *a) Anales; b) Relatos de los*

---

<sup>28</sup> “Recordemos que la legislación matrimonial de Augusto separa a los ciudadanos en varios tipos, así, respecto a los varones, se distingue entre senadores, *ingenui* (*equites* y *plebei*), y liberti y respecto a las mujeres, entre *ingenuae* (de familia senatoria, equestre o plebeya), *libertinae* y *feminae probrosae*. La *Lex Iulia* potencia los matrimonios entre personas del mismo ordo y desanima, e incluso impide los que pudieran contraerse entre personas de un diferente status social, estableciendo para ello una serie de prohibiciones”. [Panero, Patricia, *El ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis*, (Madrid, Tirant, 2001), p.79].

<sup>29</sup> Liv. 4, 1-6.

<sup>30</sup> T. XI, 1: *...qui duabus tabulis iniquarum legum additis...conubia...ut ne plebi cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt.*

<sup>31</sup> [...] *Legibus novis me auctore latis multa exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi et ipse multarum rerum exempla imitanda posteris tradidi.* (Augusto, *Res Gestae*, 8).

*anticuarios; c) Libros y relatos de importancia histórica; d) Fuentes jurídicas; e) Arqueológicas y f) Fuentes religiosas.* Ello nos permitirá contrastar la información contenida en cada una de ellas.

Los *Annales Pontificum* corresponden a un registro cronológico escrito por los pontífices máximos, cuyo contenido material refiere los principales eventos ocurridos en Roma.<sup>32</sup> Ellos se llevaron hasta el pontificado Publio Mucio Escévola,<sup>33</sup> quien plasmó sus textos en ochenta libros, denominados *Annales Maximi*.<sup>34</sup>

Si bien hoy solo poseemos escasos fragmentos de los *annales pontificum* <sup>35</sup> del contenido material de los mismos Catón el viejo<sup>36</sup> dirá: *Non lubet scribere, quod in tabula apud pontificem maximum est, quotiens annona cara, quotiens lunae aut solis lumine caligo aut quid obstiterit*, descartando que merezca realizarse un análisis sobre el abastecimiento de granos o los fenómenos de la naturaleza. Por su parte, Cicerón<sup>37</sup> se refiere irónicamente a su estilo literario, haciendo ver su aridez al momento de aseverar *Nam post annalis pontificum maximorum, quibus nihil potest esse iucundius respecto*.

---

<sup>32</sup> De Sanctis, Gaetano, *Annales Maximi* en *Enciclopedia Italiana* (Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1929), I, pp. 386-387.

<sup>33</sup> Fernández de Buján, Antonio (2002) *Sistemática del "Ius civile" en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio* en *Religión y cultura*, 220, (2002), p. 58.

<sup>34</sup> De Sanctis, Gaetano, cit. n. 32, pp. 386-387.

<sup>35</sup> Vid. Cornell, Timothy et al. *The Fragments of the Roman Historians*, (Inglaterra, Oxford University Press, 2013), 2, pp. 10-31.

<sup>36</sup> Gel. 2, 28, 6 cfr. Cato, *Origines*.

<sup>37</sup> Cic. Leg. 1, 6.

Materialmente, los *annales* constituían una serie de tablas de madera blancas,<sup>38</sup> las cuales probablemente se encontraron ubicadas en la casa del pontífice, en las cercanías del templo de Júpiter Óptimo Máximo. Este último elemento que se desprende de las narraciones de Livio<sup>39</sup> y Festo<sup>40</sup> en donde se describe<sup>41</sup> una ceremonia efectuada por los pontífices y destinada poner un clavo de bronce en las paredes del templo de Júpiter durante el *idus* de febrero.<sup>42</sup> Ese acto representaba el paso de cada nuevo año consular y permitía denominar al año pontifical con el nombre de los cónsules que asumían en el mes de enero.<sup>43</sup>

Para De Sanctis<sup>44</sup>, los anales pontificios serán un registro llevado a cabo entre los años 300 al 123 a.C. Si bien, Dionisio de Halicarnaso<sup>45</sup> señala que su elaboración inicia en una época tan antigua que no hay ni un solo historiador que no haya utilizado las *tablillas sagradas* como fuente de los relatos antiguos. Si sus registros fuesen fidedignos, podrían haber consignado el matrimonio de Eneas con Lavinia, la hija del rey Latino<sup>46</sup> y hasta ahora pensamos

---

<sup>38</sup> D.H. 3, 36.

<sup>39</sup> Liv. 7, 3.

<sup>40</sup> Fest. 55 L.

<sup>41</sup> De esta interpretación duda Mommsen, quien fue de la opinión que el rito ocurría cada cien años. Algo de lo que Warde Fowler duda [Fowler, Warde, *The roman festivals of the period of the republic*, (Londres, Macmillan co., 1899), nota 1022, consultado en <https://www.gutenberg.org/files/59007/59007-h/59007-h.htm#f1023>].

<sup>42</sup> Fowler, Warde, cit. n. 41, p. 235.

<sup>43</sup> Fowler, Warde, cit. n. 41, p. 280.

<sup>44</sup> De Sanctis, Gaetano, cit. n. 32, pp. 386-387.

<sup>45</sup> D.H. 1, 73.

<sup>46</sup> D.H. 1, 60.



que nada señalan de la regulación del matrimonio o concubinato en la monarquía.<sup>47</sup>

La descripción del primer divorcio de Roma,<sup>48</sup> en donde *Spurius Carvilius Maximus Ruga* motiva su solicitud en la imposibilidad de concebir de su esposa, lo cual podría ser un registro de los *annales*. Este caso, especialmente bien documentado,<sup>49</sup> creemos que formó parte de sus registros, ya que todas sus descripciones vienen acompañadas del año consular de su ocurrencia.

Es esa forma de descripción la que nos hace pensar que corresponde a un evento propio de los *annales pontificum*, aunque sin pretender ser concluyentes, ya que únicamente nos basamos en la mención del año consular y en el carácter objetivo de las descripciones. Las que en esencia son tan áridas como las tablas de los pontífices.

Sobre el vínculo entre el primer divorcio de Roma y el rito de la *paelex* nos despierta cierta curiosidad el relato de Aulo Gelio. En el texto -incluido a continuación de la descripción del divorcio de

---

<sup>47</sup> Cornell, Timothy, *et al.* cit. n. 35, II, pp. 10-31.

<sup>48</sup> Gel. 4, 3; D.H. 2, 25, 7; V. Max. 2, 1, 4; Plut. *Licurgo y Numa* 3, *Teseo y Rómulo* 4, *Quaestiones Romanae* 14 y 59.

<sup>49</sup> Para Amunátegui, Carlos, *El Origen de los poderes del "Paterfamilias" II*, en *REHJ.*, 29 (2007), p. 124. El registro del primer divorcio será el de Lucius Annius, fechado en el 307 a.C. Un caso que es descrito en V. Max. 2, 9, 2 y cual datación se desprende de Liv. 9, 43, 25.

Ruga-, se menciona una descripción del rito de la *paelex*. Un evento propio de la época monárquica, donde se nos dirá:

*"Paelicem" autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus:*

*"Paelex aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito."*

*"Paelex" autem quasi pallax, id est quasi pallakis. Vt pleraque alia, ita hoc quoque vocabulum de Graeco flexum est.*

La descripción del sacrificio de la cordera a Juno, citada por Gelio, nos lleva a pensar que ese pasaje posiblemente pertenezca a un fragmento de los *annales* o al *ius civile papirianum*. Para entender esta idea se debe volver a mencionar que -para Cannegieter-,<sup>50</sup> la fuente primaria de la cita de Gelio será un pasaje de Festo,<sup>51</sup> obra que también hará la descripción del rito en los siguientes términos:

*Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: "Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito"*

---

<sup>50</sup> Cannegieter, Hermannus, *Dissertatio philologico-juridica ad legem Numae Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda*, (Leiden, apud Philippum Bonk, 1743), p. 38.

<sup>51</sup> Fest. 248 L.

Como se puede apreciar la definición de *pelices*, en Festo, se refiere a las mujeres que se involucran con extraños y las uniones entre hombres. Ambas descripciones corresponden al uso de la palabra en su tiempo. Elemento que se infiere de la utilización de la expresión *nunc quidem appellantur*.

Finalmente, su exposición aporta el significado original de *paelex*, escribiendo que los antiguos utilizaban esa palabra para señalar a la mujer unida a un hombre casado y que en tiempos de Numa se promulgó una ley que indicaba -a título de pena-, la realización del rito de Juno, lo cual transcribe idénticamente Gelio.

Por otra parte, la atribución implica su procedencia desde alguna fuente. En el caso de la descripción del rito de la *paelex*, Festo y Gelio, señalan al rey Numa como su autor. Ese elemento nos lleva a plantear que la incorporación en sus obras tenga por fuente los *annales pontificum*,<sup>52</sup> ya que su redacción coincide con la manera en que se llevaban sus asientos, o bien que proceda desde el *ius civile papirianum*. Una obra que según la descripción de Pomponio,<sup>53</sup> también comparte estilo con las citas de esos autores.

Además, si el texto fuera de la época de Numa debería encontrarse en latín arcaico, como el del *Lapis Niger*,<sup>54</sup> o la ley

---

<sup>52</sup> Marquardt, Joachim & Mommsen, Theodor, *Römische Staatsverwaltung*, (Leipzig, Verlag von S. Hirze, 1879) VI, pp. 287-290.

<sup>53</sup> D. 1, 2, 2 (Pomponius I.S. enchir).

<sup>54</sup> CIL 1, 2, 1.

destinada a consagrar la celebración de la ceremonia del clavo.<sup>55</sup> Por lo tanto, pensamos que el texto fue transcrito,<sup>56</sup> descartando su origen directo en el *ius civile papirianum*.<sup>57</sup> Finalmente existe otra posibilidad de procedencia, ella corresponde a los Anales Máximos de Publio Mucio Escévola. Al encontrarse el texto escrito en latín clásico, pensamos motivadamente en decantarnos por esta opción.

Otra característica en la descripción de Gelio sobre el rito de la *paelex* se relaciona con su ubicación. Este texto se encuentra incluido en un contexto de dos capítulos<sup>58</sup> referidos a la devolución de la dote en caso de divorcio. Sobre el origen directo de la cita, aparentemente, provendrá desde un trabajo del jurista Servio Sulpicio Rufo sobre la dote, habiendo este último incorporado el texto desde la obra de Festo. De esta manera y en el contexto de la dote, Gelio interpreta el significado de *paelex*, ya que indica que

---

<sup>55</sup> Liv. 7, 3.

<sup>56</sup> Ver un ejemplo de esta práctica en el texto de CIL 13, 1668 y su incorporación a Tac. *Ann.* 11, 24.

<sup>57</sup> Son múltiples los nombres asignados al autor del *ius civile*. En la cita a Pomponio de D. 1, 2, 2 se habla de Sexto Papirio, quien probablemente fue sumo pontífice durante el reinado del Soberbio. Una segunda posibilidad, más lejana, es que sea Sexto Papirio, discípulo de Quinto Mucio, el reconocido primer sistematizador del *ius civile* (D. 1, 2, 41). Igualmente, en otra cita a Pomponio (D. 1, 2, 36) se habla que la autoría del *ius civile* corresponde a Publio Papirio; y finalmente, Dionisio de Halicarnaso (3, 36) dice que tras el fin de la monarquía sus leyes fueron expuestas al público gracias al pontífice Cayo Papirio. Como se observa, la antigüedad del texto hace que el *praenomen* de su autor sea una incógnita, si bien todas las fuentes apuntan a que su redacción corresponde a un miembro de la *gens papiria*.

<sup>58</sup> Gel. 4, 3: *Quod nullae fuerunt rei uxoriae actiones in urbe Roma ante Carvillianum divortium; atque inibi, quid sit proprie "paelex", quaeque eius vocabuli ratio sit;* y Gel. 4, 4 *Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum.*

corresponde a la unión de una mujer con un hombre casado *cum manu*.

### III. *Conventio in manu*

En relación al origen de la *conventio in manu*, se ha de mencionar que desde el s. XVIII d.C. la ciencia romanística ha propuesto múltiples teorías sobre la etapa de su origen.<sup>59</sup> En este sentido, los fundamentos de la teoría de Alan Watson<sup>60</sup> son extremadamente interesantes. En ella expone que el origen de la *manus* se encuentra en la Ley de las XII tablas, debido a que el uso técnico del término es propio de los efectos de las formas de matrimonio reguladas en su cuerpo.<sup>61</sup> Lo que le lleva a plantear que la *manus* es una figura jurídica que precede al ejercicio pleno de la *potestas*<sup>62</sup> por parte del *paterfamilias*.

Esta descripción del origen de la *manus* nos lleva a explorar la posibilidad que haya existido un matrimonio *sine manu* en el tiempo de Numa. Ello supone discernir cuál es la primera forma de

---

<sup>59</sup> Vid. Amunátegui, Carlos, *Origen de los poderes del paterfamilias: el pater familias y la patria potestas*, (Madrid, Dykinson, 2009), pp. 180-188.

<sup>60</sup> Watson, Alan, *Rome of the XII Tables: persons and property*, (Princeton, University Press, 1975), pp. 18-19.

<sup>61</sup> En un fundado sentido contrario Volterra, Edoardo, *La conception du mariage à Rome en Revue internationale des droits de l'antiquité*, (1955), p. 373. En él expondrá que el matrimonio es un hecho y la *manus* una consecuencia jurídica, aspectos que comenzaran a disociarse a raíz del fin de la familia agnaticia, un cambio social que permitiría la autonomía de ambas instituciones.

<sup>62</sup> Watson, Alan, cit. n .60, p. 49.

matrimonio en Roma, un tema de por sí complejo, ya que ni siquiera los romanos tuvieron claridad sobre su origen.<sup>63</sup>

No obstante, los autores latinos utilizan el orden *usus*, *confarreatio* y *coemptio* en textos jurídicos, filosóficos, religiosos y filológicos. Así Gayo, Boethio, Arnobio y Servio<sup>64</sup> reproducen la secuencia *usus*, *confarreatio* y *coemptio* al momento de exponer sobre las formas de matrimonio. Ese elemento es el que lleva a Westrup<sup>65</sup> a establecer su teoría sobre el orden de precedencia temporal en las formas de unión.

Sobre si originariamente el matrimonio suponía la posibilidad de la celebración de la *conventio in manu*, las obras de Dionisio de Halicarnaso, Tácito, Cicerón, Quintiliano, Servio y Aulo Gelio parecen demostrarlo.<sup>66</sup> Igualmente, las investigaciones epigráficas realizadas sobre un objeto parlante denominado el Vaso de Duenos, datado entre los s. VII y VI a.C., dan cuenta que la *manus* fue el resultado del rito matrimonial en la época regia.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Amunátegui, Carlos, cit. n. 59, p. 185.

<sup>64</sup> Gai. 1, 110; Boethius, *II ad Top. Cic.* 3, 14; Arn. *Adv. Nac.* 4, 20 y Serv. *Ad Aen.* 1, 31.

<sup>65</sup> Westrup, Carl, *Über den sogenannten Brautkauf des Altertums*, (Stuttgart, Ferdinand Enke, 1926), p. 8.

<sup>66</sup> D.H. 2, 25; Tac. *An.* 4, 16, 2; Cic. *Top.* 14; Quint. *Instit. Orat.* 5, 10, 62; Serv. *ad Aen.* 4, 103; Gel. 10, 15 y 18, 6.

<sup>67</sup> Vid. Pauli, Carl, *Altitalische Studien*, (Hannover, Hahn, 1883), I; Pennisi, Giuseppe, *Il trivaso di Duenos*, en *Studi latini e italiani*, VI (Roma, Herder, 1992); Dumézil, Georges, *Chronique de l'inscription du vase du Quirinal en Mariages indo-européens, suivis de quinze questions romaines* (Paris, 1966); Marco, Francisco & Fontanba, Gonzalo, *Sponsio matrimonial en la Roma arcaica: el vaso de Duenos*, en *RIDA*, 43 (1996) y Amunátegui, Carlos, *El Origen de los poderes del "Paterfamilias" II*, en *REHJ*, 29 (2007).

Siguiendo con la prelación de formas matrimoniales establecidas por Westrup, la configuración de la unión *sine manu* inicialmente será consecuencia del ejercicio del *trinoctium* señalado en la Tabla 6, 4 y probablemente asociada a la unión por *usus*. Este elemento de configuración, en donde la mujer debe abandonar el hogar común, será la base que permite determinar el carácter general de las uniones *cum manu*.<sup>68</sup> Para Gayo (1, 111) su carácter general fue olvidado y posteriormente derogado, a causa de su falta de uso. Igualmente, Macrobio<sup>69</sup> y Gelio<sup>70</sup> nos relatan las dificultades que significaba su aplicación a raíz del ejercicio del *trinoctium*.

Continuando con las formas matrimoniales, para Dionisio de Halicarnaso (2, 25), explicación seguida por Mommsen,<sup>71</sup> la *confarreatio* será la forma ritual más antigua de matrimonio, implicando su celebración la *conventio in manu*.<sup>72</sup> Este elemento mantuvo su vigencia hasta los tiempos del emperador Tiberio,<sup>73</sup> quien permitió que el matrimonio fuese realizado por la *flaminica dialis*, la esposa del *flamen*. Un cambio en la persona de la celebrante que desencadenó sus efectos *sine manu*.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> En este sentido Watson, Alan, *Roman private law around 200 B.C.*, (Edinburgh, University Press, 1971), pp. 18-19.

<sup>69</sup> Macr. 1, 3, 9.

<sup>70</sup> Gel 3, 2.

<sup>71</sup> Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, (trad. García, Alejo, Madrid, Francisco Góngora, 1876), I, p. 36.

<sup>72</sup> Gai, 1, 112.

<sup>73</sup> Tac. *Ann.* 4, 16.

<sup>74</sup> Gai. 1, 135<sup>a</sup>.

Finalmente, debemos referirnos a la *coemptio*, lo que nos lleva a remitirnos a la *mancipatio*, una institución que comparte sus formas con la celebración del rito matrimonial. Según Peruzzi<sup>75</sup> la *mancipatio* fue creada en tiempos de Numa. Inicialmente ella fue un modo solemne destinado a adquirir el dominio sobre los bienes mediante su aprehensión material.<sup>76</sup> Su proceso de espiritualización, según Mommsen,<sup>77</sup> se lleva a cabo durante el reinado de Servio Tulio, quien estableció la obligación de transferir fundos itálicos a través de la *mancipatio*. Desde entonces las *res Mancipi* podrán ser representadas en el acto de transferencia. Este es un punto crucial en su evolución, ya que en el año 269 a.C. su celebración será identificada con una venta imaginaria.<sup>78</sup> Cambio que requerirá ser acompañado del efecto *dicis causa*,<sup>79</sup> un factor clave para utilizar el modo mancipatorio en la celebración de la *coemptio*. Lo cual nos hace plantear lo tardío de su establecimiento como forma matrimonial.

En cuanto al matrimonio *sine manu*, para Hanard<sup>80</sup> las primeras evidencias de su celebración corresponderán a las entregas de bienes efectuadas por las matronas de Roma durante la invasión de

---

<sup>75</sup> Peruzzi, Emilio, *Money in Early Rome*, (Firenze, L.S. Olschki, 1985), p. 7 y 98.

<sup>76</sup> Gai. 1, 119-122.

<sup>77</sup> Mommsen, Theodor, cit. n. 71, I, p. 143.

<sup>78</sup> Vid. Gai. 1, 113-115b, 1, 119; 2, 104; 3, 174 y Rabel, Ernst, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht*, en *ZSS*, 27 (1906), pp. 290-309, consultado en <https://doi.org/10.7767/zrgra.1906.27.1.290>.

<sup>79</sup> Westrup, Carl, *Über den sogenannten Brautkauf des Altertums*, (Stuttgart, Ferdinand Enke, 1926), p. 11.

<sup>80</sup> Hanard, Gilbert, *Manus et mariage a l'époque archaïque* en *RIDA*, 36 (1989), pp. 197-198.



Veyes,<sup>81</sup> en el 395 a.C y en el saqueo de los Galos a la ciudad,<sup>82</sup> en el año 390 a.C. Es decir, casi sesenta años después de la entrada en vigencia de la Ley de las XII tablas. Estos relatos, identificados como evidencia de la existencia de matrimonios *sine manu*, nos hablan de mujeres casadas que administran un patrimonio propio. Un aspecto que permite demostrar matrimonios *sine manu* durante el s. IV a.C.<sup>83</sup> Es decir, casi cuatro siglos después del reinado de Numa.

De esta manera es que no parece propio que una institución como la de la *paelex* distinga entre matrimonios *cum manu* y *sine manu* para su conformación, ya que esta diferencia se establece casi cuatro siglos después de su creación.

Por lo cual, creemos que la interpretación de Gelio se debe a que el anticuario confunde la entrega de la dote por parte de la mujer, sus tutores o su familia con un requisito esencial del matrimonio, pero, más allá de sus usos sociales, no debe ser entendido así. En ese contexto, Plauto<sup>84</sup> dirá en el s. II a.C. que la hermana entregada sin dote puede ser entendida como una concubina. Un término utilizado por Paulo<sup>85</sup> como sinónimo de *paelex*. Lo que nos permite remitirnos nuevamente a su texto

---

<sup>81</sup> Liv. 5, 25.

<sup>82</sup> Liv. 5, 50.

<sup>83</sup> En este sentido Amunátegui, Carlos, *Casos de matrimonios sine manu en tiempos arcaicos en Revista General de Derecho Romano*, 10 (2008), Consultado en [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=406607&popup=#nota27](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406607&popup=#nota27).

<sup>84</sup> Plaut. *Trin.* 688-694.

<sup>85</sup> D. 50, 16, 144 (Paulus 10 ad l. Jul. et Pap.).

incluido en el Digesto (50, 16, 144) y a una cita de Papiniano<sup>86</sup> de los *Fragmenta Vaticana*, en donde se expone que el *honor* y la *affectio maritalis* son los elementos<sup>87</sup> que diferencian el matrimonio del concubinato, no los documentos suscritos entre los contrayentes y en consecuencia tampoco la dote.

#### IV. *Leges Iulia et Papia*

Resuelto este punto, corresponde comentar las explicaciones de Paulo sobre las *Leges Iulia et Papia*.<sup>88</sup> En ese texto cita la definición originaria *paelex* efectuada por Masurio Sabino, expresando:

*Libro memorialium Massurius scribit "pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam pallakyn graeci vocant.*

Como se puede constatar, las expresiones *cum uxor non esset*, utilizadas por Sabino se corresponden con la definición de los antiguos para referirse a la *pellex*.

---

<sup>86</sup> Frag. Vat. 253b y D. 39, 5, 31.

<sup>87</sup> Vid. Volterra, Edoardo, *Concubinato en NNDI*. (1957), III, pp. 1052-1053.

<sup>88</sup> D. 50, 16, 144 (Paulus 10 ad l. iul. et pap.).

Igualmente, el texto de Paulo remite la definición de Granio Flaco,<sup>89</sup> la cual proviene desde su obra sobre el *ius papirianum*. Entendemos que los conceptos utilizados por Granio corresponden a los usos sociales de su tiempo, debido a la utilización de la expresión *volgo vocari* antes de definir la *paelex* como la mujer unida a un hombre casado o la que cohabita sin mediar matrimonio.

En este sentido, Meyer<sup>90</sup> interpreta el pasaje de Paulo (D. 50, 16, 144) diciendo que, para Sabino la *paelex* originalmente fue cualquier mujer que convive con un hombre soltero sin ser su esposa. Es decir, cualquier mujer que no esté unida a un hombre por matrimonio legal, pero de manera permanente. Así es que no podemos descartar una intención de matrimonio, la cual no recibe sanción legal por razones formales, sociales o moral-religiosas. Sobre la utilización del término en épocas de Tiberio, Sabino identifica a las llamadas *pellices* de los antiguos, con las *amicae* y *concubinae* de los tiempos del emperador.<sup>91</sup>

Sobre la definición de *pelices* aportada por Festo, ella se ve acompañada del uso de la expresión *nunc quidem appellantur*, lo cual refleja una interpretación contextualizada a su época. Ello torna sus

---

<sup>89</sup> Se debe hacer presente que en la definición de *paelex* intervienen dos Flaccus. El primero será *Marcus Verrius Flaccus*, un gramático desde cuya obra provendrá la síntesis *De Verborum Significatu* producida por Festo. El segundo será *Granius Flaccus*, quien es el autor de la obra citada por Paulo y referida a las leyes regias.

<sup>90</sup> Meyer, Paul, cit. n. 24, p.10.

<sup>91</sup> En un sentido diverso Karlowa, Otto, *Römischen Ehe und Manus*, (Bonn, Max Cohen & Sohn, 1868), pp. 74-75. Para él no serán definiciones correspondientes al tiempo de Numa las expresadas por Sabino y Granio Flacco, optando por la formulada por Festo.

palabras en una explicación distante al reinado de Numa, y por lo tanto es solo aplicable para describir las relaciones sostenidas en el siglo II d.C. entre un hombre y una mujer, distinta a su *uxor*.

Por estas razones, podemos ver que existen elementos literales en las definiciones aportadas por Festo, Gelio, Granio Flaco, Sabino y Paulo que permiten plantear que la unión con la *paelex* no corresponde exclusivamente a la convivencia de una mujer y un hombre con un vínculo matrimonial no disuelto. Ello hace necesario explicar las diferencias entre el *iustum matrimonium* y la situación de la *paelex*, para lo cual debemos analizar el significado de las palabras que ellos utilizan al describir esta institución. Siendo esas: *consuescere, probrosamque, uxoris loco* y *nubebant*.

## V. Describiendo a una *paelex*

En términos bastante infelices, Gelio le aplica la voz *consuescere*,<sup>92</sup> describiendo ella a una relación deshonrosa entre un hombre y una mujer. Adicionalmente, esta también se utilizará para desprestigiar la unión sostenida con un hombre casado *cum manu*.<sup>93</sup> Este término tendrá reflejos en la cita de Granio Flaco (D. 50, 16, 144), quien se refiere a la situación desfavorecida de la *paelex* bajo la expresión *uxoris loco*, entendida como la mujer que ocupa el lugar de la cónyuge.

---

<sup>92</sup> Forcellini, Egidio, *Consuesco*, en *Totius latinitatis lexicon*, (s. l., 1771), consultado en <http://lexica.linguax.com/forc2.php?searchedLG=consuesco>.

<sup>93</sup> Cristaldi, Salvatore Antonio, *Unioni non matrimoniali a Roma*, en *Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma, Utet, 2014), p. 146.

Igualmente, el *nubebat* utilizado por Festo (248 L.) se enfocará en la falta de *nubere*,<sup>94</sup> es decir la imposibilidad de encontrarse cubierta por un *nubo*<sup>95</sup> «velo».<sup>96</sup> En este sentido, se ha de señalar que el rito matrimonial arcaico<sup>97</sup> supone el uso de un velo rojo.<sup>98</sup> Ese elemento es el que dará contexto a la expresión *nuptiae* «nupcias», entendida como la celebración del matrimonio. Es decir, la instancia donde la mujer debía utilizar el velo.<sup>99</sup>

Parte de estos motivos son los que llevan a Cannegieter<sup>100</sup> a determinar que el concepto originario *paelex* es el descrito por Masurio Sabino y Granio Liciniano, quienes definen a la *paelex* como la mujer que vivía con un esposo ajeno o aquellas que convivían en el lugar de la esposa, sin encontrarse casadas.

Por lo expuesto, nos inclinamos por la definición de Masurio Sabino, ya que su contexto corresponde al tiempo de Numa y a su

---

<sup>94</sup> *Nuvere* será el sujeto pasivo de la relación. Vid. Cantarella, Eva, *Según natura: la bisexualidad en el mundo antiguo*, (trad. Llinares, María del Mar, Madrid, Akal, 2012), p. 245.

<sup>95</sup> *Nubere* [...] *prob. cogn. w. nubes and meaning literally 'to veil oneself'*. [Glare, Peter Geoffrey William et al, *Oxford Latin dictionary*. (Oxford, Clarendon Press, 1968), p. 1199].

<sup>96</sup> El uso del velo durante el rito matrimonial se ve acreditado el uso de la expresión *flammeo*. Vid. Suet. *Nero*. 28 y Tac. *Ann.*15.37. El significado del *flammeo* descrito por Festo nos remite al *nubo*, así es que expresará *Flammeo: amicitur nubens ominis boni causa, quod eo assidue utebatur flaminica, id est flaminis uxor, cui non licebat facere divortium* (Fest. 79 L.).

<sup>97</sup> Cantarella, Eva, cit. n. 94, p. 146.

<sup>98</sup> Marcos Casquero, Manuel Antonio, *Peculiaridades nupciales romanas y su proyección medieval en Minerva: Revista de Filología Clásica*, 19 (2006), p. 270.

<sup>99</sup> Cristaldi, Salvatore, cit. n. 93, pp. 147-148.

<sup>100</sup> Cannegieter, Hermannus, cit. n. 50, pp. 7-26.

vez, permite una interpretación de la institución en un sentido jurídico. Así *paelex* será la mujer que vive con un hombre sin ser su cónyuge legítima. A pesar de lo señalado, no parece preciso delimitar un concepto exclusivamente a través de la negación de sus atributos. Esta condición es lo que nos lleva a proponer que el significado de *paelex* sea el de la mujer unida a un hombre con un vínculo matrimonial no resuelto; o bien la unión de un ciudadano con una persona imposibilitada para ejercer el *conubium*.

En este punto es necesario precisar si la definición originaria de la *paelex* guarda relación con la concubina<sup>101</sup> de la *Lex Iulia Adulteris*. Si bien, para ello debemos ser conscientes de la distancia temporal entre ambas regulaciones y donde el uso del derecho arcaico, al inicio de la etapa imperial busca aportar tradición jurídica a sus normas, lo cual, en el caso de la *paelex*, se logrará revitalizando la vigencia de la legislación de Numa. Ese contexto interpretativo, propio del derecho clásico, se equipara a la *pellex* con la concubina descrita por Paulo en D. 50, 16, 144.

## VI. Concubinato

Antes de abordar el fondo de esta cuestión, es necesario mencionar que parte de la academia ha propuesto una nueva

---

<sup>101</sup> El utilizar citas del Digesto como criterio de interpretación para una institución arcaica obedece a la escasez de las fuentes de ese período. Fundamentamos su uso en la construcción lógica que supone la evolución de las instituciones jurídicas. Es en este sentido es que utilizarán sus textos y con el único fin de contrastar su contenido.

hipótesis sobre el origen de la *paelex*, vinculando su regulación con el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Si bien consideramos que esta interpretación adelanta la creación de la institución, Sirks<sup>102</sup> señala que la consagración del templo de *Pudicitia Plebeia*<sup>103</sup> evidencia la evolución de la condición del matrimonio mixto, un proceso que culminaría con la promulgación de la *Lex Canuleia*.

Esta perspectiva ha servido a Zuccoti<sup>104</sup> y Arces<sup>105</sup> para analizar la evolución del rito de la *paelex*; sin embargo, ninguno de ellos sitúa la creación de la institución en el período de conflicto entre patricios y plebeyos. Más bien, la presentan como parte de un proceso de transformación de las relaciones extramatrimoniales, que culminará en la regulación del concubinato al inicio de la etapa imperial.

Realizadas esas precisiones, debemos responder: ¿qué es el concubinato? Según Mommsen<sup>106</sup> el concubinato es una institución externamente similar al matrimonio, en donde sus contrayentes no pueden casarse debido a un impedimento relacionado con su condición jurídica o su estatus legal. A su vez, señala que el

---

<sup>102</sup> Cfr. Sirks, Boudewijn, *Paelex, conubium and the lex Canuleia*, en *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone* (Torino, G. Giappichelli editore, eds. D'Angelo, Giacomo et al. 2019), pp. 241-254.

<sup>103</sup> Liv. 10, 23.

<sup>104</sup> Zuccotti, Ferdinando, *Paelex: note sulle unioni coniugali in Roma arcaica* (Milan, LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2022), pp. 13-18.

<sup>105</sup> Arces, Pierfrancesco. *Il regime giuridico-sacrale della «paelex» tra «pallakia» e concubinato*. en *Rivista di diritto romano* 20 (2020), p. 22.

<sup>106</sup> Mommsen, Theodor, *Le droit public romain*, (trad. Girard, Paul Frédéric, 3<sup>a</sup> edición, Paris, De Boccard, 1889, reimp. 1985), VI. 2, pp. 13-14. Consultado en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6631s/f24.item>.

concubinato no es ni en términos, ni en sustancia un matrimonio. Los hijos que nacen de estas uniones no tienen ninguno de los derechos de la filiación legítima, considerándoseles *vulgo quaesiti*. Una condición que igualmente los diferencia de los hijos de padres divorciados en Roma. Los cuales, según López-Rendo,<sup>107</sup> seguirán sometidos a la *manus, potestas, mancipium* de su *pater*.

La condición de *vulgo quaesiti*, para Mario Talamanca,<sup>108</sup> mutará en la época *tardo-antigua*, en donde los hijos de las relaciones concubinarias serán considerados *fili naturales* y podrán a través de la *legitimatio*, efectuada por su *pater*, ser considerados hijos de familia. Respecto a su origen,<sup>109</sup> plantea que su fundamento será una lógica propia del derecho penal.

El concubinato, en este contexto, no se considera *stuprum*. Un crimen que se comete tras sostener relaciones con niños, vírgenes o viudas. De esta forma, Modestino,<sup>110</sup> al referirse al *stuprum*, distingue ese delito de las relaciones con una concubina, y también señala que comete *stuprum* la mujer previamente casada.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> López-Rendo, Carmen, *Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código civil español*, en *RIDROM*, 9 (2012), p. 250-259.

<sup>108</sup> Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, (1ª edición, Milano, A. Giuffrè, 1990), p. 154.

<sup>109</sup> Mommsen, Theodor, cit. n. 106, VI. 2, pp. 13-14.

<sup>110</sup> D. 48, 5, 35 pr (Modestinus 1 reg.) *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*.

<sup>111</sup> D. 48, 5, 35, 1 (Modestinus 1 reg.) *Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*.



A causa que el sujeto activo del *stuprum* es la mujer casada debemos referirnos a si un ciudadano puede cometer el delito de bigamia. Roma desconoce esa figura hasta el siglo IV d.C.<sup>112</sup> Por tanto, el concubinato<sup>113</sup> debe ser entendido como la solución a jurídica frente a un delito de bigamia no tipificado.

Un reflejo de esa hipótesis se demuestra en un relato de Cicerón<sup>114</sup> referido a un *paterfamilias* que, sin mediar divorcio, toma una segunda esposa, la cual habrá de ser considerada concubina. No obstante, la situación descrita no impide que se pueda tachar de infame<sup>115</sup> al ciudadano vinculado por esponsales o nupcias paralelas.<sup>116</sup>

Una vez aclarado ese punto, corresponde responder si el rito de la *paelex* obedece también a una lógica propia del ámbito penal.

---

<sup>112</sup> Volterra, Edoardo, *Matrimonio (Diritto Romano)*, en *NNDI* (1957), p. 334.

<sup>113</sup> *Vid.* D. 25, 7, 3, 1 (Marcianus 12 inst.) y D. 48, 5, 14 pr. (Ulpianus 2 de adult.).

<sup>114</sup> Cic. *de Orat.* 1, 183.

<sup>115</sup> La infamia es una sanción civil impuesta por el pretor, que tiene su origen en la contravención a los deberes impuestos por los *mores*, las normas civiles, y penales señalados en D. 3, 2. Entre sus consecuencias se encuentra la imposibilidad de declarar en juicio, la pérdida de la facultad de representar a otros, la imposibilidad de ejercer cargos públicos, la de volver a contraer nupcias o la de celebrar determinados actos jurídicos. Esta sanción civil se diferencia de la censura en su aparente irrevocabilidad. [*Vid.* D. 3, 2; Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano*, (trad. Dorado Montero, Pedro (Santiago, Olejnik, 2019), p. 461 y ss.; Marlasca, Olga, *Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales* en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 61, 1 (2013), pp. 251-253 y Smith, William (Ed.) *Infamia*, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, (s. l., 1876), pp. 634-636].

<sup>116</sup> D. 3, 2, 1 (Iulianus 1 ad ed.).

Si bien, el *ius* del período arcaico mantuvo una configuración unitaria, se ha de señalar que los elementos penales del sacrificio de la cordera han de ser vinculados al Derecho Penal,<sup>117</sup> pero limitando su reconocimiento a la condición inicialmente indivisible del Derecho arcaico. De esta manera los delitos arcaicos pueden ser clasificados en *scelera inexpiabilia* «crímenes inexpiables». Los que corresponden a actos que suponían la declaración político religiosa de *homo sacer*; y los *scelera expiabilia* «delitos expiables», cuyas penas se encontraban destinadas a restablecer la *pax deorum* mediante la realización de sacrificios religiosos.<sup>118</sup> Es en este último grupo es donde jurídicamente se ha de situar penalmente a la expiación ofrecida a Juno,<sup>119</sup> sin obviar sus componentes rituales y religiosos, como más adelante veremos.

Se ha de precisar que el reconocimiento jurídico al concubinato, al igual que el matrimonio, será objeto de restricciones. Estos habrán de ser entendidos como impedimentos destinados a evitar una

---

<sup>117</sup> Si bien entendemos impropio definir autónomamente a dicha ciencia en este período.

<sup>118</sup> González Romanillos, José Antonio, (2017) *La represión penal en la época arcaica en e-Legal History Review*, 25 (2017), p. 3.

<sup>119</sup> No podemos cerrar este apartado sin mencionar que los sistemas de responsabilidad no empiezan en Roma con la declaración de *homo sacer*, ella es solo parte de su largo camino de evolución, como se constata en distintos fragmentos de la Ley de las XII Tablas, los cuales permiten identificar parte de su desarrollo. Así, la divinidad de origen indoeuropeo Ceres será la receptora del sacrificio ritual del púber que cortó mieses ajenas durante la noche [Tabla 8, 9]. Una sanción tan arcaica que se la podrá identificar como una forma de autotutela. Evolutivamente la sanción de *sacer esto*, en las XII tablas se aplicará al *patronus* que defraude a sus clientes [Tabla 8, 21], pero quien cobre intereses sobre una uncia será objeto de otra forma de responsabilidad, una identificada bajo la palabra *sanctum* [Tabla 8, 18<sup>a</sup>]. Estos preceptos nos muestran parte de su evolución y no dudamos que una parte de ellos corresponden al período regio, pero su investigación supera con creces el desarrollo del presente trabajo.

unión contraria al *fas*.<sup>120</sup> Así, el concubinato incestuoso y el vínculo con una menor de doce años, mantendrán el carácter de uniones nefandas.<sup>121</sup>

El impedimento concerniente a la unión con una menor de doce años, encontrará su razón en las limitaciones de lo socialmente aceptable<sup>122</sup> y en los fines esenciales del matrimonio. Este elemento, según Plutarco, se evidencia en los motivos que llevaron a Rómulo a permitir el mítico rapto de las Sabinas. Un evento destinado a asegurar la descendencia de la población de Roma, inicialmente compuesta por hombres solteros y sin familia, que se ven indebidamente motivados a secuestrar a sus futuras esposas.<sup>123</sup>

La descendencia corresponde a un requisito esencial del matrimonio, carácter que invoca *Ruga* para solicitar su divorcio.<sup>124</sup> A *contrario sensu*, este aspecto torna incompatible la condición de *puella* con el status de *paelex* y *uxor*. Una condición que se mantendrá a lo largo de la experiencia jurídica romana. Así, las palabras de Pomponio incluidas en el Digesto, referidas a las debidas formas del matrimonio (D. 23, 2, 4), y las de Ulpiano, sobre los requisitos de validez necesarios para que una unión sea considerada concubinato

---

<sup>120</sup> D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, (10ª edición, Pamplona: Eunsa, 2004), p. 308.

<sup>121</sup> Vid. Gai. 1, 59; Falcao, Miguel, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, (Pamplona, Eunsa, 1973), p. 9 y Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2004), I, p. 349

<sup>122</sup> Falcao, Miguel, cit. n. 121, p. 9.

<sup>123</sup> Plut. *Romulus*, 14.

<sup>124</sup> Gel. 4, 3.

(D. 25, 7, 1, 4), prescriben la invalidez del vínculo contraído con una menor de doce años, siendo la carencia natural de fertilidad el elemento que configurará la ilegitimidad de este tipo de uniones.

El impedimento relacionado con el incesto, tendrá su origen en una ley del rey Tulo Hostilio. Tácito<sup>125</sup> describe sus ritos públicos de expiación efectuados en los bosques de Nemi, consagrados a la diosa Diana. En él se referirá a la unión entre un Silano, asesinado, y su hermana Calvina, exiliada. Estos castigos, realizados por los pontífices, pretendían proteger a la ciudad frente a lo *nefandum* del hecho y, a la vez, servían de justificación frente a su imposición.<sup>126</sup>

## VII. *Ius sacrum*

Una vez precisado el sentido clásico del concubinato, su vínculo con el rito de la *paelex* y sus impedimentos, se hace imprescindible atender a su regulación jurídico-religiosa, para lo cual se ha de contestar la pregunta: ¿Por qué nos importan sus aspectos religiosos, si su regulación obedece a aspectos normativos?

Para Georges Dumézil<sup>127</sup> la sociedad romana proto-indoeuropea se organizará bajo una estructura trifuncional de: a) *Religión y Derecho*; b) *Guerra* y c) *Producción, principalmente la agrícola*. Asignando correlativamente sus atributos a las divinidades de la

---

<sup>125</sup> Tac. *Ann.* 12, 8, 1.

<sup>126</sup> Cic. *Leg.* 2, 22.

<sup>127</sup> Dumézil, Georges, *Mito y Epopeya*, (trad. Trías, Eugenio, México, Fondo de Cultura Económica, 2016), I, pp. 245-408.

tríada capitolina, compuesta por a) *Júpiter*, b) *Marte* y c) *Quirino*, e identificando al contenido de las leyes regias ese esquema inicial, ordenando la labor legislativa de a) *Rómulo* y *Numa*; c) *Tulo Hostilio*; y c) *Anco Marcio*, según el primer orden tripartita expuesto. Si bien no hay evidencias de una división de castas en la sociedad romana,<sup>128</sup> lo que dificulta apoyar su hipótesis.

Por otro lado, y desde una perspectiva filológico-jurídica, Amelia Castresana<sup>129</sup> analiza la relación entre ambas instituciones, para lo cual nos remite a la definición de Pablo Fuenteseca del *ius dicere*, la que debe ser entendida como la facultad sacerdotal interpretativa de los designios de los dioses.<sup>130</sup>

El vínculo expuesto entre de *ius* y *fas* comenzará a dividirse con la evolución de la ciencia jurídica. Si bien podemos dar cuenta de su avance,<sup>131</sup> el cual desencadenará en la autonomía orgánica del *ius civile*,<sup>132</sup> sus causas no parecen ser suficientes para explicar el contenido sacramental y religioso que presenta el rito de la *paelex*. Debemos volver a mencionar que las fuentes de mayor trascendencia, en cuanto a su contenido ritual, siguen siendo Festo y

---

<sup>128</sup> Beard, Mary. *et al.*, *Religions of Rome*, (Inglaterra: Cambridge University Press, 1988), p. 15.

<sup>129</sup> Castresana, Amelia, *Actos de palabra y derecho*, (Salamanca, Ratio Legis, 2007), pp. 31-53.

<sup>130</sup> Fuenteseca, Pablo, *La obligatio como vinculum iuris (civilis)* en Talamanca, Mario (Ed.), *Iuris vincula: studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, Jovene Editore, 2001), III, p. 448.

<sup>131</sup> *Vid.* D. 1, 2, 2.

<sup>132</sup> Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano*, (27ª edición, Madrid, Aranzandi, 2024), p. 199-208.

Gelio,<sup>133</sup> quienes al escribir *Paelex aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito*, manifiestan su asociación con la impiedad religiosa.

Para ello debemos comenzar con la descripción de los elementos propiamente sacros del rito y su vinculación con la diosa Juno.<sup>134</sup> La representación antropomórfica de Juno fue descrita por Cicerón,<sup>135</sup> quien se referirá a su vestimenta conformada por pieles de oveja. Un animal, productor de lana, materia prima necesaria para hilar y labor que Rómulo asignará a las matronas.<sup>136</sup> Además, su piel será un objeto necesario para celebrar el rito de la *confarreatio*, ya que se requerirá de su sacrificio en su celebración y ocupándose su piel para cubrir los asientos de los novios.<sup>137</sup> Así, vemos que el sacrificio de ese animal se vincula al culto de la diosa Juno y al matrimonio.

Sobre la realización del rito, Macrobio<sup>138</sup> expone otro de esos escasos pasajes conservados del *ius civile papirianum*.<sup>139</sup> En su texto afirma que una mesa consagrada a Juno Populonia hará las veces de altar. Este fragmento, acompañado de los textos de Paulo, Festo y

---

<sup>133</sup> Gel. 4, 3.

<sup>134</sup> Sobre el culto a Juno, ver: Wissowa, George, *Religion und Kultus der Römer*, (München, C. H. Beck, 1912), pp. 181-191; Aug. *Civ. Dei*. 1, 3 cfr. Virg. *En.* 1, 67-68; Arn. 3, 30, 1; Mar. 2,149, Mommsen, Theodor, *Unteritalischen Dialekte*, (Leipzig, Georg Wigand, 1850). p. 143, Macr. 3, 11, 5-11 y Tertuliano, *De anima*, 39, 2.

<sup>135</sup> Cic. *Nat. Deo.* 1, 82.

<sup>136</sup> Plut. *Romulus* 19.

<sup>137</sup> Serv. A. 4, 374.

<sup>138</sup> Macr. 3, 11, 5-11.

<sup>139</sup> Vid. D.H. 3, 36, D. 1, 2, 2 y D. 50, 16, 144.

Gelio, nos hace pensar que los cuatro relatos corresponden al mismo pasaje de la *pellex*, y ello nos lleva a concluir que su mención fue incluida tanto en textos clásicos como en fuentes jurídicas.

Ahora, volviendo a la descripción de Macrobio, donde señala que en su templo existió una mesa sagrada que se encontraba acompañada de objetos ornamentales destinados a la celebración de sacrificios. Si bien, dice que existe la posibilidad de realizar los ritos sagrados sobre una mesa fuera del templo.<sup>140</sup> Simultáneamente,<sup>141</sup> describe que las mesas consagradas no se limitan a ser el lugar donde se realizan los sacrificios, pues también son *pulvinares*, es decir, las camas utilizadas por los dioses durante las libaciones.

Estas explicaciones nos llevan a entender parte del significado del rito a Juno, ya que el utilizar su lecho en un contexto diferente al de la unión matrimonial genera la necesidad de realizar un sacrificio. Esa impiedad arcaica habrá de ser remediada mediante la celebración del sacrificio de la oveja y que creemos que pudo ser realizado de forma privada en el interior del hogar común. En este mismo sentido, un pasaje de Tertuliano<sup>142</sup> menciona que durante los partos ocurridos en casa se debe consagrar una mesa de sacrificios a Juno Lucina y Diana.

El rito de la *paelex*, vinculado a la diosa Juno, no es la única figura del derecho de familia arcaico que tendrá componentes de

---

<sup>140</sup> Macr. 3, 11, 7-8.

<sup>141</sup> Macr. 3, 11, 6.

<sup>142</sup> Tertuliano, *De anima*, 39, 2.

impiedad asociados al Derecho Penal. Igualmente, el delito de *stuprum* cometido por una viuda se ubica en una situación jurídica similar y no se puede descartar la posibilidad que se haya prohibido consagrar dichas uniones a los altares de Juno. Su asociación con el carácter de viuda célibe, nos ha creer que esos vínculos no le competen,<sup>143</sup> pero tampoco contravienen a sus atributos de esposa fiel.<sup>144</sup> Es en esa diferencia donde vemos el sentido de la ley de Numa, que autoriza ese tipo de uniones, obligando a la viuda que celebra su matrimonio durante los diez meses siguientes a la muerte de su cónyuge a realizar sacrificios<sup>145</sup> a Ceres y Telus,<sup>146</sup> dos divinidades de la fertilidad no vinculadas al celibato que se atribuye a Juno.

Del análisis realizado se concluye que la distinción entre matrona y *paelex* se fundamenta en una idea religiosa propia del culto a Juno. En esta se manifiesta la necesidad de castidad impuesta a la novia al momento de consagrar su unión matrimonial,

---

<sup>143</sup> Aug. *Civ. Dei.* 6, 10.

<sup>144</sup> Ov. *Met.* 2, 465-470 y V. Max. 6, 1.

<sup>145</sup> El sacrificio de una vaca preñada autoriza a celebrar el matrimonio con una viuda antes de finalizar el periodo de luto de diez meses. Este elemento permite inferir la asignación de la víctima a dichas divinidades. Las razones serán que durante la *fordicia* [Fest. 83; 91 L. y Var. R.R. 2, 5] se sacrificaban treinta vacas preñadas. Ellas permitirán a las vestales producir el incienso que purificará festividades de la *parilia* [Ov. *Fast.* 4.730]. Sobre el origen el de la *hordicia* o *fordicia*, Ovidio describirá que, bajo el reinado de Numa, se realizaron sacrificios a Fausto y Juno de corderos a causa de un año seco. Al no haber una respuesta por parte la deidad, presumiblemente Juno, en un sueño a Numa le fue ordenado sacrificar vacas preñadas, lo cual estableció como Ley [Ov. *Fast.* 4, 630-675 y Plut. *Numa*, 12].

<sup>146</sup> Stanley Spaeth, Barbette, *The Roman Goddess Ceres* (New York, University of Texas Press, 1995), p. 133.



estableciéndose el impedimento de consagrar a la diosa los vínculos matrimoniales entre amantes y viudas.

Lo descrito posibilita la extrapolación de esa concepción religiosa al periodo regio. Así, el asociar los sacrificios realizados por la *paelex* a Juno dotará de contenido a la idea de castidad matrimonial vulnerada. Un elemento arcaizante que permite proyectar las ideas de piedad y castidad a un periodo tan temprano como el del reinado de Numa.

En este sentido, tanto las fuentes jurídicas como las literarias clásicas, sitúan al rito de la *paelex* en la época monárquica. Específicamente, en el caso de Gelio, durante el reinado de Numa. En el caso de Paulo se deduce algo similar, debido a la referencia que hará de la obra del *Granius Flaccus*, referida al *ius civile papirianum*.<sup>147</sup>

## VIII. El Rito

Expuestos los antecedentes sobre el culto a Juno, debemos abordar el significado de su rito, en donde la *paelex* deberá realizar el sacrificio de una oveja con su pelo suelto. A fin de explicar su

---

<sup>147</sup> El mítico *ius civile papirianum*, mencionado en el Enchiridion de Pomponio e incluido en D. 1, 2, 2 y en D. 1, 2, 2, 4, expresa que el pontífice Papirio escribió al final de la monarquía Etrusca una compilación de las leyes de los reyes. Del contenido de este texto solo poseemos escasas referencias, siendo ellas los pasajes citados de Aulo Gelio, Macrobio y el texto de Granio Flaco incluido en D. 50, 16,144. Sobre el contenido del texto de Papirio, es probable que sea una parte el del *ius civile flavianum*, compuesto de las fórmulas de *legis actio* y el calendario de los días fastos publicados por Gneo Flavio (D. 1, 2, 7 y Liv. 9, 46).

sentido, Plutarco<sup>148</sup> nos dice que las mujeres deben asistir a los ritos funerarios de su padre así y los hombres con su cabeza velada.<sup>149</sup> En el caso de las hijas, el llevar el pelo suelto, debe entenderse como un símbolo del sometimiento a la autoridad paterna, ya que las mujeres casadas, en la época arcaica, deben llevar su pelo peinado bajo un estilo denominado *tutulus*.<sup>150</sup>

En el periodo arcaico el peinado de las *sex crines*, realizado con efectos del rito matrimonial, debía ser hecho con un asta militar.<sup>151</sup> Esta curiosa forma de peinar a la novia puede deberse a una condición que habrá de cumplir el novio, destinada a que el contrayente contase con la capacidad de portar armas o, en otros términos, la de encontrarse en edad de formar parte del ejército, lo que en épocas del rey Servio Tulio ocurrirá a partir de los diecisiete años.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Plutarco, *Quaestiones Romanae*, 14.

<sup>149</sup> Se puede interpretar esta forma ritual, en el caso de los hombres, como una manera de consagrar al difunto *pater* como parte de los dioses *manes*, ya que la labor augural del auspicio debía efectuarse de esta forma. El motivo de esta práctica era centrar el campo visual del *augur*, evitándose así las posibles distracciones durante la celebración del rito de presagio [Vid. Bernardi, Aurelio, *Homo Ritualis*, en *Rivista storica italiana*, 96 (1984), pp. 787.

El *tutulus* será el peinado de *senis crinibus* o *sex crines* (seis trenzas) que las novias se adornan con seis trenzas, porque esta es la forma más antigua que utilizaban las Vestales. [Fest. 454 L.]. A su vez, las Vestales ocupaban el peinado de novias y el traje de las matronas, como vestimenta ritual. Así demostrarían su carácter virginal de novia y su compromiso matrimonial con la ciudad [Hersch, Karen, *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity*. (Inglaterra, Cambridge University Press, 2010), pp. 73-80].

<sup>151</sup> Ov. *Fast.* 2, 557-562 y Plut. *Romulus*, 15.

<sup>152</sup> Grieco y Babio, Alfredo, *Servio Tulio, rey censor en REHJ.*, 18 (1996), p. 37.

Acerca de la obligación de las mujeres casadas de llevar el peinado de las *sex crines* podemos señalar que Fantham<sup>153</sup> realizó una investigación sobre los peinados de las estatuas Octavia, Livia, Antonia la menor y Agripina la mayor. Según su opinión ellas utilizaban *tutuli*. Unos postizos o moños superiores, hechos con trenzas y bandas apiladas, no pudiendo invocarse el carácter de *sex crines* en ellos. En contraste a la opinión de Fantham se encuentra una de las principales fuentes del rito matrimonial de la *confarreatio*, la obra de Plauto, *Miles Gloriosus*,<sup>154</sup> en donde el autor afirma: [...] *itaque eam huc ornatam adducas, ex matronarum modo, capite compto, crinis vittasque habeat*[...].<sup>155</sup>

## IX. *Connubium*

Una vez presentados los elementos rituales del matrimonio y sus diferencias con los de la *paelex*, debemos retomar el análisis del *connubio* arcaico. Inicialmente, es importante destacar que, en los tiempos de Rómulo<sup>156</sup> esta institución requería que los contrayentes, hombre y mujer, fueran solteros. En este mismo contexto, el pasaje

---

<sup>153</sup> Fantham, Elaine, *Covering the head at Rome: ritual and gender* en Edmondson, Jonathan & Keith, Alison (Eds.) *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, (Canada, University of Toronto press, 2008), p. 167.

<sup>154</sup> Plaut. *Mil.* 790-795.

<sup>155</sup> En este mismo sentido: Bonfante, Larissa, *Roman Costumes: A Glossary and Some Etruscan Derivations* en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, (Berlin, De Gruyter, 1973), p. 584-614 y Marcos, Manuel, *La prostitución en la antigua Roma* en *Estudios sobre la mujer en la cultura griega y latina : Jornadas de Filología Clásica de Castilla y León*, 18, (2005), p. 240.

<sup>156</sup> Plutarco, *Romulus*, 14.

de Modestino, ubicado en D. 23, 2, 1, establece: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.<sup>157</sup> Entendiendo el carácter monógamo del matrimonio romano, nos debemos preguntar si el concubinato no altera esa condición. Para lo cual es necesario analizar a aquellas situaciones en donde pueda deducirse la existencia de uniones poligámicas.

En primer término, consideremos la posibilidad que un ciudadano romano tenga múltiples concubinas. Un asunto que Amunátegui<sup>158</sup> también se pregunta, sin llegar a descartarlo fehacientemente. Sus motivos se basan en que Plauto<sup>159</sup> impide a uno de sus personajes unirse a una nueva amante mientras tenga en su casa a una concubina. Adicional a la limitación señalada, este pasaje nos confirma el uso de la palabra *concubina* siglos antes de la entrada en vigor de la *Lex Iulia de adulteriis*.

Para entender las formas históricas de relaciones simultáneas, Alan Watson<sup>160</sup> afirma que la concubina es la mujer con la que se convive libremente bajo un mismo techo y la amiga será la mujer con la que se tienen encuentros, sin llegar a ser una relación formal.

---

<sup>157</sup> “El matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano.” Álvaro D’Ors *et al.* *El digesto de Justiniano*, II (Pamplona, Aranzadi, 1972), p. 102.

<sup>158</sup> Amunátegui Perelló, Carlos, *El matrimonio en Plauto: Problemas relativos a la familia romana en el siglo II a.C. a través de la comedia* (Madrid: Editorial académica española, 2011), pp. 38-45.

<sup>159</sup> Plaut. *Mil.* 1095.

<sup>160</sup> Watson, Alan, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, (Oxford, Clarendon Press, 1967), p. 9.

Igualmente señala que no se debe profundizar en la distinción entre amiga y concubina, ya que tendrá un sentido y origen griego, sin efectos en el derecho romano.<sup>161</sup> Sin embargo, Paulo en D. 50, 16, 144 clasifica a la *pellex* con expresiones equivalentes a la *amica* y *concubina*. Este tratamiento homologado evidencia su uso en un contexto jurídico, donde ambas palabras tienden a categorizar a sus referentes dentro una institución del derecho de familia<sup>162</sup> y donde las relaciones paralelas podrían tener origen en la época arcaica, lo que nos hace desestimar la apreciación del autor.

