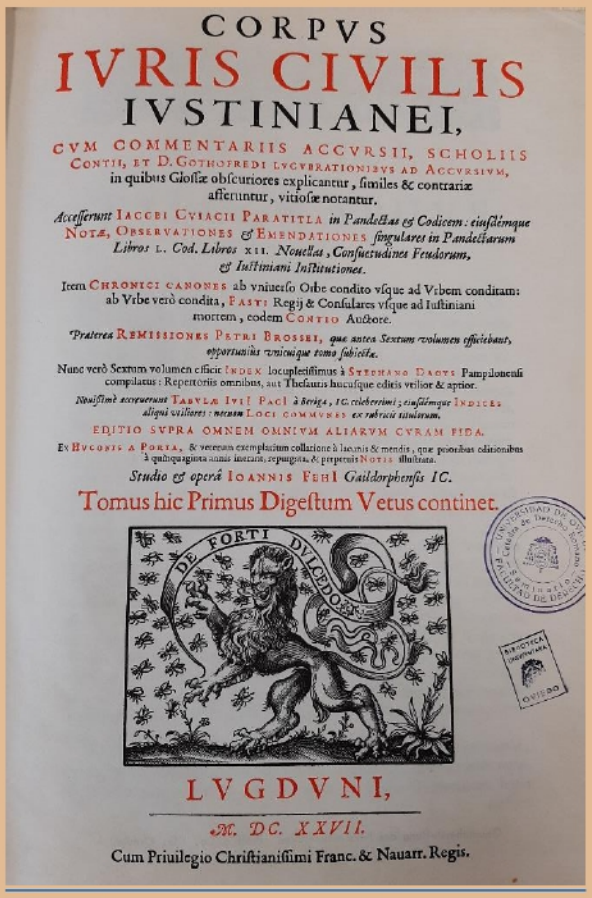
RIDROM

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO



CORPVS
IVRIS CIVILIS
IVSTINIANEI,

CVM COMMENTARIIS ACCVRSII, SCHOLIIS CONTII, ET D. GOTHOFREDI LVCVBRATIONIBVS AD ACCVRSIVM, in quibus Glossæ obscuriores explicantur, similes & contrariæ afferuntur, vitiosæ notantur.

Accesserunt IACOBI CVIACII PARATITLA *in Pandectas & Codicem: eiusdémque* NOTÆ, OBSERVATIONES & EMENDATIONES *singulares in Pandectarum Libros* L. *Cod. Libros* XII. *Nouellas, Consuetudines Feudorum, & Iustiniani Institutiones.*

Item CHRONICI CANONES ab vniuerso Orbe condito vsque ad Vrbem conditam: ab Vrbe verò condita, FASTI Regij & Consulares vsque ad Iustiniani mortem, eodem CONTIO Auctore.

Præterea REMISSIONES PETRI BROSSEI, *quæ antea Sextum volumen efficiebant, opportunius vnicuique tomo subiecta.*

Nunc verò Sextum volumen efficit INDEX locupletissimus à STEPHANO DAOYS Pampilonensi compilatus: Repertoriis omnibus, aut Thesauris hucusque editis vellor & aprior.

Nouissimè accesserunt TABVLÆ IVRIS PACII *à Beriga, IC. celeberrimi; eiusdémque* INDICES *aliqui vtiliores: nempe* LOCI COMMVNES *ex rubricis tituloruin.*

EDITIO SVPRA OMNEM OMNIVM ALIARVM CVRAM FIDA.

Ex HVGONIS A PORTA, & veterum exemplarium collatione à lacunis & mendis, quæ posterioribus editionibus à quibusquamvis annis inierant, repurgata, & perpetuis NOTIS illustrata.

Studio & operâ IOANNIS FEHI *Gaildorphensis IC.*

Tomus hic Primus Digestum Vetus continet.

DE FORTI DVCE DOS

LVGDVNI,

M. DC. XXVII.

Cum Priuilegio Christianissimi Franc. & Nauarr. Regis.

Universidad de Oviedo

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano
ISSN 1989-1970 Octubre 2026 https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom
CC BY NC ND

ÍNDICE NÚMERO 37
Octubre 2026

ARTÍCULOS

La simulación por interposición de persona. Una mirada romanista a este supuesto de simulación en el Derecho argentino
Simulation by interposition of a person. A romanistic look at this case of simulation in Argentine law
MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ MALLONA 1

La evasión de la cárcel en el Derecho romano y su evolución hasta el Derecho vigente
The prison escape in Roman law and its evolution up to current law
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ 28

Los cimientos intelectuales de la civilización occidental, con referencia especial al sistema jurídico romano: los verdaderos baluartes frente al cuestionamiento de Occidente
The intellectual foundations of Western civilization, with special reference to the Roman legal system: the true bulwarks against the challenging of the West
RAFAEL BERNAD MAINAR 171

La pretensión en el proceso formulario romano: relectura estructural de la *intentio* y la *condemnatio* a la luz de la dogmática procesal contemporánea
Claim in the Roman formulary procedure: a structural reading of the intentio and condemnatio in light of contemporary procedural dogmatics
ADOLFO DÍAZ-BAUTISTA CREMADES 257

La política de la *lex Aquilia*. Disputas sobre compensación en la lucha de los órdenes: en busca de juicios justos
The politics of the lex Aquilia. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials
WOLFGANG ERNST 289

La construcción jurídica del termalismo: un recurso salutífero desde el modelo romano hasta la regulación actual
The legal construction of thermalism: a salutary resource from the Roman model to contemporary regulation
NATALIA OLIDA FARIÑAS VALIÑA 364

The historical evolution of the *mutuum* contract: an analysis of the classical sources
MIGUEL FERREIRA OLIVEIRA 424

'*Uxores dotatae*'. Límites a la autonomía de los cónyuges en caso de disolución del matrimonio: de los *pacta dotalia* en el Derecho romano a los acuerdos prematrimoniales en los ordenamientos jurídicos italiano y español
'Uxores dotatae'. Limits to spousal autonomy upon dissolution of marriage: from the pacta dotalia in the Roman law to premarital agreements in the Italian and Spanish legal systems
FAUSTO GIUMETTI 470

La protección del *minor* y la *lex (P)laetoria de circumscriptione adulescentium*: contenido, alcance y proyección en las fuentes
The protection of minors and the lex (P)laetoria de circumscriptione adulescentium: content, scope and its reception in Roman legal and literary sources
MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ 547

RECENSIONES

Recensión a ZAMORA MANZANO, J. L.: *Administración romana y lucha contra la piratería: del* hostis humani generis *a la jurisdicción universal contemporánea*, Colex, A Coruña, 2026, ISBN: 979-13-7065-014-8, 235 páginas.
BEATRIZ GARCÍA FUEYO 595

Recensión a CUENA BOY, F.: *De Servitute. Estudios jurídicos sobre esclavitud en Roma, Castilla, Portugal y las Indias*, Comares, Granada, 2024, ISBN 978-84-1369-873-1. 280 páginas.
GONZALO JEREZ ROMERA 603

Recensión a DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A.: *Bases del Sistema Jurídico Continental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, ISBN: 979-13-7040-415-4, 192 páginas.
MARÍA DOLORES DEL MAR MONTEAGUDO SÁNCHEZ 610

Recensión a BARCIA LAGO, M.: *El candil de mi rincón. Opúsculos de un humanista*, Bosch Editor, Barcelona, 2025, 285 páginas.
LUIS RODRÍGUEZ ENNES 626

IN MEMORIAM

Leer la historia viviendo el Derecho, recuerdo de Luigi Labruna
ALESSANDRO CORBINO 638

In memoriam MARÍA DEL ROSARIO DE LA FUENTE HONTAÑÓN († 17-1-2026)
FRANCISCO JOSÉ CUENA BOY 651

VARIA

Crónica del XXVII Congreso Internacional y XXX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano «Tramitación, ejecución y concurso en el proceso civil romano y su recepción» *in memoriam* del profesor Esteban Varela Mateos, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, los días 25, 26 y 27 de marzo de 2026.
ADRIÁN OLIVEIRA LÓPEZ 659

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.
Carlos Amunátegui, Catedrático. Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile
Lorena Atzeri, Catedrática, Universitá degli Studi di Milano Statale. Italia.
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.
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. España.
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.
Ana Isabel Clemente Fernández, Profesora contratada doctora de la Universidad de Castilla-La Mancha.
María del Rosario de la Fuente Hontañón (†), Profesora de Derecho Romano de la Universidad de Piura. Perú.
Valeria Di Nisio, Associato Diritto romano e Fondamenti del dirittto europeo. Università Federico II. Nápoles. Italia.
Paula Domínguez Tristán, Profesora Titular. Universidad de Barcelona. España.
Thomas Finkenauer, Catedrático. Universidad de Tübingen. Alemania.
Lorenzo Gagliardi, Profesor de Diritto romano e Fondamenti di diritto europeo. Università degli Studi de Milano Statale. Italia.
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.
María Ángeles Herrera García, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Burgos, España.
Eva Jakab, Catedrática, Universidad de Szeged, Hungría.
Francesca Lamberti, Ordinaria di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo. Universidad de Salento. Italia.
Paola Lambrini, Ordinaria di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo. Universidad de Padova. Italia.
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.
Amparo Montañana Casaní, Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad Jaume I de Castellón. España.
Lidia Noriega Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Vigo. España.
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.
Michael Rainer, Catedrático. Universidad de Salzburgo. Austria.
Pedro Resina Solá, Catedrático. Universidad de Almería. España.
Luis Rodríguez Ennes, Catedrático. Universidad de Vigo. España.
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. España.
Antonio Dos Santos Justo, Catedrático. Universidad de Coímbra. Portugal
Claudia Somovilla, 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 Trisciuoglio, Ordinario. Universidad de Turín. Italia.
Bernard Keith Vetter, Catedrático. Loyola University of New Orleans. Estados Unidos.
María Vital Da Rocha, Profesora Universidad FA7. Fortaleza. Brasil.

Universidad de Oviedo

RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
30/08/2026	04/10/2026
Palabras clave:	**Keywords:**
Negocio jurídico, simulación, persona interpuesta, derecho romano, derecho argentino.	*Legal business, simulation, interposed person, roman law, argentine law.*

CC BY NC ND

LA SIMULACIÓN POR INTERPOSICIÓN DE PERSONA. UNA MIRADA ROMANISTA A ESTE SUPUESTO DE SIMULACION EN EL DERECHO ARGENTINO

SIMULATION BY INTERPOSITION OF A PERSON. A ROMANISTIC LOOK AT THIS CASE OF SIMULATION IN ARGENTINE LAW

Mirta Beatriz Álvarez Mallona
Catedrática de Derecho Romano.
Universidades de Buenos Aires y de Flores, Argentina
https://orcid.org/0009-0000-1930-7879

(BEATRIZ ÁLVAREZ, Mirta. *La simulación por interposición de persona. Una mirada romanista a este supuesto de simulación en el Derecho Argentino*. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp. 1-27. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

En el presente trabajo se analizará la simulación como vicio de los negocios jurídicos, centrando el enfoque en la simulación por interposición de persona.

Nos referiremos a las fuentes que tratan este supuesto en el Corpus Iuris Civilis, y posteriormente trataremos la simulación en el Código Civil de Vélez Sársfield y en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015.

Abstract:

In this work we will analyse simulation as one of the vices of legal business, focusing specifically on simulation by interposition of person.

We will refer to the sources that deal with this assumption in the Corpus Iuris Civilis and subsequently discuss simulation in the Civil Code of Vélez Sarsfield and in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation of 2015.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Concepto de simulación. Clases. III.- Derecho Romano. IV.- Derecho Argentino. V.- El caso. V. 1.- Los argumentos del decisorio. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

I.- Introducción

En el presente trabajo se analizará uno de los vicios de los negocios jurídicos: la simulación.

Específicamente nos enfocaremos en la simulación por interposición de persona.

Haremos referencia a las fuentes que tratan este supuesto en el *Corpus Iuris Civilis.*

Posteriormente, nos detendremos en el tratamiento de la simulación en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015.

Para ilustrar el tema, citaremos un fallo reciente de la justicia argentina, que debió resolver una demanda y reconvención, pretensiones ambas fundadas en una simulación ilícita por interposición de persona, con una breve reflexión crítica al decisorio.

II.- Concepto de simulación. Clases

De acuerdo con Ferrara[1], negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.

[1] FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Reimpresión, Madrid, Editorial Revista de

En la simulación, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente, o no en aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a terceros.

Los requisitos del negocio simulado son:

1°) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;

2°) Concertada de acuerdo entre las partes;

3°) Para engañar a terceras personas,

Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia entre voluntad y declaración[2].

Como señala Talamanca[3] esta divergencia entre voluntad y declaración puede ser consciente o inconsciente: en el primer caso nos encontramos con el error obstativo o impropio (que es el que recae no sobre la voluntad, sino sobre la declaración). En el segundo caso, nos encontramos ante los fenómenos de reserva mental y de la simulación. Lo que tienen en común estas dos instituciones es que en ambas se declara una cosa que no se quiere, con la intención de engañar.

Derecho Privado, 1960, p. 43 s.

2 MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano,* Barcelona, PPU , 1987, p.327, en cambio sostiene que: "el negocio simulado entraña una divergencia, no, como suele decirse entre voluntad y declaración, sino entre una apariencia de negocio, que crean las partes para engañar a terceros y la realidad, que es la inexistencia de negocio o la existencia de otro distinto del simulado."

3 TALAMANCA, M., *Istituzioni Di Diritto Romano,* Milano, Giuffre Editore, 1990, p. 228.

La reserva mental se desenvuelva en el secreto de la mente de uno de los contratantes, que manifiesta su voluntad pero ésta no se corresponde con su pensamiento interno, mientras que la simulación es la obra de más de uno: es el resultado del concierto de las partes.

Se podría afirmar que la simulación es incolora y se califica según los fines de los que la emplean[4].

Algunos autores han hecho una clasificación amplia de simulación. Así, Cárcaba Fernández[5] entiende que la simulación puede ser clasificada atendiendo a dos criterios; el móvil perseguido al engañar a los terceros, que permite ordenar la simulación en lícita e ilícita. Será lícita cuando el fin perseguido por las partes sea legal, e ilícita cuando aquél fin sea en fraude a la ley o para perjudicar a terceros.

Por otra parte, en atención a su contenido, podemos distinguir entre simulación absoluta y relativa; y esta última, a su vez, se subdivide en varios tipos: la referida a la naturaleza del negocio realmente celebrado; la que recae sobre las condiciones del negocio; y la interposición de persona o simulación relativa en atención a los sujetos del contrato.

Rabanete Martínez[6], sostiene que en el campo de la simulación contractual encontramos tres tipos posibles; la simulación absoluta, la simulación relativa, que a su vez puede ser total o parcial, y la

4 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* cit., p. 48.

5 CÁRCABA FERNANDEZ, Mª., *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, p. 61s.

6 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* Actualidad jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, 2386-4567, pp. 246-331.

simulación por interposición ficticia de persona, aunque esta última en realidad es una especie de la relativa, llamada también simulación relativa subjetiva.

Y la autora afirma que mientras en la simulación absoluta y relativa es necesario el acuerdo de dos personas (o varias en el caso que el contrato simulado sea plurilateral), que son las partes contratantes; en la relativa subjetiva o por interposición de persona, se requiere el acuerdo de tres personas, el interponente y las partes contratantes[7].

En la interposición ficticia, al igual que en la simulación relativa objetiva, se forman dos relaciones jurídicas; un contrato simulado y uno disimulado. En este caso, en el contrato simulado aparece como contratante un sujeto (interpuesto o testaferro), que no es el contratante real (interponente). Esto es, nos hallamos ante una doble relación; una, entre interponente y tercero, y otra, entre interpuesto y tercero[8].

La interposición ficticia puede ser, a su vez, estática o dinámica. La dinámica es utilizada por la simulación subjetiva relativa; es la forma clásica y más usada de interposición, por medio de la cual el interesado adquiere un bien bajo el nombre de otro, ocultando así la adquisición a los terceros. La interposición ficticia estática es aquélla que resulta de un contrato absolutamente simulado, y es utilizada con

---

7 TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano,* cit., p.228 afirma en el mismo sentido: "*Accanto alla simulazione relativa va ricordato il caso più complesso dell'interposizione fittizia di persona, in cui come parte di un negozio giuridico bilaterale figura un soggetto, mentre in realtà il negozio era stipulato con un soggetto diverso: qui l'accordo simulatorio e`, in linea di massima, trilatere*".

8 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331.

el fin de ocultar a los terceros la pertenencia del bien enajenado ficticiamente; así, el comprador aparente sería testaferro del enajenante fingido[9].

Con respecto a los efectos de la simulación relativa subjetiva entre partes, el interpuesto ficticio no adquiere ningún derecho inherente al contrato, puesto que sólo presta su nombre a una de las partes (interponente), del cual se sirve para quedar oculto a los terceros.

Y respecto de terceros, la protección parte del conocido principio de seguridad del tráfico jurídico, que obliga a proteger al tercero de buena fe que ha comprado del interpuesto, ignorando que éste era un adquirente simulado, o a los acreedores del simulado vendedor, que ven disminuido el patrimonio de su deudor. Para los primeros la simulación será eficaz, en tanto para los terceros cuyos derechos son perjudicados por el contrato simulado, la simulación será ineficaz.

En el presente trabajo abordaremos la simulación por interposición ficticia dinámica de persona o simulación relativa subjetiva.

III.- Derecho Romano

Rabanete Martínez afirma que cuando se habla de interposición y se pretende encontrar residuos de la misma en los derechos antecedentes se plantean varios problemas; uno de ellos es la despreocupación del Derecho Romano por la figura de la interposición de persona[10].

9 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331.

10 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de*

Cárcaba Fernández ha dicho que el formalismo imperante en el antiguo Derecho Romano hacía que la simulación fuera una figura desconocida, ya que si se respetaba el ritual exigido para cada acto en concreto, éste resultaba válido, cualquiera que fuese el pensamiento interno de los declarantes[11].

Los juristas romanos constataban en el acto simulado, no una discrepancia entre voluntad y declaración, sino entre realidad y apariencia. Se sigue el principio de que la verdad debe prevalecer sobre la ficción, pues los actos simulados no pueden cambiar la sustancia de la verdad ni perjudicarla[12].

Conforme manifiesta Torrent, la simulación, como fenómeno en el que se realizan actos que en contra de la apariencia no encierran acto jurídico alguno o contienen uno diverso, comienza a tratarse a partir de la "*Lex Iulia jumaritandis ordinibus*", estudiándose el "*negotium simulatum*" en los contratos en fraude de la legislación augústea[13].

En época antigua, por el formalismo propio de los negocios, la simulación era irrelevante[14].

---

simulación, cit., pp. 246-331.

11 CÁRCABA FERNANDEZ, Mª., *La simulación en los negocios jurídicos,* cit., p. 39.

12 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331.

13 TORRENT, A., *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Oviedo, 1984, p. 80, citado por Rabanete Martínez, I., en nota 87 de *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331. De la *lex iulia de maritandis ordinibus,* trata TORRENT, A. «Derecho Penal Matrimonial Romano Y Poena Capitis En La represión Del Adulterium». *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, vol. 1, n.º 17, octubre de 2016, pp. 238-01, https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18093.

14 ALBA CRESPO, J.J., *Derecho Romano II,* Córdoba, Ediciones Sudecor, 1993, p.

En el período clásico es donde cobra importancia la institución[15], encontrándose pasajes que expresan la ineficacia o nulidad de los actos absolutamente simulados (D.18.1.55), aquellos casos en los cuales se ha concluido aparentemente un negocio con fines de engaño, cuando en realidad las partes no han querido dar existencia a ninguna relación jurídica; y, otros, en los cuales se realiza un contrato fingido para enmascarar otro contrato distinto, que sería el efectivamente querido por las partes[16].

En el derecho postclásico puede considerarse vigente la regla que sostiene que el negocio simulado es nulo y que el encubierto será válido siempre que sea lícito y se cumplan los requisitos propios de dicho negocio (D. 44.7.54; C. 4.3.9.)[17]

Pugliese[18] admite que los romanos no eran indiferentes al problema práctico de la simulación, que resolvían valiéndose de criterios diversos dependiendo de cada caso concreto.

18.

15 TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p.1208, por su parte, sostiene: "En general los juristas clásicos no hicieron una teoría general de la simulación y consiguientemente no formularon reglas generales sobre su nulidad e ineficacia, ni en las fuentes tienen sentido técnico los términos *simulare, simulatio,* que más bien aparecen en conexión con los vicios de la voluntad, sino que había que ir caso por caso".

16 PUGLIESE, G., *Istituzioni de Diritto Romano,* terza edizione, Torino, Giappichelli Editore, 1991, p. 257 s. afirma: "*Quanto alla sostanza del fenomeno i giuristi romani, in mancanza di una norma (di legge, plebiscito, senatoconsulto, editto imperiale) che ne stabilisse le conseguenze, la affrontarono, come al solito, in modo casistico*."

17 DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano,* Buenos Aires, Depalma, 2001, p.169.

18 PUGLIESE, G., *La simulazione nei negozi giuridici, Studio di diritto romano*, Padova, 1938, p. 190 y ss.

Muchos ejemplos nos suministran las fuentes, entre los que cabe mencionar la compraventa entre cónyuges que procura encubrir la donación prohibida entre ellos (D.18.1.38; D.24.1.31.3) y el matrimonio simulado y contraído para escapar a las leyes caducarias (D. 23.2.30)[19].

En las fuentes, afirma Ferrara[20], se graba perfectamente la idea del testaferro como contratante ficticio y aparente, distinguiéndose del interpuesto real y verdadero, y enumera los casos que se refieren a la interposición ficticia de persona.

Ferrara sostiene que el testaferro no interviene en la relación: es un contratante fingido, aparente, imaginario en lugar del cual y detrás de él, se encuentra el verdadero contratante, que permanece escondido. En suma, el testaferro es un contratante ficticio que se interpone entre dos contratantes reales[21].

Con respecto a los terceros, el testaferro debe considerarse como si fuera realmente el titular del negocio jurídico. Aunque mero titular aparente, está investido frente a los terceros de todos los derechos del verdadero propietario[22].

Con respecto a las fuentes que tratan este supuesto de simulación por interposición ficticia de persona en el *Corpus Iuris Civilis,* Ferrara señala los siguientes; los supuestos de C.4,22,2[23], que regula una

19 ALBA CRESPO, J.J., *Derecho Romano II,* cit., p. 18.
20 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* cit., p. 144 s.
21 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* cit., p. 254.
22 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* cit., p. 262.
23 C.4,22,2: "Los actos simulados, según los que no uno mismo sino su mujer hubiere comprado, no pueden alterar la realidad de la verdad. Así, pues, la

adquisición por persona interpuesta así como el supuesto de C.4,50,6[24]; el caso del depósito por persona interpuesta en C.5,16,6[25]; y el del acreedor con prenda que no puede adquirir la cosa empeñada, ni por sí ni por persona interpuesta (C.8,28,10[26]).

Resalta el autor dos frases de estos fragmentos, que graban profundamente el carácter del testaferro, a saber: es una *imago* del verdadero contratante, un reflejo de una persona, e interviene en el negocio como contratante *imaginarius*[27].

cuestión de hecho será examinada por el juez o por el presidente de la provincia" (Constitución de Diocleciano y Maximiano).

24 C.4,50,6: "…Pero si verdaderamente tú compraste, y se te entregó la posesión, pero en el documento se escribió solamente el nombre de la que en otro tiempo fue tu mujer, se considera más atendible lo que se hizo que la escritura…" (Constitución de Diocleciano y Maximiano).

25 C.5,16,6: "Aunque se hayan depositado a nombre de tu mujer las cosas que habían sido de tu derecho, no se pudo alterar por esta razón la causa de la propiedad, aun cuando alguno entienda por eso que le donaste a tu mujer tus cosas…" (Constitución de Alejandro).

26 C.8,28,10: "El que bajo la representación de otra persona, que había supuesto, continúa poseyendo una cosa, no se considera que enajenó porque maneja el negocio para sí mismo. Porque ni si el acreedor hubiere comprado por medio de interpuesta persona el predio obligado por derecho de prenda, ni si se lo hubiera adjudicado a sí mismo, le causa perjuicio al deudor, sino que permanece en la misma condición en que estaba antes de tal colusión…" (Constitución de Diocleciano y Maximiano).

27 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Reimpresión, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 146.

Encontramos también un pasaje en el Digesto 26,8,5,4[28] atribuido a Ulpiano, que se refiere a la interposición ficticia de persona[29].

Rabanete Martínez[30] concluye afirmando que es más conveniente decir que los romanos sí regularon el problema de la interposición, pero que de las fuentes no puede extraerse con certeza la teoría según la cual sí distinguieron la interposición ficticia de la real, diferenciando la simulación de los supuestos de fiducia.

Será en el derecho intermedio cuando por primera vez se incluya claramente la interposición ficticia en el fenómeno simulatorio.

IV.- Derecho Argentino

Como consecuencia de la omisión en el corpus napoleónico[31], tampoco se encuentra regulada la simulación en los códigos

---

28 D.26,8,5,4 Ulpiano, Comentarios a Sabino Libro XL: "Mas si el mismo compró ciertamente en público, pero dió otro nombre, no de mala fe, sino simplemente, como suelen otros más honrados que no consienten que sus nombres se inscriban en los instrumentos, es válida la compra; pero si astutamente, será lo mismo que si hubiese comprado por persona interpuesta".

29 PUGLIESE, G., *Istituzioni de Diritto Romano,* cit., p. 260 afirma con relación al supuesto en que se concluye un negocio pero se redacta un documento comprobante de un negocio más o menos radicalmente diverso, lo siguiente: "*Questa pratica era in realtá conosciutta nell'eta dei Severi, come si desume da Ulpiano D. 26.8.5.4., secondo cui le persone di rango, se concludevano un negozio, solevano intestare il documento probatorio aun'altra persona. Né essa creava problemi, poiché, in caso di bisogno, si poteva probare che il negozio era stato realmente concluso da una persona diversa dall'intestatario del documento o, in generale che il vero negozio era diverso da quello documentato*".

30 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331.

31 PARRAGUEZ RUIZ, L., *El negocio jurídico simulado,* Tesis Doctoral dirigida por José Antonio Martín Pérez, Universidad de Salamanca, 2012 y agrega:

decimonónicos que, con distintos grados de fidelidad, se inspiraron en el modelo francés, como por ejemplo, el de España[32]. Los códigos de Italia y Argentina fueron excepciones.

En efecto, en la legislación argentina, ha existido y existe una regulación específica de la simulación.

El Código Civil argentino (en adelante CC) fue modificado en 2014, y en los arts. 333 a 337 del vigente Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) se regula lo que antes trataban los arts. 955 a 960.

Por lo general, el propósito perseguido con la simulación es contrario a la ley o a los intereses de terceros y por la diversidad de recursos empleados para ello, los juristas han encontrado dificultad en hallar una definición unitaria de todas las infinitas formas de simulación[33].

"Hace excepción a esta tendencia el Código civil argentino, de 1869, que destinó un capítulo a la simulación (Cap. I, Título II, del Libro II)". https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf;jsessionid=FC568A330AC753FB744DD8808A7EB003?sequence=1. Acceso: 18/12/2023.

32 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331, sostiene: "A diferencia de otros Códigos europeos, en los que existe una regulación específica de la simulación, en nuestro Ordenamiento (España), la concepción del fenómeno simulatorio se construye atendiendo a la noción de causa falsa que establece el art. 1.276 CC" y continúa "Deberíamos tomar ejemplo de Códigos como el italiano de 1942, cuyos arts. 1.414 a 1.417, regulan los efectos de la simulación entre las partes, efectos con respecto de terceros y en relación con los acreedores, así como la prueba de la simulación. De modo análogo, se pronuncia el Código Civil (y Comercial) Argentino, dedicando los arts. 333 a 337 a la regulación de la simulación".

33 BORDA, G., *Manual de Derecho Civil, Parte general,* Decimotercera edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, p. 527.

Con todo acierto, el Codificador Vélez Sarsfield prefirió una enunciación descriptiva de las distintas hipótesis posibles.

El artículo 955 CC-actualmente derogado-, establecía: *"La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto, bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten".*

En la nota al citado artículo, Vélez mencionaba la Partida 5, Título XI, Ley 40 *in fine* y las Constituciones de Diocleciano y Maximiano en C.4,22,2 y C.4,22,4.

En el Libro I, Parte General, Título IV Hechos y Actos jurídicos, Capítulo 6 Vicios de los actos jurídicos, Sección 2 Simulación, con el título de **Caracterización,** el art. 333 CCyC replica exactamente lo dispuesto en el art. 955CC. La norma tiene de interesante como agregado el título del artículo, esto es, la aclaración que el mismo no pretende definir el instituto (tarea delegada en la doctrina y jurisprudencia), sino meramente describir sus aspectos comunes tipificantes para su identificación[34].