Así, Gayo<sup>163</sup> al momento de definir el *iustum matrimonium* dirá que lo contraen los ciudadanos que se casan con mujeres romanas, latinas o extranjeras *cum conubio*, una potestad que los príncipes imperiales solían conceder a los soldados después de su licenciamiento. Una facultad que podría haber concedido limitadamente el rey Numa, a través de la creación del rito de la *paelex*. Siendo esta definición lo que torna incompatible la poligamia con la concepción de la familia arcaica, pero que valida jurídicamente las relaciones de familia monógamas que no son matrimonio.

---

<sup>161</sup> Watson, Alan, cit. n. 162, pp. 1-3.

<sup>162</sup> En este sentido Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2004), I, pp. 349-350; Iglesias, Juan, *Derecho romano*, (15ª edición, Barcelona, Ariel, 2004), pp. 348-349; Volterra, Edoardo, *Instituciones de derecho privado romano* (trad. Daza Martínez, Jesús, Madrid, Civitas, 1986), p. 665; Guarino, Antonio, *Diritto privato romano* (12ª edición, Napoli, Editore Jovene, 2001), p 573; entre otros.

<sup>163</sup> Gai. 1, 56-57.

La situación descrita nos lleva a plantear que el término griego *παλλακίς*, latinizado como *pellex* puede tener origen en los casos de *iniustum matrimonium*. Correspondiendo su regulación a la unión de una mujer, posiblemente griega y por tanto sin derecho al *connubium*, la que decidió convivir con un ciudadano, durante la época de los reyes.

Otra opción será que el rito de la *paelex* fuese resultado de la indisolubilidad del vínculo matrimonial y, por tanto, su existencia sea su causa. En consecuencia, D'Ors<sup>164</sup> dirá *la familia romana es monogámica y patriarcal; se ajusta al derecho natural, excepto en el divorcio, que es de derecho de gentes*. Esta aseveración nos hace preguntarnos si en la época arcaica también se reconoció al divorcio.

Sobre este punto las opiniones son abiertamente contrarias a la indisolubilidad, pero hay algunos elementos que debemos señalar. Castro y Canales<sup>165</sup> proponen que las primeras formas de divorcio se corresponden al exclusivo derecho de repudio que asistía al marido, lo cual se deduce desde los escritos de Plutarco.<sup>166</sup> Por su parte, Robles<sup>167</sup> reconoce que la mujer que ingresaba al hogar del *pater* lo hace en condición de compañera de los actos de culto doméstico. A

---

<sup>164</sup> D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, (10ª edición, Pamplona, Eunsa, 2004), p. 289.

<sup>165</sup> Castro, Olivia & Canales, Ana "El matrimonio y su disolución: del Derecho romano al Derecho mexicano", en *RIDROM*, 24 (2020), pp. 423-424.

<sup>166</sup> Plut. *Quast. Rom.* 14.

<sup>167</sup> Robles, Luis. "Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad", en *RIDROM*, 7 (2011), pp. 286-287.

estos elementos habrá que añadir que la ley de las XII tablas<sup>168</sup> establecía el derecho del *pater* a cesar la convivencia y el de la *uxor* -o su *pater*- a ejercer el *trinoctium*.

Igualmente, los antecedentes sobre el rito matrimonial de la *confarreatio* (ya expuestos), nos permiten señalar que el matrimonio podía terminar a través de otro rito denominado *difarreatio*. Sobre esta forma de divorcio Festo<sup>169</sup> afirma que era un tipo de sacrificio en donde se utilizaba pan de espelta y mediante el cual se disolvía la unión matrimonial. Para Plutarco,<sup>170</sup> además, debía ocurrir en presencia de varios sacerdotes, quienes realizaban muchos actos extraños y peligrosos. Finalmente, existe un registro de tiempos del emperador Cómodo, en donde se da cuenta de que al menos un sacerdote se encontró destinado a la celebración de los ritos de *confarreatio* y *difarreatio*.<sup>171</sup> No obstante, ninguno de los testimonios nos permite ubicar a la *difarreatio* en la época arcaica y se debe señalar que el divorcio fue una práctica prohibida para el *Flamen Dialis*.<sup>172</sup>

Para entender este supuesto, es necesario recordar que Westrup<sup>173</sup> propone que el orden de establecimiento de las formas de matrimonio es *usus*, *confarreatio* y *coemptio*. Esta organización, al

---

<sup>168</sup> T. 4, 3 y 6, 4.

<sup>169</sup> Fest. 65 L.

<sup>170</sup> Plut. *Quast. Rom.* 50.

<sup>171</sup> CIL 10, 6663.

<sup>172</sup> Gel. 10, 15.

<sup>173</sup> Westrup, Carl, *Über den sogenannten Brautkauf des Altertums*, (Stuttgart, Ferdinand Enke, 1926), p. 8.

ser leída en conjunto con las Instituciones de Gayo,<sup>174</sup> nos lleva a señalar que la mujer que abandona la residencia familiar antes de un año y durante tres noches no entra en la potestad marital, un elemento que perpetúa la lógica de la usucapión.

Así, el matrimonio por *usus* permite que no se consolide la *manus*, lo que, al ser analizado en conjunto con el testimonio epigráfico del Vaso de Duenos<sup>175</sup> (s. VII y VI a.C.), nos permite plantear otro posible origen para el establecimiento del divorcio.

Ese será uno vinculado al período de consolidación de las relaciones familiares. En este sentido, Amunátegui,<sup>176</sup> al analizar el texto de la inscripción de Duenos, interpreta su mensaje como un derecho a devolución que, después de un plazo no definido, concluye con la adquisición definitiva del vaso o de la muchacha por parte del marido. Asimismo, observa en el texto la adquisición de la *manus* mediante el *usus*.

Estos elementos nos llevan a plantear que, en las palabras del vaso, inscritas siglos antes que las XII Tablas, no se aprecia una facultad de divorcio o repudio posterior al señalado período de

---

<sup>174</sup> Gai. 1.111: *Usu in manum conueniebat, quae anno continuo nupta perseuerabat; quia enim uelut annua possessione usu capie-batur, in familiam uiri transibat filiaeque locum optinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti conuenire, ea quotannis trinocitio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet. sed hoc totum ius partim legibus subla-tum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

<sup>175</sup> Marco Simón, Francisco & Fontanba Elboj, Gonzalo, *Sponsio matrimonial en la Roma arcaica: el vaso de Duenos*, en *RIDA*, 43 (1996), pp. 228 y ss.

<sup>176</sup> Amunátegui, Carlos, *El Origen de los poderes del "Paterfamilias" II*, en *REHJ*, 29 (2007), p. 62.



consolidación. Por cierto, esta limitación evolucionará para desaparecer a través del repudio y el divorcio. La pregunta es: ¿aparece este Derecho, o simplemente nunca fue necesario escribirlo?

Son pocos los testimonios que nos remiten al período arcaico. Uno de ellos es la serie de restricciones impuestas al *flamen*. Aulo Gelio<sup>177</sup> las menciona y destaca que él debía vivir en una casa con piso de tierra, que no podía utilizar nudos, anillos cerrados o elementos metálicos, y que debía casarse por *confarreatio*.<sup>178</sup> Como se aprecia, todas estas condiciones pueden ser vestigios del tiempo en que se originó su función.<sup>179</sup>

Esto nos lleva a plantear que las prohibiciones de divorcio y de ausentarse de su casa por más de tres noches pueden entenderse como una evidencia originaria de lo que fue, en un principio, el matrimonio por *confarreatio*<sup>180</sup> y en el cual puede no haber permitido el divorcio.

Aceptar el inicialmente indisoluble carácter del matrimonio por *confarreatio* supone aceptar que su vínculo se fundamenta en la integración de la mujer en la familia y cultos del *pater* -al igual que la *flamínica*-. Sin embargo, la prohibición del *flamen* se ha analizado -

---

<sup>177</sup> Gel. 10, 15.

<sup>178</sup> Tac. *Ann.* 4.16.

<sup>179</sup> Beard, Mary *et al.*, *Religions of Rome*, (Inglaterra, Cambridge University Press, 1988), p. 28-29 y Wissowa, Georg, *Religion und Kultus der Römer*, (München, C. H. Beck, 1912, p. 505-508.

<sup>180</sup> Tac. *Ann.* 4.16.

hasta ahora-, de forma aislada, sin ser vinculada a las demás condiciones arcaicas de su vida, las que planteadas en conjunto permiten dar una alternativa a la asentada concepción de excepción,<sup>181</sup> pero al aceptarla puede presentarnos otra causa que dé sentido al origen del rito de la *paelex*.

## X. Conclusiones

Desde el periodo arcaico hasta nuestros días, algunas formas de unión familiar han cambiado de nombre, pero el Derecho continúa estructurando la calificación de sus vínculos entre lo aceptado, tolerado y prohibido. De esta forma, la figura de la *paelex* se corresponde a una institución formal en el derecho arcaico. Conformando su ritual un acto sacro de alto coste personal, afectivo y patrimonial.<sup>182</sup> A estos elementos habrá que sumar al hecho que su celebración no produce la anulabilidad de una unión previa, lo cual nos hace cuestionar que fuese una institución jurídico-religiosa, pero su regulación arcaica nos hace ver que a lo menos su práctica fue tolerada.

Igualmente, no se puede afirmar con certeza que la *paelex* fuese exclusivamente una mujer imposibilitada de contraer matrimonio, pero podemos descartar que este vínculo alteré la concepción

---

<sup>181</sup> Plut. *Quast. Rom.* 50.

<sup>182</sup> Ese aspecto se ve reflejado en los hallazgos arqueológicos de los sepulcros arcaicos del área del foro, los cuales contienen cuerpos humanos, abastecidos o acompañados de osamentas ovinas [De Martino, Francesco, *Historia económica de la Roma antigua* (trad. Benítez, Esther, Madrid, Akal, 1985), I, p. 11].

monógama de la familia romana, ya que las relaciones originalmente legisladas por Rómulo presentan ese carácter y los hijos fruto de la relación serán considerados inicialmente *vulgo quaesiti*.

Lo señalado no obsta para se considere que durante el período regio, las personas unidas por su práctica sean contraventores de los *mores* o del *fas*, viéndose compelidos a restablecer la *pax deorum* mediante el sacrificio de una cordera a Juno, a lo menos de forma privada al interior de su hogar.

## XI. Bibliografía

Agustí, Rafael, *Lapis Niger*, (s.l., 2017), consultado en [https://www.academia.edu/33894267/LAPIS\\_NIGER\\_pdf](https://www.academia.edu/33894267/LAPIS_NIGER_pdf).

Amunátegui Perelló, Carlos, *Laws of the Kings*, en *Oxford Research Encyclopedia of Classics* (2016).

Amunátegui, Carlos, *Casos de matrimonios sine manu en tiempos arcaicos* en *Revista General de Derecho Romano*, 10 (2008).

Amunátegui, Carlos, *El matrimonio en Plauto: Problemas relativos a la familia romana en el siglo II a.C. a través de la comedia* (Madrid, Editorial académica española, 2011).

Amunátegui, Carlos, *El Origen de los poderes del "Paterfamilias" II*, en *REHJ*, 29 (2007).vu

- Amunátegui, Carlos, *Origen de los poderes del paterfamilias: el pater familias y la patria potestas*, (Madrid, Dykinson, 2009).
- Arces, Pierfrancesco, *Il regime giuridico-sacrale della «pelex» tra «pallakia» e concubinato*, en *Rivista di diritto romano* 20 (2020).
- Beard, Mary *et al.*, *Religions of Rome*, (Inglaterra, Cambridge University Press, 1988).
- Bernardi, Aurelio, *Homo Ritualis*, en *Rivista storica italiana*, 96 (1984).
- Bonfante, Larissa, (1973) *Roman Costumes: A Glossary and Some Etruscan Derivations* en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, (Berlin, De Gruyter, 1973).
- Barrido, Carmen, "Sacer esto" y la pena de muerte en la Ley de las XII Tablas, en *Estudios humanísticos. Filología*, 15 (1993).
- Brancati, Antonio, *I popoli antichi*, (Florencia, La Nuova Italia, 1984).
- Cannegieter, Hermannus, *Dissertatio philologico-juridica ad legem Numa Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda*, (Leiden, apud Philippum Bonk, 1743).
- Cantarella, Eva, *Según natura: la bisexualidad en el mundo antiguo*, (trad. Llinares, María del Mar, Madrid, Akal, 2012).
- Carandini, Andrea, *La fundación de Roma*, (Barcelona, Bellaterra, 2014).
- Castello, Carlo, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1940).
- Castresana, Amelia, *Actos de palabra y derecho*, (Salamanca, Ratio Legis, 2007).
- Castro, Olivia & Canales, Ana, *El matrimonio y su disolución: del Derecho romano al Derecho mexicano*, en *RIDROM*, 24 (2020), pp. 423-424.

- Cornell, Timothy *et al.* *The Fragments of the Roman Historians*, (Inglaterra, Oxford University Press, 2013).
- Cristaldi, Salvatore Antonio, *Unioni non matrimoniali a Roma*, en *Le relazioni affettive non matrimoniali* (Roma, Utet, 2014).
- D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, (10ª edición, Pamplona, Eunsa, 2004).
- D'Ors, Álvaro *et al.* *El digesto de Justiniano*, II (Pamplona, Aranzadi, 1972).
- De Sanctis, Gaetano, *Annales Maximi* en *Enciclopedia Italiana* (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1929).
- Dumézil, Georges, *Mito y Epopeya*, (trad. Trías, Eugenio, México, Fondo de Cultura Económica, 2016).
- Dumézil, Georges, *A propos de l'inscription du Lapis Niger* en *Latomus*, 29, Fasc. 4 (1970).
- Dumézil, Georges, *Chronique de l'inscription du vase du Quirinal* en *Mariages indo-européens, suivi de quinze questions romaines* (Paris, 1966).
- Falcao, Miguel, *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, (Pamplona, Eunsa, 1973).
- Fantham, Elaine, *Covering the head at Rome: ritual and gender* en Edmondson, Jonathan & Keith, Alison (Eds.), *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, (Canada, University of Toronto press, 2008)
- Fernández de Buján, Antonio, *Sistemática del "Ius civile" en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio* en *Religión y cultura*, 220, (s.l., 2002).

- Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano*, (27ª edición, Madrid, Aranzandi, 2024).
- Fiori, Roberto, *Homo sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, (Italia, Jovene, 1996).
- Forcellini, Egidio, *Consuesco*, en *Totius latinitatis lexicón*, (s. l., 1771).
- Fowler, Warde, *The roman festivals of the period of the republic*, (Londres, Macmillan co., 1899).
- Franciosi, Genaro, *Leges Regiae*, (Nápoles, Jovene, 2003).
- Fuenteseca, Pablo, *La obligatio como vinculum iuris (civilis) en Talamanca*, Mario (Ed.), *Iuris vincula: studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, Jenove Editore, 2001).
- Glare, Peter et al., *Oxford Latin dictionary*, (Oxford, Clarendon Pres, 1968).
- González, José, (2017) *La represión penal en la época arcaica en e-Legal History Review*, 25 (2017).
- Grieco y Babio, Alfredo, *Servio Tulio, rey censor en REHJ*, 18 (1996).
- Guarino, Antonio, *Diritto privato romano*. (12ª edición, Napoli, Editore Jovene, 2001), p 573.
- Guzmán, Alejandro, *Derecho privado romano*, (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2004).
- Hanard, Gilbert, *Manus et mariage a l' époque archaïque en RIDA*, 36 (1989).
- Hersch, Karen, *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity*. (Inglaterra, Cambridge University Press, 2010).
- Iglesias, Juan, *Derecho romano*, (15ª edición, Barcelona, Ariel, 2004).
- Karlowa, Otto, *Römische Ehe und Manus*, (Bonn, Max Cohen & Sohn, 1868).

- López-Rendo, Carmen, Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código civil español, en *RIDROM*, 9 (2012).
- Marco, Francisco & Fontanba, Gonzalo, *Sponsio matrimonial en la Roma arcaica: el vaso de Duenos*, en *RIDA*, 43 (1996).
- Marcos, Manuel, *La prostitución en la antigua Roma en Estudios sobre la mujer en la cultura griega y latina en Jornadas de Filología Clásica de Castilla y León*, 18, (2005).
- Marcos, Manuel, Peculiaridades nupciales romanas y su proyección medieval en *Minerva: Revista de Filología Clásica*, 19 (2006).
- Marquardt, Joachim & Mommsen, Theodor, *Römische Staatsverwaltung*, (Leipzig, Verlag Von S. Hirze, 1879).
- Marlasca, Olga, *Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales en Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 61, 1 (2013).
- Meyer, Paul, *Der römische Konkubinat, nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, (Leipzig, Teubner, 1895).
- Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano*, (trad. Dorado Montero, Pedro, Santiago, Olejnik, 2019).
- Mommsen, Theodor, *Le droit public romain*, (trad. Girard, Paul Frédéric, 3ª edición, Paris, De Boccard, 1889, reimp. 1985).
- Mommsen, Theodor, *Unteritalischen Dialekte*, (Leipzig, Georg Wigand, 1850).
- Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, (trad. García Moreno, Alejo, Madrid, Francisco Góngora, 1876).
- Panero, Patricia, *El ius occiendi et ius accusandi en la lex iulia de adulteriis*, (Madrid, Tirant, 2001)

- Panero, Patricia, El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho, en *RIDROM*, 5 (2010).
- Pauli, Carl, *Altitalische Studien*, (Hannover, Hahn, 1883).
- Pennisi, Giuseppe, *Il trivaso di Duenos*, en *Studi latini e italiani*, VI, (Roma, Herder, 1992).
- Peppe, Leo, *Paelex e spurius*, en *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommages à la mémoire de A. Magdelain*, (París, Pantheon, cords. Humbert, Michel & Thomas, Yan, 1998).
- Peruzzi, Emilio, *Money in Early Rome*, (Firenze, L.S. Olschki, 1985).
- Rabel, Ernst, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht* en *ZSS*, 27 (1906).
- Robles, Luis, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad*, en *RIDROM*, 7 (2011).
- Rocco, Marco, *The leges regiae in Livi* en Bell, Sinclair W. & Du Plessis, Paul J. (Eds.) *Roman law before the Twelve Tables: an interdisciplinary approach*. (Edinburgh, University Press, 2021).
- Sanna, Maria Virginia, *Dalla paelex della lex numana alla concubina*, en *BIDR.*, 5 (2015).
- Scherillo, Gaetano, *Confarreatio* en *NNDI*, (1957).
- Sirks, Boudewijn, *Paelex, conubium and the lex Canuleia*, en *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone* (Torino, G. Giappichelli editore, eds. D'Angelo, Giacomo et al. 2019).
- Smith, William (Ed.), *Infamia*, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, (s. l., 1876).
- Stanley, Barbette, *The Roman Goddess Ceres* (New York, University of Texas Press, 1995).



- Talamanca, Mario *Istituzioni di diritto romano*, (1ª edición, Milano, A. Giuffrè, 1990).
- Tofiño, Alejandro, *Matrimonio, prohibiciones matrimoniales y concubinato en derecho romano*, (Madrid, Dykinson, 2021).
- Volterra, Edoardo, *Matrimonio (Diritto Romano) en NNDI*. (1957).
- Volterra, Edoardo, *Instituciones de derecho privado romano (trad. Daza Martínez, Jesús, Madrid, Civitas, 1986)*.
- Volterra, Edoardo, *La conception du mariage à Rome en Revue internationale des droits de l'antiquité*, (1955).
- Volterra, Edoardo, *Concubinato en NNDI*. (1957).
- Watson, Alan, *Roman private law around 200 B.C.*, (Edinburgh, University Press, 1971).
- Watson, Alan, *Rome of the XII Tables: persons and property*, (Princeton, University Press, 1975).
- Westrup, Carl, *Über den sogenannten Brautkauf des Altertums*, (Stuttgart, Ferdinand Enke, 1926).
- Wissowa, George, *Religion und Kultus der Römer*, (München, C. H. Beck, 1912).
- Zuccotti, Ferdinando, *Paelex: note sulle unioni coniugali in Roma arcaica* (Milan, LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2022).



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>10/03/2025   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>19/04/2025  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Donatio inter vivos, donatio mortis causa, revocación de las donaciones, revocatio ad libitum</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Donatio inter vivos, donatio mortis causa, revocation of gifts, revocatio ad libitum.</i> |



## REVOCATIO DONATIONIS AD LIBITUM DONATORIS

### REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES A VOLUNTAD DEL DONANTE

#### REVOCATION OF GIFTS AT THE DONOR'S WILL

**Alfonso Murillo Villar**

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Burgos

<https://orcid.org/0000-0003-2571-6550>

(MURILLO VILLAR, Alfonso. *Revocatio donationis ad libitum donatoris. Revocación de las donaciones a voluntad del donante. RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 511-550. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)*

#### Resumen:

Las donaciones inter vivos nunca pueden ser revocadas a libre voluntad del donante, solamente podrán serlo cuando concorra alguna de las circunstancias expresamente establecidas: superveniencia o supervivencia de hijos, ingratitud del donatario, acuerdo de las partes, ... Por el contrario, las donaciones *mortis causa*, además de los conocidos supuestos de revocación cuando el donante supera el peligro inminente de muerte o por premoriencia del donatario, también pueden ser revocadas ad libitum del donante. Pues bien, es precisamente este último supuesto el objeto de estudio en este trabajo, y se hace desde el ordenamiento jurídico romano hasta la legislación más reciente.

#### Abstract:

Gifts made *inter vivos* may never be revoked at the free will of the donor. They may only be so when some of the expressly established circumstances occurs: succession or survivorship of children, ingratitude of the donee, agreement between parties, ... On the contrary, as well as the established circumstances for revocation when the donor overcomes imminent danger of death or because of predecease of the donee, gifts made *mortis causa* may also be revoked ad libitum at the will of the donor. It is precisely this latter circumstance that is therefore the object of study in this work, and it is done from the Roman legal order up until the most recent legislation.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Derecho romano. 3. Derecho histórico español. 3.1 Fuero Juzgo. 3.2 Fuero Real. 3.3 Partidas. 3.4 Nueva y Novísima recopilación. 4. Proyectos de Código civil de 1836 y 1851. 5. Derecho español vigente. 5.1. Código civil español. 5.2. Código civil de Cataluña. 5.3. Compilación del Derecho civil foral de Navarra. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El emperador Justiniano clasificó las donaciones en dos tipos: *mortis causa et non mortis causa*, es decir, diferenció claramente entre donaciones *inter vivos* y donaciones *mortis causa (d.m.c.)*<sup>1</sup>. Las donaciones más habituales, las que se hacen sin pensar para nada en la muerte, es decir, las *inter vivos*, una vez perfeccionadas no podían ser revocadas sin que hubiese un motivo que lo justificara<sup>2</sup>, de donde resulta muy sencillo colegir que las donaciones *inter vivos* son irrevocables salvo causas justificadas<sup>3</sup>. Las causas de revocación más frecuentes de este tipo de donaciones en derecho romano fueron: 1. Por nulidad de la propia donación, como sucede en los casos de donaciones entre cónyuges o por no cumplirse el requisito de la *insinuatio*; 2. Por impugnación de un tercero por considerar inoficiosa la donación o porque se había concluido en fraude de los acreedores; 3. En ocasiones podía ser el propio donante quien ejerciera la revocación si había tenido

---

<sup>1</sup> I.2.7 *pr.*

<sup>2</sup> I.2.7.2.

<sup>3</sup> Vid. MURILLO VILLAR, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, Servicio de Publicaciones de Universidad de Burgos, 2007, pp. 17 ss.

lugar la superveniencia o supervivencia de algún hijo, o por evidente ingratitud del donatario, o cuando no se había celebrado el matrimonio que había motivado la *donatio*; 4. También cuando se incumplía el *modus* que gravaba a la donación; y 5. Cuando donante y donatario acordaran mutuamente su revocación. Algunas de estas causas han llegado al vigente Código civil español, arts. 644 y ss., así, por ejemplo, la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos; la revocación por ingratitud del donatario<sup>4</sup> y la revocación por incumplimiento de cargas<sup>5</sup>. Pero lo más destacable es que las donaciones *inter vivos* nunca, ni en derecho romano, ni en derecho histórico español, ni en el derecho vigente, ni han sido ni son revocables *ad libitum*, es decir, a simple voluntad del donante (*revocatio mutata voluntate*), pues siempre se necesita una causa que justifique la revocación.

Sin embargo, por inverosímil que parezca, en la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares<sup>6</sup>, arts. 66 y ss., se regula el Régimen matrimonial paccionado («espòlits»), que es un régimen económico conyugal convenido en capitulaciones matrimoniales, institución propia de las Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera), que consiste en un negocio jurídico familiar y solemne por el que se establece el régimen

---

<sup>4</sup> ROGEL VIDE, C., *Revocabilidad de la donación por ingratitud del donatario*, Madrid, Reus, 2024.

<sup>5</sup> Vid. por todos, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La revocación de donaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007. BERROCAL LANZAROT, A.I., *La revocación de las donaciones*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 86, Nº 720, 2010, pp. 1864-1902.

<sup>6</sup> Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Libro III, Disposiciones aplicables en las Islas de Ibiza y Formentera, Título I, Del Régimen económico conyugal, Capítulo I.

económico del matrimonio, así como otras disposiciones por razón del mismo. Pues bien, cuando estos negocios devengan ineficaces por nulidad, separación legal o divorcio, está establecido en el punto 8 c) *ex art. 66*, que “*Los heredamientos y las donaciones otorgados a favor del hijo o de la hija contenidos en los “espòlits” firmados con ocasión de sus nupcias, conservarán la eficacia si hay descendencia del matrimonio anulado, separado legalmente o divorciado. Si el matrimonio no ha tenido descendencia, si el hijo o la hija se vuelve a casar o constituye pareja estable, el heredamiento o la donación serán revocables por la sola voluntad del heredante o donante*”<sup>7</sup>. Por consiguiente, en aquellos casos en que hubo donaciones por razón de matrimonio pero que con posterioridad fuera anulado, o hubiera separación legal o divorcio, si del mismo no hubiera descendencia, si el hijo o hija vuelve a contraer nupcias o constituye una pareja estable, el donante puede revocar por su sola voluntad la donación que hizo. Se trata de un caso de revocación de donaciones *inter vivos ad libitum* del donante; es, por tanto, un supuesto excepcional en el vigente derecho español.

---

<sup>7</sup> El art. 66 de la CDCIB (en vigor desde el 22 de octubre 1990) recibió una nueva redacción por Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, mediante la cual el punto 8 c) del citado artículo sufrió una profunda actualización sobre la base del anterior art. 66.6 párrafo 2º, en el que la disolución del matrimonio por divorcio se presentaba como un pacto revocable unilateralmente. *Vid.* CERDÁ GIMENO, J., *Comentarios al art. 66 CDCIB*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXXI, vol. 2-A (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), 2ª ed., Madrid, EDERSA, 2000, pp. 734 ss. En opinión de JIMÉNEZ GALLEGU, C., *Derecho civil de la Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, Madrid, Fundación Notariado, 2020, p. 90, “La norma es un poco ambigua, pues podría interpretarse en el sentido de que la donación sólo es revocable si no hay descendencia, pero la letra de la ley parece que se refiere a tres supuestos, a saber, falta de descendencia, nuevo matrimonio o constitución de pareja estable (que no es una mera pareja de hecho)”.

Por el contrario, como las donaciones *mortis causa* están vinculadas a la muerte próxima o inminente del donante, mientras ésta no se produzca son imperfectas, y, por lo tanto, se permite que aquél, el donante, recupere lo que haya donado. La cuestión es saber cuáles son las causas que facultan para revocar las *d.m.c.*, y, por lo que a esta investigación se refiere, aquéllas que dependan exclusivamente de la voluntad del donante. Existe un acuerdo doctrinal generalizado de que la revocación de las *d.m.c.* tiene lugar cuando el donante supera el peligro de muerte y cuando se produce la premoriencia del donatario al donante; también cuando el donatario modifica su situación jurídica, y cuando la revocación es a libre voluntad (*ad libitum*) del donante<sup>8</sup>. Pues bien, de todas estas causas de revocación, nos centramos en este trabajo en conocer el último supuesto, la *revocatio ad libitum* del donante, circunstancia que fue plenamente admitida en época justiniana, siendo presumiblemente desconocida para el derecho clásico, y de verosímil origen postclásico. Igualmente, se analizará la probabilidad de que la *revocatio ad libitum* englobe también los supuestos de supervivencia del donante y premoriencia del donatario.

## 2. DERECHO ROMANO

Mucho ha discutido la doctrina a propósito de si la revocación *mutata voluntate* del donante es clásica o postclásica<sup>9</sup>. Afirma Voci que

---

<sup>8</sup> MURILLO VILLAR, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano*, cit., pp. 91 ss.

<sup>9</sup> Vid. DI PAOLA, S., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1969, pp. 40 ss.; DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, Studi in onore di Pietro

“*il donante ha il potere di revocare la donazione sempre che voglia*”, porque se le aplican los principios que rigen para todas las disposiciones *mortis causa*<sup>10</sup>. Dicho así es absolutamente cierto, pero la cuestión es conocer desde cuándo se aplican a las *d.m.c.* las especificidades del derecho sucesorio, en concreto la posibilidad de revocación. Existen diferentes opiniones, pero nadie cuestiona que en derecho justiniano fue absolutamente admitida la libre revocación de las *d.m.c.* a plena decisión del donante, y tampoco se cuestiona que también lo fuera en época postclásica. Por lo tanto, parece convincente, en principio, ceñir el origen de esta causa de revocación a la época postclásica por su similitud con los legados<sup>11</sup>, pues si éstos son revocables hasta el último

---

De Francisci, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 159-208; BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1955, p. 712; AMELOTTI, M., *La “donatio mortis causa” in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 207 ss. y 219 ss.; RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000, p. 124.

<sup>10</sup> VOICI, P., *Diritto ereditario romano, vol. II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1963, pp. 463 ss.

<sup>11</sup> La equiparación de las *d.m.c.* a los legados, sancionada definitivamente por Justiniano según consta en C.8.56(57).4 (a. 530), I.2.7.1 (a. 533) y en Nov. 87 *praeef.* (a. 539), es una cuestión que no está totalmente resuelta en algunas partes de la compilación justiniana. Una importante dificultad para aceptar dicha equiparación reside en que mientras que las donaciones son negocios bilaterales que necesitan la aceptación del donatario, la institución de un legado proviene de un negocio unilateral. Por ello, las donaciones comportaban normalmente la transferencia inmediata de la propiedad en favor del donatario, circunstancia imposible de producirse cuando se instituye un legado, siendo además una situación particular el caso de las *d.m.c.* ya que estaban sometidas a la condición suspensiva de que se produjese la muerte del donante. Por consiguiente, estas diferencias pueden asemejar a ambas instituciones en sus efectos, pero difícilmente en su constitución. Para un análisis detallado *vid.* LUCHETTI, G., *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 162 ss., en especial nts. 53 y 54 con bibliografía. DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, Studi in onore di De Francisci, cit., pp. 199 ss. MASCHI, C.A., *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, 2ª ed. ampliata, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 795 ss.; RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, cit., pp. 199 ss.

instante de la vida parece difícil que no suceda lo mismo con las *d.m.c.* Lo que no admite discusión es que se trata de una revocación arbitraria que no encaja en las causas habituales por las cuales pueden revocarse las donaciones *inter vivos*<sup>12</sup>.

Según Amelotti<sup>13</sup> los textos que se refieren a la revocación arbitraria y al *ius poenitendi*, a propósito de las *d.m.c.*, se les reconoce como interpolados, lo que induce a pensar que en época clásica no se aceptó la libre revocación de las donaciones *mortis causa*<sup>14</sup>. De ahí que pudiera pensarse que los mayores detractores de la clasicidad de la libre revocación de las *d.m.c.* no tuvieran dudas, y, sin embargo, no es así. El mismísimo Biondi admite ciertas reservas y ciertas dudas a propósito de tal afirmación; reconoce que las *d.m.c.* fueron siempre una donación sujeta al régimen de la *lex Cincia* (204 a.C.), debiéndose considerar *perfecta* sólo a la muerte del donante y, por consiguiente, revocable por él hasta el último instante de su vida. Y continúa, puesto que la donación es *perfecta* sólo a la muerte del donante, se le atribuirá la misma revocabilidad que tiene lugar en materia de legados. Sin embargo, el mismo Biondi se corrige respecto de un trabajo de juventud en el que había atribuido a Justiniano el principio de la revocabilidad, y dice: “*sarei meno sicuro, giacchè detto principio si inquadra nel sistema generale della revocabilità secondo la lex Cincia; nè le clausole si convaluerit*

---

<sup>12</sup> C.8.56.3 (a. 284) es tajante: el mero arrepentimiento no sirve para revocar una donación entre vivos.

<sup>13</sup> AMELOTI, *La “donatio mortis causa” in diritto romano*, cit., p. 208.

<sup>14</sup> DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, Studi in onore di De Francisci, cit., pp. 201 ss.



*sono incompatibili con la revoca ad arbitrio, dal momento che servano a denotare il carattere mortis causa della donatio*"<sup>15</sup>.

También tiene sus dudas Di Paola<sup>16</sup> que, aunque mantiene como justiniana la revocación *ad libitum*, no niega la admisión de algunas excepciones ya existentes en época clásica. Amelotti tampoco resuelve el problema, y se inclina por un origen postclásico, desarrollado posteriormente por Justiniano quien equipara la *donatio mortis causa* a los legados. Por ello, entiende que a las dos hipótesis clásicas de revocación (desaparición del peligro de muerte para el donante y premoriencia del donatario), el derecho postclásico añadió una tercera: la revocación *mutata voluntate*<sup>17</sup>.

Por el contrario, Rodríguez Díaz parece inclinarse por la clasicidad de la revocabilidad *ad libitum* de la *donatio mortis causa*<sup>18</sup>, y así lo reconoce al hablar de ello en el derecho justiniano cuando dice que *"la opción del arrepentimiento del donante ocupa un lugar preponderante al lado de las posibilidades previstas por los clásicos, "si donator convaluerit" o si el donatario "prima decesserit". No obstante, hemos aclarado, que tampoco sería desafortunado defender la clasicidad de la figura del arrepentimiento en la medida que la revocabilidad de la donatio mortis causa fue parte de su*

---

<sup>15</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 712 n.3.

<sup>16</sup> Vid. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, loc. ult. cit.

<sup>17</sup> AMELOTI, *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, cit., p. 210; s.v. *"donatio mortis causa"* (*Diritto romano*), NNDI, VI, Torino, UTET, 1960, ristampa, 1981, p. 222; s.v. *"donazione mortis causa"* (*Diritto romano*), en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Varese, Giuffrè, 1964, p. 1001.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, cit., pp. 115 ss.

*naturaleza. Incluso si se participa de la opción a favor de la donatio mortis causa como parte de las disposiciones de última voluntad, la revocación ex paenitentia estaría en concordancia con la total libertad revocatoria que el derecho romano clásico reconoció al disponente*<sup>19</sup>.

La idea de revocación es consustancial a la *donatio mortis causa*, de ahí que no sean admisibles supuestos que nieguen la revocabilidad porque se convertirían en donaciones ordinarias<sup>20</sup>; sin embargo, ello no impide admitir que el donante pueda renunciar en algunos casos a la revocación *ad libitum*<sup>21</sup>. Y ello porque la posibilidad de revocar a libre voluntad no está condicionada absolutamente a nada, y la podría ejercitar el donante cuando quisiera al igual que puede declinar su utilización. Todo depende de su voluntad.

Apunta Di Paola que el arrepentimiento precisa de la supervivencia del donante<sup>22</sup>, pero entendemos que no solamente en esa circunstancia, pues también podría arrepentirse incluso antes de que el peligro inminente de muerte se produjera, y lo mismo puede decirse en caso de premoriencia del donatario, evento que le permitiría al donante revocar la donación, pero que también dependerá de su propia voluntad el ejercer o no tal derecho de revocación. Por lo tanto, toda

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, cit., p. 205.

<sup>20</sup> Vid. AMELOTI, *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, cit., pp. 40 ss.; RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, cit., pp. 122 ss.

<sup>21</sup> Vid. AMELOTI, s.v. "donatio mortis causa" (*Diritto romano*), NNDI, VI, cit., p. 223.

<sup>22</sup> DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, Studi in onore di De Francisci, cit., p. 205.

revocación de una *d.m.c.* depende de la voluntad del donante: 1. Bien por arrepentimiento previo y manifestado antes del momento de morir; 2. Bien por arrepentimiento si sobreviviera, y 3. Bien porque rechace revocar en caso de premoriencia del donatario. Es más, tanto depende la *revocatio donationis mortis causa* de la voluntad del donante que incluso puede llegar a renunciar a revocar por arrepentimiento<sup>23</sup>.

En dos textos, fundamentalmente, se reconoce expresamente la *revocatio ad libitum*: P.S. 3.7.2 e I.2.7.1. El primero postclásico y el segundo justiniano.

El primer texto en el que se describe la libre revocación de la *donatio mortis causa* es:

*P.S. 3.7.2: Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convalescit.*

Se trata de un texto ajeno a la compilación justiniana, de época postclásica, que en opinión común de la doctrina está bastante recompuesto, lo que no impide afirmar que es claramente postclásico, y, por tanto, la revocación *ad libitum* es cuanto menos postclásica. Si a ello se añade que los textos del Digesto, en los cuales se reseña la libre revocación, están bastante alterados, se obtiene el dato cierto de que por lo menos a finales de la época clásica comienzos de la postclásica ya se

---

<sup>23</sup> Nov. 87 *praef. ... licentiam habere renuntiare et hoc ipsum posse per paenitentiam huiusmodi donationem revocare ...*

conocía la libre revocación. Además, según opinión generalmente admitida, las *Pauli Sententiae* es una obra de comienzos del siglo IV, (ca. 320), y quizás sea el primer texto en el que se acepta la libre revocación de la *donatio mortis causa* por arrepentimiento del donante: *paenitentia etiam revocatur*<sup>24</sup>.

La revocación *mutata voluntate* viene ratificada en el Código de Eurico 308.2, fuente surgida en la parte occidental del Imperio y considerada derecho romano vulgar<sup>25</sup>, en el que se indica que quien hace una donación para que la cosa donada pertenezca después de su muerte a aquél a quien se donó, como hay semejanza con el testamento, tenga facultad de cambiar su voluntad cuando quisiere, incluso sin alegar que hubo ingratitud. Este último apostillamiento se refiere obviamente a las causas que justifican la revocación en las donaciones *inter vivos* tratando de explicitar las diferencias entre ambos tipos de donaciones.

*CE. 308.2.- Qui vero sub hac occasione largitur ut post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit.*

Lo más llamativo es que da explicaciones de por qué la libre revocación de las donaciones: *quia similitudo est testamenti*, lo cual significa una equiparación a todos los efectos entre la *donatio mortis*

---

<sup>24</sup> ARCHI, G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 256 ss. DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, Studi in onore di De Francisci, cit., pp. 204 ss.

<sup>25</sup> D'ORS, A., *El código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices*, Madrid, BOE, 2014, pp. 1 ss.

*causa* y otro tipo de disposiciones *mortis causa*, como el testamento, pues ambas se hacen en consideración a la muerte. Lo más destacable, a nuestro entender, es que al ser la *donatio mortis causa* similar al testamento, es, por consiguiente, revocable, y, como dice D'Ors, incluso sin motivo legal<sup>26</sup>. La justificación de la revocabilidad no se basa en equipararlo con los legados sino con el mismo testamento en el que se contienen los legados, que será la regla constante en la praxis romano visigoda<sup>27</sup>.

El mero arrepentimiento, *poenitentia*, sin necesidad de previa ingratitud por parte del donatario y sin ninguna circunstancia externa que lo exija, basta para la revocación a sola voluntad del donante. La revocación *ad libitum*, es decir, *mutata voluntate*, fue tutelada por una *condictio ex poenitentia*<sup>28</sup>. Por lo que, según Samper<sup>29</sup>, estamos ante una innovación que constituye un acercamiento de las donaciones a las disposiciones *mortis causa* y además mantiene una estrecha relación con la *perseverantia voluntatis* que aparece en las donaciones de padres a hijos *in potestate* o entre cónyuges.

Justiniano, en sus *Instituta*, bajo la rúbrica *De donationibus*, en el primer fragmento, utilizando un tono pedagógico, no sólo distingue

---

<sup>26</sup> D'ORS, A., *El código de Eurico*, cit., p. 235.

<sup>27</sup> FALASCHI, P.L., *La donatio mortis causa nel diritto giustiniano e nella Lex Romana Visigothorum*, in Università degli studi di Camerino. Annali della facoltà giuridica, 31 (1965), pp. 43 ss.

<sup>28</sup> AMELOTI, *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, cit., p. 220; s.v. "donatio mortis causa" (*Diritto romano*), NNDI, VI, cit., p. 224; s.v. "donazione mortis causa" (*Diritto romano*), en Enciclopedia del diritto, XIII, cit., p. 1001.

<sup>29</sup> SAMPER, F., *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, AHDE, 38, 1968, p. 147.

entre las donaciones *mortis causa* y las donaciones *inter vivos*, sino que además aprovecha para realzar la revocabilidad de las donaciones por medio de la revocación *ex poenitentia*. Por el contrario, ni en C.8.55 *De revocandis donationibus*, ni en C.8.56 *De mortis causa donationibus* alude a la mencionada causa de revocación *ad libitum donatoris*.

*1.2.7.1.- Mortis causa donatio est quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.*

Dice el emperador que las *d.m.c.* se hacen por sospecha de la muerte, cuando alguno dona de tal modo que, si un accidente le hubiese acarreado la muerte, tenga la cosa el que la recibió, para seguidamente indicar que el donante podrá recobrarla cuando: 1º. hubiese sobrevivido: *sin autem supervixisset*; 2º. en caso de premoriencia del donatario: *prior decesserit is cui donatum sit*, y 3º. si se hubiese arrepentido de la donación: *si eum donationis poenituisset*. Lo cual resulta absolutamente coherente con la inmediata equiparación que ha hecho entre las *d.m.c.* y los legados<sup>30</sup>: *Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*, pues los legados son libremente revocables hasta el instante mismo de la muerte del disponente. Por lo tanto, la *donatio mortis causa* será revocable mientras sea imperfecta, de tal modo que el donante podrá revocarla simplemente por arrepentirse

---

<sup>30</sup> Vid. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, cit., pp. 171 ss.

de haberla hecho, al igual que ocurre en cualquier otra disposición *mortis causa*. Y además tiene que ser previo a los casos de muerte del donante o premoriencia del donatario. E, incluso, como se ha dicho anteriormente, en el supuesto de premoriencia del donatario al donante podría renunciar a la revocación de la *donatio* no utilizando el medio procesal correspondiente, la *condictio ex poenitentia*, y permitiendo que los bienes llegaran a los herederos del donatario, lo que implicaría la duda de si estamos ante una donación ordinaria *inter vivos* o ante una verdadera *donatio mortis causa*. Y la misma duda emerge cuando el donante habiendo sobrevivido al peligro inminente de muerte decide no revocar la donación, en cuyo caso habrá de entenderse también constituida implícitamente una donación *inter vivos* entre el donante y el donatario.

### 3. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

#### 3.1 FUERO JUZGO

De la regulación romana sobre la revocabilidad *ad libitum* de las donaciones *mortis causa* se hizo eco el Fuero Juzgo en lib. 5, tít. 2, ley 6, en donde se estableció que fueran libremente revocables por el donante hasta el instante mismo de su muerte: *aquel que la dió la puede toller quando quisier ante de su muerte*<sup>31</sup>. La razón que se alega es muy simple:

---

<sup>31</sup> F.J. lib. 5, tít. 2, ley 6.- ... E si por ventura muriere aquel á quien fue fecha la donacion ante que la cosa aya recibida, la cosa deve fincar en aquel que la dió, ó en sus herederos. E si alguno diere alguna cosa so tal condicion, que se la tenga consigo en su vida, é depues de su muerte que la aya aquel á quien la da, porque esta donacion semeia testamento, aquel que la dió la puede toller quando quisier ante de su muerte.

*porque esta donacion semeia testamento; por lo tanto, la justificación se sustenta, como hiciera Justiniano, en la equiparación de la donatio mortis causa al testamento. Además, se trata de una regulación similar a la que hemos visto en el CE 308.2 que justificaba la revocabilidad diciendo: quia similitudo est testamenti. En definitiva, estamos ante la misma solución jurídica que en derecho romano postclásico-justiniano, siempre que la donatio mortis causa se hubiera realizado bajo la condición suspensiva de la muerte.*

En el siglo XII, en Lo Codi<sup>32</sup>, se apunta la posibilidad de revocar la donación realizada en atención a la muerte, facultando al donante para reclamar al beneficiario todo aquello que le había dado<sup>33</sup>. Dicha revocación puede tener lugar por tres causas diferentes: por arrepentimiento, por sobrevivir al peligro inminente o por perecer el donatario con anterioridad al donante<sup>34</sup>. Parece obvia la influencia romana, sin soslayar cierta mezcla de causas de revocación clásicas y justinianas, pues si se hubiera establecido exclusivamente la libre revocación, que sería el caso del arrepentimiento, no sería necesario que se hubieran fijado los supuestos de premoriencia del beneficiario o supervivencia al peligro, pues el supuesto del arrepentimiento engloba cualquier razón de revocación con independencia de la causa que lo motive.

---

<sup>32</sup> Difícil fijar con exactitud el origen temporal de la obra, prefiriéndose ejercitar el *ars ignorandi* sobre la determinación exacta de su nacimiento dentro de una horquilla temporal que oscila entre 1149 y 1162. ARIAS BONET, J.A., *Lo Codi en castellano, según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca nacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 18.

<sup>33</sup> *Lo Codi* 8.66.1.

<sup>34</sup> Recuerda lo establecido en I.2.7.1.



### 3.2. FUERO REAL

Un siglo después de Lo Codi encontramos el Fuero Real. Su autor, Alfonso X el Sabio, a imagen y semejanza de Justiniano, pretendió establecer un cuerpo jurídico unificado para todos los territorios de su reino, y para ello redactó dos obras fundamentales con las cuales intentó superar la diversidad legislativa del momento: El Fuero Real y Las Partidas. Ello nos permite abordar el tema de la *revocatio* de la *donatio mortis causa* contemplando ambas obras como un *corpus iuris* único tendente a superar la desconexión jurídica de los distintos territorios de la Corona de Castilla.

*F.R. lib. 3, tít.12, ley 6.- Como la donacion causa mortis se puede revocar.*

*Donaciones facen se en dos maneras, ò por manda en razon de muerte, o en sanidat sin manda: la que es fecha por manda, puedala aquel que la fizo dar à otro, ò retenerla para si, si quisiere; e la que es fecha dotra guisa non la pueda toller a aquel que la dio, sinon por aquellas razones que manda la ley: et esto si fuer fecha la donacion así como manda la ley.*

Según se dispone, cuando la donación *mortis causa* se realiza por medio de *manda*, *manda en razon de muerte*, se señala que quien la hizo puede revocarla plenamente, bien dándosela a otro o bien reteniéndola para sí. Dicha posibilidad revocatoria se contempla en el texto que a

continuación reproducimos, y que sigue el criterio justiniano de libre revocación de la donación sin justificar la causa. Por lo que respecta a lo que denominamos donaciones entre vivos, *en sanidad sin manda*, según el texto alfonsino, se mantiene el principio romano de la irrevocabilidad salvo en los casos previstos por la ley, especialmente, la ingratitud.

*F.R. lib. 3, tít. 12, ley 10.- ... Et si alguno diere su cosa a otre en tal manera que la tenga el que la da en su vida, e despues que finque a aquel que la da, por que tal donación es semejable a las otras donaciones que se facen en manda por razon de muerte, mandamos que el dueño de la cosa pueda mudar su voluntad quando quisiere, maguer que non sea en alguna culpa aquel a qui fue fecha la donacion.*

En este párrafo de la ley 10 se asemejan las donaciones *post obitum* a las *d.m.c.*, entendiendo por aquéllas las que el donante, en tanto en cuanto no fallezca, sigue conservando los bienes que la conforman, para que sólo tras su muerte pase al donatario<sup>35</sup>. Una vez equiparadas, el Rey Sabio ordena que el dueño de la cosa, es decir, el donante, pueda cambiar su voluntad cuando le venga en gana, *pueda mudar su voluntad quando quisiere*; ello significa reconocer la libre revocación de las donaciones a arbitrio del donante, incluso aunque el donatario no haya generado motivos suficientes para que el donante revoque su liberalidad. Se está, pues, reconociendo la revocación por el simple arrepentimiento del donante, sin más justificaciones, evitando acudir a los supuestos de premoriencia del donatario o de supervivencia del

---

<sup>35</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Donatio mortis causa en la tradición romanística, vol.II, (tesis inédita)*, Madrid, 2001, p. 625.

donante, lo que presupone un evidente influjo de la regulación justiniana de la revocación de las donaciones antes que de los principios romanos clásicos.

### 3.2 PARTIDAS

Pero no sólo en el Fuero Real manifestó Alfonso X su regulación de las *d.m.c.*, también lo realizó en Partidas.

*P.5 tit. 4, ley 11.- De las donaciones que fazen los omes seyendo enfermos, quales deven valer, e quales non.*

*A las vegadas fazen los omes donaciones, estando cuytados en enfermedades, o teniendo otros peligros, de que non cuydavan estorcer: e por ende queremos aqui fablar de las tales donaciones. E dezimos, que la donacion que ome faze de su voluntad, estando enfermo, temiendose de la muerte, o de otro peligro, que vale. Pero tal donacion como esta puede ser revocada, en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel a quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo, guaresce de aquella enfermedad, o estuerce de aquel peligro, por que se movia a fazer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera. Ca tal donacion como esta puede ser fecha por todo ome que ha poder de fazer testamento: e devesse fazer delante cinco testigos a lo menos. E maguer diximos en el Titulo de los Testamentos, que el fijo que esta en poder del padre, non puede fazer testamento; con todo esso bien puede fazer tal donacion como esta, con otorgamiento de su padre: e sera valedera. E sobre todo dezimos, que si el ome fiziesse donacion, por premia que le*

*fiziessen, o por miedo que oviesse, que le matarian, que tal donacion como esta, que non valdria.*

En pocos textos encontramos una regulación tan límpida de la revocación de las donaciones *mortis causa* y a la vez con tanta influencia del derecho romano justiniano, como en el inmediatamente transcrito. De tres maneras se pueden revocar las *d.m.c.*, dice. La primera, cuando “*si se muere ante aquel a quien es fecha, que el otro que la hizo*”. Es el supuesto de revocación de la donación por premoriencia del donatario al donante y, por tanto, éste puede anular aquella disposición de liberalidad. En el fondo se encierra aquella gradación de afectos original del derecho romano, pues se le autoriza al donante a privar del beneficio a los herederos del donatario. Es decir, el donante prefiere, cuando revoca, que los bienes vuelvan a él antes que a los herederos del donatario.

La segunda causa de revocación que se indica, de evidente talante romano, es cuando el donante supera la enfermedad o sobrevive al peligro que le movió a efectuar la liberalidad en favor del donatario: *si aquel que la hizo, guaresce de aquella enfermedad, o estuerce de aquel peligro, por que se movia a fazer la donacion*. Parece lógico, y siempre fue así, que desaparecida la *causa mortis* desaparezca la donación, pues la relación donación y peligro de muerte es un binomio imprescindible. Si uno de los pilares del binomio desaparece, se extingue la donación, pues desaparece su razón de ser, y por ello que pueda el autor benefactor recuperar por medio de la revocación aquello que de no haber existido

la *causa mortis* no se hubiera entregado. Se trata de una causa de revocación típicamente clásica en derecho romano.

Finalmente, la tercera causa de revocación de las donaciones viene establecida en atención al mero arrepentimiento del donante: *si se arrepiante ante que muera*. Con este supuesto Alfonso X recoge en su totalidad la regulación justiniana. Se trata de la libre revocación de la donación por cambiar el donante su voluntad. El Rey Sabio ni justifica ni exige causa alguna que apruebe el arrepentimiento, el cual, por sí sólo, es razón suficiente para obtener la revocación. Ni tan siquiera es preciso un comportamiento ingrato por parte del beneficiario que motive la actuación reintegradora del donante. La única justificación que aporta la regulación alfonsina es que la *donatio mortis causa* es una disposición semejante al testamento<sup>36</sup> y, por ende, es una disposición revocable hasta el instante mismo del tránsito de la vida a la muerte: *Catal donacion como esta puede ser fecha por todo ome que ha poder de fazer testamento*. Esta precisión procede de aquella equiparación que se produjo en la época postclásica entre el legado y la *donatio mortis causa*, pasando ésta a tener la misma regulación que cualquier disposición de última voluntad y, en consecuencia, revocable sin poder exigirse justificación de tal actuación. En definitiva, consideramos que el arrepentimiento implica la libre revocación, no habiéndose establecido ninguna causa necesaria para su justificación cuando de una donación *mortis causa* se trata.

---

<sup>36</sup> Del mismo tenor literal que CE 308.2: *quia similitudo est testamenti* y que el F.J. lib. 5, tit. 2, ley 6: *“porque esta donacion semeia testamento”*.

### 3.3 NUEVA Y NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Entre la Nueva y la Novísima Recopilación no existe ninguna diferencia en cuanto a la parte dispositiva de sus respectivas leyes, aunque sí que difieren en sus encabezamientos. Así, la Nueva Recopilación titula la ley 7 (lib. 5, tit.10) con las siguientes palabras: “*En quantas maneras se faze la donacion*”, mientras que la Novísima Recopilación titula la ley 1 (lib.10, tit.7), con las palabras: “*Modo de hacer las donaciones revocables é irrevocables, por manda en muerte, ó por contrato entre vivos*”. La discrepancia es importante porque si bien es verdad que ambas leyes se refieren a las formas en que pueden hacerse las donaciones, sin duda, la Novísima Recopilación es muchísimo más completa a la vez que precisa. La parte dispositiva de una y otra ley es la siguiente:

*N.R. lib. 5, tit. 10, ley 7 = Nov. Rec. lib. 10, tit. 7, ley 1.*

*Donaciones se hacen en dos maneras, ó por manda en razon de muerte, ó en sanidad sin manda: la que es hecha por manda, pueda aquel que la hizo, dar á otro, ó retenerla para sí, si quisiere; y la que es hecha de otra guisa, no la pueda quitar à aquel que la dio, sino por las razones que manda la ley; esto si fuere hecha la donacion assí como manda la ley.*

Esta regulación, en ambos cuerpos normativos, coincide plenamente con la establecida en el F.R. lib. 3, tit.12, ley 6, que *supra* hemos analizado, y en la que se mantiene que la realización de la

*donatio mortis causa* sea a través de *mandas*, reiterando asimismo que son revocables. Resulta, pues, que continúa manteniéndose la revocabilidad de la donación cuando se efectúa en atención a la muerte, pero sin establecerse las causas que puedan determinarlo, de donde se colige que es al libre arbitrio del donante, pues en la disposición se dice claramente que podrá hacerlo “*si quisiere*”. Por lo tanto, como hemos dicho al hablar del Fuero Real, la donación *mortis causa* se realiza por medio de *manda*, *manda en razon de muerte*, y se señala que quien la hizo puede revocarla, bien dándosela a otro o bien reteniéndola para sí. Sin embargo, en las donaciones entre vivos, *en sanidad sin manda*, se mantiene el principio romano de la irrevocabilidad, salvo en los casos previstos por la ley, especialmente, la ingratitud.

#### **4. PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL DE 1836 Y 1851**

En el periodo codificador por excelencia, el siglo XIX, encontramos que el Proyecto de C.c. de 1836, artículo 1613, establece: “*Las donaciones que no han de tener efecto hasta después de la muerte del donante son revocables como los legados y se rigen por las reglas establecidas acerca de éstos*”. Llama la atención que frente al vigente artículo 620 del C.c. español, que remite su regulación, se entiende de las donaciones *mortis causa*, a las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, el artículo 1613 del Proyecto de 1836 equipare la revocación de las *d.m.c.* a los legados. A nuestro entender, ello se debe a la confusión existente entre ambos institutos jurídicos desde el antiguo derecho romano. Sin

embargo, en el artículo 942 del Proyecto de 1851<sup>37</sup>, junto a la regulación “*De las donaciones entre vivos*” se incluye la referencia a las donaciones *mortis causa*, lo cual supone prescindir de su pleno y autónomo reconocimiento. Esta postura mantenida en el Proyecto de 1851 obedece a la directa influencia del Código civil francés que trata en un mismo título las donaciones *inter vivos* y los testamentos. En Francia las *d.m.c.* estaban prohibidas desde 1771, y en el código se mantuvo su supresión<sup>38</sup>, planteamiento que fue seguido por casi todos los códigos modernos, reconociéndose en un buen número de ellos como única disposición de última voluntad al testamento<sup>39</sup>.

García Goyena afirma que la Comisión que elaboró el Proyecto de Código se adhirió a la corriente francesa. En su opinión, “*las donaciones mortis causa eran una especie de monstruo entre los contratos y últimas voluntades, la algarabía del Derecho romano y patrio sobre los supuestos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podía producir sino dudas, confusiones y pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen, por dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres. De aquí vino que, aunque adoptadas en las leyes, no lo fueran en la práctica; y lo que no está en las costumbres, no debe ser en los Códigos*”. El vacío de las *d.m.c.*

---

<sup>37</sup> Art. 942.- *Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieran por objeto el todo ó una parte alicuota de los bienes del donador, ó una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades.*

<sup>38</sup> Concretamente en el art. 893 del C. civil francés: “*No se podrá disponer de los bienes a título gratuito sino por donación entre vivos o por testamento, en las formas establecidas a continuación*”.