Herrera, Caramelo y Picasso[35] sostienen que la simulación es un defecto contrario a la buena fe. Consiste en un acto o negocio jurídico

[34] BUERES, A. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado comparado y concordado,* Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2014, p. 298.

[35] HERRERA, M., CARAMELO, G., y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial Comentado,* Título Preliminar y Libro Primero, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 541.

que, por acuerdo de partes, se celebra exteriorizando una declaración recepticia no verdadera, que tienen por finalidad engañar a terceros.

Borda[36] al referirse a la simulación relativa, sostiene que una de las hipótesis más interesantes se da cuando ésta recae sobre la persona de los contratantes, en la que la simulación adopta formas variadísimas. Es el caso del testaferro, prestanombre u hombre de paja, como se llama en la doctrina francesa.

Como ya indicáramos, en sí misma, la simulación es incolora. El art. 957 CC afirmaba que "*La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*". Esto mismo se deduce del vigente art. 334 CCyC, al referirse a la simulación lícita e ilícita.

Con respecto a la acción entre partes, el art. 959 CC en su redacción original, establecía que "*los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación*".

La reforma parcial del CC por Ley 17.711 de 1968, agregó lo siguiente: "*salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación*".

Así se ha incluido en el primer párrafo del art. 335 CCyC denominado *Acción entre partes*[37].

---

36 BORDA, G., *Manual de Derecho Civil, Parte general,* cit., p. 529.

37 LORENZETTI, R.(Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, p. 358, sostiene: "El ordenamiento jurídico no podría permitir que aquellos que simularon y ocultaron bienes para sustraerlos de la acción de los acreedores puedan aprovecharse de las consecuencias de su propio obrar ilícito y decidan libremente volver las cosas al estado real cuando ya no quieran seguir más

En principio, la simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento (art. 960 CC y art. 335 CCyC 2° párrafo). Por su parte, los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado, pueden demandar su nulidad acreditando la simulación por cualquier medio de prueba (art. 336 CCyC). El CC no lo establecía en el articulado, pero la doctrina era unánime en ese mismo sentido[38].

Como hemos visto, el articulado actual del CCyC que regula la simulación, al igual que el Código derogado, enumera algunos casos de simulación y entre ellos, la simulación relativa subjetiva.

En efecto, el CCyC menciona que puede haber simulación por interposición ficticia de personas. En este supuesto, participan cuanto menos tres personas. El vendedor vende simuladamente un bien a un testaferro quien a su vez se lo transmite al verdadero destinatario del negocio. Todos los intervinientes participan en la maniobra[39].

V.- El caso

La accionante (María Teresa B.), entabló la demanda de usucapión el 30 de Noviembre de 2020 y sostuvo que fue continuadora de la

con la ficción o cuando una de las partes advierte que su cómplice intenta perjudicarlo desconociendo el acuerdo simulatorio. Pero si las partes no se proponen cerrar el circuito de maniobras prohibidas ni aprovecharse de la situación sino destruir la apariencia que causa daño a terceros, no existe impedimento para promover la acción".

38 HERRERA, M., CARAMELO, G., y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial Comentado,* cit., 2015, p. 546, en el mismo sentido afirman: "A diferencia del CC, el CCyC regula la acción de simulación ejercida por terceros siguiendo, en este punto, las enseñanzas de la doctrina y de la jurisprudencia, que mantienen plena vigencia."

39 HERRERA, M., CARAMELO, G., y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial Comentado,* cit., p. 543.

posesión (conforme lo dispuesto por el art. 3275 CC y que actualmente recepta el art. 2280 CCyC) que su fallecido marido (Benigno Domingo M.) iniciara sobre un inmueble ubicado en el Partido de Leandro N. Alem de la Provincia de Buenos Aires, a partir de la venta efectuada por el anterior titular registral (Señor José Domingo M.), instrumentada mediante boleto en el año 1975, manteniéndola de forma ininterrumpida al tiempo de la impetración de la demanda de prescripción adquisitiva.

Lo cierto es que el marido de la actora, no obstante haber comprado por boleto de compraventa, solicitó al vendedor -a los fines de ocultar su titularidad (tenía varias causas penales en su haber e infinidad de deudas)- que le escriturara directamente a su hermana (Sra. Albina Zulema M. de G.), quien resultó ser la demandada por usucapión (en rigor, el demandado fue su hijo y heredero Sr. Rubén Oscar G.), quien, asimismo, reconvino por reivindicación arguyendo que, como consecuencia de la escritura pública celebrada, él era el titular dominical.

La escritura traslativa de dominio de fecha 23 de enero de 1976 se encuentra agregada a los autos Expte. N° 47.368, "M., Albina Zulema c/ B., María Teresa s/ Desalojo" que obra agregado por cuerda a las actuaciones (en la sentencia no se menciona cuándo tramitó el desalojo y qué resultado tuvo. Aparentemente fue rechazado por imposibilidad de tener por acreditada la toma de posesión mediante el instituto posesorio).

La validez de la escritura no ha sido atacada por la Sra. B., lo cual resulta de toda lógica ante la expresa prohibición impuesta a las

partes intervinientes del acto simulado ilícito por el art. 959 CC (actualmente es conforme al art. 335 CCyC), el que resulta claramente aplicable al caso de autos, conforme a la expresada intención de perjudicar a terceros acreedores reconocida por la Sra. B. al contestar la reconvención por reivindicación.

La Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de la Provincia de Buenos Aires, mediante sentencia dictada con fecha 5 de julio de 2022, tuvo por acreditada la versión de la actora sobre los hechos y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda, declarando la consolidación del derecho real sobre el inmueble, y ordenando su inscripción a nombre de la actora y la cancelación del dominio anterior en el Registro de la Propiedad Inmueble. Lógicamente, rechazó la reconvención por reivindicación, y distribuyó las costas por el orden causado respecto de la usucapión, y se las impuso a la accionada por el rechazo de la petitoria de reivindicación.

Siendo dicho resolutorio impugnado por vía de apelación por ambas partes, la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín de la Provincia de Buenos Aires[40], mediante resolución del 22 de diciembre de 2022, rechaza el recurso de la actora por la distribución de las costas, pero acoge el de la demandada, y así revoca

[40] Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCivyComJunin) Fecha: 22/12/2022. Partes: B., María Teresa c. M., Albina Zulema s/ sucesión heredero G., Rubén Oscar s/ prescripción adquisitiva larga. Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 269, con nota de Oscar Pablo Caggiano; Cita: TR LALEY AR/JUR/188360/2022. Acceso: 27/12/2023

la sentencia impugnada rechazando la prescripción adquisitiva y admitiendo la petitoria de reivindicación, con costas.

Es menester señalar que tanto la Jueza de Primera instancia como la Cámara coincidieron en considerar aplicable al caso de autos, el régimen del Código Civil de Vélez, al resultar la norma vigente al momento en que acaecieran los acontecimientos en que la accionante sustenta su pretensión (conf. art. 7 del CCyC).

De todas formas –como hemos indicado al consignar los artículos del CCy C-, no hubiera habido mayores cambios en el enfoque, pues la normativa en cuestión, prácticamente se replica en el Código actualmente vigente.

V.- 1.- Los argumentos del decisorio

En el caso analizado, las pretensiones de ambas partes tienen como fundamento un acto simulado, razón por la cual concordamos con el rechazo de la demanda, porque la posesión no ha sido pública, justamente porque no ha sido *erga omnes* en razón de la admitida simulación. La escritura se realizó a nombre de la hermana para ocultar el bien a los acreedores del Señor M. Conceder la usucapión sería favorecer a quien, habiendo admitido una simulación, lograría por esta vía el reconocimiento de su derecho de dominio.

Los argumentos de la Cámara para fundar su decisión, conforme los

sintetiza Caggiano[41], son los siguientes:

1)La accionante no ha logrado acreditar su condición de poseedora, y aún en el supuesto de que se la pudiera tener por acreditada, no ha logrado probar que la posesión haya sido pública durante el término de veinte años requerido para el éxito de la acción.

Dada la trascendencia económico-social del instituto de la usucapión, cabe tener en cuenta que la prueba de los hechos en los que se funda debe ser concluyente, y que la carga probatoria de la posesión recae sobre el actor, al que le resultan aplicables las reglas generales del *onus probandi*, en tanto la usucapión supone el apoderamiento de la cosa con ánimo de dueño.

Para el progreso de la acción, el accionante debe acreditar: a) que ha poseído el inmueble usucapido con ánimo de dueño; b) que la posesión ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida; c) que la posesión, con todos esos caracteres, ha durado el tiempo exigido por la ley.

2) Si bien el esposo de la actora habría comenzado a detentar el inmueble en calidad de poseedor desde la adquisición por boleto, lo cierto es que, a partir de la reconocida petición efectuada al vendedor de escriturar el inmueble a nombre de su hermana, intervirtió el título en virtud del cual detentaba la cosa, para comenzar a ser un mero

41 CAGGIANO, O., *A propósito de un fallo: en búsqueda del verdadero legal sentido de posesión pública para usucapir,* Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 276. Cita: TR LALEY AR/DOC/894/2023. Acceso: 27/12/2023

tenedor (conf. art. 2353 CC y receptado en 1915 y 1929 CCyC).

No se comporta como verdadero propietario de la cosa quien, en forma deliberada peticiona al anterior titular registral que instrumente una compraventa a nombre de otra persona a la que califica de testaferro, con miras a ocultar su titularidad.

3) Mal podría reconocérsele el ánimo de dueño a quien admite haber efectuado una maniobra en miras a ocultar su condición de titular frente a terceros interesados cuyos intereses también deben ser tutelados en el proceso (conf. art. 2351 y cc. CC y art. 1909 CCyC).

Una posesión a título de dueño, y consiguientemente hábil para usucapir, puede perder ese carácter ante un acto de reconocimiento hecho por el propio poseedor en favor de otra persona, acto éste que lo convierte en tenedor (art. 2462 inc. 6° CC –actual art. 1910 CCyC-), operando de esta forma la interrupción de la prescripción..." (Areán, "Juicio de Usucapión", p. 109/10).

El reconocido ocultamiento de la condición de propietario frente a los acreedores que el pretenso poseedor tenía, amparándose en la titularidad de la hermana, resulta un claro acto no sólo contrario a la buena fe (art. 1198 CC y art. 961 del CCyC), sino también a la condición de poseedor invocada, que presupone el ánimo de comportarse como el verdadero propietario de la cosa frente a terceros, sin reconocer ningún derecho ajeno sobre la cosa que se posee.

4) Asimismo, la actora en ningún momento invocó un acto ulterior a la escrituración por el que se intervirtiera el título de mero tenedor

de su marido, resultando a todas luces insuficientes en este sentido- sostiene la Cámara- los actos posesorios enunciados en la demanda (pago de impuestos y servicios y mejoras realizadas en el inmueble), los que de modo alguno implicarían un alzamiento frente a quien la propia accionante reconociera la titularidad dominial en condición de "testaferra". Se ha admitido en autos haber realizado una simulación ilícita por interposición de persona, con ánimo de perjudicar a los eventuales acreedores del Señor M.

5) Aún si se pudiera calificar la detentación material de la actora como posesión, la solución sería la misma, por no revestir la mentada posesión el carácter público requerido para el progreso de la acción. Esto es así, porque la actora misma reconoce en su demanda la maniobra simulatoria de M. para encubrir el carácter de propietario frente a sus acreedores, amparándose en la titularidad de la hermana, resultando ello no solo contrario a la buena fe, sino también a la condición de poseedor invocada.

Es que dada la naturaleza *erga omnes* del derecho que se pretende adquirir, la publicidad de la posesión debe extenderse no solo al titular registral, sino también a cualquier tercero interesado que podría verse perjudicado por la reconocida maniobra simulatoria.

Este criterio absoluto o *erga omnes*, que apareció más tarde en escena exigiendo que la posesión pública para usucapir deba serlo frente a todos y no solo para el propietario desposeído, es el que finalmente ha consagrado el CCyC en su art. 1900 al hablar de posesión "ostensible".

6) Finalmente, la Cámara declara procedente la acción reivindicatoria opuesta por el camino de la reconvención, fundando el aserto en el famoso fallo plenario "Arcadini c. Maleca" del año 1958[42].

La reivindicación es una acción que nace de todo derecho real que se ejerce por la posesión, cuando su titular ha sido privado absolutamente de ella, por lo que exige de aquél que se encuentra en la posesión de la cosa, se la restituya con todos sus accesorios (conf. SCBA, Ac. 68.604, sent. del 16/02/2000).

El ejercicio de la acción reivindicatoria requiere justificar, por un lado, el título que da derecho sobre la cosa, por otro, la pérdida de la posesión y posesión actual del reivindicado, y finalmente, que la cosa que se reivindica sea susceptible de ser poseída (conf. SCBA AC 98552, sentencia del 16/03/2011, sumario JUBA B3900156).

El plenario Arcadini c. Maleca es un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 11 de noviembre de 1958 que contiene varias citas al Derecho Romano. Entre ellas, el plenario cita una Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 293 (C.2,3,20)*: "traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur"* (el domino de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos).

[42] AR/JUR/6/1958 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Arcadini, Roque (suc) c. Maleca, Carlos.

Con votos de los Doctores Cichero y Llambías se estableció en el referido plenario, que el comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma.

La acción reivindicatoria es sin duda, un accesorio del inmueble cuya transmisión intentan realizar las partes del contrato de compraventa, por cuya razón debe entenderse que ha sido transmitida por el vendedor al comprador.

Tal cesión de la reivindicación, por el efecto de la compraventa realizada, resulta corroborada por el art. 1409 del CC (actualmente art. 1137 del CCyC), que obliga a la entrega de todos los accesorios de la cosa vendida, entre los cuales están comprendidos, analógicamente, los medios jurídicos enderezados a la defensa del derecho que se transmite.

Por tales motivos, el decisorio de Cámara sostiene que, "siendo que en estos autos no está discutida la posesión del enajenante M., ninguna duda cabe respecto a la legitimación del demandado reconviniente para incoar la acción reivindicatoria intentada" (conf. art. 1444 y notas de los arts. 1445 y 2109 del CC y actualmente art. 1616 CCyC).

VI.- Conclusiones

Coincidimos con Rabanete Martínez[43] en que es más conveniente decir que los romanos sí regularon el problema de la interposición, pero que de las fuentes no puede extraerse con certeza la teoría según la cual sí distinguieron la interposición ficticia de la real.

El Código Civil Argentino (actualmente derogado) caracterizaba diversas formas de simulación, entre ellas, la de interposición ficticia de persona. La nota al art. 955 CC citaba como fuente dos Constituciones de Diocleciano y Maximiano en C.4,22,2 y 4,22,4. Esta influencia romanista en el tema que nos ocupa, también se advierte en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente desde 2015, que replica la normativa del Código velezano y la completa.

Con relación al caso analizado, concordamos con el rechazo de la demanda, porque la posesión no ha sido pública, justamente porque no ha sido *erga omnes* en razón de la admitida simulación. La escritura se realizó a nombre de la hermana para ocultar el bien a los acreedores del Señor M. El art. 1900 CCyC señala que la posesión exigible para prescribir debe ser **ostensible y continua** con lo que en el actual régimen tampoco habría dudas al respecto. El CCyC nada dice respecto a que la posesión deba ser pacífica.

Sostenemos que la Cámara debió rechazar ambas pretensiones, ya que ambos contendientes obraron de mala fe. Conceder la usucapión sería favorecer a quien, habiendo admitido una simulación, lograría

43 RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* cit., pp. 246-331.

por esta vía el reconocimiento de su derecho de dominio. Del mismo modo, admitir la reivindicatoria sería premiar a quien, al ser partícipe y cómplice de la maniobra de ocultación, también obró de mala fe.

Como sostiene Ferrara[44], "el Derecho protege las determinaciones serias de voluntad que responden a un interés lícito y que se manifiestan *ex fide bona*…Pero cuando la voluntad, por las circunstancias en que se determina o el fin doloso que se propone, tiende a frustrar más bien que a realizar los intereses del comercio y no es una forma de expresión de la actividad lícita, sino un instrumento de mala fe y engaño, el orden jurídico le retira su tutela". Y así debió haberse resuelto el caso comentado.

VII.- Bibliografía

ALBA CRESPO, J.J., *Derecho Romano II,* Córdoba, Ediciones Sudecor, 1993.

BORDA, G., *Manual de Derecho Civil, Parte general,* Decimotercera edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986.

BUERES, A. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado comparado y concordado,* Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2014.

CAGGIANO, O., *A propósito de un fallo: en búsqueda del verdadero legal sentido de posesión pública para usucapir,* Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 276. Cita: TR LALEY AR/DOC/894/2023.

CÁRCABA FERNANDEZ, Mª., *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986.

44 FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* cit., p. 344.

DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano,* Buenos Aires, Depalma, 2001.

FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos,* Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Reimpresión, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.

HERRERA, M., CARAMELO, G., y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial Comentado,* Título Preliminar y Libro Primero, Buenos Aires, Infojus, 2015.

LORENZETTI, R., (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2015.

MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano,* Barcelona, PPU , 1987.

PARRAGUEZ RUIZ, L., *El negocio jurídico simulado,* Tesis Doctoral dirigida por José Antonio Martín Pérez, Universidad de Salamanca, 2012.
https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf;jsessionid=FC568A330AC753FB744DD8808A7EB003?sequence=1

PUGLIESE, G., *Istituzioni de Diritto Romano,* terza edizione, Torino, Giappichelli Editore, 1991.

PUGLIESE, G., *La simulazione nei negozi giuridici, Studio di diritto romano*, Padova, 1938.

RABANETE MARTINEZ, I., *La interposición ficticia de persona como forma de simulación,* Actualidad jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN 2386-4567.

TALAMANCA, M., *Istituzioni Di Diritto Romano,* Milano, Giuffre Editore, 1990.

TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005.

TORRENT, A. «Derecho Penal Matrimonial Romano Y Poena Capitis En La represión Del Adulterium». *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, vol. 1, n.º 17, octubre de 2016, pp. 238-01, https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18093.

Fallos

AR/JUR/6/1958 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Arcadini, Roque (suc) c. Maleca, Carlos.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCivyComJunin) Fecha: 22/12/2022. Partes: B., María Teresa c. M., Albina Zulema s/ sucesión heredero G., Rubén Oscar s/ prescripción adquisitiva larga. Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 269, con nota de Oscar Pablo Caggiano; Cita: TR LALEY AR/JUR/188360/2022.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción: 08/08/2026	Fecha de aceptación: 04/10/2026
Palabras clave: *Confesión presunta, dispositivos de seguimiento, extracción de presos, infidelidad en la custodia, ius fugiendi, quebrantamiento de condena.*	**Keywords:** *Presumed confession, tracking devices, removal of prisoners, breach of custody, ius fugiendi, breach of sentence.*

CC BY NC ND

LA EVASIÓN DE LA CÁRCEL EN EL DERECHO ROMANO Y SU EVOLUCIÓN HASTA EL DERECHO VIGENTE

THE PRISION ESCAPE IN ROMAN LAW AND ITS EVOLUTION UP TO CURRENT LAW

María José Azaustre Fernández
Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0001-8059-2015

(AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *La evasión de la cárcel en el Derecho romano y su evolución hasta el Derecho vigente*. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp. 28-170. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

El trabajo analiza la evasión carcelaria desde el Derecho romano hasta la legislación española vigente, estructurándola en tres vertientes: la fuga del propio reo, la infidelidad en la custodia por dolo o negligencia del guardián y la facilitación del escape por terceros. Se examina el crimen de *effractio carceris*; el *ius commune* y la teoría de la *ficta confessio*, que presumía la culpabilidad del prófugo, junto con causas de justificación como el miedo o la necesidad extrema. Se aborda el Derecho histórico español, resaltando la influencia romana en los diversos cuerpos legales y la recepción del *ius commune* en la doctrina española; se examinan los diversos códigos penales de la etapa codificadora, hasta llegar al vigente CP de 1995, detallando el quebrantamiento de penas privativas de libertad, de derechos y medidas cautelares y del control mediante dispositivos técnicos.

Abstract:

This paper analyses the prison escape, from Roman Law to current Spanish legislation, structuring the discussion into three aspects: the prisoner's own escape; breach of custody due to the warden's wilful misconduct or negligence; and the facilitation of escape by third parties. It examines the crime of *effractio carceris*; the *ius commune* and the theory of *ficta confessio,* which presumed the fugitive's guilt, alongside grounds for justification such as fear or extreme necessity. The study addresses historical Spanish law, highlighting the Roman influence on the various legal codes and the reception of the *ius commune* in Spanish legal doctrine; it examines the various criminal codes of the codification period, up to the current Criminal Code of 1995, detailing breaches of custodial sentences, deprivation of rights, precautionary measures and monitoring by means of technical devices.

SUMARIO: Introducción. 2. Derecho romano. 2.1. Fuga del preso. Crimen de *effractio carceris*. 2.1.1. Conducta típica. 2.1.2. Sujeto activo. 2.1.3. Naturaleza jurídica. 2.1.4. Culpabilidad. 2.1.5. Penalidad. 2.2. Infidelidad en la custodia. 2.3. Extracción de presos. 3. Evasión de la cárcel en el *ius commune*. 3.1. *Effractio carceris*. 3.2. Infidelidad en la custodia. 3.3. Extracción de presos. 4. Represión de la evasión de la cárcel en el Derecho histórico español. 4.1. Derecho visigodo. 4.2. Obra legislativa de Alfonso X el Sabio. 4.3. Legislación penal recopilada. 4.4. Otros reinos hispánicos. 4.5. Recepción del *ius commune* en la doctrina patria. 5. La codificación. 5.1. Códigos penales históricos. 5.1.1. Código penal de 1822. 5.1.2. Códigos penales de 1848 y 1850. 5.1.3. Código penal de 1870. 5.1.4. Código penal de 1928. 5.1.5. Código Penal de 1932. 5.1.6. Código Penal de 1944 y Texto refundido de 1973. 5.2. Código Penal de 1995. 5.2.1. Quebrantamiento de condena o de medida de seguridad, etc. 5.2.2. Extracción de presos. 5.2.3. Infidelidad en la custodia. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Los episodios de fuga de presos continúan siendo una realidad en nuestros días. Un breve repaso a las noticias de los últimos años basta para apreciar el alcance de este fenómeno[1]. Por ejemplo, en diciembre

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias" (PID2021-124298OB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1 *Vid.* https://www.infobae.com/espana/2025/03/02/aumentan-las-fugas-de-carceles-en-espana-cinco-presos-se-han-escapado-en-menos-de-tres-meses/https://www.elconfidencial.com/espana/2025-02-27/se-fuga-preso-carcel-cuenca-1tna_4074511/.

de 2024, dos presos huyeron de la prisión valenciana de Picassent rompiendo una ventana con una palanca y descolgándose con una soga hecha con sábanas. En febrero de 2025, un interno escapó de la cárcel de Valladolid oculto en el petate de otro recluso, al tiempo que eran detenidos en Alicante los dos últimos presos fugados, cinco meses atrás, de la prisión lusa de Vale de Judeus[2]. Un mes después, otro preso se fugó de la cárcel de Cuenca, aprovechando el momento de la cena para acceder a la zona de seguridad y saltar el muro exterior. Además, hay que tener en cuenta todos los episodios de fuga que se producen con ocasión de traslados por motivos médicos o de salidas programadas[3].

No se trata, por lo demás, de una cuestión ajena a la reflexión jurídica tradicional. Ya en la doctrina española del siglo XIX se

---

[2] La fuga se llevó a cabo con ayuda externa, utilizando una escalera para escalar el muro de la prisión. *Vid*. https://www.interior.gob.es/opencms/va/detalle/articulo/Detenidos-en-Alicante-los-dos-ultimos-presos-que-se-fugaron-de-la-prision-lusa-de-Vale-de-Judeus/#:~:text=las%20autoridades%20portuguesas.-,El%207%20de%20septiembre%20de%202024%2C%20cinco%20reclusos%20considerados%20altamente,y%20el%20brit%C3%A1nico%20Mark%20Cameron.

[3] Por ejemplo, en mayo de 2024, un recluso del centro de Villabona, en Asturias, aprovechó un traslado médico a una localidad cercana para darse a la fuga, ocultarse en el maletero de un vehículo y abandonar la zona poco después (https://www.elconfidencial.com/espana/2024-05-28/preso-fuga-asturias-maletero-coche-visita-medica_3891637/). En Tarragona, a finales del mismo año, un preso aprovechó una salida en compañía de un trabajador social y un psicólogo para desaparecer. Por último, en noviembre de 2025, un interno de Quatre Camins huyó en el transcurso de una visita programada con otros reclusos y dos educadoras, subiéndose a un coche que le esperaba en el exterior; no obstante, terminó regresando a prisión de forma voluntaria (https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2025-11-17/preso-fuga-carcel-quatre-camins-visita-programada_4249073/; https://elpais.com/espana/catalunya/2025-11-20/vuelve-de-manera-voluntaria-a-la-carcel-el-preso-que-se-fugo-de-quatre-camins-barcelona.html)

advirtió la contraposición entre la inclinación natural del hombre a sustraerse al encierro y la necesidad de preservar la efectividad de las resoluciones judiciales. De este modo, mientras en sus célebres comentarios al Código Penal de 1848, Joaquín Francisco Pacheco[4] afirmaba "*que las personas encausadas y presas deseen y procuren salir por cualquier medio de las cárceles donde se les custodia, es un sentimiento y una aspiración natural, que ni castiga ni podría castigar legítimamente nuestra ley*", Benito Gutiérrez[5] replicaba acertadamente que "*no debemos hacer del principio de la libertad natural un imprudente abuso, porque con él se justificarían muchos delitos, como por ejemplo la resistencia a la Justicia, sin cuyo castigo no puede conservarse la sociedad*".

En esta segunda corriente de pensamiento puede situarse el pueblo romano, cuyo ordenamiento se encargó de reaccionar para tratar de evitar la huida de presos de la cárcel. El Derecho romano no conoció la pena carcelaria en sentido estricto, acudiéndose al encarcelamiento para asegurar la comparecencia en juicio del acusado y la ejecución de la pena de acuerdo con la opinión tradicional, que se hace remontar a Mommsen[6], aunque el debate

---

4 PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado,* 2ª ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856, p. 289.

5 GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal,* Madrid, 1866, p. 152.

6 MOMMSEN, T., *Derecho penal romano,* trad. P. Dorado, t. II, La España Moderna, Madrid, 1999, p. 402 ss. Partidarios de esta teoría son BERGER, s.v. «carcer», *Encyclopedic Dictionary of Roman Law,* The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953. p. 381; NOGRADY, A., *Römisches Straaftrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De oficio proconsulis,* Dunker & Humboldt, Berlin, 2006, p. 285, n. 1442; FERRINI, C., *Derecho penal romano,* trad. Pérez Alonso, Rozas Álvaro, San Juan Secchiutti y Tirado Pablos, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo, 2017, p.15; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano,* 12ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 231; TRISCIUOGLIO, A., «La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana», en A *Pierluigi Zannini, Scritti di diritto romano e*

doctrinal tiene raíces más antiguas[7]. El jurista alemán construyó su tesis a partir del famoso fragmento de Ulpiano donde afirma expresamente que la cárcel está hecha para custodiar a los hombres, no para castigarlos:

> D. 48.19.8.9 (Ulp. 9 *de off. procons*.) *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

giusantichistici, Ledizione, Torino, 2018, p. 313; IDEM, «Comparación entre el tribuno de la plebe y el defensor civitatis. A propósito de la prisión preventiva», *RIDROM,* 29, 2022, pp. 336-365 (https://doi.org/10.17811/ridrom.1.29.2022.336-365), Con algún matiz, también HITZIG, s.v. «carcer», *PW*, III-2, pp.1576 ss., entendió que en la República no existió la pena de prisión -salvo en casos excepcionales por decisión del Senado cuando la pena de muerte parecía excesiva y cualquier otra demasiado leve-; aunque admitía su introducción en el Imperio sin que llegara a jugar un papel central en el Derecho romano. En términos similares SANTALUCÍA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Giuffré editore, Milano, 1998, p. 85, n. 42 y p. 254, sostiene que la cárcel fue conocida durante la República como medida cautelar y no como pena; situación que, al menos en teoría, se mantiene en el imperio, si bien del propio texto ulpianeo infiere que quizá, al menos en provincias, las cárceles pudieron ser utilizadas de hecho con finalidad punitiva, en contraste con las directivas imperiales.

7 CUIACII, J, *Opera Omnia*, t. IX, Ex off. Frat. Giacchetti, Prati, 1839, col. 2109, recurrió a la distinción aristotélica entre uso propio e impropio de las cosas para sostener que la cárcel servía propiamente para contener a los presos y en sentido impropio para castigarlos. Para el jurista francés es a este uso impropio de la cárcel al que se refería Cicerón, *In cat*., IV, cuando dijo "*que las cadenas sempiternas fueron inventadas para el singular castigo del crimen nefasto*", subrayando el empleo del término "singular" que entiende como sinónimo de "extraordinario".