<sup>39</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. I* Madrid, 1852 (reimpresión, Zaragoza, 1974), pp. 462-463.



puede suplirse con los legados, figuras que se asemejan como ya ocurriera en derecho romano. Por ello, concluye García Goyena afirmando que no puede haber caso que no se resuelva por las reglas generales de los legados<sup>40</sup>. En definitiva, y en atención a nuestro objetivo, nada se opone, por tanto, para aceptar que las donaciones hechas para después de la muerte del donante, reguladas en el art. 942 del Proyecto de 1851, hubieran sido plenamente revocables como lo era en su concepción original cualquier disposición de última voluntad.

## 5. DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

### 5.1 CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En el Código civil español las donaciones *mortis causa* están prácticamente desaparecidas y excluidas; el único resto se halla en el art. 620<sup>41</sup>. Ello puede obedecer a aquel proceso comenzado en el derecho romano, confirmado en el Proyecto de 1851, también en otros cuerpos legislativos intermedios, por el cual se produce una progresiva aproximación, en orden a su regulación, con los actos de última voluntad, especialmente con los legados<sup>42</sup>. Frente a quienes defienden

---

<sup>40</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, t. I, cit., p.463.

<sup>41</sup> Art. 620 C.c.- *Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.* Es prácticamente idéntico al artículo 618 del Anteproyecto de C.c. de 1882-1888.

<sup>42</sup> Vid. DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 424 ss. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Donaciones por causa de muerte*, en *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, (coord. por M<sup>a</sup> C. Gete-

que las donaciones *mortis causa* han desaparecido del Código civil español<sup>43</sup>, pasando a someterse a las reglas de la sucesión testamentaria<sup>44</sup>, se hallan quienes persisten en su existencia<sup>45</sup>, postura a la que nos sumamos, si bien por reiterada jurisprudencia se insiste en su desaparición<sup>46</sup>. Ante todo, y a efectos de lo que nos interesa en este estudio, las donaciones, actualmente, realizadas en atención a la muerte, son de naturaleza revocable<sup>47</sup>, teniendo como sustento de ello su equiparación a cualquier otra disposición de última voluntad, de quienes mantiene sus caracteres, amén de necesitar de la forma de los testamentos.

Por ello, no cabe duda que una donación en atención a la muerte equivalga a un legado<sup>48</sup>, más aún, dice Manresa, en realidad es un legado<sup>49</sup>. Por lo tanto, si como reza el art. 620: *se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*, son revocables, pues

---

Alonso y J. Solé), vol. 1, Madrid, Thomson Reuters, 2011, pp. 1206 ss.

<sup>43</sup> Vid. MANZANO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> M., *Consideraciones sobre las donaciones mortis causa en el derecho civil español*, en Libro homenaje al Prof. M. Albaladejo García, t. II, Murcia, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004, pp. 2971 ss.

<sup>44</sup> Vid., entre otros, ROCA SASTRE, R.M<sup>a</sup>., *La donación mortis causa*, en Estudios de Derecho Privado, 1. Obligaciones y contratos, Madrid, 1948, pp. 572 ss.; MANRESA Y NAVARRO, J.M<sup>a</sup>., *Comentarios al código civil español*<sup>4</sup>, t.5, Madrid, Reus, 1921, pp. 83-84.; BONET RAMÓN, F., *Donaciones "mortis causa": su naturaleza y fuentes legales. Perfección. Efectos*, en Revista de Derecho Privado 26, 1942, p. 492; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, t. IV*, 15<sup>a</sup> ed., Madrid, Reus, 1993, p. 228.

<sup>45</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, 1978, pp. 95 ss. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, t. VIII, vol. 2º*, Madrid, EDESA, 1986, pp. 54 ss.; igual en ALBALADEJO, M. - DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 605 ss.

<sup>46</sup> Vid. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, cit., pp. 427 ss.

<sup>47</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, *Donaciones por causa de muerte*, en Tratado de derecho de sucesiones, cit., p. 1224.

<sup>48</sup> Los artículos relativos a la revocación testamentaria son del 737 a 743 del C.c.

<sup>49</sup> Vid., MANRESA, *Comentarios al código civil, t. V*, cit., p. 83.

sus efectos se producirán después de la muerte del donante, o lo que es lo mismo, tendrán efecto *post mortem*, aunque necesiten para su eficacia someterse a las reglas que regulan el régimen dispositivo de las disposiciones testamentarias. En las donaciones *mortis causa* la revocabilidad es esencial por tratarse de un acto de última voluntad, y existe abundante jurisprudencia que así lo reconoce<sup>50</sup>.

*“Esto es así, dice De los Mozos, porque en las donaciones mortis causa no se transmite de presente, sino que se hace una previsión contemplatio mortis y que, por ello, como decimos, puede ser revocada en todo momento, no es que la disposición quede aplazada o condicionada, ya que la muerte no es plazo o condición, sino más bien una verdadera y propia condicio iuris”*. En consecuencia, si el donatario premuere al donante no recibirá nada, por supuesto él, pero tampoco sus herederos, con lo cual se mantiene la gradación de afectos propia del derecho romano, y de los cuerpos normativos históricos, por medio de la cual primero será el donante y después el donatario; posteriormente, lo que el donante desee o disponga la ley si falleciere intestado. Todo ello demuestra que ya desde el derecho romano el donante quiere disponer de los bienes en caso de vivir; ahora bien, no viviendo establece quién desea que los tenga.

## 5.2 CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

---

<sup>50</sup> Vid. ESPEJO, M., *Donaciones mortis causa. Posibilidades actuales en el Código civil y propuestas de reforma*, en <http://derechocivil.net/ponencias/document.php?id=60>, pp. 9 ss.; DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, cit., p. 436.

En Libro cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat.), relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio), se regulan las donaciones por causa de muerte en el Título III, capítulo II, arts. 432-1 a 432-5. Esta nueva disposición ha sustituido a lo establecido en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (CSCat.), (Vigente hasta el 1 de enero de 2009), en el que también se regulaban en cinco artículos, Título VI, arts. 392 a 396, las donaciones por causa de muerte<sup>51</sup>. Llama la atención que en ambos cuerpos legales, el vigente y el derogado, las *d.m.c.* se equiparan a cualquier disposición *mortis causa*, y, además, no se introduce prácticamente ninguna modificación con respecto a lo regulado en la derogada Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, arts. 245 a 247, como consta en el apartado f) de la ley 40/1991 de 30 de diciembre, por la que se publica el mencionado Código de Sucesiones. El legislador catalán ha equiparado la regulación de las donaciones por causa de muerte a los legados, art. 432-2 CCCat, lo que coincide con lo que se establecía en el art. 392 del CSCat. derogado, salvo en aquello que por su especial naturaleza pueda regirse por las donaciones *inter vivos*. La revocación se recogía en el art. 396 del CSCat. y ahora en el art. 432-5: Ineficacia de las donaciones por causa de muerte<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Su consideración como institución especial puede verse en CASANOVAS I MUSSONS, A., *Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el títol VI del Codi de successions*, en *El nou dret successori de Catalunya* (Setenes Jornades de Dret català a Tossa, 1992), Barcelona, 1994, pp. 171 ss.

<sup>52</sup> Este término es empleado en sentido no técnico pues se refiere a causas o sucesos que impiden que la donación cumpla su finalidad. GÓMEZ LIGÜERRE, *Donaciones por*

El donante dejará sin efecto la donación si la revoca, revocación que puede ser expresa o tácita<sup>53</sup> y que debe permitirse al donante por cualquier medio pues es una característica que define a la donación por causa de muerte<sup>54</sup>. Será expresa según el art. 432-5a (antiguo art. 396) cuando se haga en escritura pública, testamento o en codicilo, como sucede con todos los actos de última voluntad. Tal revocación, dice Marín Sánchez, no tiene que responder a ninguna causa tasada ni a motivo especial. Es suficiente con un cambio de voluntad del disponente<sup>55</sup>. Será tácita si, por el contrario, enajena o lega los bienes dados, art. 432-5b, o si otorga posteriormente heredamiento (no prelativo establecía el derogado art.396), de forma que en este caso se regulará por el artículo 431-23, 1 (art.70 del CSCat.). En consecuencia, la revocación tácita, en opinión de Marín Sánchez, “es la que resulta de actos concluyentes del donante que, pese a no constituir una manifestación de voluntad expresa, dejan patente su voluntad revocatoria y son tasados por la ley: enajenación y legado de los bienes donados”<sup>56</sup>.

---

*causa de muerte, en Tratado de derecho de sucesiones, cit., p. 1237.*

<sup>53</sup> PUIG, LL. Y ROCA, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya, v. III. Dret de successions*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 442.

<sup>54</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, *Donaciones por causa de muerte*, en *Tratado de derecho de sucesiones, cit.*, p. 1238.

<sup>55</sup> MARÍN SÁNCHEZ, J.A., *Comentario a los artículos 392 a 396*, en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. II, Barcelona, Bosch, 1994, p. 1310.

<sup>56</sup> MARÍN SÁNCHEZ, *Comentario a los artículos 392 a 396*, en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. II, cit., p. 1311.

Otros supuestos en los que la donación quedará revocada, y, por tanto, ineficaz, es en los casos, ya previstos en derecho romano, de premoriencia del donatario y cuando el donante no perece con ocasión del peligro de muerte que determinó su voluntad de concluir una donación *mortis causa*<sup>57</sup>. Además, se deben añadir otros dos supuestos; por un lado, los casos de indignidad del donatario, exigencia equiparada al legatario, art. 432-2a, como se previó en el art. 392 de CSCat.<sup>58</sup>, y, por otro, cuando se produzca la pérdida del objeto dado, art.432-2e, pues se aplicará el art. 427-38<sup>59</sup> (art. 307.1 del CSCat.) relativo a los legados, sin que ello suponga una exoneración de responsabilidad por el perecimiento de la cosa donada (entiéndase legada). Se echa en falta la revocación por simple arrepentimiento (*ad libitum*), como sucedía en derecho romano, salvo que se colija de la primera frase del art.432-5a (art. 396 CSCat.), cuando dice que las donaciones por causa de muerte quedan sin efecto “*si el donante las revoca expresamente en escritura pública, testamento o codicilo*”; como no se exige explicación del porqué, tal vez deba entenderse que en este enunciado se incorpora tácitamente tal posibilidad de revocar *mutata voluntate*.

### 5.3 COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

---

<sup>57</sup> Como la actual regulación es coincidente con la establecida en el CSCat. traemos a colación la opinión de GARRIDO MELERO, M., *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 183, que las considera causas estructurales de la pérdida de la eficacia de la donación *mortis causa*.

<sup>58</sup> GARRIDO MELERO, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 187. MARÍN SÁNCHEZ, *Comentario a los artículos 392 a 396*, en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. II, cit., p. 1313.

<sup>59</sup> MARÍN SÁNCHEZ, *Comentario a los artículos 392 a 396*, en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. II, cit., p. 1312.

Al igual que en Cataluña también en Navarra, en su Compilación de Derecho civil foral, (ley 1/1973, de 1 de marzo), se regulan las donaciones *mortis causa*. Navarra dedica a ello el Título III del Libro II, siete artículos, llamados leyes, desde la ley 165 a la ley 171. De nuevo sorprende que se dedique un título independiente y autónomo a la regulación de las donaciones *mortis causa*, en el que se establece una regulación completa del instituto jurídico que estudiamos. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa en esta *sedes materiae*, vemos que se dedica en exclusiva la ley 169 a regular la revocación de las donaciones *mortis causa*. Esta ley 169 fue establecida y actualizada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

Pues bien, dichas donaciones se hacen en consideración a la muerte del donante, de forma que sus efectos se difieren a ese momento (ley 165). Esta definición acentúa el criterio subjetivo - *cogitatio mortis*- dice Doral<sup>60</sup>, y los redactores añaden una presunción: se hace en consideración a la muerte cuando sus efectos quedan totalmente diferidos al día de su fallecimiento, presunción fundada en datos objetivos. Dicha presunción sirve además para la confirmación de donaciones que ofrecen dudas respecto de si son o no *mortis causa*, de forma que el día del fallecimiento se zanja la cuestión, y no como las

---

<sup>60</sup> DORAL GARCÍA, J.A., *Donaciones mortis causa en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra*, en Revista Jurídica de Navarra, (Homenaje al Prof. Sancho Rebullida), nº15, 1993, pp. 110 y 111.

últimas voluntades que no se confirman hasta el momento de la adición de la herencia.

Por lo que respecta a la revocación (ley 169) se establece que las donaciones *mortis causa* pueden revocarse libremente, en cualquier momento, salvo que haya mediado pacto de irrevocabilidad o la renuncia a esta facultad<sup>61</sup>. Con anterioridad a la vigente regulación, la redacción original establecía que la revocación podía ser expresa o tácita. La revocación expresa tenía lugar cuando el donante se arrepentía de haberla hecho y manifestaba por medio de una escritura formal y solemne su intención de revocarla<sup>62</sup>; ello obedecía, igual que en la actualidad, a que la *donatio mortis causa* es revocable hasta el final de los días del donante. Para la revocación expresa y también actualmente, se exigen las mismas formalidades que para su otorgamiento y, además, los bienes donados *mortis causa* no forman parte de la herencia, de modo que el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante (derogada ley 170). La revocación tácita se producía cuando el donatario premuere al donante, sin necesidad de realizar ninguna formalidad; además, “*tampoco será*

---

<sup>61</sup> Sin embargo, para D'ORS, A., *Título III: De las donaciones mortis causa*, en Comentarios al Código civil y compilaciones forales (coord. por M. Albaladejo), vol. 37, tomo 1, Madrid, EDERSA, 1998, pp. 80 y 87, “la realidad es la contraria: lo ordinario es la irrevocabilidad, y lo excepcional es que el donante se reserve la facultad de revocar”. Afirmación que ratifica, NANCLARES, J., *Donaciones por causa de muerte*, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, (coord. por M<sup>a</sup> C. Gete-Alonso y J. Solé), vol. 1, Madrid, Thomson Reuters, 2011, p. 1255.

<sup>62</sup> SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra VI. De las donaciones y sucesiones*, vol. 1<sup>o</sup>, Pamplona, Gómez, 1976, pp. 132 ss.



*necesaria la revocación expresa, es decir, se entenderá tácitamente revocada, cuando claramente se hubiere supeditado la donación a la muerte esperada por el donante en una determinada ocasión, si éste no falleciere en el momento previsto".* Se refiere a la donación realizada en atención a una enfermedad grave, a un viaje peligroso, etc., circunstancias en las que se espera no sobrevivir (ley 170, 2º párrafo).

En conclusión, para la doctrina navarra<sup>63</sup>, el fundamento de la revocación de las donaciones *mortis causa* está en el derecho romano. Por ello, las donaciones por causa de muerte quedarán sin efecto en los siguientes casos: 1º Cuando el donante la revoca, para lo cual es libre en todo tiempo; 2º Si el donatario fallece antes que el donante; 3º Cuando el donante se libra del peligro por cuyo motivo hizo la donación y 4º Cuando el donante sea condenado a pena capital o experimente alguna disminución en su capacidad jurídica o se queda insolvente. En cambio, en el derecho histórico de Navarra<sup>64</sup> no existe la causa de revocación *ad libitum* si el donatario deja descendientes, merced al precepto privativo expreso que se recoge en la Novísima Recopilación de Navarra, ley I, título XIII, libro III.

## 6. CONCLUSIONES

---

<sup>63</sup> SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra VI. De las donaciones*, vol. 1º, cit., pp. 133-134.

<sup>64</sup> DORAL GARCÍA, *Donaciones mortis causa*, cit., p. 110.

A diferencia de las donaciones *inter vivos*, que por principio son irrevocables salvo causa justificada, las donaciones *mortis causa* son revocables tanto cuando el donante supera el peligro inminente de muerte que las originó (*si donator convaluerit*), como en caso de premoriencia del donatario (*prima decesserit*). A estos dos supuestos, plenamente clásicos, debe sumarse un tercero, la revocación a libre voluntad del donante, la *revocatio ad libitum donatoris*. Esta causa de revocación fue plenamente reconocida en época justiniana (C.8.56(57),4, a. 530; I.2.7.1, a. 533; y Nov. 87 *praef.*, a. 539), probablemente no se conoció en época clásica, si bien verosímilmente tuvo un origen postclásico (P.S. 3.7.2).

Nunca ha sido necesario justificar la revocación de las *d.m.c.* por el mero arrepentimiento del donante (*mutata voluntate*), y la razón es muy simple: las donaciones *mortis causa* ya desde el derecho romano postclásico justiniano fueron equiparadas a las disposiciones de última voluntad, unas veces a los testamentos y otras veces a los legados. Ello ha motivado que se califique de arbitraria dicha revocación, pues no encaja en las causas habituales por las que se suelen revocar las donaciones *inter vivos*. Por consiguiente, la idea de revocación es consustancial a la *donatio mortis causa*, en caso contrario, si se admitiesen supuestos que negasen la revocabilidad, se convertirían en donaciones ordinarias; no obstante, el donante también puede renunciar a la revocación *ad libitum*. Y ello porque la posibilidad de revocar a libre voluntad no está condicionada absolutamente a nada, el donante igual que puede revocar su disposición por el mero arrepentimiento,

exactamente igual puede declinar su utilización. Todo depende de su voluntad.

La concepción romana de la revocación *ad libitum donatoris* de las *d.m.c.* fue recepcionada a través de lo previsto en el Fuero Juzgo lib. 5, tít. 2, ley 6, en donde se arguye que este tipo de donaciones *semeia testamento*; similar fundamento se esgrime en Fuero Real lib. 3, tít. 12, ley 6 y 10, autorizando que el donante pueda cambiar su voluntad cuando le venga en gana, por el simple arrepentimiento, sin necesitar ninguna justificación. En la misma idea se incide en Partidas 5, tít. 4, ley 11, de límpida influencia romano justiniana, dando por válido para la revocación el mero arrepentimiento ya que “*tal donación puede ser fecha por todo ome que ha poder de fazer testamento*”. Finalmente, en la Nueva Recopilación lib. 5, tít. 10, ley 7 y en la Novísima Recopilación lib. 10, tít. 7, ley 1, se sigue manteniendo la diferencia entre las donaciones *inter vivos* y las donaciones *mortis causa*, tipo este llamado a desaparecer progresivamente en posteriores cuerpos normativos, de tal modo que las *d.m.c.* puedan ser revocables *mutata voluntate* del donante, sin requerirse ninguna causa que lo justifique.

En el siglo XIX, periodo codificador por excelencia, se observa que en los Proyectos de Código civil, especialmente en el de 1851, comienza a prescindirse de la regulación de las donaciones *mortis causa*, tal vez por influencia del Código civil francés, al desviarse al mismo tratamiento jurídico de los actos de última voluntad. Ello llevó a que en el vigente Código civil español se prescindiera de su regulación explícita, e incluso haya llegado a plantearse un importante debate

doctrinal a propósito de su existencia, en base a una laxa interpretación de lo previsto en el art. 620 que remite a la regulación de la sucesión testamentaria de aquellas donaciones que estén condicionadas a producir sus efectos por la muerte del donante.

Pero la legislación civil vigente en España no se limita a lo establecido en el Código civil de 1889; dos territorios autonómicos con competencia legislativa civil propia, Cataluña y Navarra, dedican afortunadamente en su legislación sendos Títulos a regular las donaciones *mortis causa*. Cataluña en su Código civil, artículos 432-1 a 432-5 y Navarra en su Compilación del Derecho civil foral, leyes 165 a 171, lo que nos permite contrastar el derecho romano con el derecho vigente y poder concluir que la antigua posibilidad de revocar las *d.m.c. ad libitum* del donante aún pervive.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, t. VIII, vol. 2º*, Madrid, EDERSA, 1986.

ALBALADEJO, M. - DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

AMELOTTI, M., *La "donatio mortis causa" in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1953.

AMELOTTI, M., s.v. "donazione mortis causa" (*Diritto romano*), en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Varese, Giuffrè, 1964.

AMELOTTI, M., s.v. "donatio mortis causa" (*Diritto romano*), en *NNDI*, VI, Torino, UTET, 1960, ristampa, 1981.

ARCHI, G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1960.

ARIAS BONET, J.A., *Lo Codi en castellano, según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca nacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1984.

BERROCAL LANZAROT, A.I., *La revocación de las donaciones*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 86, Nº 720, 2010, pp. 1864-1902.

BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1955.

BONET RAMÓN, F., *Donaciones "mortis causa": su naturaleza y fuentes*

*legales. Perfección. Efectos, en Revista de Derecho Privado 26, 1942.*

CASANOVAS I MUSSONS, A., *Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el títol VI del Codi de successions*, en *El nou dret successori de Catalunya (Setenes Jornades de Dret català a Tossa, 1992)*, Barcelona, 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, t. IV*, 15ª ed., Madrid, Reus, 1993.

CERDÁ GIMENO, J., *Comentarios al art. 66 CDCIB*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XXXI, vol. 2-A* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), 2ª ed., Madrid, EDERSA, 2000.

DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2000.

DI PAOLA, S., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1969.

DI PAOLA, S., *Sulla struttura della donatio mortis causa*, en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Milano, Giuffrè, 1956.

DORAL GARCÍA, J.A., *Donaciones mortis causa en el Código civil y en el derecho civil de Navarra*, en *Revista Jurídica de Navarra*, (Homenaje al Prof. Sancho Rebullida), nº15, 1993.

D'ORS, A., *El código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices*, Madrid, BOE, 2014.

D'ORS, A., *Título III: De las donaciones mortis causa*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (coord. por M. Albaladejo), vol. 37, tomo 1, Madrid, EDERSA, 1998.

ESPEJO, M., *Donaciones mortis causa. Posibilidades actuales en el Código civil y propuestas de reforma*, en <http://derechocivil.net/ponencias/document.php?id=60>.

FALASCHI, P.L., *La donatio mortis causa nel diritto giustiniano e nella Lex Romana Visigothorum*, in *Università degli studi di Camerino. Annali della facoltà giuridica*, 31 (1965).

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. I* Madrid, 1852 (reimpresión, Zaragoza, 1974).

GARRIDO MELERO, M., *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Donaciones por causa de muerte*, en *Tratado de derecho de sucesiones: Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, (coord. por M<sup>a</sup> C. Gete-Alonso y J. Solé), vol. 1, Madrid, Thomson Reuters, 2011.

JIMÉNEZ GALLEGO, C., *Derecho civil de la Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro*, Madrid, Fundación Notariado, 2020.

LUCETTI, G., *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1996.

MANRESA Y NAVARRO, J.M<sup>a</sup>., *Comentarios al código civil español, t. 5, 4<sup>a</sup> ed.*,

Madrid, Reus, 1921.

MANZANO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> M., *Consideraciones sobre las donaciones mortis causa en el derecho civil español*, en Libro homenaje al Prof. M. Albaladejo García, t. II, Murcia, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004.

MARÍN SÁNCHEZ, J.A., *Comentario a los artículos 392 a 396*, en Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, t. II, Barcelona, Bosch, 1994.

MASCHI, C.A., *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, 2<sup>a</sup> ed. ampliata, Milano, Giuffrè, 1966.

MURILLO VILLAR, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, Servicio de Publicaciones de Universidad de Burgos, 2007.

NANCLARES, J., *Donaciones por causa de muerte*, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, (coord. por M<sup>a</sup> C. Gete-Alonso y J. Solé), vol. 1, Madrid, Thomson Reuters, 2011.

PUIG, LL. Y ROCA, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya, v. III. Dret de successions*, 6<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ROCA SASTRE, R.M<sup>a</sup>., *La donación mortis causa*, en Estudios de Derecho Privado, 1. Obligaciones y contratos, Madrid, 1948.

RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000.



ROGEL VIDE, C., *Revocabilidad de la donación por ingratitud del donatario*, Madrid, Reus, 2024.

SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra VI. De las donaciones y sucesiones*, vol. 1º, Pamplona, Gómez, 1976.

SAMPER, F., *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, AHDE, 38, 1968.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La revocación de donaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Donatio mortis causa en la tradición romanística*, vol.II, (tesis inédita), Madrid, 2001.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, 1978.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1963.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|   |  |
|---|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>01/04/2025  | <b>Fecha de aceptación:</b><br>24/04/2025                              |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Roma, insulae, daños, incendios, Derecho penal romano.</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Rome, insulae, damages, fires, criminal law</i> |



## DERRUMBES, DESPRENDIMIENTOS E INCENDIOS URBANOS: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y EL INTERÉS PÚBLICO

### URBAN LANDSLIPS, ROCKSLIDES, AND FIRES: A VIEW FROM ROMAN JURISPRUDENCE AND THE PUBLIC INTEREST

**Bernardo Perriñán Gómez**

Catedrático de Universidad  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla  
<https://orcid.org/0000-0002-1103-4797>

(PERIÑÁN GÓMEZ, Bernardo. Derrumbes, desprendimientos e incendios urbanos: una visión desde la jurisprudencia romana y el interés público RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 551-595. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

#### Resumen:

En el presente trabajo se analiza la respuesta jurídica que se refleja en los textos jurisprudenciales ante las incidencias dañosas derivadas de las construcciones urbanas en la antigua Roma, con especial atención a las más graves: derrumbes, desprendimientos e incendios; estos últimos muestran el valor de la *Urbs* como bien jurídico protegido al recibir una especial respuesta penal.

#### Abstract:

This paper analyses the legal response reflected in jurisprudential texts to the damaging incidents arising from urban constructions in ancient Rome, with special attention to the most serious ones: collapses, landslides and fires; the latter show the value of the *Urbs* as a protected legal asset by receiving a special criminal response.

SUMARIO: 1. El crecimiento vertical de la *Urbs*: premisas históricas y sociológicas. 2. Nota mínima sobre la responsabilidad objetiva *in factum* y el problema de las *insulae damnosae*. 3. *Insulae igniferae*. 4. ¿Por qué se criminalizan los incendios urbanos en Roma?

1. El crecimiento vertical de la *Urbs*: premisas históricas y sociológicas

El imaginario colectivo sobre la realidad física de la antigua ciudad de Roma tiene dos referencias habituales, materialmente conectadas: por un lado, la compleja disposición del trazado urbano en determinadas zonas de la ciudad, en las que la calidad de vida brillaba por su ausencia y, por otro y en relación con ello, los famosos incendios que asolaron la urbe en distintos momentos históricos. Sobre ambas realidades contamos con amplias referencias textuales: acerca de la rudeza de la vida en la Roma urbana se pueden destacar entre tantos otros dos textos de Juvenal en los que el poeta de Aquino, sin exagerar demasiado a pesar del contenido satirizante de sus versos, describe las circunstancias en que malvive buena parte de la población y las pésimas condiciones de seguridad de los edificios<sup>1</sup>; sobre los incendios, es bien conocido que los dos más grandes son el que sigue a la invasión gala del año 390 a.C. y el que tiene lugar en tiempos de Nerón, concretamente en el 64 d.C.

---

<sup>1</sup> Iuv. 3.6-9; 3.193-202.

Este modo de vida y sus riesgos está vinculado con el desarrollo en Roma de una arquitectura vertical que permitía alojar intramuros a sus habitantes de peor fortuna, que serían la gran mayoría, en *insulae* o edificios de varias plantas<sup>2</sup>. La vida en esas edificaciones, sobre todo en los pisos superiores a su vez divididos en *cenacula*, se desarrollaba a menudo en condiciones lamentables, por insalubres y peligrosas, lo que hacía de estos inmuebles lugares objetivamente inseguros. Ello puede afirmarse especialmente cuando se trata de edificios destinados a alojar a las clases populares o se hace referencia a las plantas más altas, ya que buena parte de la burguesía llegó a vivir también en *insulae*, pero en las zonas menos peligrosas o en construcciones de mejor calidad que el resto, lo que llevaría a hablar incluso de *cenacula equestria*<sup>3</sup>. Sin embargo, si ponemos en relación el factor cualitativo con el cuantitativo, es decir, si valoramos la escasa calidad constructiva de muchas de estas *insulae* junto a su enorme relevancia numérica frente a las acomodadas *domus* –viviendas unifamiliares con atrio y peristilo, mucho más confortables y sólidas–, tenemos la combinación perfecta para que las primeras fueran frecuente pasto de las llamas y pusiesen en riesgo a la ciudad entera<sup>4</sup>. Lo anterior explica la

---

<sup>2</sup> Un enfoque multidisciplinar sobre este modelo constructivo, que tiene en Roma un desarrollo excepcional, puede verse en: S. STRAUMANN-P.A. SCHWARZ (eds.), *Insulae in Context. Proceedings of the International Colloquium in Basel and Augusta Raurica, September 25th – 28th 2019* (Augusta Raurica 2023).

<sup>3</sup> Una perspectiva social de la arquitectura urbana en Roma puede verse en A. WALLACE-HADRILL, *Case e abitanti a Roma*, en E. LO CASCIO (ed.), *Roma imperiale. Una metropoli antica* (Roma 2000) pp. 173-220.

<sup>4</sup> De acuerdo con F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica. I. Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda repubblica ed alto impero* (Torino 2020) pp. 1-71, la palabra en cuestión, sin salir del ámbito urbanístico, tiene tres significados sucesivos: el que podría identificarse como

dimensión del incendio neroniano, en un tiempo en que Roma había crecido –hacia arriba– de forma muy desordenada. Como es bien sabido, las dos catástrofes que se han mencionado –una intencionada como acto de guerra y la otra no o no tan claramente– dieron lugar a subsiguientes reordenaciones de la *Urbs* que respondieron, en cada tiempo, a nuevos planteamientos<sup>5</sup>.

Pero no por ello desaparecieron las construcciones en altura, necesarias para atender la falta de alojamiento de la enorme población ciudadana y extranjera, cercana al millón de habitantes que, según algunos estudios, llegó a tener la ciudad de Roma en torno al s. I d.C.<sup>6</sup>. En buena lógica, la considerable proliferación de edificaciones por plantas en el recinto urbano –especialmente desde el s. II a.C. en adelante– está directamente relacionada con el

---

casa aislada, el que señala una construcción con varias plantas y el inmueble en el que conviven varias familias en distintas alturas en régimen de arrendamiento.

<sup>5</sup> El desarrollo de la actividad constructiva tras la devastación urbana provocada por los galos fue tal y tan desordenado que hasta dejó de respetarse el *ambitus* que las XII Tablas prescribían alrededor de cada edificación, al respecto, Liv. 5.55.2-5 y Diod. 14.116.8-9; A.B. ZAERA GARCÍA, *Sobre el ambitus aedium en la experiencia jurídica romana*, en *Studi Nicosia VIII* (Milano 2007) p. 496; desde el punto de vista de las relaciones entre copropietarios y los problemas relacionados con *paries communis* en detrimento del *ambitus*, vide M. SALAZAR REVUELTA, *Problemas jurídico-urbanísticos derivados de las relaciones de copropiedad como consecuencia de la especulación inmobiliaria en Roma*, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Dir.)-G. GEREZ (Coord.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano II* (Madrid 2013) pp. 315-338. Sobre el segundo de los grandes incendios de Roma, vide A. BALLARD, *Nova Urbs e Neapolis, remarques sur les projets urbanistiques de Néron*, en *MEFR.* 77 (1965) pp. 349-393, más recientemente M. GUERRERO LEBRÓN, *La reconstrucción urbanística de una Roma en ruinas tras el incendio del año 64: el proyecto de Nerón en Tácito Anales 15,43*, en *RIDA.* 64 (2017) pp. 131-155.

<sup>6</sup> Sobre este dato y con indicaciones bibliográficas, vide F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. p. 27, n. 97.

gran número de incidencias derivadas de defectos constructivos, con el deterioro de los edificios y, por supuesto, con los incendios, una fenomenología que tiene consecuencias evidentes de orden patrimonial y, como veremos al tratar los supuestos más graves, en el ámbito de lo criminal. Dicho de otro modo: no es explicable el importante reflejo en las fuentes de los daños derivados de edificaciones mal construidas o deterioradas, o de los frecuentes y peligrosos incendios, sin que la propia ciudad de Roma estuviese *cenaculis sublata atque suspensa*, como afirma Cicerón<sup>7</sup>.

De cualquier modo, el devenir vital de Roma como entidad física y sus circunstancias se sitúan como elementos claves para interpretar la experiencia jurídica que se manifiesta en los textos jurisprudenciales objeto de análisis en las líneas que siguen. En relación con lo anterior, téngase presente que las *insulae* se muestran como elementos materiales de la ciudad potencialmente peligrosos a pesar de la evolución que experimentan el estado de los conocimientos técnicos y las sucesivas intervenciones normativas, que buscan ordenar el crecimiento de la *Urbs* y mejorar la seguridad de las fincas urbanas ante la amenaza constante de la alta siniestralidad que sin duda las caracterizaron. Por esa razón, se acota progresivamente el margen privado de actuación sobre el parque de viviendas, al fijarse una regulación que no sólo es urbanística, sino que afecta a la factura de la construcción propiamente dicha, por ejemplo impidiendo la construcción de

---

<sup>7</sup> Cic. Agr. 2,35,96.

muros con más de un pie y medio de anchura para que los vanos no fuesen demasiados angostos<sup>8</sup>.

En este sentido, no son pocas las medidas provenientes de los órganos de la *civitas* para poner límite a las construcciones desordenadas o abiertamente peligrosas, así como al empleo de materiales de baja calidad que diesen lugar a desprendimientos, derrumbes y a los temidos incendios. Estos intentos de ordenar la ciudad se remontan a los mismos inicios de la época republicana e incluso al periodo anterior, cuando se prevé que amplios sectores de la población, en principio no ciudadana o con escasos recursos, deben ser albergados en el interior de la ciudad, pero en espacios muy distintos en su concepción, función o finalidad de las *domus* y las *villae* propias de una Roma protourbana o agraria, respectivamente, y en todo caso reservadas a los sectores más pudientes de la *Urbs*. Así se aventura una primera división del recinto ciudadano en una zona ordenada y planificada “religiosa y civil, y otra a modo de arrabal en la que se agrupan los pobladores foráneos o sin medios propios<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Vitr. 2.8.17. Esta prescripción se mantendría en vigor en época imperial, Plin., *Nat. His.* 35.173. Al respecto, F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. pp. 35-37.

<sup>9</sup> Ya N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, prólogo de C. García Gual, 7.<sup>a</sup> ed. (Madrid 2001) pp. 127 ss.

Parece darse pues desde el principio una dualidad entre la Roma oficial y ordenada, y la que crece sin control y con escaso planeamiento, en la que la *lex de Aventino publicando*, del 456 a.C., habría consagrado el derecho de los ciudadanos a construir viviendas sobre un terreno previamente asignado conforme a una mínima normatividad<sup>10</sup>. Pero estas primeras medidas no fueron suficientes, ya que la necesidad de dar cobijo a un creciente número de personas en las inmediaciones del recinto urbano, fuera del *pomoerium* hasta tiempos de Claudio, la irrupción del nuevo modelo arquitectónico de edificación en varias plantas –que ya conoció Grecia– y el afán de los inversores por obtener el máximo beneficio de sus inmuebles llevarían a la proliferación gradual de edificios en altura por toda la ciudad, especialmente desde mediados del periodo republicano<sup>11</sup>. En muchas ocasiones, según muestran las fuentes de todo tipo, se asumía un riesgo evidente al elevarse todo lo posible la altura de las edificaciones para ampliar su capacidad y al reducirse gravemente la calidad constructiva, al mismo tiempo que los espacios habitables en el interior de las fincas se concretaban en pequeñas habitaciones o cenáculos dentro de cada planta<sup>12</sup>. Los

---

<sup>10</sup> Dion. Hal. 10.31.2-3; 10.32.2. Sobre el contenido de esta norma temprana, F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. pp. 13-18.

<sup>11</sup> Dion. Hal. 10.32.5. Surge entonces el problema de la posibilidad de una *communio pro diviso* entre los tenedores de las distintas plantas, siempre que éstas tuvieran un acceso exterior, lo que queda al margen de nuestro objeto de estudio en estos momentos, al respecto vide F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. pp. 19-27.

<sup>12</sup> Sobre las frecuentes prácticas especulativas en la construcción urbana en Roma, vide M. RONIN, *Demolitions, collapses and the control of the housing market in Rome*, en S.J. BAKER et al., *From concept to monument: time and costs of construction in the ancient world* (Oxford 2023) pp. 80-97.



problemas provienen de la habitual desproporción entre el área del edificio y su altura, lo que los hacía inestables por definición, a lo que se añadía en muchas ocasiones la mala voluntad del constructor, que buscaba el máximo beneficio con la mínima inversión, lo que se aplicaba especialmente a las edificaciones destinadas a las clases populares<sup>13</sup>. Procchi identifica tres factores que llevan a los inversores a buscar el ahorro en las construcciones, a costa de la solidez y durabilidad de los edificios: el primero es obviamente la voluntad de obtener el máximo beneficio; el segundo es la extensión del modelo superficiario, en el que el *dominus soli* queda al margen y las obras se realizan con cierta provisionalidad, al margen de una vocación de perpetuidad; y el tercero es la voluntad del constructor con quien el superficiario arrienda la obra, *suis impensis*, de invertir lo mínimo posible y ampliar así al máximo su margen de beneficios<sup>14</sup>.

Como venimos subrayando, estas premisas de orden histórico y sociológico son, desde nuestro punto de vista, elementos poderosos para la interpretación de los textos jurídicos que recogen los problemas derivados de las propias construcciones, que se pueden traducir en consecuencias patrimoniales o personales de distinta gravedad. Más adelante veremos que, en la producción de estos efectos, no necesariamente está presente la intencionalidad y sí a menudo la negligencia con diferente grado de intensidad, si bien en ocasiones las consecuencias a las que nos referimos pueden

---

<sup>13</sup> F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. p. 59, n. 237.

<sup>14</sup> ID., *Ibid.* p. 184.

deberse a razones alejadas completamente de la intervención directa de los constructores, dueños o habitantes de las *insulae*. Por otra parte y más allá de los casos concretos, no todos los tipos de incidentes dañosos vinculados a las edificaciones tienen efectos equivalentes, pues, dada la configuración urbana de Roma y la combustibilidad de los materiales empleados en la construcción de las *insulae*, las consecuencias catastróficas de los incendios son más graves –por su mayor incidencia y extensión– que las de un desprendimiento puntual que afectase a un edificio concreto o a algún elemento exterior del inmueble<sup>15</sup>.

En estas líneas todavía iniciales, podemos adelantar que la criminalización de determinadas conductas, por ejemplo los incendios provocados intencionada y deliberadamente, tiene su base en lo devastador del fuego frente a otras situaciones de peligro, lo que muestra, de nuevo, el papel del Derecho criminal como último bastión de la sociedad ante actos gravemente lesivos contra el bien común. En el caso de los incendios, además, veremos que no sólo se tipifican como crímenes determinadas actuaciones en sí, sino que se disponen medios humanos singulares para su prevención y represión. En definitiva, en el presente trabajo se atenderá a los

---

<sup>15</sup> Aunque conocida, resulta también obligada la referencia a la estructura edilicia dedicada a la prevención y extinción de incendios en Roma, vide p. ej. O. F. ROBINSON, *Fire prevention at Rome*, en *RIDA*. 24 (1977) pp. 377-388. En cuanto a la normatividad contraincendios, vide L. MINIERI, *Normativi antincendio in diritto romano tardo classico e postclassico*, en *Ius Antiquum I* (2004) pp. 83-90. También en Derecho en ID., *Exurere adurere incendere. Studi sul procurato incendio in diritto romano* (Napoli 2012) pp. 17-32.

problemas jurídicos derivados de las incidencias más habituales en relación con los edificios de varias plantas o *insulae*, especialmente a los que tienen consecuencias penales o criminales. Este conjunto de problemas se analizará desde la óptica jurisprudencial romana, dejando para más adelante su eco en el Derecho de factura netamente imperial, en el que también se refleja esta problemática inherente a determinadas formas habitar en el entorno urbano de la antigua Roma y de las ciudades levantadas sobre el mismo modelo.

## 2. Nota mínima sobre la responsabilidad objetiva *in factum* y el problema de las *insulae damnosae*

A la hora de abordar cuestiones de responsabilidad vinculadas a las edificaciones urbanas, deben mencionarse primero —aunque sea someramente— los episodios de responsabilidad objetiva cubiertos por las acciones *de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*<sup>16</sup>. Estas acciones pretorias están, como sabemos, destinadas a garantizar la circulación segura de los usuarios de las vías públicas frente a vertidos de líquidos o caídas de elementos sólidos provenientes de un edificio o, en el caso de la segunda de estas *actiones*, a evitar la producción de un daño a causa de un elemento

---

<sup>16</sup> EP. §§ 61 y 62. Vide L. RODRÍGUEZ ENNES, *Los orígenes urbanísticos de los edictos “de effusis vel deiectis” y “de positis vel suspensis”*, en RGDR. 35 (2020) pp. 1-17, donde se recogen las conclusiones principales de otras publicaciones sobre este tópico del mismo autor y abundante bibliografía. Muy recientemente, en atención a los casos de responsabilidad solidaria entre los habitantes de un mismo inmueble, vide M. VINCI, *Argomentazioni giuridiche ed elementi architettonici: la limitazione della responsabilità solidale nella lettura ulpiana dell’actio de effusis vel deiectis*, en *Specula Iuris* 3-2 (2023) pp. 23-49.

fijado o colgado de la fachada de una finca<sup>17</sup>. En cualquier caso, la existencia de ambas vías procesales está relacionada con lo abigarrado e inseguro del tránsito en la *Urbs*, ante la estrechez de sus calles y lo desordenado de su configuración. Son acciones *in factum*, sobradamente conocidas y dignas de atención por sí solas, pues suponen un primer elemento de defensa público-privada de la seguridad viaria frente a incidencias en principio menores, si bien la *actio de positis vel suspensis* tiene dos características acreditadas que apuntan a que existe un interés colectivo muy definido en su concepción: primero, que la legitimación para su ejercicio está abierta a cualquier ciudadano y, segundo, que para poner en marcha esta acción que conduce a una pena fija y elevada, seguramente 50.000 sesteracios, no es necesario un resultado lesivo previo, sino solamente que exista el riesgo cierto de que éste pueda verificarse; la *actio de positis vel suspensis* tiene por tanto legitimación abierta o popular y una función preventiva, no sólo restaurativa, mientras que la legitimación popular – con preferencia para los familiares del perjudicado – estaba configurada por el edicto *de effusis vel deiectis* para el caso en que efectivamente se hubiera producido la muerte o la lesión de una persona libre, en el primer caso con una condena de 50.000 sesteracios y en el segundo *in bonum et aequum*, quedando la acción *in duplum* para resarcir los daños materiales<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> D. 9,3,1,1-2 (*Ulp. 23 ad ed.*)

<sup>18</sup> D. 9,3,1 pr. (*Ulp. 23 ad ed.*). Sobre la diferencia entre un edicto y otro, L. RODRÍGUEZ ENNES, *Los orígenes urbanísticos* cit. p. 8.

En relación con estas dos acciones pretorias, que no son el objeto directo de este estudio pero que se deben al menos mencionar, se impone un modelo de responsabilidad a menudo identificado como objetivo, al desligarse la responsabilidad del elemento intencional. Ello puede interpretarse como la respuesta ante la indeterminación o indeterminabilidad del responsable del perjuicio ocasionado en cada caso concreto, lo que no implica que el perjudicado deba soportar un perjuicio injustamente sufrido por no haberse identificado en concreto al autor del daño, caso en el que podría acudir a la *actio legis Aquiliae*. Se impone así un especial deber de cuidado a determinadas personas que, por el hecho de habitar un inmueble concreto, quedan obligados a hacer frente a las consecuencias patrimoniales de este tipo de incidencias. Al fin y al cabo, si atendemos a la probabilidad, los habitantes de un edificio serán en muchos casos causantes del daño o de la situación de peligro, dolosa o culposamente, quedando al margen de la subjetividad una serie de casos en los que no se excluye la responsabilidad en beneficio del perjudicado, que realiza una actividad tan ordinaria como transitar por la vía pública, y de la seguridad de ese mismo tránsito. Se considera pues solamente el resultado dañoso, en acto e incluso en potencia, en la medida en que hay ciertas actividades vinculadas a la existencia misma de edificaciones en los márgenes de las vías transitables cuya calificación descansa en el riesgo inherente a este tipo de bienes, sobre los que se establece un deber de especial mantenimiento y atención<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Al respecto, vide R. ZIMMERMANN, *Effusum vel deictum*, in *Festschrift für*

Los problemas que trataremos a continuación serán más onerosos, en términos generales, que los previstos en las acciones que acabamos de mencionar: un derrumbe o un desprendimiento provocaban y aun hoy provocan un daño, incluso en cadena, que suele ser grave para quienes habitan la finca y para los demás. De ahí la importancia de las medidas preventivas o cautelares en este ámbito, ante un daño que no se ha producido todavía pero que resulta probable a la vista de un *vitium*, una vez examinada la situación por la autoridad jurisdiccional (*causa cognita*)<sup>20</sup>. Procede plantearse en estos casos la existencia de un interés público en la preservación del parque urbano, en la medida en que puede verse afectado por incidencias como las que se acaban de enumerar. Téngase presente que las edificaciones urbanas son parte de un conjunto, la ciudad, en el que un gran número de personas comparte un espacio reducido donde las construcciones, a pesar de su carácter insular o diferenciado, están situadas en espacios a menudo saturados de elementos similares. Las *insulae* son *damnosae* o pueden serlo si no reciben el cuidado necesario, de ahí que los perjuicios derivados de las mismas puedan calificarse como recurrentes; sin embargo, la expresión *insulae damnosae* no se contempla en las fuentes, que sí recogen otras configuraciones de este sustantivo junto a un adjetivo concreto, tomando el sintagma un sentido

---

Hermann Lange zum 70. Geburtstag (Stuttgart-Berlin-Köln 1992) pp. 301-330.

<sup>20</sup> F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el Derecho romano clásico*, en *AHDE*. 45 (1975) p. 11, identifica tres clases de *vitia*: *vitium aedium*, *vitium loci* y *vitium operis quod fit*, dando pie los dos primeros a una *missio in possessionem* si no se presta la caución preventiva y el tercero a una *operis novi nuntiatio*.

técnico muy específico, como cuando se hace referencia a la *insula hereditaria*<sup>21</sup>.

Como veremos a continuación, las fuentes jurisprudenciales reflejan una frecuente fenomenología vinculada a la amenaza de daño futuro en relación con las *insulae*, lo que puede dar lugar a la necesidad de una *cautio damni infecti* con finalidad preventiva que supondría una evolución sobre el modelo anterior de la *pignoris capio* sobre la construcción potencialmente dañosa<sup>22</sup>. Los textos recogidos en el Digesto, situados cronológicamente entre Pomponio y Ulpiano, plantean una gran variedad de problemas, por ejemplo en relación con quien puede recibir la ventaja de una estipulación de este tipo y ver cubierto así el riesgo futuro:

D. 39,2,39,2 (Pomp. 21 ad Sab.) *Damni infecti stipulatio latius patet. Et ideo et ei, qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus et soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.*

---

<sup>21</sup> A esta acepción técnico-jurídica del término, de factura jurisprudencial, hemos dedicado un reciente estudio: B. PERIÑÁN, *Insulae hereditariae*, en *SCDR*. 38 (2025) (en prensa).

<sup>22</sup> F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. pp. 11 ss., sobre la base de Gai. 4,31 y D. 39,2,4,2. Según este autor, dicha acción habría tenido un remedo en el ámbito de la jurisdicción municipal.

La afirmación inicial de Pomponio anuncia la extensión de esta medida preventiva más allá del supuesto ordinario, en el que el propietario de la *insula* recibiría la citada garantía. En este sentido, entiende el jurista que la misma puede ser exigida en general por quienes se pudieran ver perjudicados por el daño futuro, entre ellos –la reflexión del jurista puede entenderse realizada a título de ejemplo– por quien tiene un derecho de superficie sobre el edificio (*qui superficiariam insulam habet*) y por el dueño del terreno en que se asienta la construcción, que ve peligrar el cobro de las rentas. Bajo esta construcción late, entendemos, la formulación implícita de una regla general como es propio de Pomponio, que identifica el derecho a exigir la citada estipulación de daño temido con el riesgo de perder un rendimiento vinculado a un derecho subjetivo.

Si seguimos el orden cronológico de los textos, el siguiente en analizar sería éste que debemos al jurista Sexto Cecilio Africano:

D. 39,2,44 pr. (*Afr. 9 quaest.*) *Cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres, noluit et priusquam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt: potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim. at si cum praetor ut promitteres decrevisset et te non promittente ire me in possessionem iussisset et prius, quam eo venissem, corruerunt, perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem damnum datum esset.*



El texto en cuestión es interesante por dos razones: en primer lugar porque muestra la mecánica del procedimiento cautelar y, en segundo término, porque señala las consecuencias de incumplirlo. El problema que plantea puede resumirse de este modo: quien podía requerir la caución de daño temido que, como hemos visto en el texto anterior, puede ser el dueño de una finca amenazada por otra o un superficiario, lo hace sin acudir al pretor y no obtiene la garantía, pero la finca sufre un derrumbe y se verifica el temido perjuicio patrimonial. Africano invoca la autoridad de Juliano, su maestro, para atender al caso y resuelve diciendo que el interesado en la caución que ha actuado al margen del procedimiento jurisdiccional, es decir, que no ha acudido al magistrado antes de requerir la promesa estipulatoria, tiene que soportar las consecuencias del derrumbe porque el daño se debió a su culpa al haber actuado por su cuenta y no haber requerido la intervención del pretor. En cambio, si se hubiera actuado bajo el amparo jurisdiccional y se hubiera reclamado dicha promesa por la vía oficial, pero ésta no llegó a prestarse ni siquiera so pena de una *missio in possessionem*, las consecuencias del derrumbe serían las mismas tanto si hubiera llevado a cabo el embargo del bien como si todavía no se hubiera entrado en posesión de la finca dañosa. En suma, quien desea obtener una *cautio damni infecti* ha de acudir al procedimiento jurisdiccional previsto en el edicto, que fuerza que se prometa la indemnización del daño futuro bajo la amenaza de embargo. Si en cambio se hace privadamente y la promesa no llega a prestarse, pero el riesgo que se teme se hace realidad, el perjudicado debe asumirlo por haber obviado el procedimiento.

El resto de los textos que veremos en este epígrafe corresponden a Ulpiano y, como los anteriores, se encuadran en el título segundo del libro 39 del Digesto, *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*. Al tratarse además de cuatro textos provenientes del libro 53 de los comentarios al edicto y no poderse establecer entre ellos una prioridad temporal, serán comentados en el orden compilatorio.

El primero de los textos ulpianos hace referencia a la amenaza de daño proveniente de la edificación, con la particularidad –que no debía ser infrecuente– de que el dueño del suelo no dispone de la construcción al ser ésta objeto de un derecho de superficie y tener otro titular. ¿Debe prestar garantía por el daño temido el *superficiarius*?

D. 39,2,9,4 (Ulp. 53 ad ed.) *Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti an satisfacere debeat. et Iulianus scribit, quotiens superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisfacere: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum.*

Ulpiano responde afirmativamente y hace referencia a la opinión de Juliano, quien entiende que si la *insula* en cuestión tiene un defecto, la garantía por el conjunto formado por el suelo y la edificación la pueden prestar tanto el dueño como el superficiario y

que, si ninguno de los dos la ofrece, el vecino que la reclama será puesto en posesión de la finca. Por otra parte, la doctrina entiende de forma mayoritaria que si quien presta la garantía es el propietario basta con la promesa simple o *repromissio*, mientras que si la ofrece el superficiario debe prestarse una promesa garantizada con fiadores o *satisdatio*, lo que podría entenderse sobre la base de la menor estabilidad del derecho real de superficie frente al más sólido derecho de propiedad<sup>23</sup>. En cualquier caso, como vemos, el interés prioritario es de quien teme el daño, no el de quien tiene un derecho real u otro sobre el bien.

¿Puede entenderse que además late aquí un interés público por evitar el derrumbe que pasa por encima de la sutil diferencia entre *dominus soli* y *superficiarius*? No en vano, el problema del reparto de responsabilidades entre uno y otro pasa a segundo plano cuando se trata de proteger la estabilidad de una *insula*, quizá no sólo en atención a los intereses de un vecino determinado que podrá tomar las medidas pertinentes en aras de la seguridad una vez esté en posesión del edificio, sino también en interés general.

En esa misma idea de preservar la integridad de un entorno amplio como es la ciudad, además de la finca sobre la que se teme el daño, se pregunta el jurista si el embargo debe afectar solamente a la *insula vitiosa* o debe extenderse también a la *domus* adyacente.

---

<sup>23</sup> F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 24.

D. 39,2,15,14 (Ulp. 53 ad ed.) *Item quid dicemus, si insula adiacens domui vitium faciat, utrum in insulae possessionem an vero in totius domus possessionem mittendum sit? Et magis est, ut non in domus possessionem, sed in insulae mittatur.*

El parecer de Ulpiano en este punto no es extensivo, pues entiende que la *missio in possessionem* que se dirige a preservar la integridad de un bien y, eventualmente, también la seguridad, debe restringirse al bien afectado por el *vitium* del que proviene la amenaza de daño futuro, es decir, a la *insula* y no a la *domus* inmediata.

Pero, ¿la persona que ha sido puesta en posesión de un edificio peligroso –*missus ex primo decreto*– tiene el deber de apuntalar la finca y hacer reparaciones? La pregunta es muy oportuna si queremos valorar el nivel de interés público de la *missio in possessionem*.

D. 39,2,15,30 (Ulp. 53 ad ed.) *Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo eius, qui pignori accepit. Sed alio iure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.*

El fragmento de Ulpiano muestra la diferencia de criterio entre una parte de los juristas que son favorables – *sunt qui putent* – a la imposición de este deber a quien se faculta para tomar posesión de un bien embargado, como se impondría a un acreedor pignoraticio, y quienes, como el mismo Ulpiano, no abrazan esta opinión. La opinión del jurista de Tiro pasa por negar la analogía del *missus in possessionem* con quien recibe una cosa en prenda y debe conservarla para devolverla una vez extinguida la obligación garantizada, pudiendo repercutir los gastos necesarios hechos en la cosa en el deudor pignorante. Para este jurista, la *missio in possessionem* es una medida acordada por el magistrado para sancionar a quien no ha prestado voluntariamente la caución, por lo que –creemos entender– no procede imponer a su beneficiario deber alguno de conservación, lo que no impide –entendemos– que se llevasen a cabo apuntalamientos o reparaciones en el edificio a costa, eso sí, del titular de la edificación, ya fuera el dueño o, como hemos visto en textos anteriores, un superficiario. El interés público al que antes se hacía referencia queda pues en manos del beneficiario del embargo que, según Ulpiano, no incumple deber alguno si no se ocupa del mantenimiento del edificio.

El último texto que trataremos en este apartado, donde analizamos solamente los que hacen referencia a las *insulae* que hemos dado en llamar *damnosae* con la vista puesta en el interés público que late en el fondo del régimen cautelar de factura jurisprudencial, trata el problema del alcance de la cobertura de la garantía prestada mediante la caución de daño temido. En este

orden de cosas, la duda que Ulpiano trata de esclarecer es si quien dio esta garantía es responsable ante una riada que se lleva por delante el edificio y causa daños a su paso, en lo que sería un supuesto de fuerza mayor si empleásemos un tecnicismo propio del derecho de obligaciones.

*D. 39,2,24,5 (Ulp. 81 ad ed.) Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulatoris aedificia ceciderint, nihil eum ex stipulatu consecuturum, quia id nec operis nec loci vitio factum est. si autem aqua vitiet fundamenta et sic aedificium ruisset, committi stipulationem ait: multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit. et ita Labeo probat: etenim multum interesse, quod ad Aquiliam pertinet, sanum quis hominem occidat an vero factum inbecillioem.*

El ejemplo que el jurista pone a la cabeza de su razonamiento es el efecto devastador del agua que arrasa una edificación, lo que podría aplicarse por analogía a otros supuestos de catástrofes naturales. En estos casos, entiende Ulpiano evocando a Servio, no se puede exigir nada al promitente de la *cautio*, pues no había ningún defecto previo ni en la edificación ni el suelo, *quia id nec operis nec loci vitio factum est*. Sensus contrario, si antes de la riada hubiera defectos constructivos o en los cimientos, sí cabría exigir responsabilidad en el ámbito de la estipulación aun en un supuesto de violencia natural irresistible, al entenderse que dichos defectos son imputables al promitente y han debilitado el edificio haciéndolo

menos resistente al embate de la riada. Tampoco excluye el jurista la responsabilidad derivada de los daños por agua si éstos se hubiesen producido gradualmente y no por una avenida violenta, pues deja ver que el deterioro de la finca por esta causa se podría haber evitado, lo que refuerza con un argumento labeoniano en relación con la ley Aquilia y, entendemos, con la graduación de la condena en atención al estado previo del esclavo fallecido a causa de un acto culposo por el que se ha sufrido una merma económica, diferente según si el *servus* gozaba de buena salud o estaba enfermo en el último año<sup>24</sup>.