Para otro importante sector, el encarcelamiento en Roma sí llegó a ser utilizado con un fin punitivo[8] o matiza que, al menos *de facto*, la prolongación *sine die* de las estancias en la cárcel sin señalamiento del día de juicio, representaban en la práctica una auténtica pena[9].

Con todo, no es el objeto de estas páginas el estudio de la naturaleza jurídica del encarcelamiento en Roma, cuestión que ya ha recibido abundante atención doctrinal. Contrasta esta situación con el análisis, al que se destina este trabajo, de las consecuencias derivadas

---

8 En apoyo de esta postura se traen a colación otros testimonios, literarios y jurídicos -en particular varios textos de Calístrato también incorporados en el título *De poenis,* D. 48.19- en los que se contemplaría el uso de la cárcel como medida punitiva. Se atribuye la postura de Mommsen a su defensa a ultranza del principio de legalidad, que le llevaba a descartar la posibilidad de imponer penas no previstas expresamente en la ley. En ese sentido BALZARINI, M., «La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano», *Seminarios complutenses de Derecho romano: revista complutense de Derecho romano y tradición romanística,* 1, 1989, pp. 221-234; LOVATO, A., *Il carcere el Diritto penale romano. Dai severi a Giustiniano,* Cacucci ed., Bari, 1994, p. 92; PAVÓN TORREJÓN, P., *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano,* Anejos del Archivo Español de Arqueología, Madrid, 2003, pp. 172 ss.; RODRÍGUEZ MARTÍN, J. D., «La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato», *en Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, CSIC, Madrid, 2003, p. 175; TELLEZ AGUILERA, A., «Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo», *Revista de Estudios Penitenciarios,* extra-2013, p. 250 para quien en Roma hubo una convivencia, si bien desequilibrada, entre la cárcel-custodia y la cárcel-pena que heredaron los siglos posteriores y HILLNER, J., *Prison, punishment and penance in Late Antiquity,* Cambridge University Press, 2015, pp. 135 ss.

9 ZAMORA MANZANO, J.L. *La administración penitenciaria en el Derecho romano: gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria,* Dykinson, Madrid, 2015, p. 74. El propio MOMMSEN *op. cit.*, vol. II, p. 403, llegó a admitir que "como la fijación el instante en que éste (el suplicio) había de tener lugar era cosa que dependía del arbitrio del magistrado, y no existía apenas plazo máximo de ninguna especie señalado al efecto por la ley, claro está que de tal modo se podía conseguir, y de hecho así acontecía muchas veces, que la pena de muerte no se ejecutara y quedara convertida *en una pena* de prisión perpetua".

de la fuga de aquel que estaba encarcelado, sea cual fuere el concepto por el que se encontrara en prisión.

Si se reflexiona, parece claro que, en cualquier momento histórico, son tres las razones que pueden dar lugar a la evasión de un preso. En primer lugar, puede ocurrir que sea el propio preso el que se escape. Con el tiempo, esta conducta desembocará en el crimen de *effractio carceris*, pasando a denominarse, posteriormente, quebrantamiento de condena. En segundo lugar, puede darse el caso de que sea el encargado de la custodia quien permita o facilite al preso su fuga, bien por negligencia -quedarse dormido, haber dejado las puertas abiertas- bien por dolo, actuando por soborno o por connivencia con el reo. Se trata, en definitiva, de los supuestos de infidelidad en la custodia. Finalmente, es también factible que un tercero desde fuera de la cárcel sea quien facilite o provoque la huida, dando paso entonces a la extracción del preso o de allanamiento o quebrantamiento de la cárcel.

En las páginas que siguen se analizará el tratamiento jurídico penal de estas conductas -desde el Derecho romano hasta el vigente Código Penal- conforme a esta sistemática que deriva de las diferentes posibilidades de fuga y que es, además, la utilizada en las Partidas de Alfonso X[10], con el fin de identificar las principales líneas de continuidad, transformación y recepción en la regulación de las conductas relacionadas con la evasión carcelaria.

[10] Dicho cuerpo legal destina una ley distinta a cada una de estas conductas: Part. 7.29.13 (fuga del encarcelado), Part. 7.29.12 (infidelidad en la custodia por parte del guardián) y Part. 7.29.14 (extraño que asalta la cárcel).

2. Derecho romano

2.1. Fuga del preso. Crimen de *effractio carceris*.

Diversas fuentes literarias proporcionan ejemplos de fugas de presos a lo largo de la experiencia jurídica romana; episodios que, en la mayor parte de los casos, suelen concluir con la ejecución del fugado o con su suicidio.

Así, Quinto Pleminio[11], propretor y legado, fue enviado por Escipión el Africano en el 205 a.C. a Locros, en el sur de Italia, todavía bajo dominio cartaginés. Tras la toma de la ciudad fue encarcelado y llevado a Roma "por los diversos crímenes cometidos contra los hombres y los dioses", en clara referencia a su saqueo al templo de Proserpina[12]. Una vez allí, Pleminio sobornó a varios hombres para provocar incendios simultáneos durante la noche en muchos puntos de la ciudad, con el fin de forzar la puerta de la cárcel -*refringi carcer*- aprovechando la distracción. Sin embargo, sus propios cómplices lo denunciaron, se informó al Senado y se impuso la pena de ejecución, tras su traslado a los sótanos de la prisión (el *Tullianum*)[13].

Más adelante, Livio[14] refiere el caso de Damócrito, jefe de los etolios, que consiguió evadirse de su prisión durante la noche, pero, al ser perseguido por los guardias por la orilla del Tíber, prefirió suicidarse con su espada antes de caer de nuevo en sus manos.

---

11 Liv. 34.44.7.

12 SMITH, W., *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology,* Little, Brown and Co., Boston, 1867, s.v. «Q. Pleminius», p. 413.

13 En Val. Max. 1.1.21 se contiene otra versión sobre la muerte de Q. Pleminio, indicándose que falleció antes del juicio por causa de una grave enfermedad.

14 Liv. 37.46.12.

Tácito relata otro supuesto de evasión en sus *Anales*, 1.21.1[15], con ocasión de un amotinamiento de las tropas de Tiberio, que se quejaban por la dureza de las condiciones de vida en la milicia. El legado Bleso ordenó arrestar a los soldados que se habían apropiado de botín, encerrándolos en la cárcel tras ser azotados, para disuadir al resto. Pero los arrestados consiguieron que la tropa acudiera en masa, y que, tras romper la cárcel -*carcere effracto*- les quitaran las cadenas -*solvunt vincula*-, mezclándose con los desertores y los condenados por delitos capitales. La gravedad de la situación hizo necesaria la llegada de Druso, hijo del emperador, quien logró reprimir la sedición, siendo ejecutados los cabecillas.

En la correspondencia de Plinio el Joven, gobernador de Bitinia, aparece también un ejemplo de este problema cuando decide someter a la decisión de Trajano la situación de Flavio Arquipo, quien, citado para celebrar sesión como juez, pidió ser exceptuado por su condición de filosofo. Algunos propusieron entonces borrarle del número de jueces y hacerle sufrir el castigo al que parecía haberse sustraído fugándose de prisión -*fractis vinculis evasisset*- refiriéndose a la sentencia de su predecesor, que lo había condenado a las minas[16]. Plinio considera que debe ser el emperador quien decida el asunto, al haber aportado Arquipo cartas en su favor de varios emperadores (Domiciano, Nerva e incluso del propio Trajano). En este episodio

15 Tact., *Ann*., 1.21.1.

16 Plin. Min., *Ep.*, 10.58.2. SHERWIN WHITE, A.N., *The letters of Pliny*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 676 cree posible que, dado que la acusadora era una mujer (Furia Prima), el asunto podía referirse a la falsificación de testamentos, aunque no descarta que Arquipo hubiera sido acusado de soborno de testigos en una *conspiratio delatorum.*

Trajano da muestras de su inclinación a la clemencia, pues, aún sin plena certeza sobre los hechos, prefiere dejar libre a un culpable antes que condenar a un inocente[17].

Para reaccionar contra conductas como las que se han descrito con carácter ejemplificativo, el ordenamiento jurídico romano acabó por considerarlas constitutivas de un *crimen extraordinarium*[18], concretamente el de *effractio carceris,* cuya represión se encauzó a través de la *cognitio extra ordinem*[19]. Su regulación se encuentra en diversos fragmentos ubicados en las rúbricas *De effractoribus et expilatoribus* (D.47.18); *De custodia et exhibitione reorum* (D.48.3; C.I. 9.4) y *De re militari* (D.49.16). La referencia más antigua que aparece en este conjunto normativo a la *effractio carceris* se contiene en un rescripto de Antonino Pío y Lucio Varo al que se remite Ulpiano en D. 47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.)

---

17 Plin. Min., *Ep.,* 10.60. 1. Efectivamente, en este fragmento Trajano admite que quizá Domiciano pudo haber ignorado en qué situación legal se encontraba Arquipo cuando escribió tantas cosas en su honor; pero afirma que resultaba más acorde a su naturaleza creer que la intervención de aquel príncipe también subsanó su situación: *Potuit quidem ignorasse Domitianus, in quo statu esset Archippus, cum tam multa ad honorem eius pertinentia scriberet; sed meae naturae accommodatius est credere etiam statui eius subventum interventu principis* (…).

18 MATTHAEU, A., *De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius,* ed. tertia, Typis Andreae Hoogenhuysen, Vesaliae, 1672, p. 257; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-Practicum ad quinquaginta libri pandectarum, Pars Tertia,* apud J. G. Cottae, Tubingae, 1726, p. 857; MEISNER, *De crimine violati carceris dissertatio*, Ex Officina Saalbachia, Leipzig, 1798, p. 7. También aparece explícitamente incluida la *effractio carceris* en la categoría de crímenes extraordinarios en los listados de PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti,* II, Jovene Ed., Napoli, 1985, p. 713 y de GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, 4ª ed., Jovene editore, Napoli, 1997, p. 116 y 194.

19 LOVATO, *op. cit.*, p. 145.

En el título 47.18 del Digesto (*De effractoribus et expilatoribus)* los compiladores incluyeron los dos supuestos, de los que se ocupó Ulpiano en su libro octavo sobre el oficio de procónsul[20]: el de quien se evade de la cárcel (D.47.18.1.pr., Ulp. 8 d*e off. procons.*)[21] y el de quienes penetran en las casas para robar (D. 47.18.1.2, Ulp. 8 *de off. procons.*). En realidad, lo único que tienen en común -y quizá sea esta la razón por la que los compiladores justinianeos las agruparon bajo el mismo título- ambos crímenes es el medio comisivo: la *effractura* -término que deriva de *frango,* romper o quebrar[22]- como medio de superación de las barreras puestas para la protección de una cosa –en el caso del robo- o para la custodia de una persona –en el de la evasión de la cárcel-.

En los epígrafes siguientes se abordará el análisis de la estructura de este tipo delictivo en el Derecho romano.

2.1.1. Conducta típica

Para la delimitación de la conducta típica hay que atender, en primer lugar, al siguiente fragmento de Ulpiano, recogido en D.47.18.1.pr (Ulp. 8 *de off. procons.*):

---

20 Según NOGRADY *op. cit.,* p. 283, quizás los compiladores, debido a la severa pena prevista por la fuga de la cárcel, modificaron el texto de Ulpiano, que, en un primer momento, habría tratado también el caso de los fugitivos de la cárcel, en el marco de su análisis sobre los hurtos agravados al considerar que la denominación de los autores —«effractores»— coincidía con la utilizada para los ladrones.

21 De hecho, TORRENT, A. *Diccionario de Derecho romano,* Edisofer, Madrid, 2005, s.v. «crimen effractionis», p. 233, considera que esta figura se refiere únicamente a la evasión de la prisión preventiva, apuntando su conexión a la *calumnia.*

22 ERNOUT, A. - MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. Retirage de la 4e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André,* Klincksieck, París, 200, p. 251.

> D.47.18.1.pr (Ulp. 8 *de off. procons*.) *De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat in eos, qui de carcere eruperunt sive effractis foribus sive conspiratione cum ceteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos: quod si per neglegentiam custodum evaserunt, levius puniendos*[23].

El jurista severiano se remite a un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero dirigido a Emilio Tirón[24], en el que los emperadores establecen que se debe imponer la pena capital a quienes se evadieron de la cárcel mediante fractura. A continuación, apoya la opinión de Saturnino, que considera merecedores de la pena de muerte a quienes se hayan fugado a través de alguna de las siguientes modalidades comisivas:

a) La ruptura de la cárcel -*carcere eruperunt* - Podemos pensar, por ejemplo, en el derribo de una pared.
b) La fractura de una puerta –*effractis foribus*-.
c) La conspiración con los demás presos -*conspiratione cum ceteris qui in eadem custodia erant*.

En la parte final del fragmento Ulpiano contempla también a los presos que se fugan por negligencia de los guardias, pero en este caso señala que la pena ha de ser menor[25].

---

23 Sin interpolaciones referidas en MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, t. III, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1935, p. 521 (en adelante, *Index Int.*)

24 Personaje que, salvo por su aparición en este fragmento del Digesto, resulta desconocido, como observa NOGRADY, *op. cit.*, p. 285, n. 1443, suponiendo que se trata de un gobernador provincial.

25 A propósito de este pasaje, LOVATO, *op. cit.*, pp. 85-86 ha observado que la

Otro fragmento a considerar en la delimitación de las conductas típicas procede del libro *De cognitionibus* de Calístrato[26]:

> D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) *In eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant, amplius, quam causa ex qua recepti sunt reposcit, constituendum est quamvis innocentes inveniantur ex eo crimine, propter quod inpacti sunt in carcere, tamen puniendi sunt: eos vero, qui conspirationem eorum detexerint, relevandos.*

Explica el jurista que, contra los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas -*ruptis vinculis*[27]- y con descerrajamiento -*effracto carcere*- se ha de aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos. Por ello, deben ser castigados aun cuando sean declarados inocentes del delito por el que fueron conducidos a prisión. Precisamente por ello, este texto se tomará como base para justificar el carácter autónomo del

---

jurisprudencia no siempre consideraba vinculantes las disposiciones del *Princeps*, "mediando" entre la práctica nacida de la actividad de los funcionarios encargados de la represión del crimen y las orientaciones normativas del emperador.

26 Respecto a la figura de este jurista y esta obra en particular *vid.* CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. 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», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 8 y ss. https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.1-171

27 LOVATO, *op. cit.*, p. 57, al analizar este pasaje en conjunción con otros, como D.48.3.8 (Paul., *l.s. de poe.*) concluye que el sujeto sometido a custodia preventiva, además de encarcelado, se encontraba también encadenado. En su opinión, el conjunto de medidas de la legislación tardo imperial para la mejora de las condiciones carcelarias no manifiesta una abolición del encadenamiento, sino la utilización de cadenas más holgadas -*prolixiores catenae*- (CI. 9.4.1, *Imp. Const. A. ad Florentium, rationalem*, a. 320).

quebrantamiento de cárcel, independiente, por tanto, del hecho que hubiere motivado el encarcelamiento.