El panorama que resulta del examen global de estos textos jurisprudenciales es que las *insulae* se ven frecuentemente involucradas en incidentes dañosos y que su titularidad, como dueño o como superficiario, permite exigir garantías cautelares (D. 39,2,39,2) y obliga a prestarlas (D. 39,2,9,4) bajo control jurisdiccional y de acuerdo con un procedimiento reglado, cuyo empleo no es opcional so pena de asumir el riesgo de quedar desprotegido (D. 39,2,44 pr.). En el conjunto de los textos ulpianos, aparece sin embargo poco definida aún la preferencia por el interés público que late de lejos en la preservación de la integridad de los edificios, en relación con el interés privado de quienes temen un daño futuro; así,

---

<sup>24</sup> Sobre la gradación de la condena *quo plurimum in eo anno fuit* tras el ejercicio exitoso de la *lex Aquilia*, vide A. TORRENT, *Ad legem Aquiliam I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa* (Madrid 2019) pp. 166 ss. En palabras de G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum* (Torino 1996) p. 43: “Il rapporto all’anno come termine entro cui valutare il maggior valore è stato invece esattamente spiegato con la necessità di tener conto delle variazioni stagionali del prezzo del bene distrutto.”

por ejemplo, el embargo que amenaza a quien debe prestar la caución ha de limitarse solo a la finca de la que proviene el peligro, pero no a las adyacentes (D. 39,2,15,14), y tampoco se exige a quien toma posesión de una finca embargada que haga obras de mantenimiento o reparación, aunque pudiera hacerlas (D. 39,2,15,30). Por otra parte, se establecen dos condiciones para que los daños provocados por una fuerza natural irresistible, como una riada, queden al margen de la garantía prestada: que la construcción y el suelo no tuvieran defectos previos al advenimiento de dicha catástrofe, y que los daños en la edificación, por agua en el caso tratado, no sean anteriores y graduales porque en tal supuesto hay obligación de responder ante la falta de mantenimiento.

### 3. *Insulae igniferae*

Pero pasemos al más grave de los problemas, que es el de los incendios, cuya relevancia lleva a que tuvieran un tratamiento jurídico no meramente preventivo y privado, sino represivo y público, para adentrarse en el terreno de lo puramente criminal, pasando por una serie de medidas sancionadoras de orden administrativo. Las *insulae* no solo pueden ser *damnosae*, sino también *igniferae*, en la medida en que los materiales utilizados en su construcción incluían a menudo componentes altamente inflamables, especialmente la madera empleada en vigas y paramentos u otros de origen vegetal. En cuanto a la evolución de estos materiales, debe recalcarse en términos positivos que, desde el s. III a.C., el *opus caementicium* se venía empleando como solución



preferente frente al *opus latericium*, sobre todo por la poca estabilidad constructiva de los ladrillos en los edificios de varias plantas, siendo la piedra y el cemento más apropiados en estos casos<sup>25</sup>. Aún así, el barro se seguiría utilizando como elemento estructural o para los revestimientos externos y las estructuras de las edificaciones eran fundamentalmente de madera<sup>26</sup>.

En cuanto al análisis de los textos jurisprudenciales, es conveniente ir de los supuestos más leves, donde todavía es posible la prevención y en los que el asunto queda como un simple conflicto entre vecinos, a los supuestos más graves en los que la respuesta rebasa con mucho al ámbito privado. Dejamos pues a un lado en este punto nuestro habitual criterio cronológico en el análisis textual, aunque en sede de conclusiones deberá valorarse dicha circunstancia.

La construcción de *insulae*, en el escaso espacio urbano disponible, da lugar a problemas de vecindad entre propietarios de distintas fincas, especialmente cuando las mismas no están gravadas por derechos de servidumbre. Conviene recordar con Pomponio que las servidumbres entre edificaciones sólo las puede asumir a favor o en contra quien es dueño y no es título suficiente para ello haberlo sido en el pasado.

---

<sup>25</sup> Sobre los distintos tipos de ladrillos empleados en las construcciones urbanas, vide F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. p. 35.

<sup>26</sup> ID., *Ibid.* pp. 38-40.

D. 8,4,8 (Pomp. 8 ad Sab.) *Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat, quia alienis quidem aedibus nec imponi nec adquiri servitus potest. Sed ante traditionem peractam suis magis acquirit vel imponit is qui tradit ideoque valebit servitus.*

El texto describe el caso de quien tiene dos *insulae* y las enajena, pero pretende imponer servidumbres entre ellas con posteridad a este acto. El jurista, con su habitual claridad y sentido expositivo, concluye que sólo es posible la imposición o adquisición de servidumbres para fincas propias y sólo hasta el momento en que se es dueño.

El problema se acrecienta cuando la *inmissio* incrementa el riesgo de incendio, como se verá a continuación. Es el caso, trasladado por Próculo, de un individuo llamado Hiberno, que había instalado junto a su *insula* unos baños dotados con tuberías calientes dispuestas sobre la pared que hacía de medianera con un edificio ajeno, en concreto con unos almacenes (*horrea*) cuyo dueño pide al jurista que actúe como mediador para que cese la molestia provocada por dicho equipamiento.

D. 8,2,13 pr. (*Proc. 2 epist.*) *Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem: non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum per parietem communem: de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hiberno loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo.*

Dejando a un lado el papel requerido al jurista, que va más allá del simple *respondere* y le llevaría a intermediar ante Hiberno ante la consumación de una actividad que podría ser ilícita y era a todas luces peligrosa, a Próculo le parece evidente que quien ejecuta la obra es consciente de que no puede instalar unas tuberías que abrasan la pared común, dejando a un lado –ante lo arriesgado de la situación creada– el hecho menos gravoso de que se haya adherido una nueva estructura a la medianera original, aunque esto también pudiera suponer una alteración del muro compartido. El texto no va a más allá, pero hay que entender que quien construye sobre la pared indivisa con el propietario de una finca ajena, cargando más peso sobre la misma y haciéndola peligrar, y le adosa además un equipamiento molesto, dañoso o potencialmente comprometido debe atenerse a las consecuencias. Podría incluso dudarse de si, por razones de seguridad y sentido común, este tipo de instalaciones de conducción de agua caliente rebasaría lo tolerable aún existiendo una servidumbre, pues a través de estos

*tubulos admotos ad parietem communem* destinados a conducir agua a elevada temperatura *flamma torretur paries*, de modo que se pone en peligro la integridad de la construcción directamente afectada y la de otras que pudieran verse dañadas por el fuego.

El riesgo de incendio es evidente y desplaza el simple problema entre vecinos, pues no se habría requerido al jurista para que interviniese como intermediario con cierta urgencia, haciendo uso de su reconocida *auctoritas*, si el problema se hubiera limitado simplemente a la realización de una obra en la pared común, como es el apoyo de una pared correspondiente a un edificio de nueva factura. El sistema de calentamiento del agua de las tuberías, como es sabido, proviene de la aplicación de las llamas sobre las conducciones, directamente, lo que unido a la naturaleza de los materiales de construcción a la que ya se ha hecho referencia, es una actividad que va más allá de una simple *inmissio*. Dicho de otro modo, el hecho de que la pared común fuera abrasada por las tuberías de agua caliente situadas sobre la misma lleva a que se tome una medida extraordinaria en atención al riesgo evidente: requerir la intervención de un jurista de la importancia de Próculo para que quien hizo la obra potencialmente ignífera rectifique cuanto antes su actuación.

Que la mera tenencia de fincas urbanas se considera una actividad objetivamente peligrosa puede comprobarse a través de textos como el que siguen. En este fragmento de Ulpiano se plantea el caso de un menor que recibe una herencia y ésta se pierde de

modo sorpresivo (*subito*) a consecuencia de una fatalidad, como un terremoto que afecta a los predios, un incendio que acaba con los edificios por plantas (*insulae*) o por la fuga o la muerte de los esclavos. Se plantea entonces por el jurista una duda: ¿procede la *restitutio in integrum ob aetatem* en atención a la falta de experiencia del *minor* que debió haber rechazado una herencia tan volátil? Naturalmente, el problema que subyace está –entendemos– en que las deudas de la herencia, que también recibió el heredero, seguirán siendo exigibles aunque hayan perecido los activos de la misma y el heredero deberá hacerles frente con sus propios medios.

D. 4,4,11,5 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Si locupletis heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Iulianus quidem libro quadragesimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Iulianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.*

Ante esta cuestión, Ulpiano plantea distintas opiniones de otros juristas para expresar la propia al final: Juliano es partidario de acceder a la *restitutio* y, por tanto, de que la aceptación de la herencia quede sin efecto; sin embargo, Marcelo se manifiesta en sentido contrario al entender que las catástrofes a las que se ha hecho referencia (terremotos, incendios, huidas o fallecimientos) no tienen nada que ver con la edad del heredero, su inexperiencia o su falta de diligencia y sí con lo inestable del patrimonio recibido, pues *cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere*. La opinión de Ulpiano es, a pesar de este contundente argumento de Marcelo, más cercana a la de Salvio Juliano, si bien introduce un matiz clave: procede la restitución si al hecho de aceptar una herencia en la que había *multae (res) mortales* y *(multae) praedia urbana*, se añade una gran cantidad de deudas (*aes autem alienum grave*) de las que el heredero tendría que responder con bienes presentes o futuros, pero distintos de los obtenidos de la herencia si éstos perecieran. El jurista de Tiro entiende, en definitiva, que la inexperiencia del heredero sí le impide prever la volatilidad de sus activos patrimoniales y el alto riesgo que asume al recibir también un pasivo notable, por lo que tendría que deshacerse cuanto antes de las *res mortales*, entre otras las *insulae*, asegurando así su conversión en dinero mediante el traspaso a manos más expertas del riesgo de su tenencia.

Por lo que ahora interesa, este fragmento jurisprudencial muestra lo inestable de las fincas urbanas que se elevan en distintas plantas, las *insulae*, frente a la titularidad de otros bienes más seguros, como el dinero sin ir más lejos. A ojos de Ulpiano, cuando se trata de un *minor* es preferible que cuente con un patrimonio en metálico a que disponga de edificios urbanos. Su incendio se equipara a otros acontecimientos inevitables, como los terremotos, la fuga de esclavos o la muerte de éstos (*puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt*). Es decir, un incendio urbano es temido como devastador y sus consecuencias equivalen como regla general a la destrucción total del edificio afectado y a su perecimiento como activo patrimonial. No en vano, en el texto los predios urbanos se equiparan a las *res mortales*, entendidas como cosas que se destruyen con facilidad y no están destinadas a perdurar. Al final del fragmento vuelve a repetirse la misma idea: las fincas urbanas se identifican entre las que *multis casibus obnoxia sunt*, es decir, forman parte de un conjunto de cosas que sufren, en muchos casos, la exposición al peligro.

Una vez analizado el riesgo de incendio entre fincas colindantes y la consideración que tienen las *insulae* como cosas perecederas, *res mortales*, debemos entrar en el terreno de los incendios provocados. En sede de delito de daños, también Ulpiano aclara el alcance de la *actio legis Aquiliae* como consecuencia de un incendio doloso, que se extiende a otras fincas y afecta a bienes de varias personas, en un texto tan sintético como claro:

D. 9,2,27,8 (Ulp. 18 ad ed.) *Si quis insulam voluerit meam exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino: non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.*

El régimen expuesto por el jurista severiano puede resumirse diciendo que dicha acción procede a favor de quien sufre el incendio provocado de una edificación propia, pero también se extiende la legitimación activa a favor del propietario de la *insula* contigua que se quema por la extensión del fuego inicial; asimismo, los inquilinos pueden ejercer dicha acción por el valor de sus pertenencias perdidas, lo que debe entenderse en relación al edificio quemado intencionadamente y al que ha perecido por el fuego sin intención expresa del incendiario. En este sentido, es evidente la responsabilidad del incendiario que causa un daño dolosamente y también si actuó con culpa o, como cabría decirse desde el Derecho penal moderno, mediante dolo eventual. A los efectos que ahora interesan, debe destacarse que esta extensión de la legitimación activa para el ejercicio de la *actio legis Aquiliae* a favor del dueño de la finca vecina tiene –además de una base experiencial fundada en el descontrol que sigue a un incendio y más si atendemos a la inflamabilidad de los materiales de construcción empleados en la antigua Roma– una finalidad disuasoria para quien provocase el fuego, pues el gran número de posibles actores procesales supondría un serio revés patrimonial para el incendiario<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Este texto tiene un precedente casi idéntico en *Coll. XII,7,3 (Ulp. 18 ad ed.)*, sobre las diferencias entre uno y otro, vide P. ZILIOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum* (Padova 2000) pp. 164 ss.



Sin salir del ámbito de los incendios provocados o causados culposamente, el mismo Ulpiano expone una opinión anterior de Próculo sobre el incendio en un inmueble agrícola, una *villa*, dada en arrendamiento. Así, si el fuego es causado por los esclavos de un colono, éste puede ser obligado a responder por dos vías que se excluyen entre sí: la *actio locati* o la *actio legis Aquiliae*, de manera que el dueño de los *servi* se pueda liberar de su responsabilidad entregado a los culpables en *nox*a en manos del dueño del inmueble afectado por la combustión.

D. 9,2,27,11 (Ulp. 18 ad ed.) *Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.*

La posibilidad de optar por una u otra acción, la contractual o la penal, se restringe sin embargo al caso en que el colono no fuera responsable en alguna medida de la actuación de los esclavos, pues si éstos fueran peligrosos (*noxios*), se excluye el ejercicio de la *actio locati* para quedar solamente disponible la acción penal. Nótese que, en el caso de que la tenencia de dichos esclavos fuese especialmente arriesgada, se entiende que el colono tiene ya un cierto grado de actitud dolosa o al menos negligente y procede entonces imponerle

una responsabilidad directa por el *damnum* causado, al haber albergado a dichos *servi* en las fincas alquiladas. Esta solución, entiende Prócuro que se ha de aplicar analógicamente ante el incendio provocado por los esclavos de un inquilino, habitante de una *insula*, trasladando una solución concebida para el ámbito rural al ámbito urbano. Ulpiano recoge favorablemente la opinión expuesta: *quae sententia habet rationem*<sup>28</sup>.

La preocupación de las autoridades —ya las imperiales— por los incendios incluye, por otra parte, una serie de medidas preventivas, entre las que sobresale la disposición de brigadas de extinción y de un *praefectus vigilum* con atribuciones jurisdiccionales, que habrían sustituido a los antiguos *triumviri* republicanos, encargados de velar por la extinción del fuego y la actuación ante otras catástrofes<sup>29</sup>. En este orden de ideas, por efecto de un rescripto imperial de Severo y Antonino, se autorizaba al citado prefecto a castigar mediante azotes (*fustibus*) y latigazos (*flagellis*) a los *insularii* y otras personas que hubiesen causado un incendio por su

---

<sup>28</sup> La idea de que exista una *culpa in eligendo* imputable al dueño de los esclavos está también presente en D. 9,2,27,9 (*Ulp. 18 ad ed.*), que refleja el caso del esclavo hornero de un colono que se queda dormido y, con su descuido, provoca un incendio. En este supuesto, Ulpiano evoca una opinión de Neracio: [...] *Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit* [...]. Nótese que, en este caso, corresponde el ejercicio de la acción derivada del arrendamiento contra el colono, ya que el *servus* no era objetivamente peligroso como en el supuesto reflejado en D. 9,2,27,11, y no la acción de la ley Aquilia, que sí correspondería como *actio utilis* contra quien causa un incendio al haberse quedado dormido al cuidado de un horno cuando debía estar vigilante. Al respecto, F.M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. La responsabilità extra-contrattuale nel diritto romano; con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno II* (Bari 2002) p. 199.

<sup>29</sup> D. 1,15,1 y 3 pr. (*Paul. l.s. De off. Praef. Vig.*). Vide *supra* n. 15.

negligencia. Sin embargo, si el comportamiento punible fuera doloso, la competencia correspondería al *praefectus Urbi* y es de suponer que el castigo sería aún mayor. Puede verse, a raíz de este texto, el tránsito desde un régimen jurídico vinculado en principio a la *actio legis Aquiliae* hacia un régimen que podríamos identificar como administrativo-sancionador que diferenciaría a su vez y por su gravedad entre comportamientos culposos y dolosos, correspondiendo la represión de éstos a una autoridad de mayor rango y siendo su castigo más contundente<sup>30</sup>.

D. 1,15,4 pr. (Ulp. l.s. *De off. Praef. Urb.*) *Imperatores Severus et Antoninus Iunio Rufino praefecto vigilum ita rescripserunt: "insularios et eos, qui neglegenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis caedi iubere: eos autem, qui dolo fecisse incendium convincentur, ad Fabium Cilonem praefectum Urbi amicum nostrum remittes: fugitivos conquirere eosque dominis reddere debes."*

Este texto data, según Honoré, del año 215 d.C.<sup>31</sup>, lo que pondremos en relación con otro fragmento que veremos más adelante para determinar qué pena impondría el *praefectus Urbi* al incendiario. Más allá del distinto ámbito competencial señalado para el *praefectus vigilum* y su superior el *praefectus Urbi*, a quien se

---

<sup>30</sup> Según V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana* (Napoli 1998) p. 98, el *praefectus Urbi* tendría una competencia delegada del *princeps* relacionada con su actividad de policía, en la ciudad y en un radio de cien millas.

<sup>31</sup> T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of human rights*, 2. ed. (Oxford 2002) p. 199.

atribuye una función represiva general en época severiana<sup>32</sup>, y de la obligación impuesta al primero para perseguir a los esclavos huidos –entendemos que con ocasión de un incendio– y reintegrarlos a sus dueños, destaca en este texto la atribución preferente de responsabilidad por el acto sancionable a los encargados de la finca o *insularii*, a quienes se impone un especial deber de cuidado ante el fuego aunque cualquiera podría ser castigado por estos comportamientos. Por otra parte, entendemos que estas actuaciones sancionadoras no excluirían la exigencia de una responsabilidad meramente civil, imputable por negligencia o malicia tras la oportuna reclamación de parte.

Por ofrecer un panorama más completo, añadiremos a nuestro examen el caso de quien incendia su propia *insula*, gravada con un usufructo, voluntariamente. Como es de esperar, en este supuesto se excede el ejercicio ordinario de la acción de dolo, como muestra el siguiente texto de Paulo:

D. 4,3,18,2 (*Paul. 11 ad ed.*) *Si dominus proprietatis insulam, cuius usus fructus legatus erat, incenderit, non est de dolo actio, quoniam aliae ex hoc oriuntur actiones.*

---

<sup>32</sup> D. 1,12,1 (*Ulp. l. s.*): *Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit*. En torno a esta atribución competencial a favor de los prefectos y en detrimento del senado, vide D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del praefectus Urbi attraverso il liber singularis di Ulpiano*, en A. BURDESE (cur.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano* (Padova 1998) pp. 173-223. Vide también, más concretamente, M. SALAZAR REVUELTA, *Naturaleza jurídica de las competencias del praefectus urbi: evolución de la figura desde sus orígenes al Alto Imperio romano*, *Revista Digital de Derecho Administrativo* 30 (2023) pp. 163-198.

En el supuesto planteado, el titular de la nuda propiedad de una *insula* la incendia por su propia decisión, lo cual tendría dos tipos de consecuencias: las primeras de carácter administrativo-sancionador por el incendio doloso que, según hemos visto al analizar el texto de Ulpiano recogido en D. 1,15,4 pr., corresponde reprimir con dureza al *praefectus Urbi*; las segundas afectarían al titular del usufructo que ve destruido dolosamente el objeto de su derecho, con el nacimiento de acciones específicas derivadas de dicha titularidad. La existencia de estas acciones excluye el ejercicio de la *actio de dolo*, que muestra así su naturaleza subsidiaria en el texto paulino.

Terminamos este examen del efecto de la proliferación de incendios en Roma a partir de su inicio en edificios por plantas, con un texto concluyente que sitúa la respuesta al incendiario totalmente al margen de las acciones civiles –probablemente poco efectivas ante la enorme dimensión de las cantidades a indemnizar– e indica cuáles son las consecuencias, que hasta ahora no habían reflejado los textos anteriores referidos a los incendios provocados en las muy igníferas *insulae*:

D. 48,8,10 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur quasi incendiarius.*

La respuesta ante este acto doloso, de gran incidencia para el conjunto de la *Urbs*, es evidente y esperable en el marco de la *cognitio extra ordinem*: al incendiario se aplica la pena capital<sup>33</sup>. Por otra parte, este mismo texto de Ulpiano aparece recogido tal cual en la *Collatio*, lo que da idea de la vigencia del precepto más allá del periodo severiano<sup>34</sup>, y en el marco conceptual de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* desde la perspectiva compilatoria, que no coincide necesariamente con la literalidad de la ley silana<sup>35</sup>. ¿Es esta la pena que impondría el *praefectus Urbi* al incendiario doloso? Si tenemos en cuenta que el texto del mismo Ulpiano recogido en D. 1,15,4 pr. puede fecharse en el año 215 y este que ahora comentamos y recoge la pena capital como respuesta, es datado por Honoré en el periodo de gobierno exclusivo de Caracalla (211-217)<sup>36</sup>, podríamos afirmar con cierta seguridad que efectivamente el jurista se refiere a la pena de muerte cuando alude a la represión de los incendios dolosos por el prefecto urbano.

El régimen que hemos analizado puede resumirse del siguiente modo: el temor de un futuro incendio excede las previsiones del régimen de la *cautio damni infecti*, ante la gravedad y extensión del posible perjuicio, de ahí que trate de evitarse el

---

<sup>33</sup> En general, sobre los incendios provocados, L. MINIERI, *Exurere adurere incendere cit.*, que incluye un análisis diacrónico desde las XII Tablas hasta la legislación romano-bárbara.

<sup>34</sup> Coll. 12,7,1-3. Sobre la expresión *quasi incendiarius*, vide L. MINIERI, *Ibid.* pp. 79-101.

<sup>35</sup> ID., *Ibid.* pp. 95-99.

<sup>36</sup> T. HONORÉ, *Ulpian cit.* p. 176.

desastre mediante la intervención directa y urgente, cabría interpretar, de un jurista que actúa como mediador en el caso de la pared medianera abrasada por las tuberías del vecino (D. 8,2,13 pr.); las *insulae*, por su inestabilidad, se asimilan a *res mortales*, es decir, a bienes que perecen con facilidad, de ahí que la inexperiencia de un menor que accede a su propiedad por herencia lleve a que pueda beneficiarse de una *restitutio in integrum ob aetatem* que evite los efectos perjudiciales de su aceptación, especialmente si la herencia contiene también un pasivo al que habría que hacer frente con medios propios presentes o futuros en caso de perecimiento de los bienes hereditarios (D. 4,4,11,5); el inquilino de una *insula*, como el de una *villa*, ha de responder del incendio provocado por sus esclavos, pero de tratarse de *servi* abiertamente peligrosos debería responder a través de la acción de la ley Aquilia, por daños, y no mediante la acción del arrendamiento, posibilidad que estaría abierta si no se le pudiese imputar un riesgo consciente (D. 9,2,27,11).

El cambio radical, de acuerdo con las fuentes, se produce con la irrupción de un régimen sancionador muy estricto aplicable a los incendiarios en tiempos de los Severos, con penas corporales de grado menor y otras más graves –que no se determinan en este texto– aplicables por distintas autoridades de la ciudad, según el incendio se hubiera causado culposa o dolosamente, lo que no excluiría la responsabilidad patrimonial (D. 1,15,4 pr.); esta última idea también se extrae del análisis de un texto (D. 4,3,18,2), en que se impone a quien incendia una *insula* propia dada en usufructo, que

entendemos debe responder igualmente ante las autoridades de la ciudad, el deber de responder ante el usufructuario. Por último, la determinación definitiva de la respuesta ante el incendio doloso de una *insula*, no determinada por Ulpiano en D. 1,15,4 pr., es concretada por el mismo jurista en D. 48,8,10: como es esperable, dicha respuesta es que la pena capital podría aplicarse por el *praefectus Urbi*, al margen de una responsabilidad patrimonial que, si pudiese de verdad exigirse, sería difícilmente asumible dado lo cuantioso de los daños.

#### 4. ¿Por qué se criminalizan los incendios urbanos en Roma?

Tras el examen realizado de los textos jurisprudenciales que tratan de las que hemos llamado *insulae damnosae et igniferae*, cabe hacer algunas consideraciones conclusivas. Como hemos visto, la jurisprudencia percibe la diferencia que hay entre las distintas incidencias dañosas que pueden afectar a una *insula*, tratando de distinto modo los derrumbes y desprendimientos, por una parte, y los incendios, por otra. Si dejamos a un lado el vertido de líquidos o sólidos y la existencia de elementos fijados o suspendidos en el exterior de un edificio, que tienen un tratamiento cuasidelictual aunque las acciones que cubren unas incidencias y otras sean técnicamente distintas<sup>37</sup>, derrumbes y derrumbamientos quedan en un terreno más privado que público. No en vano, la *cautio damni*

---

<sup>37</sup> Una visión de conjunto sobre estas dos acciones y otras cuasidelictuales, puede verse en M. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid 1990)



*infecti* es el resultado de un procedimiento que inicia quien teme un daño futuro y lo pone en conocimiento de la autoridad jurisdiccional, que estima en cada caso –*causa cognita*– si procede forzar al dueño de la finca o a quien tiene algún otro derecho real sobre la misma para que preste, bajo amenaza de embargo, la garantía de una futura indemnización. De producirse efectivamente el daño, el perjudicado podría ser indemnizado tras el ejercicio de la *actio ex cautione*. Un problema añadido sería el de los escombros que resultan de los derrumbamientos, pues se plantea la cuestión de su titularidad y posible aprovechamiento privado<sup>38</sup>, si bien la proliferación de estos residuos trata de controlarse para evitar los inconvenientes derivados de los mismos<sup>39</sup>.

Sin embargo, el tratamiento de los incendios es del todo distinto, pues al no poderse prever expresamente salvo en el supuesto de que alguna instalación doméstica sea en sí peligrosa, no es posible poner en marcha el procedimiento jurisdiccional cautelar que llevaría a obtener una garantía de futura reparación económica. A ello se añade que los incendios son devastadores, por su propia naturaleza y por razones vinculadas al trazado urbano de Roma y al empleo de materiales inflamables en la construcción, especialmente

---

<sup>38</sup> R. DE CASTRO-CAMERO, *Los escombros abandonados en Roma. Análisis de la problemática jurídica relativa a su titularidad y eliminación*, en *SDHI*. 82 (2016) pp. 191-218.

<sup>39</sup> ID., *Medidas para prevenir la producción de escombros en Roma y sus municipios*, en *RChD*. 45-1 (2018) pp. 131-154, y C. JIMÉNEZ SALCEDO, *Perspectivas en torno al medioambiente urbano. Especial referencia a las ruinas de edificios, incendios, basuras, inmisiones, etc.*", en *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017) pp. 367-397

en lo que se refiere a los edificios de varias plantas. Por otra parte, los incendios no afectan a un solo vecino que pide una caución ante un daño temido, sino que pueden provocar graves destrozos sin solución a un número indeterminado de bienes y personas.

La primera respuesta ante ello es la *actio legis Aquiliae*, sobre cuyo alcance realiza la jurisprudencia distintas consideraciones, pero esto es obviamente insuficiente por lo que se hace necesario, primero, dotar a las autoridades públicas de medios jurídicos que les permitan castigar a los incendiarios de acuerdo con la gravedad de sus actos; y segundo, dar entrada al Derecho criminal en la represión de los incendios provocados. Hasta aquí, podría pensarse que los incendios urbanos se castigan de este modo para disuadir a quienes estuvieran tentados de provocarlos, o para advertir a quienes viven en las *insulae* de que tienen un especial deber de cuidado en relación con sus propios actos y también con los de las personas que están bajo su responsabilidad, como hemos visto al tratar de los esclavos. Sin embargo, cabría añadir algo más si atendemos a lo que un penalista moderno llamaría el “bien jurídico protegido” por este conjunto de previsiones normativas, siendo más duras las propias del Derecho imperial que aquellas de las que se hacen eco los juristas. En este sentido, entendemos conveniente fijar la atención, en primer lugar, en la composición de la ciudad, en la que no sólo hay edificios privados, sino también públicos e infraestructuras para el servicio de la *Urbs*. Aunque estos bienes tuvieran una mayor calidad constructiva y solidez arquitectónica, y

aunque estuvieran situados en zonas no residenciales de la ciudad, podrían ser pasto de las llamas ocasionadas en una de tantas *insulae*. En segundo lugar, *last but not least* como suele advertir el adagio anglosajón, la *Urbs* y la *civitas*, si nos referimos a la Roma metropolitana, son la misma cosa. Es decir, la *Urbs* es la materialización de la romanidad y, del mismo modo que hay toda una panoplia de medios jurídicos para proteger el propio sistema político romano, la criminalización de los incendios urbanos que ponen en riesgo la sede física y el símbolo de esa misma concepción del mundo puede explicarse, también, desde esta perspectiva<sup>40</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- A. BALLARD, *Nova Urbs e Neapolis, remarques sur les projets urbanistiques de Néron*, en *MEFR*. 77 (1965) pp. 349-393
- F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el Derecho romano clásico*, en *AHDE*. 45 (1975) pp. 7-122.
- R. DE CASTRO-CAMERO, *Los escombros abandonados en Roma. Análisis de la problemática jurídica relativa a su titularidad y eliminación*, en *SDHI*. 82 (2016) pp. 191-218.

---

<sup>40</sup> F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae* cit. p. XV: “[...] l’originaria idea di *Urbs* quale ‘microcosmo’ delimitato dalla cinta muraria e chiamato a rappresentare fisicamente lo ‘Stato’ si sarebbe, con il passare del tempo, progressivamente dilatata fino a coincidere con l’idea stessa di mondo civilizzato (*orbis*).”

- ID., *Medidas para prevenir la producción de escombros en Roma y sus municipios*, en *RChD*. 45-1 (2018) pp. 131-154.
- N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, prólogo de C. García Gual, 7.<sup>a</sup> ed. (Madrid 2001) pp. 127 ss.
- M. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid 1990)
- V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana* (Napoli 1998)
- M. GUERRERO LEBRÓN, *La reconstrucción urbanística de una Roma en ruinas tras el incendio del año 64: el proyecto de Nerón en Tácito Anales 15,43*, en *RIDA*. 64 (2017) pp. 131-155.
- T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of human rights*, 2. ed. (Oxford 2002)
- C. JIMÉNEZ SALCEDO, *Perspectivas en torno al medioambiente urbano. Especial referencia a las ruinas de edificios, incendios, basuras, inmisiones, etc.*", en *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017) pp. 367-397.
- D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del praefectus Urbi attraverso il liber singularis di Ulpiano*, en A. BURDESE (cur.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano* (Padova 1998) pp. 173-223.
- L. MINIERI, *Normativi antincendio in diritto romano tardo classico e postclassico*, en *Ius Antiquum* I (2004) pp. 83-90.
- L. MINIERI, *Exurere adurere incendere. Studi sul procurato incendio in diritto romano* (Napoli 2012)

- F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica. I. Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda repubblica ed alto impero* (Torino 2020)
- B. PERIÑÁN, *Insulae hereditariae*, en *SCDR*. 38 (2025) (en prensa)
- F.M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. La responsabilità extra-contrattuale nel diritto romano; con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno II* (Bari 2002)
- O. F. ROBINSON, *Fire prevention at Rome*, en *RIDA*. 24 (1977) pp. 377-388.
- L. RODRÍGUEZ ENNES, *Los orígenes urbanísticos de los edictos "de effusis vel deiectis" y "de positis vel suspensis"*, en *RGDR*. 35 (2020) pp. 1-17
- M. RONIN, *Demolitions, collapses and the control of the housing market in Rome*, en S.J. BAKER et al., *From concept to monument: time and costs of construction in the ancient world* (Oxford 2023) pp. 80-97.
- M. SALAZAR REVUELTA, *Problemas jurídico-urbanísticos derivados de las relaciones de copropiedad como consecuencia de la especulación inmobiliaria en Roma*, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Dir.)-G. GEREZ (Coord.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano II* (Madrid 2013) pp. 315-338
- M. SALAZAR REVUELTA *Naturaleza jurídica de las competencias del praefectus urbi: evolución de la figura desde sus orígenes al Alto Imperio romano*, *Revista Digital de Derecho Administrativo* 30 (2023) pp. 163-198.
- S. STRAUMANN-P.A. SCHWARZ (eds.), *Insulae in Context. Proceedings of the International Colloquium in Basel*

and Augusta Raurica, September 25th – 28th 2019 (Augusta Raurica 2023)

- A. TORRENT, *Ad legem Aquiliam I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa* (Madrid 2019)
- G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum* (Torino 1996)
- M. VINCI, *Argomentazioni giuridiche ed elementi architettonici: la limitazione della responsabilità solidale nella lettura ulpiana dell'actio de effusis vel deiectionis*, en *Specula Iuris* 3-2 (2023) pp. 23-49.
- A. WALLACE-HADRILL, *Case e abitanti a Roma*, en E. LO CASCIO (ed.), *Roma imperiale. Una metropoli antica* (Roma 2000) pp. 173-220.
- A.B. ZAERA GARCÍA, *Sobre el ambitus aedium en la experiencia jurídica romana*, en *Studi Nicosia* VIII (Milano 2007)
- P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum* (Padova 2000)
- R. ZIMMERMANN, *Effusum vel deictum*, in *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag* (Stuttgart-Berlin-Köln 1992) pp. 301-330.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>30/09/2024   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>17/11/2024  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>Matrimonio, Repudio unilateral patriarcal, mujer romana, divorcio libre</i> | <b>Keywords:</b><br><i>Marriage, unilateral repudiation patriarchal, Roman woman, free divorce</i> |



## **UN HITO DE LA MUJER ROMANA PARA LA HISTORIA JURÍDICA: DEL REPUDIO UNILATERAL PATRIARCAL AL DIVORCIO LIBRE DE LOS CÓNYUGES**

### **A MILESTONE OF THE ROMAN WOMAN FOR LEGAL HISTORY: FROM UNILATERAL PATRIARCHAL REPUDIATION TO THE FREE DIVORCE OF SPOUSES**

**Guillermo Suárez Blázquez**  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Vigo  
<https://orcid.org/0000-0002-1034-8305>

**(SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. Un hito de la mujer romana para la historia jurídica: del repudio unilateral patriarcal al divorcio libre de los cónyuges RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp.596-652. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

#### **Resumen:**

Análisis histórico y jurídico del repudio unilateral como poder patriarcal y su evolución hacia un poder de decisión verdaderamente libre e independiente por la mujer romana, por primera vez, en la Historia de la Humanidad.

#### **Abstract:**

Historical and legal analysis of the unilateral repudiation as patriarchal power and its evolution into a truly free and independent decision-making power by the Roman woman, for the first time in the history of humanity.

SUMARIO: I. Repudio patriarcal: Introducción y antecedentes histórico-jurídicos anteriores a Roma. 1.1. Divorcio: institución milenaria, del derecho natural y de gentes. 1.1.1. Divorcio en el Antiguo Testamento. 1.1.2. Génesis. 1.1.3. Deuteronomio. 1.1.4. Libros de Jeremías. 1.2. Matrimonio y divorcio en la Grecia clásica. 1.2.1. Un divorcio trágico, de la literatura clásica: Medea de Eurípides. II. Matrimonio y repudio unilateral patriarcal, en los orígenes de la Ciudad-Estado. 2.1. *Conventio in manu* - repudio unilateral del esposo a la mujer: una más que posible relación de actuaciones y poderes patriarcales primigenios. 2.2. El Rapto de las Sabinas: Estados y familias, matrimonios mixtos injustos, patriarcales y forzados. 2.3. Repudio unilateral civil justo del esposo a la mujer: Ley de las XII Tablas (449 a. d. C.). 2.4. Siglos IV a. d. C y siglo III a. d. C. 2.5. Siglo II a. d. C. y siglo I a. d. C. 2.6. Una causa centunviral: Repudio unilateral tácito, ¿un abuso de un esposo patriarcal, de consecuencias jurídicas familiares y hereditarias? III. El divorcio libre clásico: una conquista de la mujer romana. IV. Conclusiones.

## I. Repudio patriarcal: Introducción y antecedentes histórico-jurídicos a Roma

La voz latina *divertere* significa oposición y separación. De ella deriva *divortium*. Esta última, según *A Latin Dictionary, Lewis and Short* (Oxford, 1879), tiene también el sentido etimológico de separación de dos personas y de disolución de un matrimonio



(iniciado, bien por disenso unilateral o repudio, o bien por disenso bilateral de ambas partes).

Matrimonio y divorcio son las dos caras contrarias de una misma moneda. Consenso y disenso. Ambos pertenecen a la razón y el orden natural<sup>1</sup>. Matrimonio es unir dos vidas en una sola. Divorcio es disolver un matrimonio (A con B). Si hay matrimonio no hay divorcio. Si hay divorcio no hay matrimonio. Si es uno no es el otro. Como la vida y la muerte: “*Vidua autem qualis nuptiis uenit, talis diuortio digreditur*”<sup>2</sup>.

Desde la óptica jurídica, repudio no es sinónimo de divorcio. Según Paulo, el divorcio es bilateral, “*diuortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt*”<sup>3</sup>. Repudio es equivalente a rechazo personal. Este es, por tanto, una acción de disenso unilateral (A contra B, o bien B contra A). El repudio se puede hacer efectivo entre prometidos y unidos por esponsales, o bien entre cónyuges ligados por nupcias. A diferencia del divorcio, según el jurista clásico, no tiene siempre por fin la disolución de un matrimonio: “.... es impropio decir que los esponsales se disuelven por divorcio”<sup>4</sup> (en este caso, el repudio no disuelve el matrimonio, sencillamente porque todavía no existe).

---

<sup>1</sup> Cicerón, *De Officiis*, I, 17, 54: “*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est*”.

<sup>2</sup> Apuleyo de Madaura, *APOLOGIA SIVE PRO SE DE MAGIA*, 92, 8.

<sup>3</sup> D. 50, 16, 191 *Paulus libro 35 ad edictum*.

<sup>4</sup> D. 50, 16, 191 *Paulus libro 35 ad edictum*.

Tal vez, repudio era una acción u omisión humana de rechazo personal de un contrayente frente al otro<sup>5</sup>. El divorcio era una voluntad de disenso unilateral o bilateral de una o dos personas unidas por un consenso previo. Los juristas romanos sostenían en este sentido, que el repudio se manda, se envía, se notifica, es decir, se exterioriza (Cicerón, *Philippicae*, II, 69; D. 24, 3, 38, *Marcellus libro singulari responsorum*). Por el contrario, el divorcio se hace (D. 24, 1, 64, *Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis*). Con éste, el disenso y las voluntades de los esposos son contrapuestos. Cada uno de ellos camina de forma paralela. No se unen nunca más (= *divertere*).

### 1.1. Divorcio: institución milenaria, del derecho natural y de gentes

El matrimonio monogámico y el divorcio son instituciones milenarias conocidas por las civilizaciones anteriores al nacimiento de Roma. Ambos están gobernados por la ley natural. Es por ello por lo que ambos eran comúnmente aceptados por la razón de todas las familias, los pueblos y las gentes del Mundo Antiguo. Por regla general, y de modo formal, el acuerdo y la unión consensual libre de hombre y mujer generaba las nupcias. El desacuerdo y disenso libres las disolvía.

---

<sup>5</sup> D. 24, 2,2, 1, Gayo libro 11 *ad edictum provinciale*: “*In repudiis autem, id est renuntiatione*”.

Otra cuestión por resolver es la existencia o no de libertad y paridad de los prometidos para contraerlo y como esposos para disolverlo. Prima facie, en las culturas antiguas predominaban las familias patriarcales. El sometimiento de la mujer al marido. El divorcio consensual paritario parece ser un espejismo en las etapas anteriores al nacimiento de la civilización romana.

### 1.1.1. Divorcio en el Antiguo Testamento

#### 1.1.2. Génesis:

“Por esto el hombre dejará padre y madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne”, (Génesis, 2, 24).

Según las Sagradas Escrituras del Antiguo Testamento, el matrimonio era la unión de un hombre y una mujer en una sola carne. Para el primer libro bíblico, el matrimonio creaba un vínculo *alter ab altero* sexual y familiar libre, de naturaleza monogámica<sup>6</sup>. El repudio y la disolución de la unión no eran posibles: enlace carnal y espiritual de los dos cónyuges en uno solo.

---

<sup>6</sup> La poligamia también fue muy importante en el Antiguo Testamento y fue practicada por los pueblos vecinos de Israel, vid. Jonhson H. C., “Matrimonio en el judaísmo: Tradición y retos en el contexto grecorromano”, en *RIDROM*, (n.31) octubre, 2023, p. 161: “En principio no había límite para el número de esposas o concubinas que un hombre podía tener, excepto su capacidad para mantenerlas a ellas y sus hijos”.

### 1.1.3. Deuteronomio

Según *Deuteronomio*, 21, 14:

“Pero sucederá que, si no te agrada, la dejarás ir a donde quiera; más ciertamente no la venderás por dinero, ni la maltratarás, porque la has humillado”.

El repudio era una institución del orden natural conocida y practicada por el pueblo de Israel en el primer milenio a. d. C. La institución tenía efectos civiles y religiosos en las nupcias y en la convivencia marital. El libro de la Torá judía otorgaba facultad unilateral al esposo para interrumpir la vida en común y disolver sus nupcias. El poder de sometimiento del marido sobre la mujer era absoluto. Bastaba cualquier apreciación subjetiva negativa, por ejemplo, que la esposa no fuese de su agrado, para repudiar a la mujer. En contraprestación, la ley bíblica trataba de poner freno a la potestad del jefe patriarcal. No podía venderla, ni maltratarla. El divorcio era un poder unilateral del marido y una humillación social para la casada.

Y, *Deuteronomio*, 24,1:

“Cuando alguno toma una mujer y se casa con ella, si sucede que no le es agradable porque ha encontrado algo reprochable en ella, y le escribe certificado de divorcio, {lo} pone en su mano y la despide de su casa”.

En consonancia con la ley religiosa del fragmento bíblico, el casado tenía derecho a renunciar a su mujer. El esposo tenía potestad para enjuiciar, de forma puramente subjetiva, cualquier aspecto físico y psíquico de su cónyuge. Valorar cualquier hecho, acto, pensamiento u opinión. Cualquier obra e idea que él considerase reprochable y fuera de su control eran suficientes para repudiarla.

El esposo estaba obligado a comunicar, mediante carta o certificado, la disolución de las nupcias a su mujer. No parecía ser válido un mero repudio tácito. No sabemos si la epístola de renuncia era un documento escrito constitutivo, o simplemente era una prueba escrita del disenso y de la ruptura de la liga nupcial. De una lectura reflexiva del fragmento 24, 1 parece deducirse que el autor del fragmento del Deuteronomio quería indicar que era un requisito obligatorio para disolver las nupcias, porque requería de algunos requisitos vinculantes:

- La entrega del certificado en mano de la esposa.
- El despido verbal del domicilio y casa conyugal. Este último era la orden imperativa del abandono del lecho matrimonial y de la casa conyugal.

Ambos elementos exteriorizaban la ruptura expresa de la convivencia y la vigencia del vínculo conyugal. Estas formalidades expresas probaban a la sociedad y el Estado la correcta

formalización del repudio, la destrucción de la unión matrimonial y el divorcio.

El hombre era el jefe y el dueño de la casa. La mujer era notificada y expulsada. Cada cónyuge iniciaba su vida por separado. Según este texto del libro del Pentateuco, para el Pueblo Hebreo, el repudio tenía una configuración jurídica propia. Era un poder exclusivo del marido y una institución familiar privada y religiosa, opuesta al matrimonio. En la mentalidad judía, el hombre tomaba a una mujer. No la mujer al marido. La concepción nupcial era patriarcal. La iniciativa y el poder de constituir y disolver la sociedad conyugal eran unilaterales y de facultad viril.

#### 1.1.4. Libros de Jeremías

El Profeta Jeremías (L. 3, 8) sostenía:

“Y vio que, a causa de todos los adulterios de la infiel Israel, ya la había despedido, dándole carta de divorcio; con todo, su pérfida hermana Judá no tuvo temor, sino que ella también fue y se hizo ramera”.

El Profeta reputaba que el derecho de divorcio era una potestad exclusiva del marido. Jeremías justificaba la disolución unilateral del matrimonio en la infidelidad de la mujer. Bastaba con el disenso unilateral, el comunicado verbal del despido y la entrega

documental de una carta de renuncia para que la disolución del matrimonio se consumase y se disolviese automáticamente la unión conyugal.

Los textos bíblicos del Antiguo Testamento ponen de relieve que tanto el matrimonio como el divorcio eran instituciones y competencias que pertenecían a la esfera privada de los padres de familia hebreos y de sus miembros. No existía intervención de los poderes políticos, no era necesaria la jurisdicción ni la sentencia de un juez para poner fin a la unión matrimonial.

## 1.2. Matrimonio y divorcio en la Grecia clásica

El matrimonio era, para el Derecho Ateniense, un acuerdo formal y libre, de naturaleza patriarcal y monógamo de ciudadanos libres. La hija era previamente prometida por su padre a un futuro consuegro para su hijo. Posteriormente, con la llegada de la edad de la pubertad de los prometidos, ambos padres pactan, sin contar con la voluntad de sus hijos, las condiciones económicas y el enlace nupcial. Las promesas y pactos de futuros matrimonios y la autorización y el consentimiento paternos eran siempre necesarios.

La mujer griega estaba sometida al *κῆρυξ* del padre de familia (*οἶκος*), o bien al poder de un pariente varón. Para convenir las

nupcias, el padre, o bien su tutor, constituían una dote como precio por la entrega marital (*εκδοσις*) de su hija púber<sup>7</sup>. El marido, también púber, la adquiría y administraba su patrimonio dotal como propietario. En caso de disolución, estaba obligado a su restitución.

La unión matrimonial de los contrayentes se consumaba en el tálamo nupcial (*γαμός*). En este momento se hacía efectiva la vigencia y la validez de la dote aportada, destinada a sostener las cargas del matrimonio.

El acuerdo nupcial era formalmente consensual y bilateral. Las nupcias y el divorcio estaban regidas por el derecho natural, y eran legitimadas por su derecho civil. Sin embargo, en la praxis, para la esposa, el consenso, la iniciativa y la entrega eran unilaterales y patriarcales<sup>8</sup>. La mujer se sometía al poder de su esposo<sup>9</sup>. Y en esta órbita jurídica se situaba también el poder de repudio unilateral del marido (*αποπεμψις*) y su potestad marital del divorcio.

---

<sup>7</sup> Fuentes Santibáñez P. "Algunas consideraciones en torno a la condición de la mujer en la Grecia Antigua", *INTUS-LEGERE HISTORIA*, vol. 6, n.1, (2012), p. 13.

<sup>8</sup> Fuentes Santibáñez. "Algunas consideraciones en torno a la condición de la mujer...", cit. p.13.

<sup>9</sup> Urrutibeherty A. "Las diosas griegas del matrimonio", en *Stylos*, 8 (1999), pp. 59-86. Buis E. J. "Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense", en *Faventia* 25/1/2003, p. 14 - 15.



El divorcio podía realizarse por renuncia unilateral: *ἀπόπεμψις* (repudio de la esposa al marido) y *ἀπόλειψις* (repudio del marido a la esposa)<sup>10</sup>. El repudio del marido se hacía efectivo mediante una comunicación de viva voz e imperativa de expulsión del domicilio familiar a su esposa (*ἐκπέμπειν, ἀποπέμπειν*).

También era posible la disolución forzada de las nupcias por iniciativa del padre de la esposa. Este podía raptar a su hija, usurpar la convivencia nupcial y romper de forma unilateral el matrimonio. El suegro se enfrentaba a su yerno y la hija transitaba de nuevo al *οἶκος* y *κύριος* paternos<sup>11</sup>.

Por su parte, la mujer griega tenía un poder de repudio muy restringido. Si deseaba renunciar a su esposo y romper la atadura nupcial estaba obligada a iniciar, mediante su tutor *κύριος*, una acción procesal, *ἀπολείψεως δίκη*, ante el arconte. Éste decidía libremente si admitía o no el proceso y dictaba sentencia favorable o contraria a la disolución del matrimonio<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> *Demosth. c. Onet. i. p. 865. 4; c. Neaer. p. 1362. 52, 1365. 59.*

<sup>11</sup> Demóstenes, *Contra Espudias*, 4. BUIS E. J. “*Matrimonios en crisis...*”, cit. p. 17.

<sup>12</sup> Plutarco, *Vidas Paralelas, Alcibíades*, VIII. Vid. Ardesi de Tarantuviez B., “La discriminación jurídica sobre la mujer: el caso de la Antigua Atenas”, en *Revista Melibea*, vol. 3, 2009, pp. 36.

### 1.2.1. Un divorcio trágico, de la literatura clásica: “Medea”, de Eurípides

El matrimonio se consideraba por el poeta trágico Eurípides (480 a. d. C. - 406 a. d. C.) una sociedad natural, que se consumaba en el lecho nupcial (Medea, 697 y 996 - 1001: “... pues tu esposo del lecho nupcial en forma inhumana salió para casar con otra mujer”).

Las nupcias constituían un lazo patriarcal que era tejido con alianzas, juramentos<sup>13</sup> y acuerdos económicos (dote aportada como precio por la mujer<sup>14</sup>), así como con pactos de convivencia dirigido al sometimiento permanente de la mujer a su esposo. Una liga (Medea, 162) y un yugo permanente son cargas pesadas (Medea, 670 - 675). La mujer se jugaba su destino a la suerte del matrimonio<sup>15</sup>.

La mayor garantía de la unión nupcial era el consenso y el acuerdo bilateral, que “marido y mujer no discrepen en nada” (Medea, 15). El disenso y la discordia eran la ruina matrimonial,

---

<sup>13</sup> Eurípides, Medea, 159 - 162: “¿No veis cómo mi esposo se porta después de que un gran juramento a los dos nos ligó?; 168 - 170: “¿Escucháis cómo a Temis invoca Zeus venerados los dos cual guardianes de aquel juramento en el que el hombre da fe?”.

<sup>14</sup> Eurípides, Medea 230 - 237: “Primero han de acopiar dinero con que compren un marido que en amo se torne de sus cuerpos lo cual es ya la cosa más dolorosa que hay. Y en ello es capital el hecho de que sea buena o mala la compra, porque honroso el divorcio no es para las mujeres ni el rehuir al cónyuge”.

<sup>15</sup> Eurípides, Medea, 1337 - 1339.

“desunión es todo y sufrimiento” (Medea, 20 y 895 - 899). Las segundas nupcias eran una manifestación de desacuerdo y disolvían el primer matrimonio.

El divorcio era una fuente de preocupación constante para las esposas, “... es natural que el sexo femenino se excite si nupcias subrepticias intentan los maridos”, quienes podían ver destruidas sus vidas y su familia asolada (Medea, 910). Con todo, si creemos a Pedagogo, otro personaje de la tragicomedia Medea (1019-1220), una gran cantidad de mujeres habían sido abandonadas por sus maridos:

“Muchas madres se han visto de su pole apartadas: sobrellevar los lances debe el mortal con ánimo”.

La disolución de las nupcias era una desgracia para las mujeres. Constituía un golpe de la vida. Destruía los matrimonios. Arruinaba a las cónyuges. La iniciativa y la decisión del repudio eran tomadas casi siempre por los maridos helenos. Este poder es reflejado en la obra literaria de Eurípides, (“... pues Jasón abandona a sus hijos y a mi dueña por una boda real con la hija de Creonte”). La mujer podía mostrar su acuerdo<sup>16</sup> o desacuerdo<sup>17</sup>. Pero su voluntad no impedía

---

<sup>16</sup> Eurípides, Medea, 776 - 778: “... que me parece bien la unión que traicionándonos contrae con la princesa; que es conveniente y que está bien discurrida”.

<sup>17</sup> Eurípides, Medea, 1354: “... riéndote de mí tras tu deshonra del lecho conyugal”;

que surgiese el divorcio. Si la disolución de las nupcias se hacía efectiva, los hijos abandonaban a su madre y quedaban bajo la potestad paterna (Medea, 926 y 940).

El repudio unilateral de Jasón, para casarse con Creúsa (hija del Rey Creonte) tenía otras consecuencias graves. Medea, dueña de la casa, de la crianza y de la educación de sus hijos (Medea, 694 y 1029 - 1030; 1060 -1061) era una mujer ultrajada, injuriada y maltratada (Medea, 20 y 30 - 45). Su posición de sometimiento en el matrimonio y su posterior abandono denotaban debilidad e indolencia. Repudiada, sin marido, ni hijos, ni hogar, sólo podría ser amparada por el hogar paterno, o en la hospitalidad de algún hermano o pariente varón (Medea, 255 -258: "... y en cambio yo el ultraje padezco de mi esposo que de mi tierra bárbara me raptó, abandonada sin patria, madre, hermanos, parientes en los cuales pudiera echar el ancla frente a tal infortunio").

Las nupcias, que habían sido acordadas por los padres varones de ambas familias, y la renuncia a la vida conyugal que había sido ordenada e impuesta coactivamente por su esposo habían sido las causas de la ruina de Medea (1337 - 1339: "... mi ruina por culpa de mis nupcias y de mi lecho fuiste"). Ambos estatus nunca dependieron de su inteligencia, ni de su voluntad. Estuvo siempre

---

1364 - 1366: "Hijos, ¡cómo os perdió la perversión paterna ...! No, más sí tu soberbia con las bodas flamantes".

en manos de carceleros patriarcales que la ajusticiaron. Ella, en venganza, fue reo de parricidio de sus hijos (1235-1250; 1390-1395; 1405-1410) y marchó al exilio.

## II. Matrimonio y repudio unilateral, en los orígenes de la Ciudad-Estado

Matrimonio y repudio (como expresión equivalente a divorcio) fueron situados por Plutarco<sup>18</sup> en la primigenia vida de del reinado de Rómulo:

“Promulgó también algunas leyes, de las cuales muy dura es la que no permite a la mujer repudiar al marido, concediendo a éste despedir la mujer por envenenar los hijos, por falsear las llaves y por cometer adulterio; si por otra causa alguna la despedía, se ordenaba que la mitad de su hacienda fuese para la mujer, y la otra mitad para el templo de Ceres; y que el que así la repudiasse hubiera de aplacar a los Dioses infernales”.

Esta fuente literaria nos da una idea clara de la antigüedad de las nupcias monógamas y del divorcio romano. El matrimonio civil *iustum* era una mera unión monogámica de hecho. Este enlace estaba anclado en el pilar maestro de la convivencia permanente

---

<sup>18</sup> Plutarco, Rómulo, 22, 3.

conyugal, y constituía el núcleo arcaico de la formación y el desarrollo de la familia patriarcal.

En relación con la existencia de una posibilidad remota de disolución de estas nupcias, si creemos a Plutarco, Rómulo prohibió el poder de cese unilateral de convivencia conyugal a la mujer casada. El esposo, sin embargo, podía repudiar y despedir libremente a su esposa. Pero sólo si era por una costumbre, amparada en la ley, el repudio era justo. Los motivos estaban relacionados con actos y hechos de la esposa, que, de forma puramente subjetiva, eran considerados indignos por el marido:

- Atentado con venenos para la vida del esposo (probablemente, también, con los miembros de la familia).
- Sustitución de las llaves y apoderamiento permanente de la casa conyugal y familiar.
- La comisión de adulterio.

La esposa no podía poner fin a su matrimonio. Ni siquiera, aunque fuese maltratada física o psicológicamente, manipulada y sometida por el poder y la fuerza de su marido. La posibilidad de buscar vías de escape con relaciones extramatrimoniales era prohibida. La mujer adúltera era criticada, aborrecida y odiada por la sociedad (al menos, por los varones romanos).

La intervención del Monarca fundador de la Ciudad-Estado estaría dirigida a fortalecer la autoridad del *paterfamilias* y someter, de forma sólida, a la esposa al poder marital de su esposo. Según Plutarco, el repudio era causal y justificaba la disolución de las nupcias y el abandono unilateral de la mujer a su suerte.

Antes de la consumación del divorcio, la *uxor* era juzgada por los tribunales de parientes patriarcales del esposo (*consilium domesticum - iudicium de moribus*<sup>19</sup>). De esta forma, era justificada la renuncia marital. La mujer era despedida y reprobada, no sólo por el marido sino también por las familias de parientes agnaticios de la comunidad.

El repudio del esposo *paterfamilias* amparaba su honor, el de sus hijos agnados y el de sus parientes gentilicios. Por el contrario, la mujer, principio y fin de su familia, era humillada y desligada del matrimonio, así como de los hijos agnaticios de su marido. No podía salvar su honra ni la de sus hijos consanguíneos, incluso, frente a un cónyuge infiel o maltratador. Su vida no le pertenecía. Tampoco la de sus descendientes consanguíneos. La casa y el patrimonio eran

---

<sup>19</sup> Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae*, II, 25, 6:

“ἀμαρτάνουσα δὲ τι δικαστὴν τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κέρριον. ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον: ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὁ πάντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλησι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιόουσα γυνή. ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιούν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμῶλος, ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων αἰσχίστα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς!”.

Venturini C., “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova Tellus*, vol. 32, n. 1, 2014, pp. 108-109.

también propiedad del esposo. El poder de repudio y de divorcio, si creemos a Plutarco, le estaban vedados.

Si damos credibilidad a las informaciones de Plutarco, Rómulo limitaba el repudio unilateral, y, a la par, exigía al marido que hubiese reprobado sin motivo legal a su cónyuge (repudio injusto), la devolución de la mitad del patrimonio dotal. La otra mitad debía consagrarse en depósito al Templo de la Diosa Ceres, para aplacar la ira de los Dioses infernales<sup>20</sup>.

Aunque algunas de estas noticias arcaicas aparecen impregnadas de una alta naturaleza mítica, debemos afirmar que, en los primeros siglos de la vida de Roma, las nupcias eran disolubles mediante el simple rechazo de hecho y la voluntad patriarcal unilateral expresa del esposo. Actos varoniles y de fuerza vedados a las matronas, que tenían por fin el cese permanente y definitivo de la convivencia conyugal.

## 2.1. *Conventio in manu* – repudio unilateral del esposo a la mujer: una más que posible relación de actuaciones y poderes patriarcales primigenios

---

<sup>20</sup> Plutarco, Rómulo, 22, 3.



Arangio Ruiz advirtió que “il matrimonio arcaico può essere definito come una unione tendencialmente perpetua, che allo scopo della continuazione della familia fa entrare la moglie nella comunità familiare-religiosa del marito e la sottopone alla potestà di lui<sup>21</sup>”.

La fuerte carga religiosa y sagrada, que debía impregnar las justas nupcias arcaicas, al menos las acordadas por los patricios romanos, era muy perceptible no sólo en las ceremonias de la constitución y de la disolución de la *conventio in manu*, mediante el pan de Farreo (Gayo, *Inst.* I, 112), sino también, según Plutarco (Rómulo, 22, 3), en las consecuencias que generaba el repudio unilateral de la mujer. El marido debía entregar la mitad del patrimonio de la esposa “para aplacar la ira de los dioses infernales”.

En esta época, la falta de paridad del divorcio entre los cónyuges parece entroncar directamente con la incapacidad patrimonial y el sometimiento permanente de la mujer romana al varón. Las hijas de familia *alieni iuris, sub potestate patris* agnadas estaban dominadas y gobernadas por el *paterfamilias*. Éste tenía pleno poder sobre sus personas y los bienes. Incluso el derecho de vida y muerte sobre sus ellas (Tito Livio, *Ab urbe condita*, I, 26).

---

<sup>21</sup> Arangio -Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1954, p. 434. Diz Franco AM., *Del Divorcio romano a la Sacramentalidad Tridentina*, Colex, 2024, pp. 33-53.

Las hijas no eran libres para decidir sus destinos. El *paterfamilias* de la futura esposa convenía con el *paterfamilias* del futuro esposo el matrimonio y los acuerdos nupciales justos. El jefe de la casa prometía y entregaba en matrimonio a su hija agnada bajo patria potestad, con una dote como precio y sostén de las futuras cargas de la sociedad conyugal<sup>22</sup>. Una vez acordadas y constituidas las nupcias, la dote era absorbida en propiedad por el *paterfamilias* que tuviese el poder de la *manus* y la patria potestad sobre el grupo familiar<sup>23</sup>.

El régimen económico matrimonial de las nupcias justas arcaicas y la posición jurídica de la mujer se acordaban mediante una *conventio in manu*. La esposa entraba bajo el poder de la *manus* (derecho exclusivo de los ciudadanos romanos<sup>24</sup>) del *paterfamilias* que ejerciese la patria potestad, bien de su suegro-*paterfamilias*, bien de su esposo-*paterfamilias*. Los matrimonios entre patricios eran acompañados por una ceremonia religiosa llamada *confarreatio*. De forma paulatina, las costumbres sociales crearon el *usus* (convivencia marital continuada durante un año<sup>25</sup>). Práctica muy extendida entre las clases populares más desprotegidas<sup>26</sup>. En los primeros siglos arcaicos, los plebeyos eran excluidos de la

---

<sup>22</sup> D. 23, 3, 2, *Paulus libro 60 ad edictum*: “*Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*”.

<sup>23</sup> D. 23, 3, 1, *Paulus libro 14 ad Sabinum*: “*Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*”.

<sup>24</sup> Gayo, *Inst.* I, 108.

<sup>25</sup> Gayo, *Inst.* I, 111.

<sup>26</sup> Johnston H W. *La vida en la antigua Roma*, Alianza Editorial, ed. 2022, p. 71.

ceremonia y del enlace de las nupcias y del farreo con las clases patricias <sup>27</sup>. También, en esta etapa, con la intervención de la jurisprudencia, fue adoptada una *coemptio in manu* (adquisición de la *manus* mediante el negocio civil de la *mancipatio*).

Por el título jurídico de *uxor* (por el matrimonio) *in manu* (por la ceremonia de la *conventio*), la *nupta* transitaba de su familia de origen a la del marido<sup>28</sup>, se hacía copartícipe de los dioses de la familia, adquiría los derechos de *materfamilias*<sup>29</sup> y también los de hija<sup>30</sup> o de nieta en la sucesión hereditaria (*heres sui*). Los descendientes concebidos en estas nupcias justas adquirirían la condición de hijos e hijas agnados y herederos legítimos romanos (*heredes sui*) del *paterfamilias*.

Marido y mujer convivían unidos. Sin embargo, la *conventio in manu* era una institución diferente de las nupcias (“*quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*<sup>31</sup>”). El matrimonio se disolvía mediante un repudio unilateral de hecho y previo del marido, que conducía al divorcio. La *manus*, sin embargo, cesaba con ceremonias, ritos y actos

---

<sup>27</sup> Hasta la promulgación de la *Lex Canuleia* no se permitió en Roma el matrimonio justo entre patricios y plebeyos (445b a. d. C.); Tito Livio, *Ab urbe condita*, IV, 1, 6; Cicerón, *De republica*, II, 63.

<sup>28</sup> Gayo, *Inst.* I, 111.

<sup>29</sup> Aulo Gelio, *Noct. Att.*, 18, 6, 8-9.

<sup>30</sup> Gayo, *Inst.* I, 111; I, 115b.

<sup>31</sup> Aulo Gelio, *Noct. Att.*, 18, 6, 8-9. Gayo, *Inst.* I, 112.

religiosos, *difarreatio* (la religión formaba parte del primigenio derecho público de Roma<sup>32</sup>), costumbres matrimoniales, *usurpatio trinoctii* y negocios civiles, *remancipatio*<sup>33</sup>. Con la disolución de este poder marital (*difarreatio*), la esposa era expulsada de la familia patriarcal, se hacía extraña al culto familiar, perdía sus derechos de hija agnada y de heredera legítima<sup>34</sup>. Si creemos a Gayo, *Inst.* I, 137a, la esposa *in manu* no podía exigir a su esposo liberarse de este poder jurídico. Pero si el marido repudiaba de hecho a su mujer, esta podía demandar a su esposo el cese definitivo de la *manus*, como si nunca hubiese estado casada con él.

Tito Livio, en sus comentarios y análisis a los episodios históricos que dieron lugar a la promulgación de la *Lex Canuleia* (445 a.d. C.) sostenía: “en todas partes y en todas las épocas ha existido el entendimiento de que una mujer puede casarse en cualquier casa en la que se haya prometido, y un hombre puede casarse en cualquier casa con la mujer con la que se ha comprometido<sup>35</sup>”. Sin embargo, esta libertad para convenir matrimonios no pertenecía ni a los hijos ni

---

<sup>32</sup> D. 1,1, 2, Ulpiano libro 1 *Institutionum*.

<sup>33</sup> La *confarreatio* se disolvía mediante una *difarreatio* (*Paulo ex Festo*, p. 74, 13). Con la promulgación y publicación de la Ley de las XII Tablas (449 a. d. C.) una *usurpatio trinoctii* impedía la adquisición del *usus* marital al esposo-*paterfamilias* (Gayo, *Inst.* I, 111). Con las leyes decenvirales también una *remancipatio* era el medio civil de solución de la *coemptio* o adquisición de la *manus* mediante la transferencia del *mancipium* (Ley XII T. VI, 1; ed. Bruns, FIRA, I, 1909, pp. 15-40); También en *Festus*, s v. *remancipatam*.

<sup>34</sup> Con el divorcio, los hijos bajo patria potestad eran retenidos por el *paterfamilias*; López Rendo MC., “Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil Español”, en *RIDROM*, n. 9, 2012, pp. 258-2579.

<sup>35</sup> Tito Livio, *Ab urbe condita*, IV, 4, 10. “*Quod privatorum consiliorum ubique semper fuit, ut in quam cuique feminae convenisset domino nuberet, ex qua pactus esset vir domo, in matrimonio duceret*”.

a las hijas, sino a su *paterfamilias*. La mujer no tenía facultad para decidir libremente sobre el gobierno ni la disolución de su matrimonio. Por su condición de esposa y *materfamilias* estaba bajo el yugo de su marido o del *paterfamilias* que ejerciese la patria potestad (*in manus esse parentium*). Por su condición femenina (con independencia de su edad, y aún casada) siempre estaba bajo la tutela de un púber varón<sup>36</sup>. Si repudiaba su matrimonio, tampoco tenía derecho a exigir la remoción jurídica de la *manus maritalis* al *paterfamilias*<sup>37</sup>. Se lograba así por los *patresfamiliarum* y los esposos, quienes las habían tomado y conducido en matrimonio, *vir domo, in matrimonio duceret*, el control absoluto, el dominio y la manipulación de las esposas romanas “*ne privatam quidem rem agere*<sup>38</sup>”.

Estos poderes, de hecho (repudio-divorcio) y de derecho (*difarreatio*), eran privados y exclusivos del marido -*paterfamilias*, o bien del *paterfamilias* (estatus civiles que no siempre coincidían en el mismo varón de la familia). Desde los tiempos iniciales, la posición jurídica de la mujer, como esposa *in manu*, sometida al poder y en servidumbre permanente del marido, confirmaría el poder supremo unilateral de repudio de éste. El matrimonio y el divorcio eran situaciones de hecho, pero no se convenían entre dos ciudadanos iguales en derechos y deberes.

---

<sup>36</sup> Tito Livio, *Ab urbe condita*, 34, 2, 11. Gayo, *Inst.* I, 144.

<sup>37</sup> Gayo, *Inst.* I, 137a.

<sup>38</sup> Tito Livio, *Ab urbe condita*, 34, 2, 11.

## 2.2. El Rapto de las Sabinas: Estados y familias, matrimonios mixtos injustos, patriarcales y forzados

Si creemos a Tito Livio (*Ab urbe condita*, I, 9), *sed penuria mulierum*, los ciudadanos romanos admitieron y constituyeron matrimonios mixtos injustos, mediante secuestros de mujeres extranjeras. En el contexto internacional arcaico, el Rapto de las doncellas vírgenes Sabinas<sup>39</sup> constituyó un episodio paradigmático entre dos naciones, de constitución unilateral de nupcias impuestas, violentas y forzadas:

*“... rapi iussit, easque in familiarum amplissimarum matrimonios collocavit<sup>40</sup>”.*

Los ciudadanos romanos no podían contraer matrimonios justos con mujeres extranjeras, *nec cum finitimis conubia essent*. El matrimonio era una sociedad natural de hombre y mujer libres con *conubium* entre sí, *societatem connubiumque*. Las nupcias mixtas con permiso de *conubium* entre ciudadanos de diferentes nacionalidades eran lícitas y posibles. Sin embargo, si no había concesión estatal de *conubium*, (homologación de ciudadanías libres, reconocido por los Estados de los dos contrayentes, ... *novo populo peterent*), desde la óptica del derecho civil romano, estas uniones mixtas internacionales eran injustas.

---

<sup>39</sup> Cicerón, *De Re Publica*, II, 12: “*cum Sabinas honesto ortas loco virgines...*”.

<sup>40</sup> Cicerón, *De Re Publica*, II, 12.

Los enlaces nupciales entre ciudadanos de diferentes nacionalidades, aunque injustos, eran disolubles por los dos cónyuges y seguían las reglas del *ius gentium*. Los hijos adquirirían la condición jurídica de la madre, no eran agnados del *paterfamilias* romano esposo, no podían ser herederos<sup>41</sup>.

Rómulo argumentaba, por su parte, que las doncellas esposadas por raptó serían compensadas por la pérdida de su patria y de sus padres. Si se concedía el *conubium*, sus matrimonios serían equitativos y honorables. Las Sabinas estarían casadas en una sociedad de justas nupcias y en paridad de condiciones, compartirían derechos y patrimonio con sus esposos. Sus hijos serían agnados de los *patresfamiliarum* romanos, legítimos y libres<sup>42</sup>.

Según Cicerón, tras una guerra entre ambas naciones, el *conubium* y los matrimonios fueron legitimados mediante un tratado internacional (*foedus*) del rey de los Sabinos, quien, además, asoció su reino y sus dioses al reino de los romanos<sup>43</sup>.

El episodio de los matrimonios mediante el secuestro violento de las doncellas Sabinas parece demostrar que en las etapas primigenias de Roma y de otros pueblos vecinos del Lacio, el matrimonio era considerado una institución de hecho, que surgía, se

---

<sup>41</sup> Cicerón *Topica*, IV, 20; “*si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet*”. Gayo, *Inst.* I, 78: “*quia ex eis inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris conditioni accedit*”.

<sup>42</sup> Tito Livio, *Ab urbe condita*, I, 9: “*illas tamen in matrimonio, in societate fortunarum omnium civitatisque et quo nihil carius humano generi sit liberum fore*”.

<sup>43</sup> Cicerón, *De Re Publica*, II, 12.

acordaba y se imponía incluso por la fuerza en el ámbito privado por los jefes patriarcales de las familias:

“Las muchachas secuestradas estaban tan desesperadas como indignadas. Rómulo, sin embargo, se dirigió a ellas en persona y les mostró que todo era debido al orgullo de sus padres por negar el matrimonio a sus vecinos<sup>44</sup>”.

Los padres de familia romanos tenían poder para convenir los sponsales y los matrimonios de sus hijos e hijas bajo patria potestad, así como para influir, e incluso, forzar su cese y extinción<sup>45</sup>. El repudio unilateral era considerado una “acción justa de fuerza y de coacción patriarcal” del marido contra la esposa, e incluso del suegro contra su nuera.

El matrimonio y el repudio eran poderes fácticos, cuestiones y asuntos privados de los *patresfamiliarum*. No existía intervención del Estado. La mujer era moneda de cambio entre las casas de las ciudades-Estado. Servía, en numerosas ocasiones, para satisfacer diferentes intereses patrimoniales y políticos. Quedaba al albur de

---

<sup>44</sup> Tito Livio, *Ab urbe condita*, I, 9: “*Sed ipse Romulus circumibat docebatque patrum id superbia factum qui conubium finitimis negassent*”.

<sup>45</sup> Los padres de familia podían convenir el compromiso de los hijos y de las hijas con 7 años, D. 23, 1, 14 Modestino *libro 4 differentiarum*: “*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*”. En la Monarquía y la República, los hijos estaban listos para contraer matrimonio con el inicio de la capacidad de procreación. En la etapa clásica, la jurisprudencia estableció 14 años para los varones y 12 años para las hembras, D 23, 2, 4, Pomponio *libro 3 ad Sabinum*: “*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*”.



los dirigentes patriarcales de las familias y de los gobiernos su amparo y protección.

### 2.3. Repudio unilateral civil justo del esposo a la mujer: Ley de las XII Tablas (449 a. d. C.).

El repudio unilateral arcaico fue adoptado posteriormente por la Ley de las XII T. (449 a. d. C.) Si creemos a Cicerón, “... *illam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulis claves ademit exegit*<sup>46</sup>”. El marido romano podía exigir a la *nupta* que recogiese sus enseres personales, la devolución de las llaves y el abandono definitivo de la casa conyugal.

La Ley de las XII Tablas vendría a confirmar una larga trayectoria histórica de la existencia del divorcio unilateral patriarcal justo, por el ejercicio del repudio unilateral del esposo. La Ley juridifica de nuevo, o por primera vez (si las leyes de Rómulo no hubiesen existido) el repudio patriarcal y lo eleva a la categoría de institución civil justa.

### 2.4. Siglo IV a. d. C. y siglo III a. d. C.

En los primeros siglos republicanos el poder del repudio y la ruptura unilateral del matrimonio seguían vigentes. La convivencia consensual y la *affectio maritalis* en común continuas eran dos elementos esenciales para la vida del matrimonio. Su destrucción era, sin embargo, un poder unilateral y patriarcal del marido. El juego de la sociedad conyugal se realizaba con un gran desequilibrio

---

<sup>46</sup> Cicerón, *Philippicae*, II, 69.

de fuerzas y derechos entre los esposos. En esta unión desigual, la mujer quedaba supeditada y sometida al yugo conyugal, dominada por su marido.

En el año 230 a. d. C., si creemos a Valerio Máximo, se produjo una ruptura matrimonial en Roma, que trascendió el ámbito privado familiar y condujo a la “movilización de la opinión pública” y los comentarios sociales:

*“Repudium inter uxorem et uirum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit. primus autem Sp. Caruilius uxorem sterilitatis causa dimisit<sup>47</sup>”*.

En la praxis, el repudio era equivalente a una acción fáctica privada de divorcio entre los cónyuges, que ponía fin al matrimonio. Valerio Máximo pone por primera vez en escena la vigencia del repudio en Roma, que equivalía a un divorcio por disenso (se hace entre ambos esposos). El Historiador afirma que el rechazo conyugal surgió por una causa nueva: la esterilidad femenina. La esposa no podía procrear y dar hijos al *paterfamilias* esposo. Éste despide y repudia a su mujer.

---

<sup>47</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, II, 1, 4. Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae*, II, 25, 7: “καὶ μέχρι πολλοῦ διέμεινε χρόνου ταῦτ’ ἀμφοτέρω παρὰ Ῥωμαίοις ἀπαραιτήτου τοῦ γάμου ὀργῆς. μάρτυς δὲ τοῦ καλῶς ἔχειν τὸν περὶ τῶν γυναικῶν νόμον ὁ πολλὸς χρόνος. ὁμολογεῖται γὰρ ἐν τῶν εἴκοσι καὶ πεντακοσίων μηδεὶς ἐν Ῥώμῃ λυθῆναι γάμος: κατὰ δὲ ἐπὶ τὴν ἑβδόμη ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν ὑπατερόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαίου Παπιρίου πρῶτος ἀπολῦσαι λέγεται τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουίλιος ἀνὴρ οὐκ ἀφανής, ἀναγκαζόμενος ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὁμῶσαι τέκνων ἕνεκα γυναικί σονοικεῖν ἢν δ’ αὐτῷ στείρα ἢ γυνή’, ὃς ἐπὶ τῷ ἔργῳ τούτῳ καίτοι δι’ ἀνάγκην γενομένου μισοῦμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διετέλεσεν”.

El marido rompía con los motivos tradicionales del repudio. La esterilidad no había sido una causa de abandono y probablemente nunca había sido valorada por los consejos de familias, de parientes y de amigos, ni tampoco por la sociedad romana. Al parecer, constituía una quiebra de las costumbres y, probablemente, una innovación causal rupturista.

Este divorcio generó un gran odio contra *Spurius Carvilius* y fue muy criticado por los círculos sociales (Dionisio de Halicarnaso, *Antiq. Rom.*, II, 25). La mujer era aborrecida y no podía recuperar su dote (Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, IV, 3). El marido se lucraba y disolvía unilateralmente las nupcias. Además, era creencia ciudadana que la fidelidad conyugal y el honor del matrimonio eran valores e instituciones superiores a la procreación de los hijos:

*“... qui, quamquam tolerabili ratione motus uidebatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur<sup>48</sup>”.*

De este tipo de divorcios abusivos contra la mujer surgieron los procesos y la acción de dote en los dos últimos siglos de la República. Por razón de justicia, equidad natural y buena fe, la mujer repudiada tenía derecho a recuperar en los tribunales la dote entregada al patrimonio de su marido, para sostener las cargas matrimoniales. Así, según Cicerón:

*“iudiciis ... ex fide dona arbitria rei uxoriae alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt<sup>49</sup>”.*

---

<sup>48</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, II, 1, 4.

Con todo, el repudio unilateral y abusivo de *Spurius Carvilius* fue válido. En último término, los repudios y los divorcios dependían, según Valerio Máximo, de la exclusiva voluntad privada de los cónyuges, ... *repudium inter uxorem et uirum*. Al fin y al cabo, ellos eran quienes sufrían las consecuencias familiares y patrimoniales que generaban. Aunque en estos lances, la mayor parte de las veces, la gran perdedora era la mujer.

## 2.5. Siglo II a. d. C. y siglo I a. d. C.

En estos siglos, el repudio unilateral continuaba vigente en la Ciudad-Estado. Con mucha frecuencia, seguía constituyendo un acto de presión, coacción y deshonor contra el honor de la mujer y su sociedad matrimonial. Así se deduce de los escritos de Valerio Máximo:

*“Horum seueritatem M. Valerius Maximus et C. Iunius Brutus Bubulcus censores consimili genere animaduersionis imitati sunt: L. enim Annius senatu mouerunt, quod quam uirginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum in consilio adhibito. at hoc crimen nescio an superiore maius: illo nam<que> coniugalia sacra spreta tantum, hoc etiam iniuriose tractata sunt, optimo ergo iudicio censores indignum eum aditu curiae existimauerunt<sup>50</sup>”, (130 a. d. C.).*

---

<sup>49</sup> Cicerón, *Topica*, I, 66.

<sup>50</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, II, 9, 2.

El repudio se valoraba y autorizaba previamente por los consejos y tribunales patriarcales de familia, parientes y amigos<sup>51</sup>. Posteriormente, se ejecutaba por el marido. Era una cuestión privada doméstica, de hombres romanos. Si creemos a Valerio Máximo, la ausencia de un análisis y de una valoración previos de este repudio unilateral por un consejo de amigos, *nullo amicorum in consilio adhibito*, violaba las leyes sagradas del matrimonio. Era un acto delictivo, *hoc etiam iniuriose tractata sunt*, y lesivo para la sociedad.

El Estado romano no tenía ninguna competencia pública para enjuiciar y decretar un divorcio o la disolución de un matrimonio. Sin embargo, los magistrados podían sancionar, reducir y rescindir algunos derechos de los maridos que hubiesen repudiado unilateralmente a sus mujeres, sin seguir los usos familiares y las reglas tradicionales sagradas, *coniugalia sacra*. Si creemos a Valerio Máximo, Lucio Anio fue despojado de su cargo de Senador y de sus privilegios políticos por los censores, quienes intentaban vigilar la moral y las buenas costumbres de los ciudadanos. Este tipo de sanción era un ejemplo público y un castigo preventivo para la sociedad patriarcal, pero no tuvieron en cuenta las injurias infringidas, la posición jurídica ni los derechos de aquella jovencísima esposa.

---

<sup>51</sup> También, Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae*, II, 25, 6.

Las renunciaciones libres, privadas, unilaterales y patriarcales a las nupcias fueron muy frecuentes en los tiempos finales republicanos. Gayo Sulpicio Galo repudió a su mujer porque se mostraba fuera de casa con la cabeza descubierta<sup>52</sup>. El marido debía ser muy celoso y posesivo, porque según Valerio Máximo “cualquier otra mirada que atraigas sobre ti, por una provocación incluso inocente, te hace necesariamente sospechosa y digna de acusación<sup>53</sup>”. Quinto Antiscio Vetere repudió a su esposa por hablar en público con una liberta, sospechosa de malas costumbres<sup>54</sup>. Publio Sempronio Sofo se divorció de su esposa por asistir a los juegos sin su permiso<sup>55</sup>. También, Cicerón, en su invectiva contra Marco Antonio, afirmaba sarcásticamente que el magistrado rechazó unilateralmente a su esposa Licoride (una mimata y cómica). Esta acción le condujo a hacer, de forma deshonesto, el divorcio con ella:

“.... cuius ex omnis vita nihil est honestius, quam quod cum mimata fecit divortium<sup>56</sup>”.

2.6. Una causa centunviral: Repudio unilateral tácito, ¿un abuso de un esposo patriarcal, de consecuencias jurídicas familiares y hereditarias?

Cicerón narra en su *De Oratore* (55 d. C) un supuesto de repudio unilateral patriarcal tácito, que tuvo graves consecuencias jurídicas posteriores, tanto matrimoniales como hereditarias:

---

<sup>52</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6, 3, 10.

<sup>53</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6, 3, 10.

<sup>54</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6, 3, 11.

<sup>55</sup> Valerio Máximo, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6, 3, 12.

<sup>56</sup> Cicerón, *Philippicae*, II, 69.

*“Quid? De libertate, quo iudicium gravius esse nullum potest, nonne ex iure civili potest esse contentio, cum quaeritur, is, qui domini voluntate census sit, continuone, an, ubi lustrum sit conditum, liber sit? Quid? Quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur?<sup>57</sup>”.*

*“Nam, quod maximas centumviralis causas in iure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti iuris imperito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M'. Curi, quae abs te nuper est dicta, et in C. Hostili Mancini controversia atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio<sup>58</sup>”.*

Un ciudadano *paterfamilias* repudió en silencio a su esposa embarazada en *Hispania*. Posteriormente, contrajo segundas nupcias en Roma, de las que nació un segundo hijo, *Romae alteram duxisset ... ex utraque filius natus esset*<sup>59</sup>. Según Cicerón, el esposo no despidió verbalmente, ni entregó una carta de libelo, ni escrito alguno de

---

<sup>57</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 40, 183.

<sup>58</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

<sup>59</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 40, 183.

repudio (*certa verba*) a su esposa, *non remisso nuntio superiori*<sup>60</sup>. ¿Cuál de los dos matrimonios era legítimo? ¿Qué hijo era *heres sui ab intestato del paterfamilias* fallecido?

La cuestión fue notoria en Roma y fue ampliamente debatida por la jurisprudencia y el tribunal de los Centunviro, *maximas centumviralis causas .... inter peritissimos homines summa de iure dissensio*.

¿Era válido este tipo de repudio tácito?

Cicerón afirmaba que el ciudadano tomó a la segunda mujer como esposa, *Roma alteram duxisset*, lo que parece indicar de nuevo que los juristas debatían sobre la validez del repudio unilateral tácito y, en consecuencia, sobre la legitimidad y la naturaleza de la segunda unión (matrimonio legítimo o concubinato). Si el segundo enlace era ilegítimo, contrario al derecho civil, el hijo seguiría la condición de la madre, perdería la condición de agnado de *heres sui* y no heredaría *ab intestato* del padre.

Todavía hoy surgen dudas y disputas en la doctrina romanista. Volterra sostuvo que el matrimonio era concebido en esta época como una institución de hecho. En Roma, además, no existían acciones de nulidad matrimonial. La ausencia de una renuncia expresa a la primera mujer por el marido imposibilitaba conocer cuál era su intención real con la segunda unión<sup>61</sup>. La falta de un libelo o de comunicación imperativa verbal de despido, hizo debatir

---

<sup>60</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

<sup>61</sup> Volterra E., Matrimonio (dir. rom.). en *ED*. Vol. XXV, 1975, p. 744.



y dudar a la jurisprudencia, si el esposo tomó a la segunda mujer con la intención continuada (*affectio maritalis*) de tenerla como esposa legítima (*uxor*), o bien para constituir un mero concubinato. Para Volterra, los juristas no debatían sobre la existencia de un delito de bigamia, porque el segundo matrimonio disolvía automáticamente el primero<sup>62</sup>.

Frente a Volterra, Olis Robleda sostuvo que este caso parece poner de relieve que, hasta finales de la República, no hay suficientes garantías de que el segundo matrimonio disolviese automáticamente al primero<sup>63</sup>.

Ambas posturas doctrinales contradictorias no parecen haber considerado que el caso no era un propiamente un litigio matrimonial, pues ni el pretor ni los jueces romanos tenían competencia para decidir en materia de divorcio. Nos encontramos ante una causa hereditaria ante el tribunal de los *centumviri*, *maximas centumviralis causas*<sup>64</sup>. Estos jueces analizaban, valoraban y decidían sus litigios con juicios y exámenes que comparaban a las partes litigantes (*Cicerón Rhetorica ad Erennium*, II, 20, 22; *Quintiliano, Institutio Oratoria*, II, 10,3). En este caso, el hijo del primer matrimonio frente al hijo del segundo matrimonio.

---

<sup>62</sup> Volterra E., *Matrimonio...* cit., p. 744. En este sentido, también, Fayer C. *La familia romana, Parte terza, Concubinato, Divorzio, Adulterio*, 2005, p. 60: "... dal momento che nessuna formalità era prevista per la creazione del vincolo matrimoniale, nessuna formalità richiedeva il suo scioglimento".

<sup>63</sup> Robleda Olis SJ, "El Divorcio Tácito en Derecho Romano", en *Analecta Cracoviensa*, VII, 1975, pp. 411-413. Id. *El matrimonio en Derecho romano*, Roma, 1976, pp. 111-144.

<sup>64</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

Por su parte, ante los *centumviri*, los peritos del derecho, favorables al primer sucesor (el hijo del primer matrimonio) argumentaban su defensa con actos y hechos (ausencia de notificación y de *certa verba* en el repudio) que justificaban la posición antagónica al derecho civil de la parte contraria en el litigio (en el caso, el segundo sucesor, es decir, el hijo del segundo matrimonio). El primer hijo exigía su reconocimiento como único heredero legítimo *ab intesto* de su *paterfamilias* fallecido, frente al hijo nacido del segundo matrimonio, quien podía ser hijo de una concubina (“...*in concubinae locum duceretur*?<sup>65</sup>”).

Si creemos a Cicerón, la exigencia de actos expresos verbales o escritos para el repudio unilateral ya había sido establecida por la Ley de las XII Tablas: “*illam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulas claves ademit exigit*<sup>66</sup>”, (notificación verbal de expulsión, orden de recogida de pertenencias a la esposa y entrega de llaves al marido). El jurista clásico Paulo nos informa que Augusto (*Lex Iulia de Adulteriis*, 18 a. d. C.) exigió la presencia de siete testigos ciudadanos romanos púberes en la notificación del repudio en los divorcios de los libertos<sup>67</sup>. La necesidad de *certa verba* para probar el repudio todavía seguían vigentes, e incluso eran aceptados por la sociedad, al menos de forma consuetudinaria, en la primera mitad del siglo II d. C. El jurista Gayo transmitió las cláusulas, coincidentes con las establecidas por la Ley de las XII Tablas, que se

---

<sup>65</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 40, 183.

<sup>66</sup> Cicerón, *Philippicae*, II, 69.

<sup>67</sup> D 24, 2, 9, Paulo libro 2 de *adulteriis*.

consideraban necesarias para la formalización correcta y suficiente de un repudio unilateral expreso, acorde con el derecho:

*“In repudiis comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto, item haec: tuas res tibi agito<sup>68</sup>”.*

La omisión de los requisitos expresos *certa verba*, probatorias de disolución del primer matrimonio generó desconocimientos graves al tribunal, ¿el esposo tenía por mujer y madre de familia legítima o no a la segunda mujer? ¿existía o no un matrimonio constante? Y dudas sobre el verdadero *status familiae* de su hijo. Es por ello por lo que los juristas y los jueces del tribunal centunviral tuvieron opiniones jurídicas dispares y contrapuestas, *inter peritissimos homines summa de iure dissensio<sup>69</sup>* y discutieron profundamente, si el segundo neonato era heredero legítimo o no frente al primero, *atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore<sup>70</sup>*.

Es posible sostener que si la renuncia no contaba con las formalidades expresas necesarias de comunicación verbales o escritas (*certa verba, non remisso nuntio superiori<sup>71</sup>*), fallecido el esposo, y la por falta de pruebas suficientes de la existencia del repudio unilateral, los jueces de los *Cviri* podían considerar que el primer matrimonio podía seguir constante y, si esto era así, el segundo matrimonio era una unión ilegítima *de iuris*, es decir, concubinato. En este caso, el hijo seguiría la condición natural de la madre, habría

---

<sup>68</sup> D. 24, 2, 2, 1, Gayo libro 11 *ad edictum provinciale*.

<sup>69</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

<sup>70</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

<sup>71</sup> Cicerón, *De Oratore*, I, 56, 238.

perdido su condición de agnado y su derecho a la herencia legítima *ab intestato*<sup>72</sup>.

Este episodio, del que desconocemos la solución final, nos enseña que el repudio tenía una proyección social evidente. La falta de pruebas fehacientes de su existencia podía generar inseguridad en las relaciones, pactos y negocios matrimoniales no sólo de los cónyuges, sino también de las casas, las familias y el Estado. Otra lección que podemos extraer de su análisis: el matrimonio y el repudio fueron instituciones fácticas dominadas unilateralmente por las familias patriarcales y el ciudadano varón. La primera mujer y su familia eran repudiadas y abandonadas en *Hispania*. El marido contraía una nueva unión en Roma y no comunicó nada a la que había sido su esposa legítima (*materfamilias-uxor*). El repudio era un acto libre de renuncia, pero también de forma calculada podía constituir un medio de violencia y manipulación patriarcal perversa contra la mujer-esposa. El *paterfamilias* renunciaba a su familia y disolvía su matrimonio según sus intereses, y apenas existían controles estatales, procesales ni judiciales de la unión conyugal. El divorcio era una cuestión privada del esposo y su familia agnaticia varonil<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Gayo, *Inst.* I, 64.

<sup>73</sup> Kaser M., *Derecho Privado Romano*, ed. BOE, 2022, p. 589.

### III. El divorcio libre clásico: una conquista de la mujer romana

Desde la Monarquía hasta los dos últimos siglos de la República (siglo VIII a. d. C. - siglo III a. d. C.), el matrimonio era una institución fáctica y, desde el plano formal y libre e igualitario en derechos para ambos cónyuges<sup>74</sup>. La Ley de las XII Tablas (449 d. C.) otorgó nuevos derechos a las esposas romanas. La posibilidad legal arcaica de romper la convivencia y el *usus* marital y de renunciar al sometimiento del marido parecían constituir un avance sin precedentes para ellas y la sociedad<sup>75</sup>.

Sin embargo, estas mejoras eran un espejismo. Fue muy posible que la mayoría de las mujeres romanas casadas estuviesen sometidas personal y patrimonialmente a la *manus* de sus esposos<sup>76</sup>. Las matronas eran *materfamilias*<sup>77</sup>, pero estaban dominadas, controladas, manipuladas y gobernadas. El matrimonio podía ser para ellas una cárcel patriarcal. La salida de esta difícil situación, mediante el repudio unilateral femenino o con un divorcio consensual, no era una tarea ni una facultad fácil ni totalmente libres para ellas.

La jurisprudencia republicana y clásica, así como los emperadores confirmaron el derecho a un matrimonio libre de los cónyuges romanos. Las nupcias se regían por la voluntad

---

<sup>74</sup> García Sánchez J. "El Divorcio: De Roma a la Edad Media", en *REDC* (1991), pp. 153-168.

<sup>75</sup> Gayo, *Inst.* I, 111.

<sup>76</sup> Gayo, *Inst.* I, 108 -109.

<sup>77</sup> Aulo Gelio, *Noct. Att.* 18, 6, 8-9: "*Matrem autem familias appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque, aut in eius in cuius maritus, manu mancipioque esset*".

continuada de los esposos, quienes querían vivir recíprocamente como marido y mujer. No había formalidades constitutivas del vínculo. Solo era necesario, el permiso del *paterfamilias*, el *conubium* recíproco, el consentimiento continuado de los cónyuges y la ausencia de impedimentos<sup>78</sup>. De esta forma, para la sociedad romana, el enlace matrimonial constituía una sociedad natural y familiar fáctica<sup>79</sup> que dependía de la intención mental de sus dos socios naturales<sup>80</sup> y que estaba alejada de los tribunales<sup>81</sup>. La vida de esta unión, libre y sencilla, era “constante o no constante<sup>82</sup>” y su perduración estaba ligada a la voluntad de cada parte: *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*<sup>83</sup>.

Desde la óptica jurídica, la *affectio maritalis* era equivalente a una intención posesoria, *animus possidendi*, recíproca conyugal de marido (A) con mujer (B)<sup>84</sup>. En la República y los tres primeros

---

<sup>78</sup> *Tituli ex Corpore Ulpiani*, 5, 2: “*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*”. Volterra E., *Matrimonio...*, cit., p. 732.

<sup>79</sup> Kaser M., *Derecho Privado...* cit., p. 575: “... matrimonio es un *factum* de tipo social”.

<sup>80</sup> Cicerón, *De Officiis*, I, 17, 54: “*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia*”. *Idem, De finibus*, III, 19, 64. D. 1, 1, 3 Ulpiano libro 1 *Institutionum*: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit*”.

<sup>81</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 2, 32: “*Nihil obstat quo minus iustum matrimonium sit mente coeuntium etiam si tabulae signatae non fuerint, nihil enim proderit signasse tabulae si mente matrimonium fuisse constabit*”.

<sup>82</sup> D. 24, 1, 33, Ulpiano libro 36 *ad Sabinum*: “... *mulier constante matrimonio*”.

<sup>83</sup> D. 24, 1, 32, 13, Ulpiano libro 33 *ad Sabinum*.

<sup>84</sup> *Affectio como animus possidendi*, D. 41, 2, 1, 3: “*Furiosus, et pupillus sine tutoris*

siglos después de Cristo esta estructura social natural fue fácilmente disoluble. Se constituía por consenso (“*Ubi tu Gaius ego Gaia*<sup>85</sup>”) y se disolvía por disenso. Este último, bilateral, por común acuerdo de los cónyuges, o bien unilateral, por renuncia del esposo o de la esposa.

Al ser el matrimonio una situación de hecho, constituido sin formalidades, su disolución tampoco las requería. Bastaba una simple notificación probatoria. El marido podía repudiar a la mujer y la esposa romana podía repudiar de forma unilateral y libre a su marido. Dependía de su libre autonomía de la voluntad<sup>86</sup>. Pero si la iniciativa era tomada por la *nupta*, era seguro que, si estaba casada *cum manu*, no tenía derecho ni podía exigir la disolución de este poder a su esposo<sup>87</sup>. La mujer divorciada, *in manus mariti*, no estaba unida por ningún vínculo matrimonial, pero seguía bajo el control personal y matrimonial, en posición de hija y heredera de su *paterfamilias*<sup>88</sup> y excónyuge. Con el sometimiento a la *manus*, la *uxor* no tenía derecho de retorno y había perdido su condición de agnada y de heredera de su familia de origen. El repudio unilateral de la mujer *in manu* a su marido disolvía la unión, pero la *manus* persistía

---

*auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere*”. Arangio Ruiz V. *La società in diritto romano*, ed. 2006, pp. 66-67.

<sup>85</sup> Quintiliano, *Inst. Oratoria*, I, 7, 28.

<sup>86</sup> Urbanik J., “Husband and wife”, en *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford. 2016, p. 484.

<sup>87</sup> Gayo, *Inst.* 1, 141.

<sup>88</sup> Aulo Gelio, *Noct. Att.* 18, 6, 8-9: “... quoniam non in matrimonium tantum, sed in familia quoque mariti et in sui heredis locum venisset”. Gayo, *Inst.*, 1, 115b: “... nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci”; *Idem*, *Inst.* 1, 118; 1, 136.

y estaba en vigor. No hacía libre a la mujer<sup>89</sup>. Esta situación era un bucle jurídico patriarcal y político que hacía rea de presidio a la mujer, en la familia de su exmarido.

Este marco matrimonial y familiar propiciaba que la disolución de los matrimonios fuese, en la práctica, una facultad libre y unilateral mayoritaria de los ciudadanos varones. Este poder patriarcal generaba casos de abusos y explotación de las mujeres. Sabemos por Cicerón que algunos padres de familia intentaban forzar el divorcio unilateral de sus hijas para casarlas en segundo matrimonio con maridos más ricos<sup>90</sup>. Y, según Plutarco, no era infrecuente el préstamo de esposas para procrear herederos y el repudio unilateral masculino<sup>91</sup>.

Esta situación comenzó a evolucionar de forma paulatina en los dos últimos siglos de la República. Los cambios de las costumbres familiares, la protección de los vínculos de sangre familiares sobre los agnaticios<sup>92</sup>, la lucha de la mujer por liberarse de la tutela masculina<sup>93</sup> y adquirir derechos privados, la decadencia del matrimonio *cum manu* y la aceptación social y el éxito progresivo del

---

<sup>89</sup> Gayo, *Inst.* 1, 141.

<sup>90</sup> Cicerón, *Retorica C. Herennium*, 2, 38:

*FIILIAFAMILIAS*: “.... *nam si inprobum esse Cresphontem tu existimas cur me huic locabas nuptiis?*”

*PATERFAMILIAS*: “... *divortio te liberabo incommodis*”.

<sup>91</sup> Plutarco, *Cat. Mi.*, 1, 25, 1-5.

<sup>92</sup> El pretor otorgaba la *Bonorum possessio* de acuerdo con la equidad y probablemente teniendo en cuenta los vínculos cognaticios familiares sobre los agnaticios, Cicerón, *Part.* 28, 96; *Cluent.* 60, 165. Daza Martínez J. y Rodríguez Ennes L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 489-490.

<sup>93</sup> Gayo, *Inst.* 1, 115; 1, 171.



matrimonio *sine manu*<sup>94</sup> crearon un nuevo escenario jurídico más libre para la *materfamilias* – esposa. Con este tipo de unión laica y más igualitaria, ésta no perdía sus vínculos hereditarios con la familia de origen y su régimen económico matrimonial se regía por un régimen de separación de bienes<sup>95</sup>.

En este nuevo contexto social, el matrimonio *cum manu* se celebraba cada vez en menos ocasiones. Si creemos a Volterra “all’epoca di Tiberio, non ha lasciato alcuna traccia sulla concezione del matrimonio che troviamo esistere presso i giuristi classici<sup>96</sup>”. Liberada la mujer de la *manus maritalis*, el divorcio libre consensual y bilateral de los cónyuges ganaba protagonismo. Así, según Cicerón, Marco Antonio inició un repudio unilateral frente a su mujer, pero finalizó probablemente con un acuerdo de divorcio, “... *cum mima fecit divortium*<sup>97</sup>”.

En el siglo I a. d. C., el repudio unilateral masculino fue muy frecuente para colmar los intereses y las ambiciones políticas y económicas de las élites políticas y militares<sup>98</sup>. Frente a esta tendencia, sin embargo, va surgiendo también el repudio unilateral femenino. La iniciativa y la participación de la esposa en el proceso fáctico y privado de disolución de su matrimonio se fueron consolidando como facultades libres e independientes de las

---

<sup>94</sup> Kaser M., *Derecho Privado...* cit., p. 577.

<sup>95</sup> Fernández de Buján A., *Derecho Romano*, ed. 2024, Madrid, pp. 181-182.

<sup>96</sup> Volterra E., *Matrimonio...* cit., p. 757.

<sup>97</sup> Cicerón, *Philippicae*, II, 69.

<sup>98</sup> Fayer C., *La familia romana...*, cit. pp. 96-112.

matronas. Estas importantes prerrogativas femeninas fueron aceptadas muy lentamente por las familias y la sociedad romana.

Cicerón comentaba que Valeria esperaba el retorno de su marido de las provincias, para notificarle su voluntad expresa de repudio y su intención de divorciarse de él:

*“Paula Valeria Soror Triari, divortium sine causa, quo die vir e provincia erat, fecit nuptura es D. Bruto” (Epistulae ad Familiares, 8, 7), (50 a. d. C. aprox.).*

El Arpinate admitía también la libertad de divorcio sin culpa de la mujer. Si una esposa hubiese enviado repudio a su marido y la ruptura matrimonial fue por causa de sus conductas reprobables, éste no tendría derecho a retener parte del patrimonial dotal para los hijos que permaneciesen bajo su patria potestad:

*“Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium misit, tamen pro liberis nihil oportet”<sup>99</sup>*

Por su parte, Terencia, esposa *sine manu* de Cicerón decidió poner fin a su matrimonio. Tal vez, el exilio y la precaria situación económica y política de éste fueron importantes motivos de su repudio y divorcio<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Cicerón, *Top.*, IV, 19.

<sup>100</sup> Coré Ferrer A., “La mujer romana y el ejercicio del poder a través del control de las finanzas”, en *POTESTAS*, n. 7, 2014, pp. 15 - 25.

Unos años después, ya en el Principado, Mesalina se divorció unilateralmente de Claudio. Ella fue muy valiente. Tomó la iniciativa, repudió de forma tácita a su marido y emperador y contrajo nuevas nupcias con Caio Silio:

*“... quod nuptiis Quas Messalina cum adultero Silio fecerat”,*  
(Suetonio, *Claud.* 26).

*“Nomen matrimonii concupivit... Nec ultra expectato quam dum sacrificii gratia Claudius Ostiam proficisceretur, cuncta nuptiarum sollemnia celebrat”,* (Tácito, *Ann.* 11, 26).

*“An discidium, inquit , tuum nosti? Nam matrimonium Silii vidit populus et senatus et miles”,* (Tácito, *Ann.* 11, 30).

Estos repudios libres de la mujer eran, probablemente, una práctica muy criticada por el seno de la sociedad. La renuncia a la vida conyugal por decisión libre de las matronas no debía estar muy extendida, al menos, en las clases sociales menos pudientes. El divorcio podía generar perjuicios económicos y familiares a las esposas, quienes habían entregado sus dotes y negocios matrimoniales al patrimonio y la administración paterna. La mujer romana se adaptaba generalmente a los roles patriarcales<sup>101</sup> y muchos matrimonios eran de larga duración<sup>102</sup>. Sin embargo, lo

---

<sup>101</sup> García González JJ. Y González Herrero MM., “Violencia silenciosa contra la mujer romana: conductas de control a la luz del monumento epigráfico”, en *Praxis e ideología de la Violencia. Para una autonomía de las sociedades patriarcales desde la Antigüedad*, (pp. 531-533). XXXVIII Coloquio del GIREA <https://www.persee.fr/doc/girea-0000-0000-2019-act-38-1-1375>; Fichier pdf généré le 14/03/2024.

<sup>102</sup> CIL VI 8070a (Roma); CIL 10215 (Roma); CIL 13574 (Roma); CIL 18817 (Roma);

importante y relevante, desde la óptica de la historia jurídica, era que la decisión de la mujer, tomada por sí misma, sin autorización, sin influencias jurídicas, ni por consejos ni coacciones, ni presiones fácticas vinculantes de terceros, de apartarse definitivamente de la vida conyugal y de hacer su divorcio era considerada poco a poco lícita y permitida por la sociedad. Fuese aceptada, en mayor o menor grado, o no aceptada por la ciudadanía<sup>103</sup>. En este sentido, Séneca (4 a. d. C - 65 d. C. aprox.) sostenía:

*“Numquid iam ulla repudio erubescit, postquam inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii? ... quia nulla sine diuortio acta sunt, quod saepe audiebant, facere didicerunt<sup>104</sup>”.*

Las matronas no contaban los años por el número de los cónsules, sino por la duración de sus matrimonios. El divorcio era infame, pero libre. Nada se hacía sin el divorcio. Éste era decidido sin ataduras por las mujeres, pues lo que ellas aprendieron de las viejas prácticas de los repudios patriarcales, ahora lo repiten frente a sus cónyuges, *“quod saepe audiebant, facere didicerunt”*. Las matronas actuaban con inteligencia. Preferían repudiar a sus maridos y ser criticadas como infames por la sociedad antes que ser reas de adulterio<sup>105</sup>.

---

CIL 21925 (Roma) CIL. 22657 (Roma).

<sup>103</sup> Arjava Antti, “Divorce in Roman Law”, en *ARCTOS ACTA PHILOLOGICA*, vol. XXII, (Helsinki, 1988 Helsingfors), pp. 5-6.

<sup>104</sup> Séneca, *De Beneficiis*, III, 16, 2.

<sup>105</sup> Séneca, *De Beneficiis*, III, 16, 2: *“Argumentum est deformitatis pudicitia. Quam*

Los comentarios mordaces, muchas veces exagerados, a la libertad de divorcio de la mujer también fueron frecuentes en las obras de comediantes y satíricos. Marcial (40 d C. -101 d.C. aprox.) escribía en sus Epigramas:

“Más claro imposible.

Sobre las tumbas de sus siete maridos, la criminal Cloe escribió:

“Lo he hecho yo”, ¿Puede haber menos doblez?<sup>106</sup>”

También en *Epigrammaton*, 6, 7:

“*Et nubit decimo iam Telesilla viro*”

(Y ahora Telesilla se casa con su décimo marido).

También, en la etapa de la dinastía Flavia, Décimo Junio Juvenal (60 d. C. – 108 d. C. aprox.) afirmaba que una mujer había contraído matrimonio libre ocho veces en cinco años:

“*Sed mox haec regna relinquit permittatque domos*

*et flammea conterit;*

---

*inuenies tam miseram, tam sordidam, ut illi satis sit unum adulterorum par, nisi singulis diuisit horas? et non sufficit dies omnibus, nisi apud alium gestata est, apud alium mansit. Infrunita et antiqua est, quae nesciat matrimonium uocari unum adulterium. Quemadmodum horum delictorum iam euanuit pudor, postquam res latius euagata est, ita ingratos plures efficies et auidioses, si numerare se coeperint”.*

<sup>106</sup> Marcial, *Epigrammaton*, 9, 15:

“*Inscrisit tumultis septem scelerata virorum  
Se fecisse Chloe. Qui pote simplicius*”.

*inde avolat et sprete repetit vestigia lecti:*

*ornatas paulo ante fores, pendentia linquit*

*vela domus et adhuc virides in limine ramos.*

*Sit crescit numerus, sic fiunt octo mariti*

*Quinque per autumnos, titulo res digna sepulchri"*, (*Saturae*, 6, 224-235).

La Sátira es misógina y mordaz, pero pone de relieve la libertad para casarse y divorciarse de la que gozaban las matronas romanas. La mujer rasga su velo nupcial, se va libremente de casa, abandona el domicilio conyugal y su sociedad natural matrimonial queda disuelta. Juvenal afirmaba, además, que las esposas de su tiempo podían tener numerosos amantes y eran libres para divorciarse y disponer de sus bienes matrimoniales<sup>107</sup>.

También, el académico, filósofo, teólogo y escrito Tertuliano (Padre de la Iglesia, 155 d. C - 230 d. C. aprox.), desde la óptica de la ley cristiana, se lamentaba asombrado de la fragilidad de los matrimonios de su tiempo. ¿Dónde están los matrimonios vitalicios de los primeros seiscientos años de la vida de Roma? Ahora, el divorcio de la mujer es libre, un voto usual. Es casi fruto del matrimonio:

---

<sup>107</sup> Juvenal, *Saturae*, 6, 226:

*"Floralis matrona tuba, nisi si quid in illo  
pectore plus agitat ueraeque paratur harenae?  
quem praestare potest mulier galeata pudorem,  
quae fugit a sexu? uires amat. haec tamen ipsa  
uir nollet fieri; nam quantula nostra uoluptas!  
quale decus, rerum si coniugis auctio fiat"*.

*“Ubi est illa felicitas matrimoniorum de moribus utique prosperata, qua[e] per annos ferme sescentos ab urbe condita nulla repudium domus scripsit? At nunc in feminis prae auro nullum leve est membrum, prae vino nullum liberum est osculum, repudium vero iam et votum est, quasi matrimonii fructus<sup>108</sup>”.*

Este albedrío y determinación femeninos fueron conquistados no sólo a los maridos sino también a los padres de familias romanos. En la Monarquía y la República estos últimos podían controlar la vida conyugal de sus hijas bajo patria potestad y provocar su divorcio. En la mitad del siglo II d. C., el Emperador Antonino Pío intervino en favor de la mujer (bajo patria potestad paterna, o bien emancipada), y dispuso que no era necesario el consentimiento paterno para contraer matrimonio. Las hijas eran libres ahora. No tenían que obedecer las órdenes de repudio de su *paterfamilias* contra el yerno:

*“Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit<sup>109</sup>”.*

La interdicción, salvo causa grave justificada por el *paterfamilias*, fue ratificada posteriormente por Marco Aurelio (según

---

<sup>108</sup> Tertuliano, *Apologeticum*, VI, 6.

<sup>109</sup> *Sententiae Paulo*, 5, 6, 15.

la cancillería imperial de Diocleciano y Maximiano<sup>110</sup>) y, posteriormente, según Ulpiano, por Antonino Caracalla:

*“Si socer nurui nuntium miserit, donatio erit irrita, quamvis matrimonium concordantibus viro et uxore secundum rescriptum imperatoris nostri cum patre comprobatum est: sed quod ad ipsos, inter quos donatio facta est, finitum est matrimonium<sup>111</sup>”.*

Las constituciones imperiales protegían la libertad de las mujeres para casarse y divorciarse, y trataban de vetar y evitar intromisiones de los poderes patriarcales de familiares y parientes agnados varones.

Por su parte, la jurisprudencia clásica confirmó de forma reiterada la libertad del repudio unilateral de la mujer contra su marido y el poder paritario de hacer el divorcio consensual por ambos cónyuges.

Javoleno, en sus comentarios a las obras Póstumas de Labeón, sostuvo que una mujer se divorció libremente de su marido, y, por causa de unas donaciones, contrajo nuevas nupcias y

---

<sup>110</sup> CJ. 5, 17, 5 *Imperatores Diocletianus, Maximianus: “Dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filia familias ratam non haberi voluntatem divus Marcus pater noster religiosissimus imperator constituit, nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit”.*

<sup>111</sup> D. 24, 1, 32, 19, Ulpiano libro 33 ad Sabinum.



posteriormente se volvió a divorciar de él.: “*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat*<sup>112</sup>”. La iniciativa, ya existente en tiempos tardo-republicanos de Trebacio y de inicios del Principado con Labeón y Próculo<sup>113</sup>, del repudio unilateral del marido o bien del divorcio consensual partió de la voluntad libre de la mujer romana.

Según Africano, una mujer romana prometía la entrega de su dote para el matrimonio y convenía que en caso de divorcio (por repudio o consensual) se estipulase el pago de parte de aquella a terceros<sup>114</sup>. En otro caso, el jurista afirmaba que “*Titia divortium a Seio fecit*<sup>115</sup>”. Ticia repudió unilateralmente y se divorció de Seio. En la mentalidad del jurista estaba claro que, en ambos casos, las esposas romanas tenían el poder fáctico de disolver sus nupcias sin contar con la voluntad de su esposo.

Marcelo, por su lado, afirmó que una tal Mevia envió libelo de repudio a su marido Lucio Ticio. Divorciada se prometió en

---

<sup>112</sup> D. 24, 1, 64, Javoleno libro 6 ex Posterioribus Labeonis.

<sup>113</sup> D. 24, 1, 64, Javoleno libro 6 ex Posterioribus Labeonis: “*Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam*”.

<sup>114</sup> D. 24, 3, 33, Africano libro VII Quaestionum.

<sup>115</sup> D. 24, 3, 34, Africano libro VII Quaestionum

esponsales con el padre de Lucio Ticio. Posteriormente decidió enviarle repudio de esponsales y decidió casarse con otro<sup>116</sup>.

También, Paulo sostuvo la libertad de ambos cónyuges para constituir y dar vida constante al matrimonio “... *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*<sup>117</sup>”. Pero se preguntaba si una mujer, que hubiese enviado el libelo de repudio a su marido, debía restituir el dinero que recibió en donación de su marido (“... *si eadem Titio marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat*<sup>118</sup>”).

En este ambiente de permisividad y paridad matrimonial, Alejandro Severo confirmó que ya los antiguos querían que los matrimonios fuesen libres. Según su cancillería imperial, el matrimonio depende de la voluntad y de la intención continuada de los cónyuges (*affectio maritalis*). Éstos no pueden hacer depender sus nupcias de pactos de no divorciarse, ni convenir contratos promisorios de pagar futuras penas económicas por repudio o divorcio:

---

<sup>116</sup> D. 24, 3, 38, Marcelo *libri Singularum Responsorum*: “*Lucius Titius cum esset filius familias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit et dotem pater accepit: Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit: Maevia deinde repudium sponsalibus misit atque ita alii nupsit*”.

<sup>117</sup> D. 45, 1, 134, Paulo *libro 15 Responsorum*.

<sup>118</sup> D. 24, 1, 57, Paulo *libro 7 Responsorum*.

*“Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat”, ALEX. A. MENOPHILO, (223 d. C.).*

Los historiadores, los comediantes y los filósofos, los juristas clásicos y las cancillerías imperiales pusieron de relieve la libertad de la mujer para prometerse, romper sus esponsales, casarse y divorciarse de forma unilateral. Acciones que no necesitaban especiales requisitos. Todo giraba en torno a su esfera, voluntad e intencionalidad privadas e independientes. Ni el *paterfamilias* ni el tutor tenían poder para intervenir. Tampoco, los tribunales imperiales tenían competencia para juzgar, permitir o prohibir estas actuaciones.

#### IV. Conclusiones

Durante milenios, el repudio unilateral fue una potestad jurídica y fáctica de los padres de familia y de los esposos en las civilizaciones del Oriente Mediterráneo. En Roma, era frecuente culpar a las mujeres de los divorcios. Era una tacha social y una “concepción machista”:

*“Vidua autem qualis nuptiis uenit, talis diuortio digreditur. Nihil affert inreproscibile, sed uenit iam ab alio praefflorata, certe tibi ad quae uelis minime docilis, non minus suspectans nouam domum quam ipsa iam ob*

*unum diuortium suspectanda; siue illa morte amisit maritum, ut scaeui ominis mulier et infausti coniugii minime appetenda, seu repudio digressa est, utramuis habens culpam mulier, quae aut tam intolerabilis fuit ut repudiaretur, aut tam insolens ut repudiaret. Ob haec et alia uiduae dote aucta procos sollicitant, Quod Pudentilla quoque in alio marito fecisset, si philosophum spernentem dotis non reperisset<sup>119</sup>”, (Apuleyo de Madaura, 125 d. C.- 170 d. C. aprox.).*

Sin embargo, en el último siglo a. d. C. y en los tres primeros siglos d. C. surgió y se fue consolidando, de forma progresiva, la libertad de divorcio de las matronas. Las esposas decidían por sí mismas poner fin a su matrimonio. Era una cuestión de su voluntad y deseo<sup>120</sup>. Este poder era un asunto y una decisión privada femenina, sin tutelas, controles, presiones, ni manipulaciones de patriarcas, familiares y terceros. Las ciudadanas romanas y las mujeres libres del Imperio quisieron y pudieron<sup>121</sup>. Un auténtico hito y conquista, así como un grandísimo avance para la historia jurídica de la Humanidad.