Estas modalidades comisivas -ruptura de cadenas y fractura de cárcel- coinciden, como observa Lovato[28], con las descritas por Tácito en el fragmento antes mencionado de sus *Anales*. Sin embargo, para que proceda la aplicación del castigo agravado y a diferencia de lo que ocurría en el texto de Ulpiano, el jurista, en este caso, parece exigir que, junto al requisito de la ruptura de las cadenas o la fuga de la cárcel exista, además, conspiración para la fuga (*in eos qui conspiraverint ut…evadant*).

2.1.2. Sujeto activo

Evidentemente lo será el preso o presos encarcelados que se fugan mediante efracción: *his, qui carcere effracto evaserunt (*D.47.18.1.pr., Ulp. 8 *de off. procons*.); o que conspiran para evadirse de ese mismo modo: *eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant* (D. 48.3.13, Call. 6 *de cogn*.).

Se plantea un problema cuando quien se evade es un soldado[29], porque entonces surge la necesidad de distinguir esta conducta de la del desertor del ejército.

De acuerdo con Arrio Menandro, D. 49.16.2.pr. (Menand.[30], 1 *de re mil*.) los delitos cometidos por los militares pueden ser o comunes -

28 LOVATO, *op. cit.*, p. 23.

29 De hecho, FALCHI, *op. cit.*, p. 256, contempla la evasión de la cárcel dentro de los delitos militares.

30 En algunas ediciones en la *inscriptio* figura el nombre de "Menenius"; sin embargo, se considera que el verdadero autor del fragmento fue Arrio Menandro. Así aparece en la edición crítica de Mommsen – Krueger (*Corpus*

los que también pueden cometer los civiles- o propios de los militares -los que se cometen como soldado[31]-. De la fuga del militar se ocupa específicamente Macer, en un fragmento ubicado por los compiladores en el título 49.16 del Digesto (*De re militari*).

> D. 49.16.13.5. (Macer 2 *de re milit*.). *Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset discesserit, in numero desertorum non computandam. Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit*[32].

Como se ve, Macer no aborda el problema de si la fuga de la cárcel por parte del soldado constituye un delito común o un delito propio militar, sino de si encaja dentro del concepto de deserción. En este sentido, el jurista da a conocer la opinión de Arrio Menandro de que no se ha de considerar deserción la fuga del que se encuentra bajo custodia o en la cárcel, porque es prófugo de la custodia y no desertor

---

Iuris Civilis, I, Berolini, 1872, p. 832 y en LENEL, O. *Palingenesia Iuris Civilis,* I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, col. 695. Arrio Menandro fue miembro del *Consilium* de Septimio Severo y de Caracalla. Es autor de una obra titulada *De re militare* en cuatro libros (FITTING, H., *Alter und Folge der Scriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965, p. 79).

31 D. 49.16.2.pr. (Menan. 1 *de re milit.*) *Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit.* Sobre la distinción entre delitos comunes y delitos militares en Derecho romano *vid.* GIL GARCÍA, M.O., «Del "De re militari romano" (D. 49.16) a lo "estrictamente castrense" del art. 117.5 de la Constitución española de 1978», en *40 años de Constitución española: un análisis desde España e Iberoamerica,* Bello Paredes (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 468 ss.

32 Sin interpolaciones referidas en el *Index Int.* (cfr. t. III, p. 566)

de la milicia. Como aclara Giuffrè[33], en este caso, lo que se pretende con la fuga es evitar la restricción de la libertad personal, no el servicio militar.

A continuación, Macer recoge el pensamiento de Paulo, quien considera que el militar que ha huido de la cárcel mediante *effractura* -quebrantando materialmente la prisión- merece la pena capital, aunque antes no hubiera desertado - *etiamsi ante non deseruerit*-. Por lo tanto, la extrema sanción no depende de una deserción previa, sino de la especial gravedad de la evasión con fractura de la cárcel.

Paulo también trata el problema del soldado que se fuga en un fragmento recogido en D. 48.19.38.11(Paul. 5 *sent.*), señalando que se ha de castigar con la pena capital al militar que con la espada que se le dio -*dato gladio*- se escapó de la cárcel.

> D.48.19.38.11 (Paul. 5 *sent.*) = PS. 5.31.5. *Miles, qui ex carcere dato gladio erupit, poena capitis punitur. Eadem poena tenetur et qui cum eo, quem custodiebat, deseruit.*

A juicio de Giuffré[34], Paulo está considerando desertor al soldado que se ha fugado de la cárcel mediante efracción o (en el texto de las *Sentencias*) al que haya empleado armas, lo que le hace merecedor de la pena capital. Según este autor, la razón de que no se le considere

---

33 GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, quarta ed., Jovene editore, Napoli, 1997, p. 135.

34 GIUFFRÉ, *op. cit.*, pp. 135-6. MATTHAEU, *op. cit.*, p. 257, llega a la misma conclusión interpretando las palabras de Macer *a sensu contrario*, entendiendo que, si el jurista indica que aquel que se marcha de la cárcel no se computa en el número de los desertores, inversamente se entiende que aquel que quebranta la cárcel si debe ser computado en ese número.

mero prófugo de la custodia radica en que las circunstancias hacen presumir *iuris et de iure* que quien se fuga ha roto todos los puentes con el servicio militar a causa de la obstinación en su huida y a la consiguiente perspectiva de un duro castigo en caso de regresar[35].

Con todo, hay que tener en cuenta que esa misma pena capital es la que se impone al civil que se evade de prisión mediante fractura -o con conspiración- (D. 47.18.1.pr., Ulp. 8 *de off. procons*.)[36]. Por ello, parece que el agravamiento de la pena obedece más al mayor reproche que merece el medio utilizado en la huida -el empleo de fuerza armada, ya suficiente para hacerlo autónomamente merecedor de la pena capital- que al establecimiento de una presunción de deserción.

2.1.3. Naturaleza jurídica

En Derecho romano la evasión constituía una auténtica conducta criminal autónoma, independiente del hecho por el que se hubiere conducido al prisionero a la cárcel[37]. Así queda de manifiesto en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn*.), ya transcrito, al señalar que a los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas y con descerrajamiento -*in eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant*- se ha de

35 A juicio del jurista italiano (*op. cit.,* p. 136) la alteración del texto de las sentencias, al sustituir el *carcere effracto* por *dato gladio* refleja la necesidad de recuperar el mayor número posible de militares debido a las dificultades surgidas en el reclutamiento.

36 En igual sentido MATTHAEU, *op. cit.,* p. 258.

37 En igual sentido, DONATI, p. 53, quien señala que a esta conclusión conducen, sin lugar a duda, tanto D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn*.) como D.49.16.13.5 (Macer 2 *de re milit*.).

aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos- *amplius, quam causa ex qua recepti sunt reposcit, constituendum est*-.

Calístrato aborda, además, en este mismo fragmento, el problema del preso que se fuga de la cárcel siendo posteriormente declarado inocente:

> D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn*.) … *quamvis innocentes inveniantur ex eo crimine, propter quod inpacti sunt in carcere, tamen puniendi sunt: eos vero, qui conspirationem eorum detexerint, relevandos.*

De acuerdo con este texto, contra los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas -*ruptis vinculis*[38]- y con descerrajamiento -*effracto carcere*- se ha de aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos. Por ello, deben ser castigados aun cuando sean declarados inocentes del delito por el que fueron conducidos a prisión.

El fundamento del castigo lo encontrará la tradición romanista en un primer momento, según se verá más adelante, en la equiparación de la fuga a una *ficta confessio*, como expresarán de manera muy clara nuestras Partidas, 7.29.13 al ordenar que sean juzgados quienes se escapan de la cárcel y son vueltos a apresar "*como si*

[38] Analizando este pasaje en conjunción a otros, como D.48.3.8 (Paul., *l.s. de poe.*) LOVATO, *op. cit.*, p. 57, concluye que el sujeto sometido a custodia preventiva, además de encarcelado, se encontraba también encadenado. Para el estudioso italiano, el conjunto de medidas de la legislación tardo imperial para la mejora de las condiciones carcelarias no manifiesta una abolición del encadenamiento sino la utilización de cadenas más holgadas -*prolixiores catenae*- (CI. 9.4.1, *Imp. Const. A. ad Florentium, rationalem*, a. 320).

les fuesse prouado el yerro sobre los que tenian presos". Sin embargo, para Calístrato la sanción obedece al hecho mismo de la conspiración y de la fractura, no a la culpabilidad presunta en el primer ilícito.

El fragmento concluye con una medida que premia a quienes denuncien la conspiración de sus compañeros, estableciendo que deben ser aliviados (*relevandos*); si bien esta parte final (*eos vero-fin*) es sospechosa de interpolación a juicio de Seckel[39]. Con esta medida se busca, en definitiva, fracturar la solidaridad entre los detenidos, ofreciendo una atenuación de la pena.

En *Toxaris* o *Sobre la amistad,* Luciano de Samosata[40] narra la historia de dos presos, Antífilo y Demetrio, que son beneficiados precisamente con una medida de este tipo por permanecer en la cárcel después de la huida de sus compañeros. Tras haber conseguido una lima, uno de los presos corta la cadena del resto, consiguiendo escapar tras matar algunos guardias.

Antífilo y Demetrio no participan en la fuga e incluso consiguen detener a uno de los encarcelados. El Prefecto de Egipto les concede por ello la libertad; sin embargo, no se conforman con haber sido liberados por compasión o como premio por no haberse escapado, pidiendo una investigación cuidadosa del asunto que los había

39 *Index Int.*, III, col. 528; HEUMANN-SECKEL, s.v. «relevare», p. 502, 3. d.

40 LUCIANO DE SAMOSATA (vol. 3) *Tóxaris o sobre la amistad,* Bib. Gredos, 138. Traducción y notas por J. Zaragoza Botella, Madrid, 1990, p. 312 ss. En el relato se detalla como Demetrio cuidó de Antífilo, que había sido encarcelado, sobornando a los guardias para mejorar el trato que le daban, hasta que esto se volvió imposible al extremarse la vigilancia tras la muerte de un preso por envenenamiento. Demetrio entonces confiesa un crimen no cometido para ser encarcelado junto a Antífilo y ayudarle a sobrellevar su situación.

conducido a prisión. Al descubrir que no habían cometido ningún delito, el Prefecto no solo les pone en libertad, sino que los obsequia con dinero de su propio bolsillo.

2.1.4. Culpabilidad

El preso que se evade siempre ha de hacerlo intencionadamente, no siendo posible la comisión por imprudencia; a diferencia de lo que ocurre, como se verá, con la conducta del guardia que permite la fuga del preso.

2.1.5. Penalidad.

En D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.), antes transcrito, Ulpiano establece distintas penas, en función de la modalidad de evasión considerada[41]:

1) A quienes se evadieron rompiendo la cárcel o las puertas, o previa conspiración, señala que se les impondrá la pena capital –*capite puniendos*-, lo que no cabe identificar con pena de muerte. Como es sabido, lo determinante en el concepto romano de "pena capital" es la pérdida de una cabeza -*caput*[42]- tal y como explica Paulo: *per has enim poenas eximitur caput de civitate* (D. 48.1.2, Paul. 15 *ad ed. praet*.)[43].

41 GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 116.

42 ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano,* Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979, p. 9, destaca entre los diversos usos de la palabra *caput* el que indica la vida del hombre, sobre todo en cuanto es susceptible de supresión a título de pena, y el más abstracto, correspondiente a una condición personal de relevancia jurídica tal que puede compararse a la vida: la condición de persona libre y la de ciudadano romano. En igual sentido CARNAZZA-RAMETA, G. *Studio sul Diritto penale dei romani*, L' Erma" di Bretschneider, Roma, 1972, p. 232.

43 D.48.1.2, (Paul. 15 *ad ed. Praet). Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt,*

Por tanto, puede consistir en la pérdida de la vida, pero también de la libertad[44] o de la ciudadanía[45].

2) Los que se evaden por negligencia de los guardias, según Ulpiano, han de ser castigados más levemente; pero esa pena "más leve" queda sin concretar. El jurista se limita a indicar que "sin embargo, deben ser castigados" (*tamen puniendi sunt).*

El otro texto que hay que considerar en materia de punibilidad es D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.)*, perteneciente a Calístrato. El jurista no concreta la pena que corresponde a quienes se hayan escapado de la cárcel rompiendo las cadenas o con efracción; simplemente indica que han de ser castigados a una pena mayor –*amplius*- que aquella por la que están bajo custodia. Esta es una característica propia de la *cognitio extra ordinem,* donde las penas muchas veces

quaedam non capitalia. capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.

44 Comportaban pérdida de libertad el trabajo en las minas de por vida (*damnatio ad metalla)* o la condena a trabajos públicos -*opus publicum.* Cfr. HEUMANN-SECKEL, "capitalis" BERGER, *Enciclopedic Dictionnary…cit.,* p. 43 y 633; CARNAZZA-RAMETA, *op. cit.,* p. 233.

45 La pérdida de ciudadanía venía determinada por penas como la *interdictio aquae et igni* o la *deportatio.* Sobre estas penas *vid*. HUMBERT, G., s.v. *exsilium*, *DS,* t. II-1, p. 943 ss., MOMMSEN, *op. cit.*, t. I, p. 80 y t. II, p. 406 y ss.; KLEINFELLER, G., s.v. "deportatio in insulam", *PWRE,* V.1, 1903, pp. 231-33; HEUMANNS-SECKEL, s.v. "deportare", p. 137; SABATINI, G., s.v. "Deportazione", *NNDI,* t. V, UTET, Torino, 1960, pp. 490 y ss.; BERGER, s.v. "deportatio", p. 432¸ KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano,* trad. Juan Miquel, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1985, pp. 36, 82 y 72; ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano,* trad. de la 2ª ed. it. de Pelsmaeker e Ivañez, 5ª ed., Reus, Madrid, 1994, pp. 99, 210 y ss. y 310; SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano,* trad. Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 88 y ss. y 117; PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, SPU de Córdoba, 1999, pp. 32 y 36 ss.

tenían un valor orientativo o se establecían como un límite máximo[46]. En estos casos en que la pena no aparecía definida en la ley, el juez tenía la facultad de imponer la pena que entienda conveniente, a su libre arbitrio (Bas. 60.28.1, schol. 1)[47].