---

<sup>119</sup> Apuleyo de Madaura, *APOLOGIA SIVE PRO SE DE MAGIA*, 92, 8-11.

<sup>120</sup> Lewis A., *Slavery, Family, and Status*, en *The Cambridge Companion to Roman Law*, ed. By David Jhonston, 2015, p. 168.

<sup>121</sup> En ocasiones, también, las mujeres libres peregrinas (de distintos pueblos y nacionalidades) adoptaron e imitaron la libertad de divorcio de la mujer romana. En este sentido, Diz Franco A., “El repudio de Salomé, ejemplo de vigencia social del Derecho Romano en la Corte Herodiana”, en *RGDR*, 26, 2016, pp. 17-18.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Astolfi R. *Il matrimonio el diritto romano Preclassico*, CEDAM, 2000.
- Ídem, *Il matrimonio el diritto romano classico*, CEDAM, 2014.
- Arangio -Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1954.
- Ídem, *La società in diritto romano*, ed. 2006.
- Ardesi de Tarantuviez B., “La discriminación jurídica sobre la mujer: el caso de la Antigua Atenas”, en *Revista Melibea*, vol. 3, 2009, pp. 29-41.
- Arjava Antti, “Divorce in Roman Law”, en *ARCTOS ACTA PHILOLOGICA*, vol. XXII, (Helsinki, 1988 Helsingfors), pp. 5-21.
- Buis E. J. “Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense”, en *Faventia* 25/1/2003, pp. 9-29.
- Coré Ferrer A., “La mujer romana y el ejercicio del poder a través del control de las finanzas”, en *POTESTAS*, n. 7, 2014, pp. 5-25.
- Daza Martínez J. y Rodríguez Ennes L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Diz Franco A., “El repudio de Salomé, ejemplo de vigencia social del Derecho Romano en la Corte Herodiana”, en *RGDR*, 26, 2016, pp. 1-18.
- Ídem, *Del Divorcio romano a la Sacramentalidad Tridentina*, Colex, 2024.
- Fayer C. *La familia romana, Parte terza, Concubinato, Divorzio, Adulterio*, 2005.
- Fernández de Buján A., *Derecho Romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2024.

- Fuentes Santibáñez P. "Algunas consideraciones en torno a la condición de la mujer en la Grecia Antigua", *INTUS-LEGERE HISTORIA*, vol. 6, n.1, (2012), pp. 7-18.
- García González JJ. Y González Herrero MM., "Violencia silenciosa contra la mujer romana: conductas de control a la luz del monumento epigráfico", en *Praxis e ideología de la Violencia. Para una autonomía de las sociedades patriarcales desde la Antigüedad*, (pp. 531-533). XXXVIII Coloquio del GIREA <https://www.persee.fr/doc/girea-0000-0000-2019-act-38-1-1375>; Fichier pdf généré le 14/03/2024, pp. 523-543.
- García Sánchez J. "El Divorcio: De Roma a la Edad Media", en *REDC* (1991), pp. 153-168.
- Johnston H W. *La vida en la antigua Roma*, Alianza Editorial, ed. 2022
- Jonhson H. C., "Matrimonio en el judaísmo: Tradición y retos en el contexto grecorromano", en *RIDROM*, (n.31) octubre, 2023, pp. 159-189.
- Kaser M., *Derecho Privado Romano*, ed. BOE, 2022.
- Lewis A., "Slavery, Family, and Status", en *The Cambridge Companion to Roman Law*, ed. By David Jhonston, 2015, pp. 151-174.
- López Rendo MC., "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil Español", en *RIDROM*, n. 9, 2012, pp. 249-348.
- Robleda Olis SJ., "El Divorcio Tácito en Derecho Romano", en *Analecta Cracoviensa*, VII, 1975, pp. 411-418.
- Ídem, *El matrimonio en Derecho romano*, Roma, 1976.

- Urbanik J., "Husband and wife", en *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford. 2016, p. 473-486.
- Urrutibeherty A. "Las diosas griegas del matrimonio", en *Stylos*, 8 (1999), pp. 59-86.
- Venturini C., "Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad", en *Nova Tellus*, vol. 32, n. 1, 2014, pp. 105-120.
- Volterra E., Matrimonio (dir. rom.). en *ED*. Vol. XXV, 1975, pp. 733-807.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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

|  |  |
|--|--|
| <b>Fecha de recepción:</b><br>09/02/2024   | <b>Fecha de aceptación:</b><br>19/04/2025                                  |
| <b>Palabras clave:</b><br><i>actio legis Aquiliae, actio vi bonorum raptorum</i> | <b>Keywords:</b><br><i>actio legis Aquiliae, actio vi bonorum raptorum</i> |



## PARALELISMOS Y DIFERENCIAS ENTRE LA *ACTIO LEGIS AQUILIAE* Y LA *ACTIO VI BONORUM RAPTORUM*

## PARALLELS AND DIFFERENCES BETWEEN THE *ACTIO LEGIS AQUILIAE* AND THE *ACTIO VI BONORUM RAPTORUM*

**Armando Torrent Ruiz**

Catedrático de Derecho Romano

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

<https://orcid.org/0009-0003-3702-0892>

(TORRENT RUIZ, Armando. Paralelismos y diferencias entre la *actio legis aquiliae* y la *actio vi bonorum raptorum* RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp.653-701. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

Tanto la *actio vi bonorum raptorum* como la *actio legis Aquiliae* buscan la protección de la víctima, si bien la primera protege contra los que *dolo malo* le arrebatan sus bienes por la fuerza, mientras que la segunda se dirige a castigar actos realizados con *culpa vel neglegentia*, aunque confluyen en relación con el *damnum*. Este artículo analiza las posibles semejanzas y diferencias entre estas dos acciones

### Abstract:

Both the *actio vi bonorum raptorum* and the *actio legis Aquiliae* seek the protection of the victim, although the former protects against those who *dolo malo* took his property by force, while the latter is aimed at punishing acts carried out with *culpa vel neglegentia*, although they converge in relation to the *damnum*. This article analyses the possible similarities and differences between these two actions



El planteamiento del tema me remonta a mi primer año de estudiante de Derecho en el curso 1958-59. La enseñanza del Derecho Romano estaba a cargo del Prof. D. Pablo Fuenteseca que en los exámenes solía poner una pregunta del tipo que formulo en esta sede, en aquellas ocasiones comparando –y diferenciando– figuras de obligaciones y contratos. Hoy traslado este mismo planteamiento, esta vez a dos figuras procesales, que especialmente los juristas severianos presentan con este aspecto bifronte sobre una base común: la represión penal de los delitos de las *familiae publicanorum* que ejecutaban inmisericordes los bienes de las víctimas, deudores fiscales que no podían pagar por falta de numerario o se resistían al pago de impuestos cuya recaudación se encargaba a las potentísimas *societates publicanorum*. En este sentido tanto la *actio legis Aquiliae*<sup>1</sup> (en adelante, *actio leg. Aq.*) como la *actio vi bonorum raptorum* (en adelante, *actio vi bon. rapt.*) son dos aspectos de reglas penales referidos en Roma al derecho de daños<sup>2</sup>.

La *actio leg. Aq.* se puede analizar desde múltiples puntos de vista; sabemos que es una ley fundamentalmente penal y también tiene carácter penal la *actio vi bonorum raptorum*, en la que algunos autores –sin gran firmeza– advierten concurrencia con la *actio leg. Aq.*, en mi opinión siguiendo una vía iniciada por Cicerón (en adelante, “Cic.”) en *pro Tullio* 3.7; 4.8, y seguida en §§ severianos

---

<sup>1</sup> Vid. en general A. TORRENT, *Ad legem Aquiliam*. I. *Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa* (Madrid 2019); II. *Estudios procesales*. I, Madrid 2021.

<sup>2</sup> Cfr. T. FINKENAUER, *Pönale Elemente der “lex Aquilia” en Ausgleich oder Busse als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart*. *Symposium Hausmaninger*, Wien 2017, 35 ss.

cuya lectura me sugirió posibles paralelismos, dejando ver asimismo divergencias entre las acciones, por un lado aquilianas y, por otra, represoras del delito de los *bono rapta*.

La *actio vi bon. rapt.* es relativamente moderna y las primeras noticias la señalan apta para reprimir la *rapina*, como figura o tipo autónomo de delito, consistente *prima facie* en el robo con violencia, en el que se destacan dos características fundamentales: *damnum* ejecutado por bandas armadas *vi et dolo malo*. Fue introducida en el ordenamiento jurídico romano en el edicto del pretor Marco Varrón Lúculo en el 76 a. C., culminando a finales de la República una larguísima etapa de evolución del derecho penal romano que siguió evolucionando en las épocas clásica y justiniana, reprimiendo el robo con violencia que los juristas encuadraron en la *rapina*<sup>3</sup>, uno de los delitos contra la propiedad ajena ejecutados con violencia, que tiene claras conexiones con el *furtum*:<sup>4</sup> *rapina tenetur etiam furti*, de modo que por simplificar, un sector importante de la romanística partiendo de Gayo 3.209 y teniendo en cuenta el *damnum*, entiende la *rapina* como hipótesis agravada de *furtum*<sup>5</sup>, destacando la concurrencia entre la *actio furti* y la *actio vi bon. rapt.* Este sector

---

<sup>3</sup> Cfr. U. EBERT, *Die Geschichte der Edikts "de hominibus armatis coactisve"*, Marburg, 1968; M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969; L. VACCA, *Ricerche in tema di "actio vi bonorum raptorum"*, Milano, 1972; M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª ed., München, 1971, 626 ss.

<sup>4</sup> A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos entre la "actio legis Aquiliae" y la "actio furti"*, en *RIDROM*, 26, (2021) 1-63 (revista electrónica publicada por la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano: [www.ridrom.es](http://www.ridrom.es)); ID., *Ad legem Aquilianam II. Estudios penales y procesales*, Madrid, 2021, 73-103.

<sup>5</sup> A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, 993.

doctrinal va más lejos porque llega a insistir en la concurrencia, derivación y paralelismo entre la *actio vi bon. rapt* y la *actio leg. Aq.*

La posible conexión entre estas dos acciones es lo que trato de dilucidar en este estudio, y en mi opinión no existió en el ordenamiento romano; por el contrario, sí parece haber clara concurrencia entre la *actio furti* y la *actio leg. Aq.*, entremezclándose problemas de culpabilidad y antijuridicidad.

A mi modo de ver, me parece discutible la concurrencia *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.*, aunque ambas se sitúan en la senda de represión del apoderamiento de cosas ajenas arrebatando la posesión a su propietario, pero con una diferencia fundamental: *vis* y *dolo malo* en el caso de los *bona rapta*, *culpa-neglegentia* en el caso de responsabilidad aquiliana, siendo el *damnum* ilícito el punto de conexión entre ambas acciones<sup>6</sup>. Ello plantea el vidrioso tema de la función de la *iniuria* en ambas acciones que la *lex Aq.* identifica con *occidere* (cap. I *lex Aq.*: Gayo D. 9.2.2 pr.; Gayo 3.219<sup>7</sup>), *urere*, *frangere*, *rumpere* (cap. III) dando lugar a que en clave histórica algunos intérpretes entendieran que podía haber contraposición entre una

---

<sup>6</sup> El problema del *damnum* sin embargo creo que tiene un diverso contenido en la *actio leg. Aq.* y la *actio vi bon. rapt.*, tema que merece un estudio en cada caso, que espero poder publicar pronto.

<sup>7</sup> Vid. con lit. TORRENT, *Más sobre Gayo 3.219: si quis corpore suo damnum, dederit, en Ad legem Aquiliam. I. Estudios sustantivos: "culpa, "damnum" "causa"*, Madrid, 2019, 129 ss.; ID., *Momento de la "aestimatio damni" para el cálculo del resarcimiento del "damnum". La discordancia entre quo plurimum in eo anno fuit (Gayo 3,210 y D 9.2.2 pr. e "in diebus XXX proxmis" (Gayo 3.210; Ulp. D. 9.2.27.5), ibid. 161 ss.*

originaria responsabilidad objetiva basada en el *membrum ruptum* y *os fractum*, y una posterior responsabilidad subjetiva basada en la *culpa*, predicando en todo caso el carácter originario de la *iniuria*, que desembocaría en la responsabilidad por dolo que permitiría a la jurisprudencia tardo-republicana diferenciar entre responsabilidad dolosa por un lado, y culposa por otro, siendo la responsabilidad dolosa la única tenida en cuenta en el comúnmente denominado “edicto de Lúculo”<sup>8</sup> (en adelante, “edicto de Luc.”), mientras que la culposa (que la doctrina posterior a Roma llamará extracontractual) será regulada en el campo aquiliano<sup>9</sup>.

La doctrina plantea una contraposición entre antijuridicidad y culpabilidad, que se diferenciaría a finales de la época republicana, entendiéndose Kunkel<sup>10</sup> que la *iniuria* es “die objektive Bindung des Verschuldenmoments,” y Beinart<sup>11</sup> que la *iniuria* es “the point of contact” con la noción de *culpa*.

No voy a entrar en las premisas dogmáticas sobre la escisión entre antijuridicidad y culpabilidad en la doctrina alemana de la segunda mitad del s. XIX que ha sido bien analizada por Maria Floriana Cursi<sup>12</sup>, y desde luego no es tema que sea tangencial en esta

---

<sup>8</sup> Atestiguado en Cic. pro Tull. 3.7 y sobre el cual volveremos más abajo.

<sup>9</sup> Vid. con lit. TORRENT, *Ad leg. Aq. I*, 21 ss.

<sup>10</sup> W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, en ZSS 49,(1929) 163.

<sup>11</sup> B. BEINART, *The relationship of “iniuria” and “culpa” en la lex Aquilia*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 279 ss.

<sup>12</sup> M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antijuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 5-8.

sede, porque sostengo que el *damnum* es el único elemento común entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.*, con la gran diferencia que el *damnum* es doloso en la primera y culposo en la segunda, por lo que advierto divergencias entre ambas.

La represión de la violencia mediante actos ilícitos contra las personas y las cosas tiene una larguísima historia en Roma, siendo expresamente recogida en las XII Tab., que reprimían tanto las heridas y agresiones a las personas (*membrum ruptum, vulneratio, occisio*) como los ataques a la propiedad ajena (*furtum* en sus numerosas variantes: *manifestum, nec manifestum, prohibitum, oblatum*).

La *actio furti* y la *actio leg. Aq.* tienen muchos puntos de contacto desde la promulgación del plebiscito aquiliano en el 286 a. C.. Como delito privado, la *lex Aquilia* sancionó en un *iudicium privatum* los daños ilícitos contra las personas (*vulneratio, occisio*) y las cosas ajenas: robo, menoscabo de su valor (el famoso caso de la muerte de un caballo que inutiliza la *quadriga*, o la muerte de un cómico que inutiliza una compañía de teatro); en el 82 a. C. la violencia vuelve a ser reprimida, esta vez como objeto de un *iudicium publicum* con la *quaestio de sicariis et veneficiis*<sup>13</sup> ante el grave peligro de atentados contra las personas, muchas veces con resultado de muerte, ejecutados por bandas de asesinos y

---

<sup>13</sup> TORRENT, *Concurrencia y paralelismos entre la "actio legis Aquiliae" y la "quaestio de sicariis et veneficiis"*, en *Ad legem Aquiliam.*, II. 159 ss.

envenenadores. Con mayor apremio, en el 76 a. C. se delinea mejor aquel tipo delictivo, ahora concretado en ataques violentos contra la propiedad privada (esto es, robos con violencia), introduciendo el pretor M. Lúculo la *actio vi bon. rapt.* que reprimía el arrebatamiento violento de bienes ajenos<sup>14</sup>, probablemente realizado por bandas de esclavos armados<sup>15</sup>, cuando no de hombres libres bandoleros en situaciones de extrema violencia social como destacan Diodoro Sículo<sup>16</sup> y Columela<sup>17</sup>, bandolerismo que traía una larga historia de represión jurídica que se fue delineando con el progresivo afinamiento del concepto de *damnum* en las fuentes literarias<sup>18</sup> y jurídicas.

El concepto de *damnum*<sup>19</sup> está presente tanto en la represión aquiliana como en el edicto de Luc., pero con distinta cualificación jurídica en cada caso. Parece haber unanimidad en la doctrina en que el *damnum* genéricamente significaba cualquier disminución patrimonial que sufría un ciudadano como consecuencia de una acción lesiva llevada a cabo por otro<sup>20</sup>, precisando el edicto de Luc.

---

<sup>14</sup> Vid. L. VACCA, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano. I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, en *Studi ec.-giur. Cagliari*, 45, 1965-68, 521 ss; BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, en *Studi Grosso*, I, Torino, 1968, 123 ss.

<sup>15</sup> Vid. U. CICOTTI, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino, 1900, 181 ss. (reed. Udine, 1940, 275).

<sup>16</sup> Diod. Sic. 34.4.

<sup>17</sup> Colum., *Rei retor.* I, 1.20.

<sup>18</sup> Vid. VACCA, *Ric. rapina*, cit., 8 nt. 12.

<sup>19</sup> Vid. detalladamente las fuentes *ad hoc* en D. DAUBE, *On the Use of the Term "damnum"*, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 145; D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, en *ZSS* 85, 1968, 173 ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar, 1867, 95 ss; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e*

la actividad delictiva cuando se producía por bandas armadas de esclavos, y más específicamente por las *familiae* de los *publicani*, que arrebatában violentamente sus bienes a los ciudadanos en cualquier lugar en que se hubiera implantado la hegemonía romana, tanto como usureros para cobrar sus créditos como también en su calidad de arrendadores de impuestos, como documenta Cic. en *in Verr.*<sup>21</sup> describiendo el contenido del término *damnum*.

La *actio vi bon. rapt.*, viene mencionada en Gayo 3.209 y en §§ de otros juristas que los comisarios justinianos situaron en D. 48.7 bajo la rúbrica *Ad legem Iuliam de vi privata* y en el título D. 47.8 *de vi bonorum raptorum et de turba*<sup>22</sup>. La *rapina* era un robo cualificado por su ejecución con violencia, que completaba las previsiones de la *actio furti*, como también iba completando las de la *actio iniuriarum*<sup>23</sup>, que desde un punto de vista histórico-jurídico iba ensanchando las perspectivas del derecho penal romano, el cual había recibido un impulso formidable con las *quaestiones perpetuae* promulgadas por Sila en el 82 a. C. que reprimían los delitos públicos, aún no claramente deslindados de los delitos privados.

---

*dottrinale*, en *Enciclopedia del diritto* (cur. E. Pessina) I, Milano, 1902; reed. Roma, 1976, 269 ss.

<sup>21</sup> Vid. los respectivos §§ en VACCA, *loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> Sobre la correspondencia de los títulos con la correlativa articulación de los fragmentos contenidos en cada título, v. en general las contribuciones recogidas en J. B. FREDOUILLE et al. (eds.), *Titres et articulations du texte dans les oeuvres antiques. Actes du colloque internationale de Chantilly, 13-15 décembre 1994*, Paris, 1997.

<sup>23</sup> Cfr. A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos entre la "actio legis Aquiliae" y la "actio ex locato"*. *Apuntes sobre la conexión con la "actio iniuriarum"*, en *Ad leg. Aq. cit.*, II, 103 ss.

Tanto la *actio vi bon. rapt.* en el campo de los *iudicia publica*, como la *actio leg. Aq.* (enormemente ensanchada en la *interpretatio* jurisprudencial y en la *iurisdictio* pretoria) en el de los *iudicia privata* son ejemplos de acciones penales pretorias, como lo eran también la *actio leg. Aq.*, la *actio de effusis vel deiectis*, la *actio de positis vel suspensis*, la *actio de sepulchro violato* “and many others”, dice Zimmermann<sup>24</sup>.

Este autor encuadra<sup>25</sup> la *actio vi bon. rapt.* entre las acciones mixtas penales y reipersecutorias<sup>26</sup> que ya había enunciado Paulo, y por tanto previstas por la jurisprudencia severiana, aunque parece dudar de su clasicidad<sup>27</sup>, pues se pregunta “did the classical lawyers use the term *actio mixta*”?<sup>28</sup> a la vista de que además había otros remedios generales que los juristas utilizaron como acciones puramente reipersecutorias para enjuiciar daños específicos, como la *condictio ex causa furtiva*, de modo que el propietario de una cosa robada podía valerse además de la *actio furti*, de otros remedios que tienen en cuenta la *reivindicatio* para recuperar la cosa robada (IJ. 4.6.17). Entiende así Zimmermann la *reivindicatio* como dirigida a un

---

<sup>24</sup> R, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 915.

<sup>25</sup> ZIMMERMANN, *Law of Obl.*, 920.

<sup>26</sup> Vid. sobre el problema de las acciones mixtas –penales y reipersecutorias–, H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty*, en *BIDR*, n. s. 24, 1982, 28 ss.; ID., *Gaius, Theophilus and Tribonian and the “actiones mixtae”*, *Studies J. A. C. Thomas*, London, 1983, 4 ss.; TORRENT, *Ad leg. Aq. II*, cit., 62 ss.

<sup>27</sup> ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 919 nt. 114.

<sup>28</sup> Este problema sigue siendo discutido; vid. D. LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, en *INDEX 1*, 1970, 143 ss.



efecto reipersecutorio<sup>29</sup>, y desde luego parece evidente que para reparar el robo en cualquiera de sus variantes concurrían diversas acciones.

Paul. (22 *ad Ed.*) D. 47.8.1: *vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continuetur, poena autem tripli est.*

Gayo 3.209. *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti, quia enim magis alienam rem invito domino <con>tretrat quam qui <vi> rapit? Itaque recte dictum est eum improbum furem esse. sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est annum quadripli <actio>, post annum simpli, quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.*

El texto de Paulo señala que la pena debe ascender hasta el cuádruplo del valor de la cosa arrebatada, mientras que el de Gayo también reconocía el cuádruplo y dentro del año de la violencia el *simplum*. Paulo expresamente y Gayo implícitamente destacan el carácter mixto de la acción, pudiendo advertirse el carácter penal en la condena *in quadruplo* que con toda seguridad excedería obviamente del valor real de la cosa robada con violencia. Kaser entiende clásica esta consideración de la acción aunque tradicionalmente se entendía postclásica<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 941 .

<sup>30</sup> Vid. M. KASER, *Das römische Privatrecht. II. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2ª ed., München 1975, 429.

¿Dónde está la conexión entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.*? Sabemos que la *actio vi bon. rapt.* se introdujo a finales de la República; también sabemos, y es evidente, que al menos desde los *veteres* del s. II a. C. se venía produciendo una vigorosa *interpretatio* ampliatoria de los *verba legis Aq.* El problema que trato de afrontar es si en algún momento pudo haber concurrencia de acciones entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.* o más bien divergencias.

Refiriéndose a la *actio vi bon. rapt.* Vacca<sup>31</sup> había rastreado el ámbito originario del edicto de Luc. y su conexión con la *lex Plautia de vi*, de fecha insegura (quizá del 78 a. C.)<sup>32</sup>, que siguiendo la huella de las *quaestiones* creadas por Sila cuatro años antes, instituyó por primera vez un tribunal permanente (*quaestio*) para juzgar el *crimen vi* reprimiendo una serie de hipótesis de violencia tanto contra las instituciones públicas y atentados que ponían en peligro la paz social, como contra el arrebatamiento violento de los bienes ajenos; precisamente en tal trasfondo pronto fue aplicado el edicto de Luc. a los *publicani* y *familiae publicanorum*. La importancia de esta *lex Plautia* estriba en que declaró no aptas para la *usucapio* las *res vi possessae*, confirmado más tarde por una *lex Iulia de vi privata* como se desprende de Gayo 2.45. Asimismo no dejaba de advertir Vacca la conexión de la *actio vi bon. rapt.* con el interdicto de *vi armata*<sup>33</sup>, por lo

---

<sup>31</sup> VACCA, *Ric. rapina*, cit., 521 ss.

<sup>32</sup> Cfr. TORRENT, s. h. v. en *Diccionario de derecho romano*, Madrid 2005, 619.

<sup>33</sup> Sobre el procedimiento interdictal vid. G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. I. *Premesse di metodo*. I *cosidetti rimedi pretori*, ed. litograf.,

que además de los contrastantes estudios de Ebert y Balzarini considera Vacca que siguen subsistiendo problemas “in sombra”.

Vacca pone en relación las sucesivas providencias *de vi* con la presencia en Roma, en los territorios y en las provincias, de enormes masas de esclavos constituidas por los prisioneros de guerra. Las conquistas territoriales de Roma a su vez favorecieron los latifundios que eran explotados por enormes masas de esclavos, objeto de maltrato y vejaciones, que con alguna frecuencia debieron organizarse en grupos de bandidaje y extorsiones (*hominibus armatis* integrados en las *familiae publicanorum*, quienes con violencia se dedicaban al *furtum* realizando actos *de vi*), que encontramos en las menciones de los antiguos como podemos advertir leyendo Cicerón, Salvio Juliano, Paulo y Ulpiano.<sup>34</sup>

Cic. *pro Tullio* 3.7: *Iudicium vestrum est, recuperatores quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve annum datum esse M. Tullio. Eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum.*

---

Bologna, 1965, 142 ss.

<sup>34</sup> La *vis* es un concepto de una extraordinaria amplitud que fue siendo cada vez mejor perfilada jurídicamente, y Ulpiano tenía una aguda concepción de la misma que fue siendo reprimida de muy distintos modos a través de las correspondientes acciones en la evolución de la jurisprudencia romana; cfr. H. NIEDERMEYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre vor der "vis"*, en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, 193 ss.

Paul. (22 *ad Ed.*) D. 47.8.1: *Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum, et vi bonorum raptorum in quadruplum; sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti; si ante actum furtum est, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est consequatur.*

Ulp. (56 *ad Ed.*) D. 47.8.2 pr.; *Praetor ait: "si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse: dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo, ítem si servus fecisse dicatur, iudicium dabo, in dominum iudicium noxale dabo.*

Para que fuera ejercitable el nuevo *iudicium* Cic. lo presenta dirigido contra una actuación delictiva ejecutada *dolo malo hominibus armatis coactisve, damnum datum* sancionado con una pena al cuádruplo, requiriendo Ulpiano *damnum* y *bona rapta*, señalándose en cada § un diferente tipo de proceso para la represión de la *rapina*; en Cic. el proceso lo llevan los *recuperatores*, mientras que en Ulpiano es el pretor quien tiene la facultad de *dare iudicium*.

Durante el s. XIX algún sector de la romanística (Cramer<sup>35</sup>; Cohn<sup>36</sup>) había pensado que esta discordancia era debido a la existencia de dos edictos sobre la *rapina*, o dos distintos edictos de

---

<sup>35</sup> A. W. CRAMER, *M. Tulli Ciceronis orationis pro Tullio fragmentum ineditum*, en *M. Tulli Ciceronis orationem pro Scauro, pro Tullio, pro Flacco partes ineditae cum scholiis ad orationem pro Scauro idem ineditis, cum emendationibus et commentariis*, Kiliae, 1816, 55-80.

<sup>36</sup> M. COHN, *Zum römischem Vereinsrecht*, Berlin, 1873, 207 ss.

Luc. Según Cohn, Cic. habría reportado únicamente el primer edicto sobre el tema, existiendo un segundo posterior y siendo más tarde ambos unificados por los clásicos, versión asumida por los justinianeos.

Sin embargo, una doble versión edictal *de vi armata* no parece que sea una explicación satisfactoria como se desprende de Voigt,<sup>37</sup> Karlowa<sup>38</sup>, Kniep<sup>39</sup>, y modernamente Balzarini<sup>40</sup>.

Para enmarcar el edicto de Luc. es necesario conocer su época (76 a. C.). El último siglo de la República fue la época del tránsito de la República al Imperio, o mejor, al Principado, fijado convencionalmente por romanistas e historiadores en el 27 a. C. cuando Augusto renuncia a todos los poderes que el Senado y el pueblo romano le había ido concediendo, primero para acabar con los asesinos de César, e inmediatamente después asumiendo la dirección absoluta del Estado, postulándose por tener *par potestas* con los otros magistrados, pero *primus* en *auctoritas*. Con Augusto se produjo una subversión de las viejas instituciones republicanas para instaurar el *princeps* un poder personal anulando el equilibrio de los poderes constitucionales repartidos entre el Senado los magistrados y las asambleas populares. Bajo el velo de restaurar la República el nuevo régimen instaurado por Augusto que no era otra cosa que

---

<sup>37</sup> M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1890, 720 ss.

<sup>38</sup> O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1337 ss.,

<sup>39</sup> F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius*, Jena, 1917, 88 ss.

<sup>40</sup> BALZARINI, *Ric. danno viol.*, cit., 3 ss.,

una monarquía encubierta<sup>41</sup> que llegará al Imperio Absoluto con Diocleciano y de ahí la distinción entre Principado y Dominado.

En realidad, la República había ido precipitándose hacia su extinción en las últimas décadas del s. II a. C. con las abortadas reformas democráticas emprendidas por los famosos tribunos de la plebe Tiberio y Cayo Sempronio Graco en los años 133 y 123 a. C. que suscitaron extraordinarias turbulencias sociales y políticas<sup>42</sup> de todo tipo entre *optimates* y la llamada *factio popularis* reverdecidas en época de César a mediados del siglo I a. C. En las dos primeras décadas de este siglo dominaron las luchas por el poder entre Mario y Sila finalizadas con la dictadura de Sila que emprendió una feroz reacción conservadora cerrando en falso la inestabilidad política, pero al menos Sila trató de asegurar la seguridad pública y privada, poniendo los medios para defenderlas. Pese a ello no había sido suficiente la silana *quaestio de sic. et ven.* cuyo eje había sido la punición de la muerte violenta de hombres libres y esclavos ejecutada por bandas armadas, por lo que Lúculo, para preservar la paz social, tuvo que promulgar el *edictum de hominibus armatis coactisve* que validaba la *actio vi bon. rapt.*, que en mi opinión no fue una medida indirecta sino al contrario directísima.

---

<sup>41</sup> A. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Madrid, 2008, 343.

<sup>42</sup> Cfr. A. TORRENT, *Partidos políticos en la tarda República: de los Gracos a César (133-44 a. C.)*, en *RIDROM*, 8, 2012, 19-80.

Ya he dicho en otra parte que desde finales del s. II a. C. y a lo largo del I hasta el 27 a. C. en que se inicia la *pax Augusta*, Roma se vio envuelta en espantosas crisis políticas: el problema itálico<sup>43</sup> que provocó la Guerra Social del 90 a. C., la presencia en Roma de bandas armadas,<sup>44</sup> las guerras serviles, la guerra de Espartaco, las guerras civiles, los dos triunviratos, las dictaduras de Sila y César, circunstancias sociales, económicas, ideológicas, la ascensión del *ordo equester*; en el plano jurídico los frustrados intentos de codificación de Pompeyo y César, circunstancias a las que se añadía la carencia de hombres de Estado con la clarividencia suficiente para poner en primer plano y resolver los gravísimos problemas que asolaban la República poniendo sus ambiciones personales por encima de cualquier otro interés<sup>45</sup>: todo esto logró que los ciudadanos perdieran la confianza en sus propias instituciones.

De esta gran crisis de la República se salvó el estudio del derecho, que dio un gran salto adelante en el s. I a. C. con el gran Quinto Mucio Scaevola con sus 18 *libri iuris civilis* escritos *generatim*, Aquilio Galo que sistematizó la *actio de dolo*, Servio Sulpicio Rufo con sus 180 *libri iuris civilis* y los inmediatos *auditores Servi*,

---

<sup>43</sup> TORRENT, *Der. publ. rom.*, cit., 345-346.

<sup>44</sup> Bandas generalmente constituidas por esclavos. Combatir estas bandas que ponían en jaque el orden público y la seguridad de los ciudadanos fue objeto del edicto de Lúculo como informa Cic. *pro Tull.* 4, 8: *...hoc iudicium paupis hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. Nam cum multae dicerentur in agris longisquis et pasvis armatae esse caedesque facere, cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum sed ad summam rem publicam pertinere diceretur, M. Lucullus, qui summa aequitate et siapietia ius dixit, hoc iudicium composuit...*

<sup>45</sup> TORRENT, *Der. publ. rom.*, cit., 344 .

especialmente Ofilio que escribió *plurimos libros de iure civili*<sup>46</sup> siendo el primero que reordenó y sistematizó el *Edictum praetoris*<sup>47</sup>, Aufidio Namusa con sus 140 *libri iuris civilis*.

En este contexto, dice Vacca<sup>48</sup>, el edicto de Luc. se presentaba como reacción encomendada a la *iurisdictio praetoria* en garantía del orden público con un preciso contenido político-social que respondía plenamente a las exigencias de su tiempo.

Con la instauración de la *pax Augusta* que restableció la autoridad del Estado y la normalización de los negocios sociales, el edicto de Luc. debió ser aplicado intensamente no sólo en el último siglo de la República, sino probablemente también en toda la época clásica cada vez que se presentaran problemas de *rapina*.

Los puntos comunes entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.* debieron ser advertidos por Cic., que en *pro Tullio* hace referencia expresa a la *lex Aq.*

---

<sup>46</sup> TORRENT, *Ofilius... libros de iure civil plurimos et qui omnem partem fundarent reliquit (Pomp. lib. sing. Ench.) D. 17,2,2,44 en IVRA 64, 2016, 287 ss.*

<sup>47</sup> TORRENT, *Ofilius nam de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, en SDHI 83, 2017, 37 ss.*

<sup>48</sup> VACCA, *Ric. rapina, cit., 58-59.*



En mi opinión, si hubo paralelismo entre ambas *acciones* debió ser compartiendo un cierto concepto de *damnum*, un *damnum iniuria datum* que se requiere en ambas acciones, aunque el concepto del tipo de *damnum* que subyacía en ambas es un concepto discutido en la romanística. Incluso la ciencia romanística distingue dos diferentes edictos de Luc. en materia de *bona rapta*, con sus correspondientes consecuencias.

Ebert<sup>49</sup> en su reconstrucción del edicto originario del pretor *M. Terentius Varro Lucullus*, teniendo en cuenta la información ciceroniana, entendió que el primer edicto se dirigía exclusivamente contra los delitos ejecutados por bandas armadas, y simplificando el problema, consideraba que si estaba prevista en el edicto la *rapina* debía averiguarse si ésta venía contenida en una cláusula específica; de ser las cosas así entiendo redundante el edicto, pues para ello ya se contaba con la *quaestio de sic. et ven.*, con lo que el problema se traslada a la consideración de la naturaleza del *damnum* como cláusula edictal específica referido tanto a los agentes: *hominibus armatis coactisve, familiae publicanorum*, como al daño: *bona rapta*.

Comparto con Ebert esta última conclusión; creo que la consideración específica del *damnum* había sido tenida en cuenta por Luc., que como veremos es la base para explicar lo que estiman algunos autores concurrencia entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg.*

---

<sup>49</sup> EBERT, *Geschichte des Edikts*, cit., 43 ss.

*Aq.*, que desde el punto de vista de su encuadre procesal implicaba la concurrencia entre un *iudicium publicum* por un lado y un *iudicium privatum* por otro para la represión de aquel robo violento.

Es cierto que los compiladores justinianos realzaron en el edicto de Luc. la situación en la que el robo violento tenía que haberse realizado *dolo malo*, lo que omitiría la aplicabilidad de la *lex Aq.*, pero esta interpretación no se compece con el relato de Cic. que en *pro Tullio* parece incluir la represión aquiliana, quizá para no dejar ningún resquicio que implicara la impunidad del robo violento que tanto atentaba contra la propiedad, seguridad de los ciudadanos y mantenimiento del orden público.

Se explica de este modo la apelación a una *actio utilis* en Gayo 3.209, que, de estimarse la concurrencia de acciones, parece apuntar a la *actio utilis legis Aq.*, pero en mi opinión es muy discutible esta conexión, porque los §§ del D. plantean siempre las cláusulas edictales luculianas referidas al *dolus malus* como elemento cualificante de la aplicación de la *actio vi bon. rapt.*, dolo incompatible con las *actiones leg. Aq.* que sancionaban los delitos basados en la *culpa-neglegentia*<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. A. TORRENT, *Previsiones aquilianas I. <Culpa> vero casu id est neglegentia en la lex Aquilia. Gayo (4 ad Ed. prov.) D. 48,9,9, en Ad leg. Aq. I, cit., 21 ss.*

Mucho más enigmática es la intervención de Salvio Juliano (Ulp. D. 47.8.2.10) que aparentemente, pero solo aparentemente, podría explicarse desde las conexiones *actio vi bon. rapt.-actio leg. Aq.*

Vacca<sup>51</sup> no admite la interpretación del edicto de Luc. que propone Ebert, pues según Vacca debe rechazarse la admisibilidad de una reconstrucción en la que el supuesto de sustracción aparece en la fase originaria junto al daño, atribuyendo Ulpiano al segundo edicto de Lúculo “l’attrapamento doloso como elemento qualificante dell’ipotesi di danno”.

Ulp. (56 *ad Ed.*) D. 47.8.4.6. *Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit, vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat: si dolo malo eius damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur. verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit. eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis; datum est vel raptum etiam non coactis hominibus: at hic de eo damno quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit vel ipse ea turba fuit.*

---

<sup>51</sup> L. VACCA, *Ric danno violento.*, cit., 7.

La interpretación de Vacca es aguda pero no soluciona el problema de la eventual concurrencia entre *actio vi bon. rapt.* y *actio leg. Aq.*, que sólo aparentemente dejaba abierta la posibilidad de aplicabilidad de la *lex Aq.* en algunos casos, que acaso pudiera ser posible al menos desde las *quaestiones* silanas (*de furtis* y *de sic. et ven.*) hasta el edicto de Luc., que desde este punto de vista encerraría la concurrencia de acciones en el período de tiempo muy corto que va de Sila a Lúculo, dado que todos los §§ clásicos son unánimes en considerar imprescindible el dolo para reclamar el *damnum* mediante la *actio vi bon. rapt.*

De este modo y como mínimo, la posible conexión entre esta acción y la acción aquiliana que deja entrever Cic. en *pro Tullio*, nos lleva a poner de relieve que el factor común entre ambas acciones es la virtualidad del concepto de *damnum iniuria datum* en cada una, con lo que el problema se traslada a averiguar si desaparece el *damnum* aquiliano primando el edictal, o si ambos concurren simultáneamente, pues en todo caso ambas eran acciones penales.

Teniendo en cuenta la información de Cic., que en *pro Tullio* parece haber pensado en el daño aquiliano, y siguiendo a Ebert, quien dictaminó que de Cic. se desprende necesariamente que el edicto de Luc. estaba encaminado a la represión de los delitos causados por bandas armadas, a mi juicio se debe averiguar si la represión de la *rapina* no fuese otra cosa que una cláusula específica prevista por Luc. ampliando lo ya conocido de la vecindad entre las

acciones penales citadas a partir de una visión cada vez más alejada del *damnum* aquiliano, o, si se prefiere, que Luc. pensaba en una visión agravada del mismo.

Para mí es indudable que la represión de los *bona rapta* tenía en cuenta en primer lugar la ejecución del *damnum* causado *dolo malo*, factor distinto del *damnum* aquiliano que requería para apreciar el *damnum* que se hubiese efectuado *culpa et negligentia*. Este último principio era enunciado por Gayo (4 *ad XII Tab.*) D. 47.9.9<sup>52</sup> que asombrosamente, pero no tiene credibilidad, parece extraer su solución de las XII Tab., mientras que Paulo (10 *ad Sab.*) D. 9.2.31 se remonta a Quinto Mucio, verdadero impulsor de un concepto de *culpa* que empezaba a tener un contenido cada vez más técnico, obviamente en estrecha relación con el *damnum*.

Por lo tanto, aunque Lúculo *introduxit* (Gayo 3.209) la *actio vi bon. rapt.*, el *damnum* era un concepto más antiguo que el *damnum* luculliano, pues había empezado a delinearse por la jurisprudencia desde la promulgación de la *lex Aq.* en el 286 a. C., cosa que por un lado plantea el problema de si la idea de *damnum* era la misma o distinta en la *actio leg. Aq.* y la *actio vi bon. rapt.*, y que por otro lado suscita la cuestión de si en tiempos clásicos la *rapina* era el arrebato doloso de uno o varios bienes ajenos efectuado por

---

<sup>52</sup> Vid. A. TORRENT, *Ad leg. Aq.* I, cit., 21 ss.

un solo individuo libre o esclavo, armado o desarmado, o por una *turba*, cuadrilla de delincuentes armados<sup>53</sup>.

Hablando de la *rapina* dice Guarino<sup>54</sup> que la última jurisprudencia clásica extendió progresivamente su configuración, de modo que su represión fue más allá de su ejecución con violencia y *dolus malus* por bandas armadas extendiéndola a cualquier tipo de violencia, incluso sin armas. A mi modo de ver el edicto de Luc. no podía ser otra cosa que un reforzamiento de las previsiones de la *quaest. de sic. et ven.* y de la *lex Plautia de vi*, y desde un punto de vista muy escéptico Vacca considera que las explicaciones de la doctrina moderna sobre el tema (primer y segundo edicto de Luc.) son de escasa atendibilidad.

Conviene que veamos aquellas explicaciones doctrinales que Vacca<sup>55</sup> sintetiza del siguiente modo; a) los que sostienen, como Savigny, Keller, Rouvier y otros autores<sup>56</sup>, que la cláusula originaria de Luc. había comprendido explícita o implícitamente la previsión de un supuesto de hecho configurable como sustracción con violencia de bienes ajenos<sup>57</sup> y que, en base a este supuesto de hecho, en el curso de la época clásica había experimentado una notable evolución que se había concretado en la superación de la necesidad

---

<sup>53</sup> L. VACCA, *Ric danno viol.*, cit., 59.

<sup>54</sup> A. GUARINO, *Dir. priv. rom.*, cit., 993.

<sup>55</sup> L. VACCA, *Ric. danno viol.*, 60.

<sup>56</sup> Vid. citas en L. VACCA, *Ric. danno viol.*, cit., 60 nntt. 22 y 34.

<sup>57</sup> Defienden esta tesis C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento*, Catania, 1960, 69.

de determinados requisitos; b) Vacca identifica otra categoría de autores, en la que incluye a Ebert, que, adhiriéndose a la misma posición por lo que se refiere a los orígenes de la *rapina*, y en esta categoría, consideran, según una interpretación particular del texto edictal y sobre la base del mismo, que a principios de la época clásica la *rapina* habría sido introducida en el *album* pretorio, en el que mediante una particular interpretación evolutiva se aisló una acción específica denominada *vi bon. rapt.* para sancionar la sustracción de bienes ajenos con violencia que no tenía que ser necesariamente ejercitada *hominibus armatis coactisve*; c) otra categoría de autores<sup>58</sup> estaría conformada por los que sostienen que la cláusula originaria del edicto de Luc. contenía la previsión explícita de dos distintos supuestos de hecho delictivos, y sobre la base de esta cláusula habrían sido concedidas a los particulares dos distintas fórmulas de acciones, de las cuales sólo la primera habría sufrido transformaciones durante la época clásica, tesis muy difundida a partir de Lenel<sup>59</sup> en su reconstrucción del edicto de Salvio Juliano, que estima que por lo que se refiere a la cláusula que define *de hominibus armatis coactisve et vi bon. rapt.*, desde Luc. habría existido una cláusula unitaria comprensiva de ambos supuestos, y que a la vista de los supuestos verificados el pretor había concedido

---

<sup>58</sup> Ph. E. HUSCHKE, *M. Tullii Ciceronis orationis pro M. Tullio quae exstant cum commentariis et excursibus*, en Inmanuel Gottlich HUSCHKE, *Analecta literaria*, Lipsiae, 1826, 185 ss.; Fr. C. v. SAVIGNY, *Über Cicero pro Tullio und die actio vi bonorum raptorum*, en ZGR, 5, 1825, 128-130 = *Vermischte Schriften* III, Berlin, 1860, 228-236; F. L. KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex*, vol. I,3 Turici, 1851, 577 ss.; J. ROUVIER, *Remarques sur l'actio vi bonorum raptorum*, en RH, 4<sup>a</sup> s. 41, 1963, 443 ss.

<sup>59</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1927, reed. Aalen, 1956, 394 ss.

una u otra de dos fórmulas distintas (*de hominibus armatis; de vi bon. rap.*), con lo que en mi opinión resolvía el problema del origen de la acción que nos interesa en una dualidad formularia, es decir, situándonos exclusivamente sobre el campo procesal; d) por último, otro sector doctrinal considera que la cláusula originaria de Luc. no tenía en cuenta para nada la previsión de la *rapina*, que habría sido introducida en una subcláusula a principios del clasicismo; en este sentido se había manifestado Mommsen<sup>60</sup>, seguido por Huvelin<sup>61</sup> y Schulz<sup>62</sup>.

Cada una de estas explicaciones son muy problemáticas y los argumentos para probarlas no despejan todas las dudas. Tampoco mencionan las posibles conexiones entre la *actio vi bon. rapt.* y otras acciones, ni sus discutibles conexiones con la *actio leg. Aq.*: sólo Rouvier se atreve a insinuar algunos apuntes a estas conexiones en su estudio<sup>63</sup> sobre la evolución histórica de la *actio vi bon. rapt.*, obviamente a su juicio y con razón muy ligada al *furtum*, pues entiende, que la primera consideración autónoma de la *rapina* respecto a la noción genérica de *furtum* se conoció a partir del edicto de Luc. Que, yo añado, tuvo que ser conocido por Cic. y desde luego por Gayo, que probablemente la tomó de algún jurista sabiniano del s. I d. C.

---

<sup>60</sup> Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1999, reed. Graz, 1955, 660 ss. Le sigue P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, en *Annales de l'Université de Lyon*, Lyon-Paris, 1915, 804. Add. autores citados en L. VACCA, *Ric. rapina*, cit. 52 nt. 37.

<sup>61</sup> P. HUVELIN, *Furtum* cit., 804.

<sup>62</sup> F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en *ZSS* 43, 1922, 219.

<sup>63</sup> J. ROUVIER, *Remarques*, cit., 394 ss.



A mi juicio, en primer lugar habría que examinar si efectivamente fueran una o dos las acciones que, a nivel conceptual, y de admitirse las dos cláusulas, sancionaría por un lado *de hominibus armatis coactisve*, y por otro *de vi bon. rapt.* La primera sería recogida en la *lex Iulia de vi privata* (¿o en la *lex Plautia de vi?*), y ésta sí que podría tener alguna conexión con la *actio leg. Aq.* (hasta ahora no demostrada). La segunda estaría conectada con el *furtum* y consecuente *actio furti*, y en ésta he tratado de poner en claro que parecen evidentes las conexiones y paralelismos con la *actio leg. Aq.* que en mi opinión pudieron ser conocidas por los *auditores Servi*, en especial por Ofilio en su *compositio edicti* que desde esta perspectiva presenta un caso evidente de concurso de acciones (*furti y leg. Aq.*)<sup>64</sup>.

Podría decirse que en el fondo las aportaciones doctrinales siguen derivándose de dos grandes líneas. La primera es la de Mommsen, defendiendo que el edicto originario de Luc. no comprendía de ningún modo una versión bifronte de la *rapina*. La imposibilidad práctica de distinguir en casos de extorsiones de bandas armadas los daños verdaderos y propios ejecutados con violencia por un lado (*vi armatis coactisve*), y por otro la sustracción o robo de bienes (*bona rapta*), podría haber constituido el factor que en la versión originaria del edicto de Luc. le habría llevado únicamente a introducir una subcláusula relativa a los *bona rapta*,<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> A. TORRENT, *Ad leg. Aq.* II, cit., 94 ss.

<sup>65</sup> Cfr. L. VACCA, *Ric. rapina*, 52.

desnaturalizándose la acción solamente en la evolución posterior a Luc. hasta el punto de comprender todo tipo de daños que abrazaban la estructuración teórica de la *vis* por un lado y los *bona rapta* por otro, reunificadas en época clásica, lo que procesalmente presenta el problema de si en época clásica eran ejercitables una o dos acciones: *actio de hominibus coactis* y *actio vi bon. rapt.*

En este sentido Perozzi<sup>66</sup> en 1928 defendía que en época clásica existían dos cláusulas edictales distintas, tesis que ya había sido apuntada por Cohn produciéndose la unificación cuando ya se había logrado un concepto técnico (restrictivo) de *damnum*. Reproduzco la reconstrucción de Cohn<sup>67</sup> que nos da idea de hasta donde había llegado la romanística de finales del s. XIX sobre la existencia de una posible doble estructura formularia de la *rapina*:

*In eum, cuius dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, intra annum in quadruplum, post annum in simplum iudicium dabo: ítem si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo... cuius ex bonis dolo malo quid (vi) raptum esse dicetur, in eum, qui id fecisse dicetur, intra annum in quadruplum, post annum in simplum iudicium dabo. ítem si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo.*

---

<sup>66</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 2ª ed., Roma, 1928, 379 nt. 6.

<sup>67</sup> COHN, *Röm. Vereinsrecht*, cit., 188

En este sentido el *dolo malo facto* constituyó el eje central sobre el que se constituyó la *rapina*, tipo delictivo distinto de los previstos en la *lex Aq.*

Al respecto Lenel en su reconstrucción del edicto trae a colación una hipótesis muy sugerente con una visión aparentemente unitaria de los dos supuestos del edicto de Luc., *vis hominibus armatis coactisve* y *bona rapta*; la reconstrucción de Lenel siguiendo muy de cerca la de Cohn suena<sup>68</sup>:

*Si cui dolo malo hominibus armatis coactisve damni qui factum esse dicetur sive cuius bona vi rapta esse dicetur, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in quadruplum, post annum in simplum iudicium recuperatorium dabo. item si servus familiae fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo.*

Esta reconstrucción fue asumida por gran parte de la doctrina<sup>69</sup> que trata la *actio vi bon. rapt.*, una de las tantas acciones que protegían a la víctima, en este caso concreto contra los que dolosamente le arrebatan sus bienes por la fuerza, confluyendo desde el punto de vista del *damnum* con la *actio furti*, y al mismo tiempo planteando (teóricamente) el tema de su posible confluencia con la *actio leg. Aq.* de la que se separaba, porque si la *actio vi bon. rapt.* se dirigía contra los actos delictivos ejecutados con violencia *dolo malo*, la *actio leg. Aq.* se dirigía a sancionar los actos furtivos

---

<sup>68</sup> O. LENEL, *Ed. perp.*, cit., 394.

<sup>69</sup> Vid. lit. en M. BALZALRINI, *Ric.*, cit., 53 nt. 40.

realizados *culpa vel neglegentia*. Ambas acciones protegían la propiedad, las conductas delictivas en ambos casos se realizaban *sine iure (cum iniuria)* pero la responsabilidad era imputada de modo distinto en cada una: *dolus malus* en un caso, y *culpa* en el otro.

La gran segunda línea doctrinal sobre la cuestión parte del enganche de la *actio vi. bon. rapt.* con la *actio leg. Aq.* que un sector de la doctrina pretende observar en Cic. *pro Tullio* 3.7 en relación con Ulp. D. 47.8.2.9-10, sector que partiendo de su comentario al edicto de Luc. centrado en las diferencias entre los distintos *damni*, declara que por encima de la *vis* está el dolo, poniendo en el dolo el elemento fundamental para ejercitar lo previsto en el edicto de Luc. mediante la *actio vi bon. rapt.* reconociendo que *etiamsi sine vi, dummodo dolo sit admissum, ad hoc edicto spectare*. En época severiana no es la *vis* la base para el ejercicio de la *actio vi bon. rapt.*, sino el dolo, lo que aleja su concurrencia con la *actio leg. Aq.*

Ulp. (56 *ad Ed.*) D. 47.8.2.9: "*Damni*" *praetor inquit: omnia ergo damna continet et clandestina. sed non puta clandestina, sed ea quae violentia permixta sunt. etiam quis recte definiet, si quid solus admiserit quis non vi, non contineri hoc edicto, et si quid hominibus coactis, etiamsi sine vi, dummodo dolo sit admissum, ad hoc edictum spectare.*

eod. 10. *Ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto: nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem, et si quid damni coactis hominibus dederit, utique etiam Aquilia poterit teneri.*

Tanto D. 47.8 como 48.7, a los que hay que añadir la información ciceroniana, presentan grandes dificultades hermenéuticas a los juristas posteriores casi hasta el s. XIX en que fueron descubiertos nuevos palimpsestos del *pro Tullio*, uno descubierto por Angelo Mai en la Biblioteca Ambrosiana; *M. Tullii Ciceronis trium orationum pro Scauro pro Tullio pro Flacco partes ineditae* (Roma, 1814), otro encontrado por Amadeo Peyron en Turín: *M. Tullii Ciceronis pro Scauro, pro Tullio et in Clodium fragmenta inedita*, (Stuttgart-Tübingen, 1824), a los que siguieron sucesivas ediciones críticas recogidas por Broggin<sup>70</sup>. Señala Balzarini<sup>71</sup> que la *oratio pro Tullio* fue pronunciada por Cic. en el curso de la fase *in iudicio* de un proceso civil basado sobre una *formula* cuya *intentio* recoge en *pro Tull. 3.7* que presenta semejanzas sorprendentes, “ma forse ancor sorprendente difformità” respecto a la que debería haber sido concedida sobre la base de la cláusula edictal recordada por Ulp. D. 47.8.2 pr. Precisamente la reconstrucción de las cláusulas edictales que pudieran eventualmente derivar de Lúculo, Cicerón, Salvio Juliano, Paulo y Ulpiano hasta llegar a Justiniano, proporcionan otro

---

<sup>70</sup> G. BROGGINI, *L'orazione per Marco Tullio. Introduzione*, en *Tutte le opere di Cicerone*, I Verona, 1964, 367 ss.

<sup>71</sup> M. BALZARINI, *Ric.*, cit., 37.

escalón más para escudriñar los orígenes históricos de la *formula* aplicada en la *actio vi bon. rapt.* y las pretendidas (pero erróneas) conexiones con la *actio leg. Aq.*

Desde luego Ulp. D. 47.8.2 pr. aparentemente puede dar cabida a dos fórmulas con distinta *intentio*, una por el robo violento, y otra por la actuación de bandas armadas, aunque también pueden acumularse en una misma acción la represión de la *vis* y de la *turba*, y digo aparentemente porque esta tesis no puede derivarse contundentemente de las fuentes, lo que plantea el problema de la duplicidad formularia, cuyas soluciones sólo pueden explicarse, como dice Balzarini<sup>72</sup>, despejando dos incógnitas: a) conociendo cual fuese la configuración de la acción; b) conociendo los textos y épocas en que se hubiera llegado a la definitiva configuración edictal recogida en el D. Para Balzarini estos aspectos del problema han sido dejados de lado por la romanística que sólo los trata incidentalmente, y todavía hoy no resueltos con suficiente aproximación aprobando únicamente la doctrina de Rouvier<sup>73</sup>.

El punto de arranque de Balzarini para resolver el problema se remonta a la información de Cic. *pro Tullio* 3.7, único autor de finales de la época republicana que suministra noticias del edicto de Luc. y de la *actio vi bon. rapt.* aportando datos de un proceso recuperatorio ante el que se lleva la fase *in iudicio*, poniendo Cic. en un plano

---

<sup>72</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio, cit.*, 24.

<sup>73</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio, cit.* 325.

superior el *dolus malus* en la represión de la actuación *de hominibus armatis*, de forma que el tenor de la *intentio* (*pro Tullio* 5.12): *...ut hoc solum in iudicium veniret, videtur ne vi hominibus coactis armatisve damnum dolo malo familiae datur...* parece anular la tesis de la duplicidad formularia en aquel ambiente de bandas armadas organizadas, tal como se expresa en *pro Tullio* 3.7, destacando en la fase *in iudicio* un daño causado al actor con dolo y violencia. Así lo estimó Broggin<sup>74</sup>, cuya traducción<sup>75</sup> de Cic. no acepta sin embargo Balzarini<sup>76</sup>, pues a su juicio no se deriva directamente del texto latino la necesidad de que los actos violentos hayan sido realizados directamente por los domésticos (*familiares*), sino perpetrados por hombres armados y organizados, de modo que el colegio recuperatorio una vez declarados ciertos los hechos violentos, debe pronunciarse sobre la existencia de un daño causado a la víctima con dolo.

No me convence tampoco esta interpretación de Broggin, pues no veo claro que Cic. se refiera a la *familia* del demandado; entiendo que los *recuperatores* deben condenar a una banda de sujetos armados y organizados, y no me parece un *crimen* específico intrafamiliar ejecutado en el seno de la comunidad doméstica con una sanción importante como es el cuádruplo del importe del daño, *taxatio* fijada por el actor, que no vincula a los *recuperatores* en su

---

<sup>74</sup> G. BROGGINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 402.

<sup>75</sup> "Per quale ammontare risulta esser stato provocato un danno a M. Tullio dall'attività dolosa dei domestici di P. Fabio per mezzo di atti violenti perpetrati da loro, armati ed organizzati"

<sup>76</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 80 nt. 8.

*aestimatio* salvo en el máximo, siendo muy elocuentes los términos utilizados por Cic. *pro Tull.* 3.7: *...eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum.* No sabría decir si la argumentación de Cic, debemos situarla en el terreno retórico, porque lo cierto es que su § constituye una auténtica lección de derecho procesal penal romano: en la audiencia anterior (*pro Tull.* 3.6), Lucio Quinzio, abogado de los delincuentes, no negaba que los hechos dañosos se hubieran producido tal como los presentaba el postulante de la parte demandada (*...nunc vero postea quam non modo confessus est vir primarius, L. Quinctius...*), tratando de mostrar en la *formula* argumentos para obtener su absolución. Por eso entiende Balzarini<sup>77</sup> que Cic. en su arenga no tenía que dedicarse a probar los hechos dañosos: éstos habían sido admitidos por el postulante de los *homines armati*, quien pretendía así que fuesen absueltos no mediante la negación de los hechos, sino mediante una interpretación jurídica de la *formula* favorable a su patrocinado.

Cicerón muestra su gran conocimiento del *ius civile* en aquel momento; además no deja de acudir a argumentos históricos en su defensa de Tulio adentrándose también en los motivos políticos (período de grandes agitaciones políticas y sociales en que pululaban violentas bandas armadas<sup>78</sup>) que están a la base de la *actio vi bon. rapt.* cuyas líneas esenciales trata de aclarar. Su alegato ante

---

<sup>77</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 326.

<sup>78</sup> Cic. *pro Tullio* 4.8: *... hoc iudicium paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. nam cum multae familiae dicerentur in agris longisque et pasquis armatae esse caedisque facere. M. Lucullus, qui summa aequitate et sapientia ius dixit, primus hoc iudicium composuit.*



los *recuperatores* consistió fundamentalmente en una defensa jurídica antes que cebarse sobre los actos delictivos concretos y punibles que además habían sido admitidos por los delincuentes, lo que explica para Balzarini que Cic. se preocupara más por la novedad de la *formula* y su contenido efectivo, novedad agigantada por Cic. que llega a declarar que las fórmulas del proceso *pro Tullio* servirían para los procesos futuros con el mismo objeto: *hoc iudicium sic expectatur ut non unae rei statui, sed omnibus constitui putetur*<sup>79</sup>. Da la impresión de que Cic. sentía gran admiración por la *compositio edicti* de Luc. pues dice en *pro Tullio* 4.8: *hoc iudicium hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. nam cum multae familiae dicerentur in agris longisque et pascuis armatae esse caedisque facere... M. Lucullus, qui summa aequitate et sapientia ius dixit, primus hoc iudicium composuit...*

En realidad, Cicerón está ensalzando el edicto de Luc., pretor peregrino en el 76 y cónsul en el 75 a. C.<sup>80</sup> del que señala que con su edicto actuó con *summa aequitas et sapientia*, frase probablemente retórica con la que quería alabar ante el colegio recuperatorio el gran mérito de Luc. con la creación de la *actio vi bon. rapt.* tan útil para reprimir los daños causados por bandas armadas y violentas, probablemente bandas de esclavos armados y en ocasiones

---

<sup>79</sup> Esta línea de texto nos es conocida a través de las glosas a Cic. *pro Tullio* recogidas en Prisc., *Ars Gramm.* II.197.15-16, y es situada por F. Schöll en este punto del discurso de Cicerón en su ed. del mismo en *M. Tullii Ciceronis scripta quae manserunt omnia*, vol. IV, Leipzig 1923, 13b.

<sup>80</sup> Puede decirse que estas fechas son indiscutibles; vid lit. en BALZARINI, *Cic., pro Tullio*, cit., 327 nt. 14.

instigados por sus propios *domini*, destacando Cic. que en estos casos, dolo y violencia, no se aplicaba la *lex Aq.*: Cic. *pro Tullio* 4.8: ... *cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum sed ad summam rem publicam pertinere videretur...* (cfr. eod. 15.36); eod. 4.9: ... *et cum sciret de damno legem esse Aquilianam*; eod. 5.10: *his temporibus cum ex bello diuturno atque domestico res in eam consuetudinem venisset ut homines minore religione armis uteretur, necesse putavit esse... iudicium dare...*

Entiendo que, ante la magnitud de esos daños que perjudicaban gravemente con dolo y violencia no sólo las *res privatorum* sino hasta la misma estabilidad de la República, reaccionó Cicerón que tenía a la vista un arsenal jurídico procesal: el medio más inmediato y adecuado que éste ofrecía para defender a la víctima del arrebato violento de sus bienes realizados por bandas armadas era la *actio vi bon. rapt.*, gran novedad del 76 a. C. en el ordenamiento jurídico romano, que se añadía a otros instrumentos procesales previstos en sucesivas *leges publicae* y *actiones praetoriae*, y entre estas últimas la represión del *furtum* por la *lex Aq.* del 286 a. C., materia que perfeccionó Luc. dos siglos más tarde.

El daño en realidad era el mismo desde las XII Tab. cuyas reglas de derecho penal fueron derogadas por el plebiscito aquiliano, como recuerda Ulp. D. 9.2.1 pr., que por primera vez delineó el daño extracontractual y su consecuente responsabilidad, protegiendo a las víctimas de los daños causados *culpa et negligentia*

diferenciando los hechos dañosos realizados *dolo malo* y los daños culposos. Esto no quiere decir que fueran intercambiables ni concurrentes procesalmente la *actio leg. Aq.* y la *actio vi bon. rapt.* por los motivos de dogmática jurídica que hemos ido apuntando, *culpa vel negligentia* en la primera y *dolo malo* en la segunda, que a su vez diferencia un *iudicium privatum* en la primera y un *iudicium publicum* en la segunda.

¿Cuál fue la importancia del edicto de Luc.? Para mí no hay concurrencia de acciones, al no haber concurrencia de tipos de responsabilidad; en el fondo lo único común es el *damnum* efectivo causado a la víctima.

Según Balzarini<sup>81</sup>, Luc. se había dado cuenta de que para la represión de los daños causados *vi armatis coactisve* no era suficiente la *actio leg. Aq.* e introdujo un nuevo *iudicium* que “pur prendendo le mosse da quest’ultima, fosse più idóneo a tale scopo... un nuovo *iudicium* come quello derivante dalla legge Aquilia dato a sanzione degli atti apportatori di danno configurando una fattispecie aggravata, onde la formula appare concepita diversamente”. Hasta aquí todo parece correcto, pero la explicación de Balzarini se apoya en diversas aporías que no comparto; ante todo, poner como punto de partida en la configuración de las acciones para exigir responsabilidad por daños las derivadas de la *lex Aq.* es antitético

---

<sup>81</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tull.*, cit., 328.

con lo que sabemos de las fases originarias de exigencia de responsabilidad, cuya primera configuración procesal, tal y como señalaron las XII Tab. (450 a. C.), exigía siempre el dolo como criterio de imputación de la responsabilidad por daños causados con violencia, por lo que el reconocimiento de la responsabilidad culposa necesariamente es posterior (286 a. C.) al criterio del dolo, de modo que las primeras acciones en protección de las víctimas por los daños sufridos sancionaron la responsabilidad dolosa. Esto explica también que las fórmulas para exigir tales responsabilidades (dolosos y culposos) tenían que ser distintas, y en la evolución posterior la doctrina admite dos fórmulas para enjuiciar los actos dolosos, una *de vi* y otro de *hominibus armatis coactisve*, precisamente porque a la altura de los tiempos ciceronianos no cabía identificación concursal de las acciones dolosas (*actio vi bon. rapt.*) y culposas (*actio leg. Aq.*).

Cicerón apunta que la *actio vi bon. rapt.* introduce un nuevo *iudicium* siguiendo el ya anteriormente previsto derivado de la *lex Aq.* (Balzarini) para sancionar los actos delictivos que implicaban un *damnum*.

En mi opinión, este *damnum* es el único factor para que el edicto de Luc. citase la *actio leg. Aq.* con el factor diferenciador de que Luc. delineó una responsabilidad agravada al ser ejecutado *hominibus armatis coactisve dolo malo*; procesalmente son diferentes el *iudicium ex lege Aq.* y el *iudicium vi bon. rapt.*, pero no veo tan

evidente como piensa Balzarini que el *iudicium ex Luc.*, derivase del *iudicium ex leg. Aq.* Tampoco creo siempre acertados los argumentos de Balzarini para explicar la diversidad formularia: a) porque la *actio vi bon. rapt.* viene conferida directamente con referencia a la *familia*<sup>82</sup>; b) requiere que el daño sea causado *vi hominibus armatis coactisve*; c) no requiere textualmente que el daño fuera causado *iniuria*<sup>83</sup>; la *actio vi bon. rapt.* requiere necesariamente el requisito del dolo; e) prevé una pena agravada; f) la decisión está confiada a un colegio de *recuperatores*.

Si hubo duplicidad formularia o no es algo que se sigue discutiendo, y la información de Cic. no me parece muy probatoria para deducir tal duplicidad, ni incluso aunque se presentara como duplicidad en la *intentio* en caso de ejercitarse ¿cómo opción? ¿cumulativamente? la *actio vi bon. rapt.* o la *actio leg. Aq.*, la cual no me parece explicación procesal oportuna, aunque Balzarini da pie para ello a partir de las noticias ciceronianas para sostener lo

---

<sup>82</sup> Supongo que a las *familiae* de ciudadanos romanos, en definitiva a toda Italia puesto que esa época ya se había extendido la *civitas romana* a todos los itálicos, y sería muy extraño que se refiriese también a los *peregrini*. Otra interpretación más alargada implica que la referencia a las *familiae* podía aludir a los grupos de esclavos armados y revoltosos pertenecientes a un mismo dueño que acaso incluso podría actuar como cabecilla de los ladrones violentos.

<sup>83</sup> La *iniuria* constituía uno de los principios rectores de la *lex Aq.*, pero el edicto de Luc., tal como lo recogió Cic., no la menciona. En mi opinión no era necesario: estaba subyacente en la *actio vi bon. rapt.*, y apurando la argumentación, su omisión sería un argumento más para el distanciamiento entre la *actio leg. Aq.* y la *actio vi bon. rapt.*, factor claramente en contra de su derivación de la *lex Aq.* Hay en contra de esta tesis únicamente un argumento sospechoso en Cic. *pro Tullio* 5.11: ... *et illam latebrans tollere: damnum iniuria...*, alusión probablemente para resaltar la gravedad del arrebato violento de bienes ajenos que en sí mismo constituía un acto antijurídico.

contrario al presentar rotundamente la derivación de la sanción de los *bona rapta* de la acción aquiliana, y de aquí vendría la duplicidad formularia que pretende Balzarini.

También presenta dificultades para sostener aquella derivación lo que sabemos sobre la *taxatio*<sup>84</sup> que presenta diferencias entre aquellas acciones, que se pronuncia de distinto modo en la *actio vi bon. rapt.* que en la *lex Aq.*

La apelación de Cicerón a la *lex Aq.* es insuficiente para establecer su concurrencia con la *actio vi bon. rapt.*; acaso podría deberse su alegato a fundarse sobre la existencia de un *damnum* en ambas acciones, o a dar una noticia histórica de que con anterioridad a Luc. los *damni* culposos eran sancionados por la *lex Aq.*, pero para establecer la concurrencia de acciones era necesario que hubiera aportado algún factor más que mostrara la diferencia evidente entre ellas, y un elemento diferenciador estribaba en la *taxatio* de la *poena* cuyo máximo en el edicto de Luc. era el *quadruplum*, mientras que en la *lex Aq.* procedía una *aestimatio damni* judicial que se fijaba en distintos momentos de la instauración del proceso<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Sobre el tema vid. A. HEFKE, *Bedeutung und Anwendung der "Taxatio" im römischen Recht*, Berlin, 1879; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1971, 242; M. KASER- K. HACKL, *Röm. Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 93 ss.

<sup>85</sup> Vid. A. TORRENT, *Previsiones aquilianas II. Momento de la "aestimatio damni" para el cálculo del "damnum". La discordancia entre "quo plurimum in eo anno fuit (Gayo*

No me parece relevante la lectura diferenciadora de Balzarini<sup>86</sup> que la *actio vi bon. rapt.* fuera de origen pretorio mientras que la *actio leg. Aq.* fuera de origen plebiscitario que en definitiva denota su origen legislativo, porque lo relevante y diferenciador en el edicto de Luc. era la presencia de dolo y que ambas acciones tenían naturaleza penal, discutiéndose si el objetivo de la instrumentación procesal de los *bona raptata* en el edicto de Luc. tuviera también carácter reipersecutorio, como también pudiera tenerlo la *actio leg. Aq.*, lo que es discutible<sup>87</sup>.

De todos modos, esta característica no me parece elemento significativo para defender la concurrencia entre ambas acciones, además de las considerables dificultades que implica incluir la *actio leg. Aq.* entre las acciones *mixtae*<sup>88</sup> tal como las delineó Paul. D. 44.7.35 pr., que de nuevo vuelve a poner en primer plano la expresión *dare damnas esto* y su fundamental carácter penal con una condena *in quadruplum* en la *actio vi bon. rapt.* de la que Balzarini extrae su derivación de la *actio leg. Aq.*, además de una cierta identificación entre ésta y la *actio vi bon. rapt.* en un pretendido

---

3.210; D. 9.2 pr.; IJ. 4.3 pr.) e “*in diebus XXX proximis* ( Gayo 3.219; Ulp. D. 9.2.27.5), en *Ad leg. Aq. I*, cit., 161 ss.

<sup>86</sup>M. BALZARINI, *Cic. “pro Tull.”* cit., 330, destaca que la *actio vi bon. rapt.* era de origen pretorio mientras que la *actio leg. Aq.* era de origen plebiscitario, pero esta diferencia en mi opinión sólo interesa para poner en claro los orígenes de estas acciones, y nada aclara sobre su probable carácter mixto en ambos casos. I

<sup>87</sup> Cfr. A. TORRENT, *Ad leg. Aq. II* cit., 60 ss.

<sup>88</sup> Vid. sobre el tema con lit., A. TORRENT, *Ad leg. Aq., I*, cit., 63 ss.

carácter concurrente entre ambas debido a su común carácter reipersecutorio.

El problema de la naturaleza procesal penal y reipersecutoria, o sea de las acciones mixtas, es enormemente complejo, tema planteado desde Savigny a mediados del s. XIX<sup>89</sup> sin que se haya alcanzado en la romanística una doctrina concorde. Savigny pensó que a fines prácticos los juristas romanos admitieron la existencia de acciones que, aunque definidas *poenales*, en realidad todas tenían fines reipersecutorios, llegando a distinguir las acciones privadas en tres grandes categorías: 1) acciones penales unilaterales; 2) penales bilaterales; 3) conservadoras. Esta doctrina entendió que gran parte de las acciones penales tenía además naturaleza reipersecutoria, doctrina seguida por gran parte de la Pandectística<sup>90</sup> y sigue siendo discutida en la romanística posterior.

Este seguidismo de Savigny por un sector importante de la Pandectística<sup>91</sup> fue continuada por la doctrina posterior, que aunque tiene en cuenta los textos romanos con perfiles más históricos que prácticos y dogmáticos<sup>92</sup>, no se aleja mucho del pensamiento de Savigny llegando a considerar penal (Balzarini) independientemente

---

<sup>89</sup> FC SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, 37 ss.

<sup>90</sup> Cfr. A. TORRENT, *La Pandectística del s. XIX último gran andamiaje teórico de fundamentos del derecho europeo*, en SDHI 83, 2015, 460-514.

<sup>91</sup> Vid. F. L. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Aktionen*, 6ª ed., Leipzig, 1883, 451 ss; K. L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 14ª ed., Stuttgart, 1889, 168 ss.; J. BARON, *Pandekten*, 9ª ed., Leipzig, 1896, 162 ss.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8ª ed., II, Frankfurt, 1900, 329 ss.

<sup>92</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 330 nt. 28.



de las características de su régimen toda acción nacida *ex delicto*, y que con excepción de la *actio furti* y las llamadas *actiones vindictam spirantes*, está ínsita en todas las acciones una función reipersecutoria. Con ello Balzarini da a entender ampliamente la función reipersecutoria de la *actio vi bon. rapt*, y de alguna manera también de la *actio leg. Aq.*, de modo que la función reipersecutoria de muchas acciones penales se entendió posible en las tres décadas finales del s. XIX y primeras del XX<sup>93</sup>, pero esta función común penal y reipersecutoria no proporciona argumentos para sostener la derivación de la *actio vi bon. rapt.* de la *actio leg. Aq* (pese a lo afirmado por Balzarini<sup>94</sup>); tampoco proporciona prueba de lo que vengo diciendo el recurrir a una interpretación conjunta analógica<sup>95</sup> de ambas acciones, ni tampoco resuelve Voci<sup>96</sup> que la acción contemplada en el edicto de Luc. tuviese, al igual que la *lex Aq.*, carácter exclusivamente penal.

Siendo penales ambas acciones es obvio que tienen algunos caracteres comunes a todas las acciones penales. Ante todo, el

---

<sup>93</sup> Es amplia e importante la nómina de autores defensores de esta tesis; basta citar en la doctrina alemana a A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, 116 ss.; O. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, cit., 973; H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Reivindicatio als Beitrag zur Lehre von den Aktionenkonkurrenz*. Leipzig, 1907, 170, y en la italiana a P. DE FRANCISCI, *Studi sulle azioni penali e la loro intransmissibilità passiva*, Milano, 1912, 8 s.; E. ALBERTARIO, *Note sulle azioni penali e sulla loro transmissibilità passiva nei limiti del arricchimento dell'erede*, en *BIDR* 26, 1913, 90 ss. (= *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1936, 572 ss.).

<sup>94</sup> M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 330.

<sup>95</sup> Parece ser la interpretación preferida de M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 332.

<sup>96</sup> P. VOI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, 66 ss.: 121 ss.: 151.

*damnum*, que de todos modos tiene distinto carácter jurídico en cada una de las acciones que nos interesan, y siendo penales ambas acciones va de consuno que aparentemente compartieran algunas otras características comunes como la noxalidad (pero no tiene carácter noxal la acción prevista por Luc.), la intransmisibilidad pasiva, la solidaridad cumulativa entre codelincuentes o la anualidad (especialmente en las acciones pretorias); además, las alusiones de Cic. a las *familiae* son suficientes para identificar éstas con bandas armadas de esclavos, que en su interpretación parece ser requisito indispensable para el ejercicio de la *actio vi bon. rapt.* También sabemos que el binomio *familiae*-bandas armadas es frecuente en cláusulas edictales como en la cláusula *quod publicanus vi ademerit* (Ulp. 45 *ad Ed.* D. 39.4.1 pr.).

Otro factor muy discutido es la concurrencia de acciones penales, defendiendo algunos autores el carácter concurrente entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.*, que sustancialmente implica el concurso entre acciones públicas y privadas, concurrencia que para Archi<sup>97</sup> constituye uno de los más arduos problemas del derecho penal privado romano<sup>98</sup>, como lo son en general todos los problemas de concurrencia de acciones. Este problema es mucho más complejo cuando se pretende ver la concurrencia entre acciones penales públicas y acciones penales privadas como es el caso que estamos estudiando, que según Balzarini sólo puede ser estudiada en vía

---

<sup>97</sup> G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale*, en *Scritti Ferrini*; I Milano, 1947, 4 nt. 1.

<sup>98</sup> Vid. lit. en M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit. 332 nt. 34.

analógica creyendo ver cierta concurrencia cuando las acciones a confrontar tienen carácter reipersecutorio. Pero creo, tal como se desprende de Cic. *pro Tull.* 4.8, que el edicto de Luc. no predica una concurrencia entre ambas acciones; la *familia* ciceroniana se refiere exclusivamente al delito cometido por bandas armadas de esclavos y obviamente causado el *damnum* por éstas y no por el *dominus*, un esclavo único o un *procurator*, lo que excluye la noxalidad, y tampoco creo aplicable la pretendida vía analógica de Balzarini, que por otro lado defiende que las dos cláusulas que gran parte de la doctrina asume reconocibles en los instrumentos formularios de la *actio vi bon. rapt.* expresados por Gayo y Ulpiano. se encuentran en el título edictal *de furtis*. A mi modo de ver este factor sería lo único unificable o remotamente apuntador de concurrencia o más bien de un cierto paralelismo entre la *actio vi bon. rapt.* y la *actio leg. Aq.*

Las dos cláusulas inclusivas del término *familia*, “*si familia furtum fecisse dicetur*”, y “*quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*” proceden en Gayo de su comentario *ad ed. prov.* (uno de los elementos que permiten hablar del arcaísmo de Gayo) y en Ulpiano de su comentario *ad ed.*, lo que no conlleva ninguna concurrencia en base a su procedencia edictal, pues es bien sabido que generalmente el gobernador provincial redactaba su edicto en Roma antes de partir para la provincia<sup>99</sup>, y obviamente teniendo a la vista el *edictum praetoris urbani* de Roma.

---

<sup>99</sup> Cfr. A. TORRENT, *El título “de publicanis” y el “genus provinciale”*, en *Rivista di Diritto Romano* 14, 2014, 1 ss.; ID., *La conexión “edicta praetoria-edictum*

Para concluir diré que en algún momento un sector de la romanística defendió la concurrencia entre nuestras dos *acciones*, y yo mismo me sumé genéricamente a esta tesis sin profundizar en el tema<sup>100</sup>; hoy tengo que desdecirme para defender la tesis contraria: no existió tal “Klagenkonkurrenz” (para decirlo en terminología teutónica) ni histórica ni dogmáticamente, insistiendo en algo que ya he dicho en alguna otra ocasión: la historia del Derecho no es otra cosa que historia de la dogmática, y la historia de la *actio vi bon. rapt.* en su confrontación con la *actio leg. Aq.* para mí es un claro ejemplo de ello.

Al respecto añadiré una anécdota: en 1967 seguí en la Universidad de Roma (en aquella época aún no era corriente la denominación de “La Sapienza” para distinguirla de la exuberante proliferación de Universidades en Roma) un curso sobre temas de interpretación de los negocios jurídicos del Prof. Emilio Betti que siempre se mostró muy amable y generoso con los españoles que queríamos adentrarnos en los *iuris vincula* romanos. Pues bien, Betti, hablando de otro profesor italiano cuyo nombre he preferido olvidar porque no me pareció exacto su juicio sobre él, en aquel momento

---

*provinciale*”, en *RIDROM* 13, 2015, 297 ss.

<sup>100</sup> A. TORRENT, *Ad legem Aq.* II, cit., 75.

sentenció: “poverello, è romanista ma non giurista”. A buen entendedor pocas palabras bastan.

En realidad, no puede decirse que los romanistas que han advertido las divergencias entre la *actio legis Aq.* y la *actio vi bon. rapt.* estén equivocados, y una evidencia de lo que digo son los respectivos relieves dogmáticos centrados sobre el *damnum* contenido en ambas acciones que inciden sobre la estructura y ámbito de aplicación del edicto originario de Luc.<sup>101</sup> Es evidente que el *damnum* es un concepto que tiene distinto significado o distinto valor técnico en cada una de las acciones citadas. Desde luego que en las menciones de Cicerón encontramos signos perturbadores, pero no son suficientes para proclamar que el edicto de Luc. da más importancia al *damnum* que a la violencia<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Vid. L. VACCA, *Ric. actio vi bon. rapt.*, cit., 4 ss.

<sup>102</sup> Cfr. L. VACCA, *Ric. rapina*, cit., 532.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty*, en *BIDR*, n. s. 24, 1982.

H. ANKUM, *Gaius, Theophilus and Tribonian and the "actiones mixtae"*, *Studies J. A. C. Thomas*, London, 1983.

M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, en *Studi Grosso*, I, Torino, 1968.

M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969.

B. BEINART, *The relationship of "iniuria" and "culpa" en la lex Aquilia*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953.

G. BROGGINI, *L'orazione per Marco Tullio. Introduzione*, en *Tutte le opere di Cicerone*, I Verona, 1964, 367 ss.

U. CICOTTI, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino, 1900 (reed. Udine, 1940).

M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002.

D. DAUBE, *On the Use of the Term "damnum"*, en *Studi "Solazzi"*, Napoli, 1948.

U. EBERT, *Die Geschichte der Edikts "de hominibus armatis coactisve"*, Marburg, 1968.

C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, en *Enciclopedia del diritto* (E. Pessina cur.) I, Milano, 1902; reed. Roma, 1976.

T. FINKENAUER, *Pönale Elemente der "lex Aquilia" en Ausgleich oder Busse als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symposium Hausmaninger*, Wien, 2017.

B. FREDOUILLE (ed.), *Titres et articulations du texte dans les oeuvres antiques. Actes du colloque international de Chantilly, 13-15 décembre 1972*, Paris, 1997.

A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, 2001.

M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2<sup>a</sup> ed., München, 1971.

W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, en *ZSS* 49, 1929.

D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, en *ZSS* 85, 1968.

A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar, 1867.

A. TORRENT, *Concurrencia y paralelismos entre la "actio legis Aquiliae" y la "actio furti"*, en *RIDROM*, 26, (2021) 1-63 (revista electrónica publicada por la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano: [www.ridrom.es](http://www.ridrom.es)).

A. TORRENT, *Ad legem Aquiliam. I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, Madrid 2019; *II. Estudios penales y procesales. I*, Madrid 2021.

L. VACCA, *Ricerche in tema di "actio vi bonorum raptorum"*, Milano, 1972.

L. VACCA, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano. I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, en *Studi ec.-giur. Cagliari*, 45, 1965-68.

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.





Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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



**Recensión a Ana Vázquez Lemos, *El hórreo en Derecho romano*, J.M. Bosch, Barcelona, 2024, ISBN 9788410448438, 148 páginas**

**María José Azaustre Fernández**  
Profesora Titular de Derecho Romano  
Universidad de Oviedo  
<https://orcid.org/0000-0001-8059-2015>

(AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. Recensión a Ana Vázquez Lemos, *El hórreo en Derecho romano*, J.M. Bosch, Barcelona, 2024, ISBN 9788410448438, 148 páginas. RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 702-707. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

“El hórreo en Derecho romano” es el título de la segunda monografía de Ana Vázquez Lemos; se trata de uno de esos títulos que invitan inmediatamente a la lectura de la obra que encabezan. Quien piensa en un hórreo habitualmente lo evoca casi como un elemento más de los maravillosos paisajes del noroeste peninsular, resultando difícil imaginar las importantísimas funciones que cumplía para la economía y para el Derecho romano, y que se nos revelan a lo largo de esta obra. Como se destaca en la contraportada, si bien se han llevado a cabo numerosos estudios sobre los hórreos, estos se han realizado desde una perspectiva geográfica, arquitectónica, sociocultural, arqueológica o paisajística, pero nunca, hasta la fecha, se había analizado la importancia y presencia que tuvo el *horreum* en las fuentes jurídicas y literarias romanas.

Comienza el libro con una introducción en la que, tras analizar los primeros testimonios acerca de los hórreos en la península ibérica, se realiza un recorrido por las distintas regiones de la geografía española y portuguesa con tradición en este tipo de construcciones, examinando sus tipos, caracteres y peculiaridades en los diferentes territorios, así como la normativa que los regula, lo que alcanza a los hórreos gallegos, los hórreos y paneras asturianas y los *espigueiros*, *canastros* y *caniços* lusos. Finalizado este recorrido, aboga la autora por la declaración de estas construcciones como bienes Patrimonio de la Humanidad, en tanto constituyen un testimonio tangible de prácticas agrícolas ancestrales y símbolos de

identidad cultural de algunas regiones, lo que redundaría en el fomento de un turismo sostenible capaz de atraer la inversión para la preservación de estas edificaciones, así como a la sensibilización sobre la importancia del patrimonio cultural.

Sorprende la cantidad de fuentes romanas que contemplan desde alguna perspectiva el *horreum*; para darse cuenta de la dimensión del fenómeno basta hojear los índices de fuentes jurídicas y literarias que aparecen al final de la monografía. Al examen directo de todas ellas se dedica la autora con una sistemática impecable, estructurando la obra en siete capítulos.

El primero se destina a las fuentes literarias, aclarando el significado del término en las obras de Varrón y Columela, Vitrubio, Paladio, Plinio el Viejo, Plinio el Joven, Séneca, Cicerón, Tito Livio y Amiano Marcelino.

El capítulo segundo versa sobre los diferentes negocios jurídicos cuyo objeto podía ser el hórreo o los bienes en él depositados, lo que alcanza tanto a los negocios *inter vivos* (compraventa, arrendamiento, depósito, prenda, etc.) como *mortis causa* (legados). Al hilo de la explicación de los diferentes pasajes la Doctora Vázquez Lemos va destacando las variadas funciones desempeñadas por estas edificaciones desde el punto de vista económico-jurídico: como lugar seguro para la custodia de bienes

pignorados hasta el cumplimiento efectivo de la prestación por el propietario deudor; como lugar para la custodia de la cosa dada en depósito; como lugar donde se entendía producida la *traditio possessionis*; como lugar donde eventualmente se podía demandar al comerciante; como lugar que permitía identificar los bienes que se querían separar de otro patrimonio (*v.gr.* los bienes legados frente a los restantes bienes de la herencia) ...

Se destina el capítulo tercero al análisis del papel del hórreo como lugar de custodia e identificación de los más variados tipos de bienes: de provisiones y alimentos, desde luego, pero también de documentos, de depósitos de los clientes e incluso de objetos de valor. No es de extrañar, por ello, que estos lugares estuvieran expuestos a la comisión de hurtos o que incluso fueran descerrajados con el objetivo de llevarse los objetos allí depositados; este supuesto debió de ser bastante frecuente a juzgar por el número de fuentes que lo reflejan: D. 19.2.55 (Paul. 2 *sent.*), C.I.4.65.1.pr. (a.213), C.I. 4.65.4. (a. 222), P.S.2.18.3; Coll. 10.9. Las consecuencias de todo ello también son abordadas en este capítulo.

Las funciones que estas edificaciones podían desempeñar desde el punto de vista del Derecho público se desarrollan en los capítulos siguientes; en este sentido se destaca el papel de los hórreos públicos como lugares que facilitaban la recaudación de los tributos -que en ocasiones se pagaban en especie- y para el reparto de trigo a las ciudades. Se tratan todos los aspectos relacionados con

el registro, gestión y distribución del trigo depositado en los hórreos públicos, así como el sistema de responsabilidad establecido como consecuencia de posibles irregularidades.

Existió, además, una estrecha colaboración entre los hórreos públicos y el ejército, que es analizada en el capítulo VI, tanto para la distribución de alimentos a los militares romanos como para el suministro de moneda.

Concluye la monografía con un capítulo dedicado a las normas urbanísticas para la protección de los hórreos públicos, como, por ejemplo, el establecimiento de prohibiciones de construcción en determinadas distancias, tanto para facilitar el acceso como para protegerlos frente a incendios, posibilitando la demolición de lo construido ilegalmente, señalando los funcionarios competentes para sus reparaciones, etc. No se olvida tampoco de la fiscalidad que afectaba a estas construcciones, a modo de cierre de la obra.

En resumen, no cabe sino felicitar a la Doctora Vázquez Lemos por esta monografía, en la que se diría que se mezclan a partes iguales el amor por su tierra -patente ya desde la portada, que incluye una reproducción de una acuarela con un hórreo realizada por su propia mano- y el amor por el Derecho romano.

Es mérito de esta investigación el haber puesto de relieve la importancia del hórreo para la sociedad, la economía y el funcionamiento mismo del Imperio romano, y por haberlo hecho, además, a través de un exhaustivo y cuidadoso examen de las fuentes romanas, tanto las de carácter literario como jurídico, y con una redacción que, sin prescindir en absoluto de la precisión y del rigor técnico, parece presidida en todo momento por la intención de acercar y facilitar al lector el significado y alcance de cada uno de los pasajes examinados. Espero que al lector le resulte esta monografía tan amena y provechosa como para quien suscribe estas páginas.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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



**Obarrio Moreno, Juan Alfredo. Himno (Ayn Rand). Diálogos entre el Derecho y la Literatura: Los totalitarismos IV, Dykinson, Madrid, 2024, 249 páginas. Prólogo Luis de las Heras Vives.**

**Alicia Valmaña Ochaíta**

Profesora Titular de Derecho Romano

Universidad de Castilla La Mancha

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8962-0588>

(VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia. Obarrio Moreno, Juan Alfredo. Himno (Ayn Rand). Diálogos entre el Derecho y la Literatura: Los totalitarismos IV, Dykinson, Madrid, 2024, 249 páginas. Prólogo Luis de las Heras Vives. RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970. pp. 708-718. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Del conocimiento e interés del Prof. Obarrio por el mundo de la literatura hablan suficientemente sus escritos; sus trabajos están plagados de referencias a la literatura mundial, clásica y contemporánea; en realidad, de todas las épocas. Pero no es una cuestión de mera erudición, aunque esto ya sería importante. Pocos tienen -tenemos- su bagaje cultural y su capacidad para entrar en temas diferentes de aquellos a los que las agencias académicas nos abocan, es decir, a los que se consideran genuinos de nuestra especialidad, sin darnos -darse- cuenta de que en la capacidad para relacionar cuestiones aparentemente poco relacionadas está el verdadero germen de la madurez intelectual, que no siempre va pareja a la madurez profesional desde el punto de vista académico.

El Profesor Obarrio no solo es consciente de esto, sino que es uno de los grandes impulsores de una corriente en la que la relación entre Literatura y Derecho-Derecho y Literatura ha estado presente en su metodología investigadora; esta se ha visto reflejada en muchas de sus aportaciones (no solo en su, hasta el momento, tetralogía sobre Los Totalitarismos), sino en la puesta en marcha de la Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía, alojada en IUSTEL, en la que se da cabida a investigaciones presididas por el estudio del Derecho en relación con obras literarias de todos los tiempos -entre otros aspectos-, en la búsqueda de esa relación que permita ver realidades complejas desde planteamientos múltiples. Este planteamiento es el que encontramos en la Presentación de la



citada revista cuando sus directores señalan: “Por desgracia, no son pocas las revistas que cierran las puertas a otros estudios o a otras parcelas del saber no relacionadas con la suya. Un reduccionismo absurdo al que no pretendemos descender, porque somos plenamente conscientes de que la realidad jurídica requiere de numerosos enfoques, todos ellos complementarios, sin los cuales la visión del Derecho quedaría mermado o cosificado en parcelas estancas” (p. 3, “Presentación”, RGDLC, núm. 1, febrero, 2024).

En realidad, y jugando con una referencia del propio Obarrio, a veces se invita a escribir mucho y a pensar poco, en una carrera en la que lo cuantitativo predomina sobre lo cualitativo: “No era filósofo ni nada de ese género, ni siquiera era literato, y que eso mismo pensaba mucho, pues mientras más se escribe menos se piensa” (p. 45, citando a Paul Valéry, *Monsieur Teste*). No es este el caso de Obarrio y tampoco lo fue, a mi entender, el de Ayn Rand. Precisamente en Rand encontramos una obsesión por el pensamiento, último y verdadero reducto de libertad, alejado completamente de censuras y autocensuras y, sobre todo, de la comodidad y el aplanamiento (p. 43, n.56, citando a Hanna Arendt).

En esta última monografía del Profesor Obarrio, el mundo de Ayn Rand y su pensamiento filosófico se presenta como un reto a la comodidad de pensamiento. Es la rebelión que reclama el autor de *Los Totalitarismos IV*, y de todos los anteriores, cuando rechaza la fractura entre el Derecho y la Justicia tan queridos, a veces, por el

poder (pp. 52ss.), o por algunos poderes, algunos más que otros, parafraseando la conocida frase de Orwell en *Rebelión en la granja*; la injusticia, frente a la que se puede permanecer callado, sentados en nuestra “zona de confort” (se anuncia la inclusión de esta expresión por el DRAE en el momento en el que estoy escribiendo estas líneas), que, en definitiva, es echar raíces en una falsa independencia rayana en la falta de empatía o, en lo más extremo, en la sociopatía. Esa relación entre el Poder y el Derecho es la que Obarrio analiza en la obra de Ayn Rand porque la finalidad de la monografía que escribe Obarrio en esta colección es, precisamente, no permanecer indiferentes ante el totalitarismo.

El análisis de la obra de Rand lleva al estudio del “hombre ideal” frente al “hombre-masa” del pensamiento colectivista; el individuo frente al Poder, el Líder y el Partido que se ocupan de que no haya más espacio para el pensamiento propio y la opinión discrepante (“Ayn Rand no lo ignora. Lo sabe porque lo ha vivido. Lo experimentó en las lúgubres calles de su ciudad natal, donde la mirada negra e implacable del terror helaba la vida de sus habitantes”, p. 61). Buscar lo mejor del hombre, lo que debería ser y no lo que ha sido, buscar el respeto total al ser humano es el propósito literario de Rand que se expresa en sus novelas.

Ese respeto por el ser humano es el que se observa también en el libro de Obarrio. En realidad, la elección de la obra de Rand para esta monografía es completamente lógica, aunque el autor señale en

algún momento que no está de acuerdo con muchos de sus planteamientos filosóficos (p. 47, p. 68, p. 72, entre otras); su respeto a la coherencia de la autora que se traslada de su obra filosófica a la narrativa literaria dice también mucho de la coherencia de Obarrio (“Si nos detenemos a pensar, no estaremos alejados de la verdad si afirmamos que buena parte de su atractivo literario reside en dar sentido a una concepción del ser humano en el que creía y al que nunca traicionó” p. 61); de su inconformismo y de su forma de entender la vida social, en la que el hombre, el individuo, debe tener voz propia porque debe tener pensamiento propio.

La lucha -sí, es una lucha- del Profesor Obarrio es la del hombre que no calla ante la injusticia o ante la degradación de instituciones, algunas muy cercanas como puso de manifiesto en su monografía En defensa de la cultura grecolatina (Paideia versus utilitas) en la que interpelaba directamente a toda la comunidad universitaria en una reflexión cada vez más imperiosa y, probablemente, cada vez más ausente (también esta situación la vivió Ayn Rand “en los campus de las más prestigiosas universidades americanas, en las que unos complacientes profesores y unos somnolientos alumnos aceptan, literalmente, lo que oyen sin apenas cuestionarlo”, p. 61). Por eso su cuarta entrega de Los Totalitarismos y por eso la elección de una autora que vivió la crueldad de uno de ellos. Por eso, también, no debe extrañar que la lucha sea una de las características de los personajes literarios de Ayn Rand, de sus héroes, como ha visto Obarrio (“Luchadores (Ut gigas)”, pp. 74-77).

Adoptar la posición de héroe cotidiano no es fácil porque es posible. Pienso en la frase que acabo de escribir y veo que encaja perfectamente con la obra que recensiono. Vivimos en una época de silencios; el problema es cuando el silencio afirma o confirma posturas frente a las que deberíamos haber hablado. En ocasiones nos imponemos el silencio como ejercicio de la virtud cristiana de la caridad o la humana de la prudencia (“En mucho hablar no faltará pecado”; “La mejor palabra es la que está por decir”; “Quien mucho habla, mucho yerra”, y así unos cuantos más); en otras, es resultado de una falsa independencia que, en realidad, esconde falta de pensamiento crítico o, simplemente, refleja la comodidad de pertenecer al grupo. Este silencio es muy distinto al “arte del silencio”, al silencio interior del individuo, a su pensamiento -la mente como elemento propio del individuo- alejado de la imposición del pensamiento único y tiránico, que asusta a Irina, personaje de *Los que vivimos* (p. 115).

Adoptar la posición de héroe cotidiano no es fácil porque es posible, he dicho antes. No cabe el autoengaño. Basta con tener pensamiento crítico y expresar nuestro criterio: “Pensar. Razonar. Inquirir. Ser” (p. 73). Difícil en tiempos de argumentarios, pero posible. Lo señala también Ayn Rand cuando dice que “la peor maldición de la humanidad es la capacidad de considerar los ideales como algo abstracto y separado de la vida diaria de uno” (cfr. p. 73). Para no comportarse así, hay que tener un sentido moral y ético de

la vida (característica señalada por Obarrio: “Éticos/Morales”, pp. 78-82) como el de Igualdad 7-2521 en Himno, el ideal de héroe; tener un “código de valores inamovible” que en los héroes de Rand responden a una “ética objetivista” donde “prima la autoestima y la lealtad” (p. 81) y buscan “distinguir el bien del mal, visión para descubrir la verdad, valentía para actuar en consecuencia, dedicación para lo que es bueno, integridad para atenerse al bien a cualquier precio” (p. 81, citando un pasaje de La rebelión del Atlas, de la autora).

La racionalidad, como se dice en El Principito (p. 92), que justifica la creación y obediencia a la norma basada en un concepto de auctoritas muy romano; la creatividad, buscando caminos nuevos y visiones propias (p. 87); y la actitud transgresora, vinculada, de nuevo, al Derecho, cuando el ordenamiento jurídico se convierte, en manos de los totalitarismos, en cadenas para los ciudadano (p. 90), todas estas son las características que Obarrio encuentra en las novelas de Rand y que deberían predicarse de cualquier héroe y, a contrario, las que faltan en sus antihéroes, que se revuelven con odio ante las actitudes que ellos no tienen.

El análisis que hace Obarrio de los personajes de Ayn Rand y, más en concreto, de su obra Himno, nos llevan a la reflexión interior, a la discusión con uno mismo y a tomar posición frente a la propuesta de la autora. De esto se habla en este libro a través de una magnífica exégesis de la obra de la autora ruso-norteamericana: se

habla del ser y del deber ser; del derecho y de la norma (“en el preciso instante en que la ley deja de tener conexión con el “deber ser” (la moral) es cuando el derecho se reduce a un ámbito estrictamente represivo o coercitivo, una circunstancia que le lleva a perder su finalidad protectora, o lo que es lo mismo: a que se desvanezca su legitimidad ontológica (la justicia), un hecho que facilitará el paso a una legitimidad meramente formal o procedimental”, p. 91); de la fidelidad a unos principios frente a estar instalado en la ambigüedad (p. 101). La capacidad de pensar es la que define y distingue al ser humano entendido no como un *genus*, sino como una individualidad (pp. 118ss); esta idea es sobre la que pivotan los personajes de Ayn Rand y la concepción filosófica de la autora, que traslada a los primeros un modo de vivir acorde con sus principios, en una muestra más, como señala en varias ocasiones Obarrio, de su congruencia.

La autonomía de pensamiento nos aleja de las copias seriadas en las que nos convierten los totalitarismos (Himno, de Rand; Un mundo feliz, de Huxley; y, en cierto modo, 1984, de Orwell), “piezas simétricas que el Estado encaja y engrasa a su libre arbitrio” (p. 129); y en esa autonomía del pensamiento encuentra un hueco cálido la palabra. Es un cobijo, pero un cobijo en el que “lo infranqueable deja de serlo. Lo innombrable adquiere vida. Ya no son un número. En su pensamiento son *Áurea* e *Invictus* [...] Se han atrevido a tener una relación afectiva y corporal, y lo que es aún peor, a ser ellos quienes fijan su nombre en virtud de sus cualidades” (p.161),

cometiendo una de las culpas más grandes que es individualizar a la persona dándole un nombre que no es otra cosa más que personalizar al individuo (p.141).

Es el YO que reivindica Rand; el hecho de que Himno esté escrita en primera persona del plural puede avanzar cuál va a ser el eje del pensamiento de la autora: el personaje es el que se muestra como un individuo con contorno y con contenido para el lector, no una sombra anónima. Este eje no solo va a serlo de la novela, sino de su propia filosofía. Como señala Obarrio “al hablar de Himno, Rand reconoció que esta obra contenía “en cierto modo, mi manifiesto, mi profesión de fe, la esencia de toda mi filosofía” (p. 175).

El nuevo trabajo del Profesor Juan Alfredo Obarrio, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia, discurre por una senda aparentemente conocida. Sus anteriores trabajos, con el mismo subtítulo y numerado con el I, 1984 (George Orwell), publicado en el 2021; en el mismo año, el II, Cartas a un amigo alemán (Albert Camus); y el III, publicado en 2023, Borges frente al nacionalsocialismo abordan distintos autores y sus obras, y su relación con los totalitarismos. En esta monografía encontramos un detallado análisis de la obra de una escritora, Ayn Rand, cuyos postulados no coinciden con los del autor o, no desde luego, en su totalidad. Esta es una virtud más de la obra de Obarrio: presentar al lector una exégesis de Himno no preconcebida, siendo tan

consecuente en su metodología investigadora como lo fue la propia Ayn Rand con su obra literaria y filosófica.

Cita el Profesor Obarrio a Flaubert en las primeras páginas cuando señala que el francés afirmó pretender “hacer la historia moral de los hombres de mi generación”. Dice también que ese no es su propósito. Sin embargo, traer a primer plano obras como la de Ayn Rand y hacer un análisis como él hace de Himno tiene, necesariamente, consecuencias. Y estas son invitar a la reflexión y a la acción, que es no permanecer callados ante el pensamiento totalitario que, creo que no hace falta recordarlo, no es únicamente cosa del pasado.

Hacer reseñas es un trabajo arduo, aunque pueda parecer lo contrario. En primer lugar, requiere entrar a fondo en un tema, a veces conocido y otras, no tanto; en todo caso, se entra en temas que interesan, de ahí que la lectura de la obra incite al recensor a escribir su opinión sobre el mismo. En el libro que me ocupa, yo no había leído Himno; no obstante, bastaba con que hubiera merecido la atención de Juan Alfredo Obarrio para continuar con su saga sobre Los Totalitarismos para que me interesara su lectura. En realidad, me interesaron las dos lecturas: la de Obarrio y la de Rand; la duda era por cuál de las dos empezar. Lo hice en paralelo. La lógica me decía que necesitaba de ciertas coordenadas para llegar más a fondo en Himno. No estaba equivocada.



Solo me queda recomendar la lectura de la obra del Profesor Obarrio para comprender en toda su extensión el pensamiento de Ayn Rand y la lucha contra los totalitarismos. Su trabajo es un acierto total.



ISSN1989-1970

**Abril-2025**  
Full text article

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



**Crónica del IV CONGRESO INTERNACIONAL DE  
INNOVACIÓN DOCENTE. EL PROFESOR DEL SIGLO XXI EN  
EL DERECHO GLOBAL celebrado en la Universidad de Oviedo,  
España, los días 16 y 17 de diciembre del 2024.**

**Carlos María Antuña Suárez**  
Universidad de Oviedo  
[antunacar@uniovi.es](mailto:antunacar@uniovi.es)  
<https://orcid.org/0000-0002-3162-8998>

**(ANTUÑA SUÁREZ, Carlos María. Crónica del IV Congreso Internacional de innovación docente. El profesor del siglo XXI en el derecho global celebrado en la Universidad de Oviedo, España, los días 16 y 17 de diciembre del 2024. RIDROM [on line]. 34-2025. ISSN 1989-1970, pp. 719-738. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

El pasado 16 y 17 de diciembre 2024 tuvo lugar el Congreso Internacional de innovación docente celebrado en la facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo dentro del Proyecto PID Uniovi 137093 y organizado por las profesoras del Área de Derecho Romano, **Carmen López-Rendo Rodríguez** y **María José Azaustre Fernánd<sup>1</sup>**. Este congreso contó con formato híbrido; presencial y on line a través de plataforma Microsoft teams, con una duración de trece horas lectivas. La sede de las ponencias presenciales se desarrolló en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho el primer día y en el Salón de Actos el segundo, en la que tanto participantes on line, como asistentes presenciales pudieron seguir las sesiones con plena normalidad.

---

<sup>1</sup> En cuanto a la dirección de otros proyectos de innovación docente por parte de las profesoras; López-Rendo Rodríguez, M. D. C., Azaustre Fernández, M. J., & Rodríguez Díaz, E. M. (2024). Nuevas tecnologías, nuevos recursos para la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano (V). En Nuevos ecosistemas de aprendizaje: innovaciones y experiencias educativas (p. 59-72). Barcelona: Octaedro, López-Rendo Rodríguez, C., & Azaustre Fernández, M. J. (2024). Derecho global: gymkana jurídica y método COIL para la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(32), 105-177, Azaustre Fernández, M. J., & López-Rendo Rodríguez, C. (2022). Fuentes del derecho romano online. Derecho romano. Madrid: BOE, López-Rendo Rodríguez, M. C., Azaustre Fernández, M. J., Rodríguez Díaz, E. M. (2022). Nuevas tecnologías, nuevos recursos para la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano (IV). Aplicación en las prácticas de aula. PINN 20-B-002. En Villalustre Martínez, L. & Cueli, M. (eds.) Avances y desafíos para la transformación educativa (p. 141-152), López-Rendo Rodríguez, María del Carmen, Azaustre Fernández, María José (2022). Preparación y desarrollo de juicios simulados en Derecho romano. En Aprendizaje a través del debate jurídico (pp. 191-196). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. López-Rendo, C., Azaustre, M.J., & Rodríguez Díaz, E. (2021). Simulación de juicios, bases de datos y gamificación en derecho romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(26), 575-638. López-Rendo, C., Azaustre, M. J., & Rodríguez, E.M. (2019). Instrumentos de innovación docente en la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(23), 454-491.

Con la participación de treinta y siete ponentes de diversas universidades del mundo; españolas, europeas y americanas de muy variadas y distintas especialidades como derecho civil, procesal, romano, historia del derecho, derecho financiero, filosofía del derecho, administrativo e internacional privado, el congreso contó con hasta ocho sesiones organizadas mediante Microsoft Teams en jornada de mañana y tarde y dirigidas por un presidente de mesa, y un foro abierto, previo al acto de clausura de la última sesión del viernes 17 de diciembre, donde todos los participantes pudieron realizar una valoración final sobre el desarrollo y aprovechamiento de esta jornada académica y sobre el estado de la innovación docente en la actualidad. Las sesiones fueron grabadas en cámara de video y sonido.

La inauguración corrió a cargo del Decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo **Javier Gustavo Fernández Teruelo** y la directora del congreso **Carmen López-Rendo Rodríguez**, agradeciendo la participación de los más de 130 participantes. **Salvador Tarodo Soria**, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, comenzó la primera sesión de ponencias *Democracia agroalimentaria: una experiencia de aprendizaje activo a través de un juego de rol* sobre un experimento basado en una simulación interdisciplinar que tenía como objetivo fomentar las competencias transversales y la empatía en los estudiantes,

poniéndose en práctica tales resultados en hasta cuatro universidades distintas.

Ante la falta de concentración de los alumnos en el aula tras la pandemia COVID-19, **Eva María Polo Arévalo** profesora de la Universidad Miguel Hernández de Elche, sostiene en su ponencia *Nuevas perspectivas en la docencia del siglo XXI: tecnologías, redes sociales e inteligencia artificial aplicables a la enseñanza del Derecho romano* que la creatividad juega una baza fundamental para que la formación en derecho romano siga siendo atractiva de cara a conectar de nuevo a través de cuentas con videos en abierto, redes sociales, blogs, herramientas de Google, mensajes breves e imágenes sobre nociones que se están impartiendo e incluso, a través de herramientas de inteligencia artificial como *Genially*.

Al cambiar la manera en la que los estudiantes aprenden, también ha de cambiar la enseñanza desde la cautela que inspira la adopción de este tipo de medidas. En este caso, la profesora **Esther Domínguez López** de la Universidad de Málaga, apuesta por la utilización de las nuevas tecnologías con fines éticos y favorables para los alumnos en su ponencia que lleva el nombre de la película *"Justicia Artificial" a juicio. La nueva misión del docente* donde parece inspirar una mayor neutralidad judicial y política si la base de los análisis versarán sobre una estadística de datos.

De otro lado, se pueden destacar una serie de ventajas de actividades desarrolladas mediante la herramienta de *TikTok* en las aulas. A través de *Clideo*, la profesora **Beatriz García Fueyo** de la Universidad de Málaga, ha expuesto los resultados de unir diversos fragmentos audiovisuales de sus alumnos abordando temas de derecho romano con el objetivo no solo de motivar al propio alumnado sino también para evaluar el nivel de comprensión de los contenidos de la asignatura, todo ello en su ponencia *TikTok en el aula como herramienta de aprendizaje: ventajas e inconvenientes*.

Para luchar contra la originalidad ficticia de aquellos estudios generados con inteligencia artificial, la profesora **Belén Fernández Vizcaíno** de la Universidad de Alicante, en la última ponencia de esta primera sesión, *Usos de la IA en la evaluación por proyectos en la asignatura de Derecho romano* distingue dentro de su experiencia docente, la exposición evaluada de un proyecto de investigación a un estudiantado poco familiarizado con este tipo de actividades, apostando por referencias bibliográficas de autores en abierto y en castellano, junto con la implementación de la inteligencia artificial generativa pero regulada y tasada para enriquecer la experiencia académica.

La directora **Carmen López-Rendo** felicita y agradece las presentaciones de todos los participantes. El profesor **José Luis Cuevas Gayosso** aprovechó la ocasión para sugerir la correcta revisión de aquellos materiales que impliquen *roleplay* o *TikTok* para

que la interacción con los alumnos se realice mediante un aprendizaje profundo en conocimiento y aplicación del mismo.

Tras la comida de trabajo, la directora del congreso dio paso a la segunda sesión, presidida por **María Vital da Rocha**, catedrática de la Universidade Federal do Ceará e Centro Universitario Sete de Setembro, con la intervención de **José Luis Cuevas Gayosso** de la Universidad Veracruzana de México sobre *La enseñanza del Derecho en México desde una perspectiva intercultural en el s. XXI*, desde un análisis del contexto educativo de los indígenas del país en el que analiza la educación intercultural en el ámbito jurídico y los programas académicos de las universidades interculturales en las que se prepara a los estudiantes en materia de este derecho junto en coexistencia con la cultura indígena. A continuación intervino **Bertha Alicia Ramírez Arce**, también de la Universidad Veracruzana de México, en cuya ponencia *La innovación en los procesos educativos en contextos de diversidad e interseccionalidad*, se apoya en la presentación de su precedente para compartir tres importantes retos de la educación en México; la aplicación de los derechos humanos, la interculturalidad y el género.

Desde la rama del derecho procesal, interviene **Laura Álvarez Suárez** profesora de derecho procesal de la Universidad de Oviedo con su ponencia *Derecho Procesal y métodos activos en la formación jurídica* sobre el aprendizaje autoregulado donde pone de manifiesto que las clases dinámicas despiertan el interés y motivación de los

alumnos y alcanzan resultados favorables en la innovación docente, pues los estudiantes sintetizan nuevas ideas y “*aprenden a aprender*”. Posteriormente, intervienen los profesores del mismo área de conocimiento, **Manuela Rodríguez Morán** y **José Luís Rebollo** a cerca de la *Evolución del alumnado desde el proceso simulado en el aula a la competición nacional*, en la que detallan el sistema de *role playing* que imparten en grupo con sus alumnos como demandantes, demandados y recreando el propio acto judicial que cuenta con asistencias a las salas de vistas para evaluar competencias escritas y orales. La preparación de estos procesos civiles y mercantiles se realiza como si fueran expedientes judiciales contando incluso con testigos y peritos con unos resultados muy positivos.

Con la ponencia *El derecho animal como una nueva perspectiva en la docencia*, **Laura Cecilia Velasco** de la Universidad de Buenos Aires aborda esta rama jurídicamente autónoma e interdisciplinaria de otros conocimientos como la veterinaria, criminalística y psicología. Al acabar, la directora del congreso le recomienda a la ponente el Tratado de Aristóteles sobre los animales en la que se detallan algunos de sus aspectos psicológicos más destacables y aprovecha para abrir un turno libre de intervenciones en la que el profesor **José Luis Cuevas Gayosso** felicita a los profesores de derecho procesal por su modelo de evaluación al permitir obtener una calificación justa y adecuada a la experiencia del aprendizaje. Destaca también



la directora cómo durante la pandemia, algunos alumnos forjaron su vocación a través de los juicios simulados en derecho romano<sup>2</sup>.

La presidenta de esta sesión **María Vital da Rocha**, coincide especialmente con su último ponente, **Jorge Isaac Torres Manrique** de la Universidad Católica de Santa María, al destacar que los inmigrantes digitales se encuentran obligados a enseñar conforme a la protección y garantía de los derechos fundamentales, más la necesidad de establecer políticas públicas de carácter urgente para capacitar al personal docente en la concepción actual de los nativos digitales con la ponencia titulada *Enseñanza del derecho y derechos fundamentales a la luz de los nativos e inmigrantes digitales*.

La tercera sesión de ponencias contó con la presidencia de **Bernardo Periñán Gómez**, catedrático de derecho romano de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla en la que intervinieron de manera dual, los profesores **José Luis Zamora Manzano** y **Tewise Ortega González**, con la ponencia *Storytelling inteligente: Enseñando Derecho Romano a través de narrativas generadas por IA*. Su presentación power point fue un ejemplo de cómo utilizar la IA como complemento de la inteligencia natural, de la que no se puede prescindir. Posteriormente, se dio paso a la ponencia *El aprendizaje significativo en la docencia universitaria* de la profesora de derecho

---

<sup>2</sup> López-Rendo, C., Azaustre, M. J., & Rodríguez Díaz, E (2021). Simulación de juicios, bases de datos y gamificación en derecho romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(26), pp. 575-638. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18185>

civil de la Universidad de Valladolid **María González-García Viñuela**. La profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo **Clara Gago Simarro**, abordó la ponencia *El aprendizaje a través del juego*, con novedosas aplicaciones enseñando a los asistentes su aplicación a las asignaturas de Derecho civil. Finalmente, el cierre de la sesión correspondió a la profesora de historia del Derecho de la Universidad de Oviedo **Marta Rodríguez Duarte**, quién propuso el fomento de la participación del alumnado en las clases magistrales a través de recursos audiovisuales y medios de comunicación, en la ponencia *Imágenes y prensa para la enseñanza de la Historia del Derecho*.