Posteriormente, señala que se ha de aplicar un trato más favorable a aquellos presos que hubieren delatado una conspiración. La exoneración de los delatores es una medida a la que se recurre también en otros supuestos; la emplea, sin ir más lejos, una constitución del emperador Constantino en relación con los acusadores de falsificación de moneda (CI. 9.24.2)[48]. En la actualidad se aplican exenciones por este motivo en materia de cohecho (artículo 426 CP)[49] o en el delito de rebelión (art. 480.1 CP)[50]; también existen supuestos de penalidad atenuada en otros casos de colaboración

46 FALCHI, *op. cit.,* vol. I, p. 55 ss.; PUGLIESE, *op. cit.,* p. 706; SANTALUCÍA, *Diritto e proceso penale…cit.*, p. 249; JONES, p. *op. cit.* 108.

47 Bas. 60.28.1, schol. 1. *Ubi autem legibus specialis poena definita non est statuta, dari iudici facultatem pronunciandi in reum, quam voluerit, cum distinctione hic posita.*

48 C.I.9.24.2. *Imperator Constantinus. Si quis nummum falsa fusione formaverit, universas eius facultates fisco nostro addici praecipimus: in monetis etenim tantum nostris cudendae pecuniae studium frequentari volumus. Cuius obnoxii maiestatis crimen committunt, et praemio accusatoribus proposito, quicumque solidorum adulter poterit reperiri vel a quoquam fuerit publicatus, ilico omni dilatione submota flammarum exustionibus mancipetur.* CONST. A. AD TERTULLIANUM PROCONS. AFRICAE. <A 326 D. PRID. NON. IUL. MEDIOLANI CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.>

49 Artículo 426 CP. "Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos".

50 Art. 480.1 CP. "Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias".

eficaz, por ejemplo, en materia de terrorismo (art. 579 bis.3)[51] o de tráfico de drogas (artículo 376)[52].

De manera análoga, el texto de los Basílicos[53] establece que los quebrantadores de cárceles que previamente hayan conspirado han de ser castigados, distinguiendo diferentes penas en función de la culpabilidad o inocencia del preso con relación al crimen originario: si son inocentes, se indica simplemente que han de ser castigados. Si son culpables, se les aplicará una pena más grave que la correspondiente al crimen que les ha conducido a prisión. Hay que destacar que los Basílicos indican que quienes hayan denunciado la conspiración han de ser "absueltos" -*absolvuntur*- frente al tenor de D.

51 Art. 579. bis. 3 CP. "En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado".

52 Art. 376 CP. "En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado".

53 Bas. 60.35.13. *Idem. Si qui erant in vinculis, facta conspiratione ruperint vincula et custodiam, et evaserint, sive innocentes erant, puniuntur: sive nocentes, amplius puniuntur, quam crimen reposcat, quo recepti sunt. Qui vero conspirationem detexerint, absolvuntur.*

48.3.13 (Call. 6 *de cogn*.) que se limitaba a establecer que habían de ser "aliviados" -*relevantur*-.

Finalmente, no se establece una pena diferente para la evasión intentada, pero no consumada, lo que no es de sorprender, pues el ordenamiento jurídico romano no llegó a establecer, en líneas generales, un principio general que castigara la tentativa, salvo en determinados delitos, y cuando lo hacía, solía asimilarla al delito consumado[54]. Este pudiera ser el caso de la tentativa de evasión con fractura, pues no parece verosímil que un intento de fuga violenta de la cárcel quedara impune. De hecho, el tenor de D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.)* permite considerar que lo castigado era la mera conspiración para la evasión con medios violentos, aunque no se hubiere consumado el propósito de escapar, al referirse literalmente a "aquellos que, habiendo sido ingresados en prisión, hubieren conspirado -*conspiraverint*- para evadirse -*ut evadant*- rompiendo las cadenas y forzando la cárcel…" No obstante, hay que reconocer que el resto de los fragmentos que se ocupan del autoquebrantamiento se refieren al preso que ha conseguido fugarse, y que los tiempos verbales utilizados siempre indican una acción acabada, como "el que haya huido", "el que se haya escapado": *qui carcere effracto evaserunt… si per neglegentiam custodum evaserunt* (D.47.18.pr); … *qui carcere effracto fugerit* (D. 49.16.13.5, Macer 2 *de re milit*.)

54 FALCHI, I, *op. cit.,* p. 188; FERRINI¸*op. cit.,* p. 101 y 110 y ss. MOMMSEN, *op. cit.,* t. I, p. 103 ss.

2.2. Infidelidad en la custodia

Las figuras responsables de la custodia de los presos fueron variando en función de la época y del lugar de encarcelamiento. Hay que tener en cuenta la creciente complejidad de la estructura carcelaria del mundo romano[55], pues a las cárceles del Foro de Roma y otros lugares públicos habilitados al efecto durante la República, hay que añadir las instalaciones de los *castra praetoria, castra urbana* y las *stationes vigilum* a partir de Augusto, quien reorganizó las cárceles para el mantenimiento del orden público, con la creación de nuevas fuerzas de seguridad[56]. A ello se suma el sistema carcelario en las provincias. También existieron otros lugares de encarcelamiento, como los campamentos y *stationes militares* e incluso los monasterios.

En sus orígenes, la vigilancia de las prisiones quedaba en manos de los *tresviri capitales*, magistrados menores con funciones en materia de justicia civil y criminal[57], que posteriormente irían siendo absorbidas por los *praefecti vigilum*[58]. Poco a poco, en el Imperio, el

55 Sobre este tema *vid*. PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel… cit.*, p. 89 ss y ZAMORA MANZANO, *op. cit.,* p. 31 ss.

56 ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 43.

57 Sobre los *triunviri vid.*, MOMMSEN, *Derecho penal romano*, I, p. 306, LECRIVAIN, C., s.v. «tresviri, triumviri», *DS,* t. V, p. 413; BERGER, *op. cit.,* p. 742; HEUMANN-SECKEL, *op. cit.,* s.v. «triumviri», p. 596; STRASBURGER, H., s.v. «triumviri», *PW,* t. VII-A-1, p. 518, SANTALUCÍA, B., «"Crimen furti". La repressione straordinaria del furto nell'età del Principato», en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener,* Paricio Serrano (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, p.785; CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minores,* Ed. Scientifica, Napoli, 1999, p. 21. ROMANO, L., «Ordinamenti oschi e diritto pubblico romano: "tresviri capitales" nella tavola bantina?», en *INDEX,* 44, 2016, p. 96.

58 PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel…cit.,* p. 229; ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 59.

sistema fue adquiriendo un carácter militar, de modo que los vigilantes solían ser soldados u oficiales (*commentarienses*, *optiones*, *centuriones*)[59]. Con todo, hay que tener presente que muchas veces se encerraban en los recintos militares a ciudadanos particulares, y, consecuentemente, que el personal militar era utilizado también para el encarcelamiento de civiles[60].

En las obras de tres juristas de la época severiana se contiene la tipificación y castigo de la infidelidad en la custodia[61] de los presos: Paulo, Calístrato y Modestino.

1) PAULO afirma que el guardia que permite, aceptando un soborno, que un preso permanezca sin grilletes o consiente la introducción de armas o veneno en la prisión, debe ser castigado por ministerio del juez; si, por el contrario, lo desconoce, ha de ser removido de su cargo por negligencia.

> D. 48.3.8 *(Paul, l sing. de poen. mil.) Carceri praepositus si pretio corruptus sine vinculis agere custodiam vel ferrum venenumve in carcerem inferri passus est, officio iudicis puniendus est: si nescit, ob neglegentiam removendus est officio.*

59 HITZIG, s.v. «carcer» *PW,* III.2, p. 1580; KRAUSE, U, *Gefängnissse im Römischen Reich*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1996, p. 249; PAVÓN TORREJÓN, P., «Las cárceles civiles en el Imperio romano», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo,* Torallas Tovar-Pérez Martín (eds.), CSIC, Madrid, 2003, p. 114.

60 PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel…cit.,* p. 127; ZAMORA MANZANO, *op. cit.,* pp. 43 y 50.

61 FALCHI, *op. cit.,* t. I, p. 244 y ss. encuadra la infidelidad en la custodia dentro de los delitos extraordinarios.

Paulo se está refiriendo a un custodio que tiene la condición de militar, lo que se desprende del hecho de que el fragmento en cuestión esté tomado de su libro único *De poenis militum*[62]. El jurista distingue con claridad las penas según el grado de culpabilidad del autor: dolo, cuando actúa movido por soborno, y culpa, cuando incurre en negligencia. Las conductas típicas contempladas por Paulo son dos: dejar al preso sin grilletes e introducir armas o veneno en la cárcel. En ambos supuestos, el custodio coloca al recluso en una posición de ventaja, ya sea para evadirse de la vigilancia, ya sea para quitarse la vida. Otros textos se ocupan, de hecho, de precisar la responsabilidad del guardián en los casos de suicidio del preso, como se verá más adelante.

Una vez más, la pena aparece indeterminada cuando el guardia ha permitido conscientemente la introducción de armas o veneno. Se entiende entonces que la pena queda al arbitrio del juez[63]. En el caso de actuación negligente, señala Paulo que la pena será la remoción del puesto.

2) CALÍSTRATO aborda la responsabilidad en que incurren los custodios que permiten la fuga de un detenido, tanto en el caso de que sean militares (D. 48.3.12.pr., Call. 5 *de cogn.*) como civiles (D. 48.3.12.1, Call. 5 *de cogn.*).

Con relación a los militares, Calístrato transmite dos rescriptos de Adriano dirigidos a sendos legados imperiales:

62 LENEL, *op. cit.,* vol. I, fr. 1250.

63 En este sentido ACCURSIO, F., gl. ad D.48.8.8 (Ulp. 33 *ad ed.*), ed. de Fehi, III, col. 1433.

> D. 48.3.12.pr. (Call. 5 *de cogn.*) *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. Nam divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri*[64] *oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.*

En el primero de estos rescriptos, que se dirige al legado Statilio Segundo, Adriano ordena averiguar, cuando un preso se haya fugado de la custodia militar, si la evasión se produjo por negligencia grave de los soldados o por puro azar, y también si la fuga afectó a un solo preso o a varios. Solo cuando se pruebe culpa lata -*culpa nimia*[65] - procede imponer a los soldados el *supplicium*; en los demás casos, la sanción deberá graduarse conforme a la entidad de su culpa.

---

64 El empleo del verbo *exquirere* lleva a BESELER, G., "Romanistische Studien", *ZSS*, 29, 1934, p. 29, a considerar este pasaje sospechoso de interpolación. Cfr. *Index interp.*, III, col. 528; sin embargo, BINDING, K., parece considerarlo auténtico ("*Culpa lata* und *culpa levis*", *ZSS*, 1918, p. 10).

65 D.50.16.213.2 (Ulp. 1 *reg.*)"*Lata culpa*" *est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.* Cfr. ACCURSIO, en *Corpus Ivris Civilis Ivstinianei, cum commmentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes & contrariae afferuntur, vitiosae notantur…studio & opera Ioannis Fehi*, Lyon, 1627, gl. q. *nimia/* ad D. 48.3.12.pr. (Call. 5 *de cogn.*), col. 1434.

El segundo rescripto, dirigido a Salvio, legado de Aquitania, dispone que debe castigarse a quien dejó escapar al preso o a quien, sabiéndolo, lo mantuvo en condiciones tales que pudiera huir. Ahora bien, si la evasión se produjo por embriaguez o desidia del guardia, este debía ser castigado y destinado a un servicio peor dentro de la milicia; si, en cambio, la pérdida del preso fue fortuita, no debía adoptarse ninguna medida contra él.

Calístrato distingue así varias hipótesis de pérdida de presos por parte de los militares. La pena vuelve a depender siempre del grado de culpabilidad:

- Si la fuga se produce fortuitamente, el militar queda exonerado.
- Si se produce por culpa, la reacción punitiva debe modularse según la gravedad de la negligencia; cuando median desidia o embriaguez, además, procede la degradación en el servicio.
- Si concurre culpa lata—*si culpa eorum nimia deprehendatur*—, los soldados deben ser sometidos a *supplicium*.

En el fragmento que viene a continuación, Calístrato extiende a los custodios civiles lo dicho respecto a los militares, indicando que se ha de investigar lo mismo que respecto a estos:

> D. 48.3.12.1 (Call. 5 *de cogn.*) *Si paganos evaserit custodia, idem puto exquirendum, quod circa militum personas explorandum rettuli.*

3) MODESTINO también se ocupa extensamente de la responsabilidad de los guardias que han sido infieles en la custodia esta cuestión en un largo pasaje conservado en D. 48.3.14 (Mod. 4 *de poen*.). Las referencias a la milicia, a los reclutas y a penas típicamente

militares, como la degradación en la milicia, están presentes a lo largo de todo el fragmento, por tanto, es evidente que se está refiriendo a guardias que revisten la condición de militar.

En primer lugar, Modestino menciona una serie de medidas preventivas para la custodia de los presos, como son no confiarla a soldados noveles -*tironi*-, haciendo responsables de los fallos de vigilancia a quienes les hubieran encomendado tal tarea y encargarla no a un solo soldado, sino a dos.

> *pr. Non est facile tironi custodia credenda: nam ea prodita is culpae reus est, qui eam ei commisit.*
>
> *1. Nec uni, sed duobus custodia committenda est.*

A continuación, analiza las consecuencias derivadas de la pérdida de los presos:

> *2. Qui si neglegentia amiserint, pro modo culpae vel castigantur vel militiam mutant: quod si levis persona custodiae fuit, castigati restituuntur. Nam si miseratione custodiam quis dimiserit, militiam mutat: fraudulenter autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur. Interdum venia datur: nam cum custodia cum altero custode simul fugisset, alteri venia data est.*

Una vez más, el criterio decisivo es la culpabilidad del agente. Si el preso se pierde por negligencia del guardia, este puede ser castigado o trasladado a otro destino militar, según la entidad de su culpa; y si la persona custodiada era de condición humilde, el militar, una vez castigado, puede ser restituido. Resulta llamativo que aquí la

graduación de la respuesta no dependa de la condición del autor de la infracción, como sucede con frecuencia en la *cognitio extra ordinem*, sino de la condición del propio fugitivo.

Modestino contempla también el supuesto de dejar marchar al preso por conmiseración. Se trata, sin duda, de una conducta dolosa, pero el móvil compasivo opera en este caso como factor atenuante, de manera que la sanción se limita al cambio de destino en la milicia.

Distinto es el caso del guardia que actúa fraudulentamente para facilitar la fuga: entonces puede ser castigado con una pena capital —*capite punitur*—, expresión que no tiene por qué equivaler necesariamente a pena de muerte, como recuerda el escolio 1 a *Bas.* 60.35.1[66] — o bien relegado al último grado del servicio militar.