**Santiago Didier Zárate**, profesor de derecho romano y civil de la Universidad Central de Chile presidió la cuarta sesión del congreso, que contó con las participaciones de **Elvira Victoria Méndez Chang**, de la Pontificia Universidad Católica del Perú quién expuso la metodología preparación de los textos y materiales mediante herramientas digitales para la preparación tanto de las clases semestrales y la investigación sobre temas académicos y profesionales para la realización y exposición de un artículo académico de derecho romano, en la ponencia *El rol de la investigación en el Derecho Romano para la formación en el posgrado*. De otra parte, **Marilina Andrea Miceli** de la Universidad Abierta Interamericana, UBA y UK (Argentina) intervino con la ponencia *Resultado de aprendizaje, educación por competencias*, para destacar la movilidad e interrelación de la oferta académica universitaria entre docentes y estudiantes. A tenor de esta intervención, el asistente

**Priort Sadowsli** pregunta a la ponente sobre el conocimiento en Argentina de una obra de filosofía del derecho romano atribuida a **Jorge Ernesto Bergoglio** y también, que si tras la Segunda Guerra Mundial las mujeres empezaron a desempeñar funciones académicas en Argentina como había ocurrido en la Polonia entre guerras. La profesora señala que esta situación comenzó efectivamente, a partir de los años noventa en adelante.

La importancia del derecho romano para la interpretación de las normas y comprensión de instituciones se hizo patente por la profesora **Ana Vázquez Lemos** de la Universidad de Vigo quien puso en relación de la contextualización y el desenvolvimiento práctico y la conexión de instituciones de las soluciones dadas por la investigación entre periodos comparativos de Roma y la actualidad en la ponencia titulada *Innovación Docente en el Derecho: Retos y Oportunidades en la formación del siglo XXI*. En el turno de preguntas, el profesor **Cesar Eugenio Vargas Rojas** se interesa por la presencia de alumnos de derecho romano con indumentaria de época para cursar las clases prácticas a lo que la profesora ponente señala que ha sido una incorporación de su universidad impartida por otra profesora y que ella misma presencié. Tanto profesor como presidente comentan que en sus respectivas universidades también se práctica las clases prácticas de derecho romano con tales indumentarias. El cierre de la sesión contó con la intervención de **Cesar Eugenio Vargas Rojas**, de la Universidad del Alba de Chile que terminó este turno de ponencias con *La enseñanza por*

*competencias y metodologías activas* en el que, dejando para el año que viene la divulgación de los resultados obtenidos sobre la experiencia del *role playing*, puso en conocimiento los resultados obtenidos de una tesis que aplicaron a su maestría basados en la necesidad de la formación docente con diseños curriculares. El presidente termina la sesión agradeciendo a los ponentes sus intervenciones y la presidenta despide la celebración del congreso hasta el día siguiente.

La quinta sesión del congreso del martes 17 de diciembre fue presidida por **Alfonso Murillo Villar**, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Burgos y comenzó con la ponencia titulada *Experiencia en espejo UBU-UNIOVI* en formato dual de las profesoras **Olga Gil García** de la misma universidad y **María José Azaustre Fernández** de la Universidad de Oviedo sobre una práctica realizada online de instituciones de derecho romano a través de las plataformas Microsoft *Teams*, *moodle* y *Socrative* en coincidencia horaria entre los grupos de alumnos de ambas universidades. Posteriormente, intervino la profesora de derecho internacional privado **Isabel Lorente Martínez** de la Universidad Nacional a Distancia con la ponencia *Nudos problemáticos y Derecho internacional privado. Una forma de acercar la práctica jurídica al aula de Derecho* fijando la atracción de la atención del estudiante mediante algunas de las cuestiones y objetivos que se explican a través de estos nudos de conflicto como los propios de la doctrina del *forum non conveniens*, la estructuración de las normas de conflicto en las obligaciones contractuales, la ley aplicable a los contratos de

consumo y el vacío legal ante determinados casos de sustracción internacional de menores.

La necesidad de que las universidades cierren acuerdos con ciertas plataformas con contenido acorde a la materia que se imparte, fue expuesto por conocimiento de la profesora de derecho internacional privado **María Asunción Cebrián Salvat** de la Universidad de Murcia, quien en su ponencia *El uso de las plataformas de streaming como recurso para la enseñanza del Derecho internacional privado: estudio de caso aplicado*, abordó la viabilidad pedagógica de estas plataformas para enseñar el derecho internacional privado a través de la visualización de películas alojadas en sus respectivos servidores.

A través de los programas Erasmus, se comprueba el deseo de los estudiantes de muy distintas materias y profesiones por la implementación de nuevas formas de enseñanza. Así lo considera la profesora de derecho romano **Mariagrazia Rizzi** de la Università de Milano-Bicocca en su ponencia *Blended Intensive Program e Jean Monnet Module THEuMa: esperienze internazionali di didattica presenziale ed online* que relata su experiencia como coordinadora de este programa, a través de su impartición interdisciplinar y alternativa (tanto diferido como presencial) de los distintos módulos que conformaban cada uno de estos cursos en cooperación y desarrollo hasta en cuatro universidades distintas.

Finalmente, **Carlos María Antuña Suárez** de la Universidad de Oviedo, terminó la quinta sesión con la ponencia *El aprendizaje del derecho sucesorio a través de herramientas TIC* destacando la posibilidad de que la herramienta *Socrative* pudiera funcionar con un perfil muy heterogéneo ya sea en forma de evaluación continua, examen eliminatorio, la síntesis de conocimientos y el control de asistencia.

Al finalizar esta intervención, se pasó directamente a la sexta sesión presidida por la también ponente **Eva María Polo Arévalo** que presentó a **Eimys Ortiz Hernández** de la Universitat de Lleida. Esta profesora defendió la integración de diversas herramientas de inteligencia artificial como el Chat GPT en la enseñanza del grado en derecho que se encuentra en fase de desarrollo e impulsado por un proyecto de investigación compuesto por profesores de distintas materias jurídicas de la misma universidad, en la ponencia *El derecho en la era digital: aprovechando ChatGPT para un aprendizaje ingenioso*. A continuación, intervino la profesora **Silvia Cachero Martínez** de la Universidad de Oviedo con la ponencia titulada *Transformación del Aprendizaje: Potenciando la Colaboración Activa con Gamificación y Role Playing* en la que puso de manifiesto distintas técnicas basadas en juegos, retos, concursos y herramientas digitales para alcanzar la motivación de los alumnos de la facultad de económicas con la concesión de diplomas y libretas de la universidad. Posteriormente, el profesor de derecho civil **Ignacio Fernández Chacón** de la misma universidad, habló brevemente de la incidencia de la inteligencia

artificial en la adquisición de competencias de tipo memorístico que replantea las funciones y competencias que debe impartir el docente universitario, cuestionando si es necesaria la revisión de los planes de estudio de las asignaturas troncales de derecho para introducir por ejemplo, los contratos de suministro y servicio digitales o los problemas de responsabilidad civil derivados de estas herramientas, en su ponencia titulada *La innovación docente tras 25 años de la Declaración de Bolonia*.

**María del Carmen Cortés Román**<sup>3</sup> de la Universidad de Cádiz cerró esta sesión con la ponencia: *Descubriendo la identidad femenina a través del Derecho romano: una propuesta de innovación docente*, en la que resaltó los objetivos y resultados del nuevo modelo de resignificación e implementación, por parte del tercer plan estratégico de la Universidad de Cádiz de reformar y adaptar los planes de la asignatura de derecho romano, conforme los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de educación de calidad e igualdad de género. La presidenta Eva María Polo Arévalo, cierra la sesión agradeciendo a los ponentes sus intervenciones mientras que la directora valora positivamente todas las ponencias y felicita a la última ponente por su intervención, preguntando sobre la obligación de esta medida, a lo que la ponente contesta que no es necesario su implantación pero sí la de aquellas que tienen una naturaleza transversal.

---

<sup>3</sup> Otros artículos de innovación docente de la autora; Cortés Román, C. (2024). *Storytelling* y problematización jurídica en la enseñanza del Derecho Romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(32), 24-56.

Tras una pausa de quince minutos, comienza la séptima sesión del congreso con la presidencia de **Carlos Sánchez Moreno Ellart** profesor de derecho Romano de la Universidad de Valencia que presentó y dio paso a la primera de las ponencias a cargo de **Francisco Javier Casinos Mora** de la Universidad de Valencia sobre el *Derecho Romano en acción: la historia constitucional romana en el cine*, destacando que este ponente ha trabajado en varios proyectos de innovación docente que tienen el cine como herramienta pedagógica. Este profesor señaló algunas películas con escenas que ofrecen aspectos jurídicos del derecho romano como los cines de *pépium*, *neopépium*, histórico y de argumento romano. Al acabar su ponencia, el presidente matiza que a veces las malas series sobre Roma no son culpa de los asesores ni de los actores sino de la propia productora fílmica. La directora **Carmen López Rendo** pregunta sobre la posibilidad de visualizar estas herramientas audiovisuales en abierto a lo que el ponente contesta que existen dos métodos de visualización; utilizar DVDs y la más costosa y completa que es crear *mp4* de las escenas que interesan con su búsqueda en la película y posterior recorte para almacenarla como escena cinematográfica.

A continuación, el presidente presenta al posterior ponente, **Francisco Javier Pérez Fernández** de la Universidad de Oviedo con la ponencia *El cine como recurso pedagógico en los estudios jurídicos*, el autor relata las distintas relaciones que unen al derecho con el cine



al moldear el universo ideológico y simbólico de nuestras sociedades como observa en la película *¿Vencedores o Vencidos? El juicio de Nuremberg* de Stanley Kramer que pone de manifiesto muchas cuestiones que son esenciales para el estudio del derecho. El presidente muestra predilección por la ponencia y recuerda el libro *Introducción al análisis del derecho* del filósofo argentino Carlos Santiago Nino donde se aborda el mismo supuesto que en la película.

Posteriormente, el profesor de derecho administrativo **Diego Rodríguez Cembellín** también de la misma universidad interviene con la ponencia titulada *Innovación docente y contencioso-administrativo: preparación de escritos procesales y visita a los juzgados* en la que detalla la organización del departamento en la planificación de las clases especialmente prácticas, en las que se implementó otro enfoque práctico como es la preparación de escritos procesales y administrativos desde su inicio y las visitas por parte de los alumnos a los juzgados de lo contencioso administrativo de Oviedo. Para finalizar esta sesión, el profesor de derecho financiero **Jaime García Puente** de la universidad de Oviedo interviene con la ponencia *La docencia del Derecho Financiero y Tributario en titulaciones no jurídicas ¿Una oportunidad para innovar?* donde detalla un cambio en la metodología de la docencia del grado en comercio y marketing basado en una serie de bloques por la que se introducen prácticas poco ajustadas al modelo que suelen presentar este tipo de clases como la cumplimentación de modelos tributarios en la sede

electrónica de Hacienda o la fiscalidad de los beneficios empresariales y el cálculo del rendimiento por estimación directa y objetiva mediante módulos.

Una vez concluidos los ponentes, el presidente abre un turno de preguntas para los asistentes, y tras el mismo, levanta la sesión con el agradecimiento de la directora del congreso y la felicitación a los participantes de la misma recordando cuando en vida del profesor Justo García Sánchez, se pensó en impartir una asignatura de derecho romano y cine y para la cual se llegó a comprar alguna de las películas comentadas a lo largo de esta sesión que están depositadas en la biblioteca de ciencias jurídicas básicas.

Posteriormente, comienza la octava y última sesión del congreso con la presidencia de **Teresa Duplá Marín**, catedrática de Derecho Romano de ESADE, quien presenta a la profesora de derecho romano de la Universidad de León **Gema Vallejo Pérez**, **quien** en su calidad de directora de un programa interuniversitario, analizó una dura experiencia personal de impartición de clases mediante la plataforma web de *Moodle ariadna* destacando las desventajas y dificultades que esto presenta sobre un alumnado adulto de conocimientos muy diversos, en su ponencia titulada *Aplicación de las TICs en el estudiantado del Programa Interuniversitario de la Experiencia de la Universidad de León*. Posteriormente intervino la profesora **Marina Martín Moro** de la Universidad Isabel I. en cuya ponencia *Entre aulas y pantallas: la convergencia del Moodle y las redes*

*sociales en la educación*, la profesora ensalzó el enriquecimiento de la experiencia educativa y aprendizaje de estas plataformas y las redes sociales a través de sus muchos y variados usos y funciones (difusión de contenidos jurídicos, foros de discusión, acceso a recursos y la creación de proyectos colaborativos) que contribuyen y potencian la motivación de los estudiantes personalizando el aprendizaje según sus intereses. La presidenta valora positivamente la capacidad de síntesis de la ponente y la necesidad de conectar y combinan herramientas web y sus correspondientes dificultades como la calidad de su contenido.

A continuación, la profesora **Claudia Gabriela Somovilla** de la Universidad del Salvador (Argentina) en la ponencia *Soterramiento de la IA en la enseñanza universitaria. De la tradición a la innovación*, comparte una experiencia que ha tenido la inteligencia artificial en las aulas de su universidad, en la que se produce una disminución de la creatividad por el alumno y que han tratado de paliar mediante la evaluación y publicación de los trabajos de investigación en las secciones de alumnos. La presidenta agradece a la ponente su participación y comparte sus reflexiones acerca de que la máquina no puede sustituir el aprendizaje humano y para cuyo certero dominio se requiere un gran conocimiento de derecho por parte del profesor.

Cierra tanto este congreso como la última sesión, su propia directora, **Carmen López-Rendo Rodríguez** con la ponencia titulada *Aprendizaje colaborativo interuniversitario online en Derecho romano*, sobre la práctica *coil*<sup>4</sup> entre alumnos de la universidad de Oviedo y de Burgos por la que se perfecciona las competencias profesionales en el día a día. Esta práctica implicaba la confección de un video colaborativo, en el que se contienen unas entrevistas creadas y dirigidas por los alumnos de las distintas universidades y titulaciones participantes, organizadas por equipos, según criterios previamente establecidos. Para la realización de las entrevistas deben extraer las preguntas del artículo “La importancia del Derecho romano en la formación del abogado”<sup>5</sup> y contestarlas con el contenido reflejado en el mismo artículo. Finalizada la grabación debían subir el video a youtube como videos ocultos y tras la valoración oportuna por el profesorado responsable de cada una de las universidades se les entregaba un diploma de participación en la actividad.

---

<sup>4</sup> López-Rendo Rodríguez, C., & Azaustre Fernández, M. J. (2024). Derecho global: gymkana jurídica y método COIL para la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(32), 105-177.

(<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/21014>)

<sup>5</sup> López-Rendo Rodríguez, C., (2021). «La importancia del Derecho romano en la formación del abogado», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Derecho procesal romano*, t. IV, vol. 1, López-Rendo, C.-Azaustre, M.J. (coord.), BOE, 2021, pp. 219-270 ([https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-40021900270](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-40021900270))

La presidenta de la sesión felicita a la directora por el incremento de alumnos matriculados en la práctica y los resultados aportados posteriormente y procede a la apertura del foro abierto para analizar los nuevos retos y horizontes del profesor universitario, como son la necesidad de adaptación a este nuevo perfil de estudiantes y el planteamiento del impulso en la motivación por la lectura y la escritura pues la investigación implica el estudio de las herramientas web que marcan nuevas metas académicas.

**Francisco Javier Casinos Mora** considera que las nuevas tecnologías no van en favor del fomento de la lectura como sistema natural de aprendizaje, paradójicamente, debiendo encontrar un equilibrio entre ambos espectros.

La profesora **María Vital da Rocha** muestra su preocupación por este problema de la inteligencia artificial y como puede abordarse en el aula.

La directora finaliza la clausura del congreso deseando a todos los participantes y asistentes feliz Navidad, con el deseo de seguir trabajando por y para el alumnado.

Carlos María Antuña Suárez

Universidad de Oviedo



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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



## **CRÓNICA DEL VI SEMINARIO INTERNACIONAL SICEDIED, celebrado en Campus de Ourense de la Universidad de Vigo, los días 10 a 12 de marzo 2025**

**Antón Lois Fernández Álvarez**

Profesor contratado doctor

Universidad de Vigo

<https://orcid.org/0009-0002-7651-7746>

**(FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois. Crónica del VI seminario  
internacional SICEDIED celebrado en Campus de Ourense de la  
Universidad de Vigo, los días 10 a 12 de marzo 2025. RIDROM [on line].  
34-2025.ISSN 1989-1970. pp.739-744.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

El VI Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho se celebró los días 10, 11 y 12 de marzo de 2025 en la Facultad de Derecho del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo. El evento fue fruto de la colaboración académica de tres instituciones públicas, la Universidad de Vigo (UVigo), la Universidad Estadual de Londrina (UEL, del estado de Paraná, en Brasil) y la Universidad Federal Fluminense (UFF, del estado de Río de Janeiro).

Formaron parte de la organización y dirección académica el catedrático de derecho romano de la Universidad de Vigo, Guillermo Suárez Blázquez, el profesor de esta misma universidad Antón Lois Fernández Álvarez, el catedrático de la Universidad Federal Fluminense brasileña Gilvan Luiz Hansen y el profesor Clodomiro José Bannwart Júnior de la Universidad Estatal de Londrina.

Bajo el tema "Democracia, ciudadanía y sostenibilidad en riesgo", el seminario se enfocó en debatir los desafíos contemporáneos que enfrentan las ciencias humanas y sociales, especialmente el derecho, en la búsqueda de perspectivas democráticas, justas e igualitarias para las relaciones humanas en la sociedad.

El programa incluyó diversas sesiones temáticas y paneles de discusión, además de una conferencia inaugural, una final y un acto de homenaje al catedrático emérito de Derecho romano de la Universidad de Vigo D. Luís Rodríguez Ennes.

Tras el acto oficial de apertura celebrado por el vicerrector del Campus de Ourense de la universidad olívica, la decana de la facultad de Derecho de la UVIGO, y los decanos de las facultades de Derecho de la UFF y de la UEL, se procedió a la conferencia inaugural presentada e introducida por el catedrático D. Guillermo Suárez Blázquez. La conferencia estuvo a cargo de las profesoras María del Carmen López-Rendo Rodríguez y María José Azaustre Fernández, de la Universidad de Oviedo, que abordaron el estudio de las fuentes jurídicas en línea del Derecho Romano y su indudable contribución a la investigación actual, proporcionando y exponiendo no sólo el uso de las herramientas telemáticas recopiladas y organizadas por ambas profesoras, sino también las oportunidades que generan en la pesquisa actual, no sólo romanística, sino del derecho civil en general, y otras ramas del derecho, pudiendo ser utilizada en cualquier país del mundo simplemente con un acceso a internet.



A partir de ese mismo día 10 de marzo se sucedieron las sesiones temáticas que trataron temas como “Derecho, tecnología y desafíos para el desarrollo sostenible”; “Derechos humanos, regulación, inclusión social y sostenibilidad hídrica”, “Sostenibilidad en las relaciones familiares, afectivas y de cuidado”; “Relaciones internacionales, conflictos y desarrollo sostenible”; “Sostenibilidad en las relaciones laborales, empresariales y económicas”; “Derecho, Estado y regulación para el desarrollo sostenible”; “ Resolución de conflictos, políticas públicas y justicia social”. Todas ellas siguieron un formato novedoso en el que mesas de tres o cuatro ponentes, hasta un total de 35, procedentes de hasta 8 universidades diferentes -españolas, brasileiras y argentina-, bajo la coordinación de otro académico, expusieron brevemente sus conclusiones sobre el tema propuesto para proceder enseguida al debate dirigido sobre las cuestiones planteadas por el coordinador.

Respecto de los trabajos defendidos y debatidos en el VI SIDECIED, se presentaron al evento 163 comunicaciones distribuidas en 14 grupos de trabajo (paneles). De éstos, 4 fueron presenciales y 11 telemáticos, sobre temas como “Derechos humanos, sostenibilidad y vulnerabilidades sociales”, “Filosofía, historia y derecho”, “Relaciones y conflictos sociales, laborales y empresariales”; o “Las nuevas fronteras del derecho y la sostenibilidad planetaria”, entre otros.

El seminario contó con la participación de académicos y estudiantes de diversas instituciones, promoviendo el diálogo interinstitucional y el intercambio de experiencias sobre democracia, ciudadanía y sostenibilidad. Además, se destacó la importancia de la cooperación internacional en la búsqueda de soluciones a los problemas contemporáneos que afectan a la sociedad global. Sumando todas las instituciones de los participantes en el VI SIDECIED, éste atrajo a 83 centros universitarios de todo el mundo entre todos los participantes presenciales y virtuales.

La conferencia de clausura, titulada "De la infradenuncia a la infradetección de los delitos de odio cometidos sobre personas y grupos en situación de vulnerabilidad", fue impartida por el profesor Adán Carrizo González-Castell, de la facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

El evento concluyó con un sentido y merecido homenaje al catedrático emérito jubilado de la UVigo, D. Luís Rodríguez Ennes que fue, entre otros muchos cargos y honores, asesor jurídico de la Universidad de Vigo, vicepresidente del Claustro, presidente de la comisión que redactó los primeros estatutos de la Universidad, y también decano de la Facultad de Derecho de Ourense entre 1990 y 2000, además de profesor visitante de más de una veintena de Universidades europeas y americanas.

En resumen, el VI Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho se consolidó como un espacio de reflexión y debate académico, abordando temas cruciales para el desarrollo sostenible y la justicia social en el contexto actual.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2025  
Full text article

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



## MEMORIA DE PUBLICACIONES DE DERECHO ROMANO AÑO 2024

### REPORT ON ROMAN LAW PUBLICATIONS 2024

**Dra. M<sup>a</sup> Teresa Duplá Marín**

Catedrática Derecho Romano. ESADE (URL)

<https://orcid.org/0000-0002-2371-0078>

**Dra. Patricia Panero Oria**

Prof. Titular Derecho Romano. Universidad de Barcelona

<https://orcid.org/0000-0001-6582-0171>

(DUPLÁ, Teresa/ PANERO, Patricia. Memoria de publicaciones de Derecho romano año 2024. RIDROM [on line]. 34-2025.ISSN 1989-1970., pp. 745-772. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

La Memoria de Publicaciones de Derecho Romano año 2024 que presentamos tiene como objetivo principal la recopilación y presentación de los trabajos de investigación de Derecho Romano publicados a lo largo del año 2024, y cuyos autores han tenido a bien trasladarnos a tal fin. Se incluyen también en la Memoria algunos trabajos enviados por sus autores con fecha de 2023, pero que han visto la luz en el año 2024.

El formato elegido para su clasificación parte de la clásica distribución de contenidos del área de conocimiento -a) Persona, Familia y Sucesiones; b) Derechos Reales y Obligaciones y Contratos; c) Derecho Procesal; d) Derecho Penal; e) Historia, Derecho Romano y Recepción y este año hemos incorporado un apartado f) de innovación docente y f) otro de Estudios Homenaje-, lo que permite al lector una identificación más ágil de las materias y trabajos.

Dentro de cada uno de los diferentes apartados, los trabajos se presentan siguiendo el orden de recepción e incluyen una breve reseña del contenido, ideas principales e interés del mismo.

**a) Derecho de la Persona, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones**

**MURILLO VILLAR, Alfonso**, Proyección postjustiniana del riesgo en el legado, en *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal: temas y ejemplos* (coord. por Amparo Montañana Casaní, María del Carmen Lázaro Guillamón), 2023, ISBN 978-84-19647-91-7, págs. 540-566. Capítulo de libro.

El objetivo de este trabajo es conocer quién y por qué ha de soportar el detrimento del objeto legado en todos aquellos supuestos de pérdida, deterioro o menoscabo englobados bajo el concepto de riesgo. Para ello se centra el autor en la recepción del *periculum legatarii* desde su definitiva regulación en el Derecho justiniano hasta llegar al último cuerpo legal vigente en que ha sido contemplado, el Código Civil de Cataluña. Por sus efectos jurídicos, los legados pueden ser reales u obligacionales. En ambos supuestos, toda pérdida, deterioro o menoscabo que sufra la cosa legada y de la cual no deba responder el heredero o gravado con el legado lo asumirá el legatario. Dicho principio ha quedado recogido definitivamente en la locución justiniana: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*.

**MURILLO VILLAR, Alfonso**, Reflexiones acerca del sujeto de derecho y la relevancia de la reserva mental en el derecho romano, en *El sujeto de derecho: Experiencia jurídica romana y actualidad* (coord. por Bernardo Periñán Gómez), 2023, ISBN 978-84-1369-717-8, págs. 427-442. Capítulo de libro.

Coincide la doctrina en definir la reserva mental como un vicio de la voluntad que consiste en la falta consciente de correspondencia entre la voluntad externa o manifestada y la voluntad interna o no declarada de un sujeto. Desde siempre se ha considerado que dicho vicio era irrelevante a los efectos jurídicos y que todo negocio celebrado con reserva mental era plenamente válido. No obstante, como el problema fundamental de la reserva mental siempre ha residido en su prueba, normalmente basada en presunciones, cuando se consigue probar deja de ser irrelevante para el ordenamiento jurídico y pasa a merecer consideración. Y ello, porque en el fondo de toda reserva mental subyace un intento de engaño.

**MURILLO VILLAR, Henar**, Evolución histórica de los llamamientos privilegiados frente al estado como último heredero en el orden sucesorio general ab intestato, en *El sujeto de derecho: Experiencia jurídica romana y actualidad* (coord. por Bernardo Periñán Gómez), 2023, ISBN 978-84-1369-717-8, págs. 167-184. Capítulo de libro.

En este artículo se contiene un análisis detallado de los supuestos de llamamientos preferentes que irrumpen en el orden sucesorio general ab intestato entre los parientes colaterales, incluido el cónyuge supérstite, y el Estado (fiscus) como ultimus heres. Se trata de llamamientos excepcionales que no conllevan que el Estado desaparezca del orden sucesorio intestado.

**RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón Perfecto**, Diversas anotaciones sobre la condicio servilis en la Antigua Roma, en *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*". VV.AA. (coord. Bernardo Periñán Gómez), Granada 2023, Edit. Comares, Colección Persona, nº. 9, segunda época, pp. 67-80. ISBN: 978-84-1369-717-8.

Consideraciones respecto a algunos de los elementos caracterizadores de la posición social, calificación jurídica y justificación de los esclavos lo largo de la Historia romana.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, Recensión crítica sobre la monografía de 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. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 33 (2024), ISSN1989-1970, pp. 376-381. Recensión

**FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita**, Coemptio y status de la mujer en el arcaico ius civile en: *El sujeto de Derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, (coord. por Bernardo Periñán Gómez), 2023, ISBN 978-84-1369-717-8, pp. 203-217. Capítulo de libro.

Analiza la autora en este capítulo de libro la situación jurídica en la que se encontraba la mujer en el antiguo ius civile, esto es, durante la época romana más antigua en la que estaba vigente el matrimonio cum manu. Se analiza la coemptio como negocio jurídico solemne por medio del cual la mujer podía cambiar su status jurídico. Se



explica que el antiguo *ius civile* no era discriminatorio para la mujer si se analizan sus instituciones desde un punto de vista antropológico.

**BICCARI, Maria Luisa**, Rassegna di figure femminili in Roma antica, *JUS- ONLINE* 3/2024, pp. 1-23, ISSN 1827-7942. Artículo de Revista.

A través de un repaso a las figuras femeninas que, bien o mal, dejaron su huella en la historia de Roma, se analiza el estatus jurídico de la mujer, centrándose en particular en la República tardía y el Bajo Imperio, cuando, gracias a la situación política de la época, las mujeres pudieron ganar visibilidad de muchas maneras.

**PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar**, Capacidad, incapacidad relativa e indignidad para suceder, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 49 (2024) 1, pp. 9-30. ISBN: 1575-720-X. Artículo de Revista.

Con respecto a la capacidad para suceder por cualquiera de las formas admitidas para ello, el Derecho romano exigió que se dieran una serie de requisitos como la capacidad general o *testimenti factio passiva*, el *ius capiendi* o *capacitas* y la ausencia de indignidad en el heredero. De manera semejante, se exigen en nuestro ordenamiento una serie de requisitos que, si faltan, incapacitan para suceder, según expresión utilizada por el artículo 744 del Código Civil. En esta lección se pretende resaltar las analogías y diferencias entre los

requisitos exigidos en el Derecho romano histórico y los recogidos en el Derecho civil común sin pasar, en este caso, por el necesario estudio del período intermedio. No descarto abordar este aspecto en otro lugar.

**AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José**, Ejercicio de acciones entre padres e hijos. Evolución histórica. "Estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor António dos Santos Justo", Rui de Figueiredo Marcos, Carmen López-Rendo Rodríguez, David Magalhaes (dir.), Coimbra, 2024, ISBN 9789729464300, págs. 11-86. Capítulo de libro.

En el ordenamiento jurídico romano, como en cualquier otro, podían plantearse situaciones de conflicto jurídico entre padres e hijos. El objeto de este trabajo es analizar las limitaciones para el ejercicio de acciones entre ellos, derivadas, de un lado, de la patria potestad, y de otro, del respeto y obsequium que había de observar el hijo, aun cuando ya no se encontrase in potestate, así como la incidencia que la relación paternofilial podía tener en el desarrollo posterior del proceso (así, en el terreno de las garantías de la asistencia a juicio, en la dispensa del juramento de calumnia o en relación al beneficium competentiae); y ello tanto en el Derecho romano como en la tradición romanística posterior hasta el Derecho vigente.

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen**, El cese de la obligación legal de alimentos por autosuficiencia del alimentista, de Roma al código civil vigente, en *El sujeto de derecho: Experiencia jurídica romana y actualidad* (coord. por Bernardo Periñán Gómez), 2023, ISBN 978-84-1369-717-8. Capítulo de libro.

Se analiza el cese de la obligación de alimentos cuando el alimentista podía alimentarse por sí mismo (D.25.3.5.7), posibilidad tanto económica como de salud que le permita mantenerse por sí mismo. Al desaparecer la necesidad que originó los mismos el obligado no debe seguir prestando los alimentos, si bien el cese o la denegación la debe determinar un juez, sin que quede al arbitrio del alimentante. Para ello se parte de la regulación en el Derecho romano, en el Derecho histórico español, la etapa codificadora y el derecho vigente en el Código civil español y en la jurisprudencia.

**DUPLÁ MARÍN, María Teresa**, La sucesión intestada de los “medio-hermanos” en la actual estructura familiar: una propuesta de retorno a la regulación originaria romana. En *Estudios em Homenagem ao senhor professor doutor Antonio Dos Santos Justo*. Direção Rui Manuel de Figueiredo Marcos; Carmen López-Rendo Rodríguez; David Magalhaes. Universidade da Coimbra. 2024, pp.195-110. Capítulo de libro.

En el contexto de la actual sociedad globalizada, pero, sobre todo, integradora y protectora de los derechos fundamentales, el mantenimiento de la expresión "medio hermanos", presente, entre otros, en nuestro Código Civil estatal, concretamente en los arts. 949

a 951, resulta curioso y, cuando menos, cuestionable. Si, además, puede traer, como consecuencia jurídica, una posible discriminación en el reparto de una herencia familiar, contraria a la esencia, principios y configuración de la sucesión legal, parece razonable dedicar un tiempo a analizar su origen, evolución histórica y posterior reinterpretación y, por supuesto, las causas que pueden justificar la eliminación no sólo de dicha expresión, sino también del contenido actual de esta norma en pleno s. XXI. Todo ello es el objeto de este estudio, en el que, partiendo de los principios esenciales de la sucesión intestada en el Derecho Romano y de la llamada a la colateralidad en el mismo, se pasa a explicar su recepción por el Código Civil español de 1889 en el que no ha sufrido, desde su publicación hace más de un siglo, a diferencia de lo ocurrido en algunos derechos autonómicos, ningún tipo de modificación.

**GARCÍA FUEYO, Beatriz**, Um legista português, professor na Universidade de Salamanca, entre 1590 e 1600, e o seu Tratado “De vulgari et pupillari substitutione”: Francisco Caldeira, En Estudos em homenagem ao senhor professor doutor António Dos Santos Justo, Rui Manuel de Figueiredo Marcos (dir.), Carmen López Rendo Rodríguez (dir.), David Magalhaes (dir.), Universidade Coimbra 2024, págs. 305-338.

Francisco Caldeyra era natural de Lisboa. Se matriculó como abogado en Coimbra desde octubre de 1577 hasta junio de 1579. Graduado en 1581, se licenció y doctoró en Derecho por la

Universidad de Coimbra, convirtiéndose en profesor de Institutos en 1587. En 1590 se trasladó a la Universidad de Salamanca, donde por primera vez tuvo cátedras sustitutorias, y desde 1593 fue titular de la cátedra de Digesto Viejo, cátedra cuatrienal que se renovaba cada cuatro años, hasta que en 1600 ganó por oposición la cátedra de Vísperas de Leyes, y en 1605 la de Prima de Leyes, que era vitalicia, En 1600 ganó por oposición la cátedra de Vísperas de Leyes, y en 1605 la de Prima de la misma Facultad, que era vitalicia, pero a la que renunció porque el rey Felipe IV le nombró juez de Lisboa y responsable de la enseñanza en la cátedra de Vísperas de la Universidad de Coimbra, tomando posesión el 13 de marzo de 1606, hasta 1625. Durante su estancia en Salamanca, tuvo que ocuparse de varios casos de contenido patrimonial, y escribió un esbozo de estudio de Derecho Romano, basado tanto en las fuentes justinianeas como en la doctrina, del derecho común y de épocas posteriores, sobre sustituciones vulgares y pupilares, como paso previo para un futuro tractatus.

**LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen,** La particular forma de organizar la sucesión hereditaria por muerte del arrendatario en el marco de los arrendamientos rústicos históricos valencianos, en R.M de Figueiredo Marcos, C. López-Rendo Rodríguez, D. Magalhaes (dir.). Estudios em Homenagem ao Senhor Professor Doutor António dos Santos Justo, Coimbra: Coimbra University Press, 2024, pp. 375-394, ISBN: 978-972-9464-30-0. Capítulo de libro.

El estudio aborda el análisis de la sucesión hereditaria en caso de muerte del arrendatario de un terreno rústico según lo dispuesto en la ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, que regula una institución inmemorial: la de los denominados Arrendamientos Históricos Valencianos. La norma dispone unas especiales reglas de sucesión que hacen que el arrendamiento no se extinga por muerte del arrendatario, otorga absoluta libertad para designar al sucesor en la explotación agrícola y, por tanto, en su posición contractual. Al mismo tiempo, regula las personas que serán llamadas a la sucesión en el caso de que no haya dispuesto nada al respecto. Se trata de un derecho de carácter especial que no sigue las normas del Derecho Civil común, dado que se trata de uno de los pocos ámbitos en los que las Cortes Valencianas tienen competencia legislativa amparada por la Constitución Española. Con el estudio la autora evidencia que esta norma especial es producto de la evolución histórica del sistema de arrendamientos de explotaciones agrarias en la región valenciana que persiguen darles continuidad

**b) Derechos Reales y Obligaciones y Contratos**

**MURILLO VILLAR, Alfonso**, El proceso de recepción de la *specificatio romana*, en *Estudio sobre principios generales y derecho romano*. Vol. 3 (coord. por Mirta Beatriz Álvarez Mallona), 2024, ISBN 978-987-710-125-6, págs. 392-430. Capítulo de libro.

Los juristas romanos nunca definieron qué debía entenderse por *specificatio*, ni tan siquiera elaboraron un concepto abstracto. Sin embargo, se trata de una de esas figuras jurídicas cuya existencia se respeta, y que a través de las diferentes legislaciones ha llegado hasta la actualidad, pero, como se demuestra en este trabajo, su regulación difiere de modo importante de la que fue la originariamente romana.

**MURILLO VILLAR, Henar**, Perspectiva histórica de la elasticidad del principio *salva rerum substantia*, En *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal: temas y ejemplos* (coord. por Amparo Montañana Casaní, María del Carmen Lázaro Guillamón), 2023, ISBN 978-84-19647-91-7, págs. 568-597. Capítulo de libro.

En este trabajo se analiza cómo la primitiva y originaria rigidez del principio *salva rerum substantia* fue atemperándose con el paso del tiempo. Ello se constata no solo en las propias fuentes jurídicas romanas, que ya manifestaban un desarrollo flexible del principio como consecuencia de la intervención jurisprudencial, sino también por la necesaria aceptación de la regulación del *quasi usufructus*. Como resultado de la recepción del derecho justiniano, en el derecho vigente se aprecian supuestos de usufructo que si bien no prescinden absolutamente del principio *salva rerum substantia*, al menos ponen de manifiesto su absoluta elasticidad, es decir, su flexibilidad para adaptarse al régimen jurídico que se halla establecido. No obstante, lo fundamental en el derecho de usufructo

son los derechos del usufructuario, *uti et frui*, mientras que el límite *salva rerum substantia* es secundario, pues es variable y modificable, aunque no por ello es menos importante.

**MONTAÑANA CASANÍ, Amparo**, Las mujeres y la financiación del comercio marítimo en la Baja Edad Media, en *RIDROM*, 32-2024, pp.178-283, ISSN 1989-1970. Artículo de Revista.

El instrumento de financiación del comercio marítimo mediterráneo en la baja Edad Media fue la comenda mercantil. Encontramos testimonio de la participación de mujeres en dicha actividad mercantil en una serie de comendas documentadas notarialmente. A través del análisis de estos documentos surge la imagen de una *mulier oeconomica* que es capaz de decidir y actuar racionalmente persiguiendo un ánimo de lucro personal.

**PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar**, Leyes, plebiscitos y otros remedios coercitivos y procesales frente a los feneradores en las comedias de Plauto, en *Dramaturgia, Derecho y Sociedad en la comedia de Plauto*. Capítulo de libro.

Las comedias de Plauto representan una fuente directa de información del período republicano que se pueden y se deben analizar y contrastar detenidamente con aquellas que nos brindan otras fuentes jurídicas y literarias de autores posteriores que escriben a partir del siglo I a. C. En este trabajo nos centramos en las referencias plautinas a algunas normas romanas y a otras medidas



represivas tendentes a frenar el fraude a las leges fenebres. En concreto analizamos las menciones a la lex Sempronia de pecunia credita, la lex Marcia de fenore y la lex (P)Laetoriae de circumscriptione adulescentium, así como a las multas edilicias y a las acciones populares in quadruplum como remedios que sirvieron para reprimir la usura en este período.

**LÓPEZ-RENDO RODRIGUEZ, Carmen**, Locatio conductio de inmueble. Muerte del usufructuario arrendador y sus consecuencias en Estudos em homenagem ao senhor professor doutor António Dos Santos Justo / Rui Manuel de Figueiredo Marcos (dir. Carmen López- Rendo Rodríguez, David Magalhães) , 2024, ISBN 978-972-9464-30-0, págs. 395-428. Capítulo de libro.

En este trabajo la autora analiza la muerte del usufructuario arrendador acaecida antes del plazo de duración pactado en el arrendamiento de inmueble y las consecuencias jurídicas derivadas respecto a la extinción del contrato, renta abonada o pendiente de abonar por el conductor y si ha lugar a resarcimiento por los gastos realizados en el inmueble arrendado en consideración a la duración del contrato pactado, partiendo de las soluciones adoptadas en el Derecho romano, en el Derecho histórico español, etapa codificadora y Derecho vigente.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, La caza en el mundo romano. Aspectos sociológicos, económicos y jurídicos, Valencia, I.S.B.N. 978-84-1056-344-5, 2024, 385 págs. Monografía.

Las distintas finalidades a las que puede responder la caza en Roma, desde finales de la República y durante el Imperio, ofrecen una cosmovisión reflejada en los datos de las fuentes literarias, epigráficas y jurídicas. Así, el interés por la caza no solo se encuentra en los espectáculos celebrados en los espacios públicos, ya fueran luchas con o entre fieras o la mera exhibición de animales exóticos, sino también en los espacios privados. En las casas romanas o en la parte urbana de las villae ha quedado testimoniada esta afición en numerosas representaciones donde los protagonistas no son solo gladiadores, sino también ciudadanos particulares, quizá los dueños de la domus. Es, sin embargo, el beneficio económico que aparece relacionado con la cría y explotación de animales; su diferente tipología, la acotación de terrenos para la explotación y el destino dado a los fundos y villae lo que lleva, en este trabajo, a un estudio en profundidad de los tratados agropecuarios y su puesta en relación con el régimen jurídico de la caza en el derecho clásico, que determinó que el elemento jurídico siempre fuera necesario para resolver los problemas que podían aparecer en relación con la caza como actividad lúdica y con la caza como actividad económica.

**SALAZAR REVUELTA, María**, La nave como objeto patrimonial y su encuadramiento jurídico por parte de la jurisprudencia romana, en Estudios em homenagem ao senhor professor doutor António Dos Santos Justo / Rui Manuel de Figueiredo Marcos (dir.), Carmen López-Rendo Rodríguez (dir.), David Magalhães (dir.), 2024, ISBN 978-972-9464-30-0, págs. 837-872.

Una de las materias más estudiadas del Derecho comercial romano es, sin duda, el impulso a partir de época republicana del transporte marítimo. En este trabajo la autora se adentra en la observación jurídica del elemento básico para su desempeño, esto es, la nave. La determinación de su naturaleza jurídica se hace imprescindible para una mejor comprensión de la atribución de la propiedad y otros derechos reales de los que es objeto. Así, se puede observar el particular régimen que atañe a la res connexa, en general, si bien la jurisprudencia irá modelándolo en base a la utilitas navigandi y el desarrollo del creciente tráfico jurídico a gran escala.

### c) **Derecho Procesal**

**PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar**, La administración concursal en Derecho Romano, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo, v. III, Derecho concursal y preconcursal, Coords. Ana Belén Campuzano Laguillo y M.<sup>a</sup> José Castellano Ramírez, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 53-82, ISBN: 978-84-1162-973-7. Capítulo de libro.

Se analiza la administración concursal en el derecho romano clásico durante la primera fase del procedimiento: la *missio in bona rei servandae causa*. Esta primera fase, de carácter preliminar y conservador, comienza con un decreto del magistrado, previa petición de uno o varios acreedores, autorizándolos a poseer el patrimonio del deudor con el fin de conservarlo. Durante la duración de esta primera fase del concurso ciertos actos de administración pueden devenir urgentes. El deudor puede realizarlos puesto que conserva la titularidad de los mismos, pero, como el interés en que no disminuya el patrimonio está en los acreedores, el pretor atribuye los actos de administración a estos (edicto de *fructo praediorum vendendo locandove*, comentado por Ulpiano en el libro 61 de sus Comentarios al Edicto) o a un *curator bonorum*. Este último era nombrado por el magistrado solo en los casos en que fuera necesario para preservar el patrimonio del deudor porque la finalidad de esta primera fase es la conservación del patrimonio, *custodia et observatio rerum*.

#### d) **Derecho Penal**

**FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita**, La *iurisdictio del princeps* y los orígenes romanos del indulto, en *e-Legal History Review* 39 (2024), 1-22. Artículo de Revista.

Como magistrado romano de más alto rango en la etapa imperial le correspondía al princeps, igual que a cualquier otro magistrado que era titular de la iurisdictio, la concesión de la restitutio in integrum, contra su propia sentencia y la de otros magistrados, pero además tenía competencia exclusiva para concederla en el caso de que se pidiera dicha restitutio por causa de una sanción penal impuesta en un juicio público. En este segundo caso se pueden distinguir dos supuestos: si aparecía alguna nueva prueba que justificase la disminución o la eliminación de la pena, y cuando, a petición del condenado, concedía el princeps la restitutio basándose en su propia indulgencia.

**FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita,** La iurisdictio del princeps y los orígenes romanos del indulto, en *Estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor António Santos Justo*, Coimbra University Press, 2024, 283-304. Capítulo de libro.

Como magistrado romano de más alto rango en la etapa imperial le correspondía al princeps, igual que a cualquier otro magistrado que era titular de la iurisdictio, la concesión de la restitutio in integrum, contra su propia sentencia y la de otros magistrados, pero además tenía competencia exclusiva para concederla en el caso de que se pidiera dicha restitutio por causa de una sanción penal impuesta en un juicio público. En este segundo caso se pueden distinguir dos supuestos: si aparecía alguna nueva prueba que justificase la disminución o la eliminación de la pena, y cuando, a petición del

condenado, concedía el princeps la restitutio basándose en su propia indulgencia.

#### e) **Historia, Derecho Romano y Recepción**

**RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón Perfecto**, Una visión panorámica en clave histórica de la experiencia jurídica gallega relativa a la conformación, contenido y desarrollo de su Derecho civil propio, en *Derechos, mitos y libertades en la formación de la modernidad política en la España contemporánea*, VV.AA., Coord. Guillermo Vicente y Guerrero, Edit. Tirant Humanidades, Valencia 2024, pp. 263-308, ISBN: 978-84-1183-457-5. Capítulo de libro.

Referencia histórico-crítica a la conformación, contenido y desarrollo del actualmente llamado Derecho civil propio de la Comunidad gallega.

**RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón Perfecto**, Notas sobre la costumbre en el derecho civil de Galicia, en *Estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor António Santos Justo*, Coimbra University Press, 2024, págs., 807-835. Capítulo de libro.

Historia resumida del proceso de configuración y desarrollo del Derecho civil de Galicia a partir de sus presuntas particularidades jurídicas, con especial referencia a diversas cuestiones de naturaleza

sustantiva y procesal relativas a la costumbre y su papel primordial en el mismo.

**TRISCIUOGLIO, Andrea**, Le ricerche in tema di societates publicanorum, en *Tesserae iuris* 5.1 (2024), pp. 69-87. Artículo de Revista.

Traendo spunto da un saggio di Ferdinando Bona del 1992 sulle societates publicanorum, l'articolo intende precisare e discutere alcuni risultati recenti della dottrina in tema di sviluppo storico di tali societates, dei rapporti interni tra soci, dei rapporti tra tali societates e gli organi costituzionali della tarda repubblica (magistrati locatori, senato, assemblea popolare, collegio pontificale).

**LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen**, Women and Criminal Law in the Furs de València of King James I (1208 - 1276), en *JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW*. Num. 1. Vol. 15. pp. 34-46. ISSN 2042-6402. Artículo de Revista.

Una de las principales líneas de investigación de la autora se centra en la reinterpretación del Derecho romano por parte de los juristas del ius commune y, particularmente, cómo se integra este proceso en el Derecho foral histórico valenciano. Esta línea coincide con la del estudio y análisis de la posición jurídica de la mujer, otra materia de su interés como investigadora. Como nexo de unión entre ambos

enfoques, este trabajo analiza los textos relativos al derecho penal de los Furs de València de Jaime I en la medida en que afectan a la mujer y al contexto femenino. En concreto, el análisis textual pretende determinar en qué medida las fuentes del Derecho romano y del *ius commune* fueron recibidas en los textos de los Furs en materia penal y, particularmente, en lo concerniente a ilícitos en los que la mujer es víctima o autora. La finalidad es determinar las razones de la presunta falta de recepción directa de dichas fuentes romanas en este ámbito, a pesar de que los Furs forman uno de los códigos de derecho medieval más romanizados.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia - MÍNGUEZ BAÑO, Arístides**, *Las Triunfantes. La comedia de las mujeres*. Madrid, I.S.B.N. 978-84-09-58777-3, 2024, 104 págs.

*Las Triunfantes* es una comedia que bebe de diferentes fuentes literarias clásicas relacionadas con el episodio de la derogación de la *lex Oppia* en 195 a.C. y, en general, textos relacionados con las matronas romanas, todo ello aderezado con escenas inventadas pero que bien pudieron darse en la Roma republicana. La obra se representó en la XVIII Semana Romana de Cascante (Navarra) y en este libro se recoge una introducción sobre el proceso de creación; la versión original de la comedia; y el guión dramatizado que se reelaboró para su representación.



**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, Instituciones jurídicas romanas en la literatura francesa decimonónica. Un caso en *L'Éducation sentimentale*, en *Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía*, nº 2, 2024, pp. 213-269. Artículo de Revista.

En *L'Éducation sentimentale* el Derecho está presente a lo largo de todo el relato. El autor, al igual que el protagonista de la novela, ha sido estudiante de Derecho, aunque más preocupado por otras actividades. Sin embargo, hay pruebas de la metodología que siguió Flaubert para construir escenas relacionadas con el Derecho. En este marco, este artículo se fija en una referencia en la novela a una institución jurídica, el estelionato, para hacer un estudio del término y su contenido en el derecho romano y su recepción en derecho español y francés

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, *De romanas y escraches. Un Aquar(r)elato de la antigua Roma*. Madrid, 978-84-09-68016-0, 2024, 106 págs. Otro.

Libro de carácter divulgativo que tiene como hilo conductor las protestas de las mujeres en el 195 a.C. Este episodio sirve, no obstante, para adentrar al lector en el mundo de la República romana y del derecho romano en el que se podrá conocer desde la estructura de la familia a los procesos electorales, pasando por las magistraturas o el mundo de las mujeres. El libro está ilustrado con las acuarelas de Rosa Rodríguez López alusivas a cada uno de los capítulos. El libro se cierra con un glosario explicativo de nombres

de personajes, episodios históricos e instituciones de derecho romano público y privado.

**POSADAS SÁNCHEZ, Juan Luis**, *Tácito y el Derecho*, Ediciones Clásicas, 2024, ISBN 9748478829248. Monografía.

Libro que estudia a Tácito como fuente secundaria del Derecho y que contiene un Anexo con las 378 menciones a temática jurídica en todas sus obras, incluida el Diálogo de los oradores.

**POSADAS SÁNCHEZ, Juan Luis**, *Tácito como fuente literaria para el conocimiento jurídico*, en *Studia Historica Historia Antigua* (Universidad de Salamanca), volumen 42, 2024, pp. 1-16. Artículo de Revista.

En este trabajo, estudia el autor las referencias a leyes y decretos en las obras de Tácito y las compara con los epígrafes completos o fragmentarios que recogen dichas leyes y decretos, para analizar si Tácito fue fiel o no a dichos documentos jurídicos, y si, por tanto, puede considerarse una fuente literaria.

**POSADAS SÁNCHEZ, Juan Luis**, *Tácito y la fidelidad a las fuentes jurídicas primarias*. *Revista Internacional de Derecho Romano* 32, 2024: 451-479. <https://doi.org/10.17811/ridrom.1.32.2024>. pp. 451-479. Artículo de Revista.

En este trabajo, el autor analiza las referencias de Tácito a las fuentes jurídicas primarias como fuentes de su obra jurídico-histórica.

**FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita**, El acceso a la cátedra de derecho romano del prof. Fuenteseca Díaz a mediados del s. XX, en: *The teaching of Roman law in the 20th century: challenges and perspectives*, a cura di Paul du Plessis, Tommaso Beggio, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, 2024, pp. 145-157. Capítulo de libro.

En este capítulo de libro se analizan las sucesivas formas de acceso a las cátedras universitarias que se fueron introduciendo en España por medio de diversas reformas legislativas desde un antiguo Reglamento de 1931 hasta la Ley de Reforma Universitaria de 1983. Se realiza un recorrido por los diversos intentos de reforma tomando como hilo conductor el acceso a la cátedra de Derecho romano del prof. Fuenteseca Díaz.

**PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar**, *Dramaturgia, Derecho y Sociedad en la comedia de Plauto*, Madrid, Colección de Artes Escénicas, Ediciones Complutenses, 2024, (en prensa). Otro.

Análisis del teatro plautino por una serie de expertos de distintos países (juristas, filólogos, críticos teatrales) que, desde una visión interdisciplinar, estudian caso por caso, conceptos, instituciones jurídicas y leyes en el contexto social y cultural de la época

republicana en contraste con las noticias recogidas en fuentes jurídicas y literarias de época posterior.

El presente volumen se enmarca en los estudios Law and Literature, una metodología que incide en la interdisciplinariedad como vía necesaria para elaborar una observación compleja de los hechos y relaciones humanas. Este método surge en los primeros años del siglo pasado en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos de América con finalidad didáctica y posteriormente se extendió por Europa y, desde la literatura, a todo el ámbito de las humanidades: Derecho y Cine, Derecho y Música, Derecho y Arte (pintura, escultura, fotografía, videoarte, etc.). Como consecuencia, el interés por el Derecho ya no solo corresponde a los juristas sino también a los estudiosos de la literatura y de los textos en general. El recurso a la literatura dramática, limitándonos al mundo griego y romano que es el que aquí nos interesa, es práctica común entre los estudiosos de los derechos de la antigüedad. Desde el campo de la historia y de la antropología jurídica, la literatura viene entendida como fuente para la comprensión de los orígenes y la evolución de las nociones jurídicas fundamentales y de la reglamentación normativa de la convivencia social y política. Mas esta perspectiva no solo es una ventaja para los juristas sino también para los estudiosos de la literatura griega y romana, pues el conocimiento de los elementos jurídicos que aparecen en el teatro tiene gran importancia para poder aprehender mejor los recursos humorísticos, dramáticos y de transgresión cómica, lo que redundará en una mayor comprensión

de la obra plautina y a su puesta en escena actualizada según el contexto socio-político contemporáneo.

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo**, El itinerario histórico jurídico de la mujer libre viuda visigoda hacia la conquista de la tutela de los hijos menores, en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), XCIV. Vol. I, pp. 49-78, ISBN 0304-4319. Artículo de Revista.

La civilización romana consideró a la tutela como una institución civil de potestad política y fuerza viril. La mujer romana era concebida como un ser inferior y siempre estuvo sujeta al poder de un ciudadano varón, bien como hija (*patria potestas*), bien como esposa (*manus*), bien como pupila (tutela). Con el Imperio, de forma progresiva, la condición jurídica privada de la mujer romana mejora. La idea de que su debilidad de sexo era más aparente que real se va imponiendo en la mentalidad de los magistrados, los juristas y los tribunales. La mujer se libera de la tutela del ciudadano. También, de forma paulatina, la jurisprudencia clásica admitió su óptica del derecho natural y de gentes. A partir del siglo II d. C., los magistrados y los tribunales admitieron de forma discrecional las solicitudes de acceso al poder tutelar de los hijos menores impúberes a las madres viudas libres de las provincias orientales. Posteriormente, con la irrupción civil del cristianismo, las cancillerías imperiales reconocieron, de forma oficial *ex lege*, que, en ausencia de voluntad testamentaria o de tutela legítima, la madre tenía el derecho y el poder civil tutelar de sus hijos huérfanos impúberes. Esta dinámica legislativa del Bajo Imperio fue adoptada

posteriormente por Lex Romana Wisigothorum y Liber Iudiciorum. Este último, además, instituyó un nuevo régimen de paridad y equidad romano cristiano, patriarcal y matriarcal y concedió el derecho de tutriz de los hijos menores impúberes a la madre viuda visigoda.

#### f) Innovación docente

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen - AZAUSTRE FERNANDEZ, María José**, Derecho global: gymkana jurídica y método COIL para la enseñanza-aprendizaje del Derecho romano, e en **RIDROM** 32, Abril 2024. <https://doi.org/10.17811/ridrom.1.32.2024.105-177>. Artículo de Revista.

Partiendo del valor insustituible del Derecho romano en la formación del jurista, se proponen dos actividades para su enseñanza-aprendizaje en la época del Derecho global: la gymkana jurídica, que reviste la forma de competición entre alumnos de distintas asignaturas y cursos y la metodología COIL aplicada al Derecho romano, que implica un trabajo colaborativo entre estudiantes de distintas universidades; describiéndose tanto el contenido de fondo que se pretende transmitir como el formato de las dos actividades, que persiguen introducir al alumnado en las fuentes jurídicas, mejorar su comprensión lectora y promover el

trabajo en grupo, competencias imprescindibles para el jurista del siglo XXI.

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen - AZAUSTRE FERNANDEZ, María José, RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma María,** Nuevas tecnologías, nuevos recursos para la enseñanza y aprendizaje del Derecho romano (V), en Nuevos ecosistemas de aprendizaje: Innovaciones y experiencias educativas, Lourdes Villalustre Martínez (coord.) Marisol Fernández Cueli (coord.), Octaedro, ISBN: 978-84-19900-81-4, 2024, págs. 59-72.

El propósito fundamental de este capítulo es compilar y presentar trabajos que aportan innovaciones y experiencias educativas que aprovechan diversas tecnologías, estrategias y métodos didácticos en los procesos de enseñanza-aprendizaje. A través de estas contribuciones se busca enriquecer el panorama educativo al explorar cómo diferentes enfoques pueden enriquecer y transformarla forma en que aprendemos y enseñamos, especialmente en la rama del Derecho Romano.

#### **g) Estudios Homenaje**

Rui Manuel de Figueiredo Marcos (dir.), Carmen López-Rendo Rodríguez (dir.), David Magalhães. Estudos em homenagem ao senhor professor doutor António Dos Santos Justo, ISBN 978-972-9464-30-0.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=998037actual>.