El jurista añade, además, que, en ocasiones, se concede el perdón. Así ocurre cuando el preso ha huido con la colaboración de uno de los dos guardias encargados de su custodia y el otro permanece en su puesto. Esta solución está claramente relacionada con la medida preventiva establecida al principio del fragmento: si la vigilancia se encomienda a dos soldados, puede presumirse que el que no participó en la confabulación poco pudo hacer para impedir la fuga, por lo que queda exento de sanción.

66 En Schol. 1 a Bas. 60.35.1 *Vel capite punitur*] se recuerda que la pena puede ser la relegación, la deportación o la condena a obras públicas, considerandose pena capital aquellas que comportan un cambio respecto al anterior estado: *Hoc est relegabirur vel deportabitur, vel dabitur in opus publicum. Capitalis enim dicitur poena, quod mutetur prior status, et qui liber erat et quodlibet loci degendi facultatem habebat, has poenas sustinet* (…).

Los tres apartados siguientes contemplan la muerte del reo en prisión:

-Si el preso se suicida o se arroja por un precipicio, el hecho se imputa a la culpa del soldado, que deberá, por tanto, será castigado: *Sed si se custodia interfecerit vel praecipitaverit, militi culpae adscribitur, id est castigabitur* (D. 48.3.14.3)

-Si es el propio guardia quien mata al preso, se le considera reo de homicidio: *Quod si ipse custos custodiam interfecerit, homicidii reus est.* (D. 48.3.14.4)

-Si se alega que la muerte se produjo por caso fortuito, esa circunstancia debe probarse mediante testigos; solo entonces se concederá la exención de pena: *Ergo si casu custodia defuncta dicatur, testationibus id probandum est et sic venia dabitur*. (D. 48.3.14.5). De este modo, el texto establece una verdadera presunción -*iuris tantum*- de culpa del guardián en caso de muerte del recluso, trasladando a aquel la carga de la prueba del caso fortuito.

En el apartado sexto, Modestino añade una previsión de notable interés práctico: cuando el preso se ha fugado por culpa del guardia, pero su captura sigue siendo importante, suele concederse al soldado, previa cognición de causa, un plazo para salir en su busca, siempre acompañado de otro militar.

> *6. Solet praeterea amissa culpa custodia, si tamen intersit eam adprehendi, tempus causa cognita militi dari ad eam requirendam, applicito ei alio milite.*

Por último, el jurista aborda la situación del guardia que hubiera dejado escapar a un esclavo fugitivo que debía ser restituido a su dueño. Siguiendo la opinión de Saturnino, dispone que, si el soldado tiene bienes, debe resarcir al propietario entregándole el valor del esclavo.

> *7. Quod si fugitivum domino reddendum prodiderit, si facultates habeat, domino pretium reddere iuberi Saturninus probat.*

También la legislación imperial postclásica se ocupó del problema de la infidelidad de los guardias en la custodia de los presos. En materia de falsificación de moneda, Constantino, a través de un rescripto del año 321 que transmiten CTh. 9.21.2 y C.I. 9.24.1.2, dispone que, si algún militar hubiere hecho salir de prisión a los falsificadores, habrá de ser condenado a pena capital.

> *Si quis autem militum huiusmodi personam susceptam de custodia exire fecerit, capite puniatur.*

Aunque la norma no distingue entre dolo y culpa, la expresión empleada (*exire fecerit*), "haber hecho salir" denota una acción activa y voluntaria por parte del soldado para facilitar o permitir deliberadamente la fuga del preso, lo que lleva implícito el dolo. La aplicación de la pena capital no procedería, por tanto, por un descuido.

Pero más adelante, Valentiniano, Valente y Graciano, a través de un rescripto del año 371 dirigido al prefecto del pretorio Probo (CTh. 9.3.5 - CI. 9.4.4) establecen la responsabilidad del alcaide por la custodia de las personas recibidas en los siguientes términos:

> CTh. 9.3.5 [=brev. 9.2.2][67] *Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus aaa. ad Probum pf. p. Ad commentariensem receptarum personarum custodia observatioque pertineat, nec putet hominem abiectum atque vilem obiiciendum esse iudiciis, si reus condicione* aliqua fuerit elapsus. Nam ipsum volumus eius poena consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. Si vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit, adiutorem eius pari iubemus invigilare cura, et eadem statuimus legis severitate constringi. Dat. III. kal. iul. Contionaci, Gratiano a. II. et Probo coss.* (371 d.C.)

El fragmento prohíbe que el alcaide -*commentariensis*- pueda presentar al juez un subordinado de menor rango – al que denominan "hombre abyecto y vil"- si el reo se hubiere evadido de algún modo, pues la intención de los emperadores es que la pena recaiga precisamente sobre la persona de mayor rango a cargo de la prisión. Los Basilicos[68] aclaran que ese subordinado "vil" podía ser el *clavicarius*, el simple encargado de las llaves o "carcelero raso". Se establece una única excepción: si por alguna necesidad hubiere estado lejos de su cargo el alcaide, se ordena vigile con igual cuidado su ayudante, disponiendose que sea castigado con la misma severidad de la ley.

---

67 Coincide también este fragmento con CI. 9.4.4, con pequeñas variaciones: se sustituye *obiiciendum ese iudicis* por *obiciendum ese iudici*; y *reus condicione aliqua* se convierte en *reus modo aliquo.*

68 Schol. 2. *Vilem/* a Bas. 60.35.20. *Nota, clavicarium vilem esse credi.* El alcaide no puede liberarse de responsabilidad diciendo que encomendó la custodia al *clavicarius*.

La pena establecida tiene un carácter talional: si se hubiere evadido el reo, el alcaide será condenado a la misma pena a la que se probase que estuvo sujeto el que hubiere huido. Aparece aquí un importante cambio de orientación en la exigencia de responsabilidad: como se ve, la constitución no requiere la existencia de dolo o culpa, imponiendo una responsabilidad objetiva[69], a diferencia de la jurisprudencia clásica, que graduaba las penas a los vigilantes en función de su culpa. No obstante, algunos autores como Meisner[70], defendieron en su momento que esta pena talional en el Derecho romano se limitaba a los casos de dolo.

2.3. Extracción de presos.

En algunos casos, la fuga del preso es resultado de una liberación por parte de las fuerzas enemigas que toman la ciudad. Por ejemplo, Livio[71] relata cómo, en el transcurso de la segunda guerra macedónica, con ocasión de la toma de la ciudad de Calcis, los rodios asaltaron la cárcel y liberaron a los prisioneros que Filipo había encerrado en aquel lugar, al considerarlo muy seguro para la custodia.

---

69 En igual sentido DI CINTIO, L., «L'interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX., Collana della revista di Diritto romano. Saggi, Ed. Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013, p.70.

70 MEISNER, F. A. *De crimine violati carceris dissertatio,* Leipzig, 1798, p. 8. Se fija este autor, fundamentalmente, en la atrocidad de la pena, que comprende cualquier suplicio capital y no es conforme con los delitos culposos, y en el hecho de que la pena talional solía limitarse a los casos de delitos dolosos, nunca a los culposos.

71 Liv. 31.23.9 (…) *carcer etiam ab Rhodiis refractus emissique captiui quos Philippus tamquam in tutissimam custodiam condiderat*.

Pero otras veces son los propios ciudadanos, normalmente en contextos de sediciones o disturbios, quienes provocan la evasión de los presos. Algunos de los ejemplos que aparecen en las fuentes literarias son los siguientes:

- Valerio Máximo[72] encuadra precisamente bajo la rúbrica "De la violencia y las sediciones" el episodio en el que Gayo Mario, en su quinto consulado, encarcela a Lucio Equicio, que se hacía pasar por hijo de Tiberio Graco y aspiraba al tribunado, siendo liberado por el pueblo.

- Cicerón recordaba en su *Pro Rabirio*[73] a Apuleyo Saturnino, tribuno de la plebe de finales del siglo II a.C., quien, al sentirse acorralado y verse declarado enemigo público, quiso hacer quebrar el orden legal de la ciudad, ocupando el Capitolio y rompiendo la cárcel -*carcerem re<fregi>sset*-, con la evidente intención de que los presos liberados provocasen disturbios.

- Sallustio[74], relató cómo durante la conjuración de Catilina, los libertos y algunos partidarios de Léntulo, detenido y puesto bajo la vigilancia del edil Publio Léntulo Espinter por decreto del Senado, andaban solicitando a los obreros y esclavos que fuesen a libertarlo. César y Catón defendieron posturas opuestas sobre el destino de los conspiradores. El primero era partidario de repartirlos entre las cárceles de los municipios que ofrecieran mayores garantías, para evitar que, si permanecían en Roma, pudieran ser liberados por el populacho recurriendo al uso de la fuerza o al soborno. Sin embargo,

72 Val. Max., 9.7.1.
73 Cic. *Pro Rabir*., 34.
74 SALLUST., *Bellum Catilinae,* 50 y ss.

se optó por seguir la postura de Catón, que abogaba por la condena a muerte.

- Herodoto informa que, siendo Cómodo emperador, Materno, un antiguo soldado, consiguió reunir un auténtico ejército de malhechores que atacaban las ciudades violentando las cárceles y liberando a los presos, que posteriormente se incorporaban a sus filas[75].

- Durante la sedición Nika, algunos sediciosos fueron encarcelados y condenados a muerte. Pero, según el relato de Procopio de Cesarea[76], las facciones enfrentadas -la del partido de los verdes y la de los azules-, se concertaron y pactaron una tregua para apoderarse de los encarcelados. De este modo, entrando en la cárcel, liberaron a todos los reclusos arrestados tanto por causa de la sedición como por delitos comunes. Informa el historiador bizantino que los guardias se pusieron a matarlos sin ninguna consideración, mientras que los pocos ciudadanos honrados que quedaban huyeron de la ciudad.

La represión de estas conductas podía seguir, en algunos casos, el cauce de la *lex iulia de vi*[77], aunque ciertos comportamientos llegaban a encajar en el *crimen maiestatis*[78]; y así, Scaevola en D.48.4.4 (Scaev. 4 *reg.)* incluye, entre las conductas castigadas por la *lex Iulia Maiestatis* la de quien hubiere dejado ir al reo que confesó en juicio y que por ello fue puesto en prisión.

75 Herod. 1, 10.
76 Procop., *Bell. Pers.* 1.24.7.
77 D. 48.6.3.pr. (Marc., 14 *inst.*) Vid. MEISNER, *op. cit.*, p. 8.
78 HELM, M., *Das Delikt der Gefangenenbefreiung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, p. 30.

> D.48.4.4.pr. (Scaev 4 *reg*.) *[Hac lege tenetur: . . . .]*[79]*… Item qui confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emiserit.*

Para la distinción entre ambos crímenes, Mommsen[80] se fijó en dos elementos: el requisito de resistencia a la autoridad, exigible en los delitos de lesa majestad – frente a los supuestos de *vis,* en los que tal elemento no era requerido -, y el hecho de que el *crimen maiestatis* solía dirigirse preferentemente contra los instigadores y directores del alzamiento, mientras la ley *Iulia de vi* señalaba penas inferiores para reprimir a los meros partícipes.

En cambio, para Ferrini[81], en el caso de las sediciones la distinción entre el *crimen vis* y el *maiestatis* depende de la dirección específica del delito: si la sedición tiene por objeto impedir, verdaderamente, el ejercicio de los poderes públicos o ejercer presión sobre ellos, no hay duda de que se puede considerar un caso de lesa majestad.

Ahora bien, existe un supuesto en el que la liberación del reo por terceros suele quedar impune, o incluso puede llegar a ser contemplado con admiración. Esto ocurría cuando eran las propias esposas de los presos las que conseguían su libertad. Así, Valerio Maximo[82] relata que un grupo de espartanos estaba encerrado en una prisión pública, en espera de la pena capital. Y como, según la antigua costumbre de los lacedemonios, iban a padecerla durante la noche, sus esposas, obtuvieron permiso de los guardianes para acceder a la

79 Inicio del fragmento tomado de la Palingenesia de Lenel, II, col. 286, fr. 204.
80 MOMMSEN, *op. cit.,* II, pp. 131-132.
81 FERRINI, *op. cit.*, p. 317.
82 Val. Max., *Facta et dicta memoralia,* 4.6.ext.3.

cárcel, como si fueran a hablar con sus maridos que iban a morir. Posteriormente se cambiaron la ropa con ellos, quienes salieron cubriéndose la cabeza como fingiendo dolor, de modo que los guardias les permitieron marcharse. El relato de Valerio Máximo concluye expresando su admiración por la valentía de las esposas espartanas.

Otras fuentes literarias reflejan la idea de la mujer o la madre como capaz de romper las cadenas o la cárcel; en algunos casos el tono es de desprecio, como ocurre con Séneca, cuando dice que "Son mujercillas las que se dejan conmover por las lágrimas de los más culpables, las que, si les fuera permitido, romperían la cárcel"[83]; en otras, de admiración, como sucede con Quintiliano: "¡claro que tú, madre, asaltarías la cárcel, pondrías la mano sobre el verdugo y protegerías el cuello de tu hijo a punto de morir con la autoridad de la ley!"[84].

Por tanto, la liberación y fuga de prisioneros propiciada por terceros, a menudo fue utilizada como herramienta de desestabilización política y militar, a lo que el ordenamiento jurídico romano respondió con severas medidas de represión. Sin embargo, la experiencia jurídica romana también ofrece ejemplos de indulgencia ante la lealtad familiar, con notable tolerancia —e incluso impunidad— cuando la evasión era orquestada por las esposas o madres de los reos.

83 Sen. Min. *De Clement*., 2.5.17.
84 Quint., *Declamaciones Mayores,* 16.5.23.

3. Evasión de la cárcel en el *ius commune*

3.1 *Effractio carceris*

Dada la severidad con la que el Derecho romano castigaba la *effractio carceris* y las conductas relacionadas con la evasión de la cárcel, en general, la primera dificultad que tuvieron que afrontar los doctores en el periodo de la recepción fue la de justificar el fundamento de estos castigos.

De este modo, algunos atribuyeron la dureza de la pena al amor por la disciplina pública, ya que quien fuerza la cárcel del Príncipe parece incurrir en el crimen de lesa majestad (D.48.4.4, Scaev. 4 *reg*.)[85]. También se defendió que los muros y las puertas de las cárceles que se destinan por uso público a la custodia son santos, como los muros de las ciudades, pues "santo es lo que está defendido y fortificado de la injuria de los hombres"[86]. Por tanto, el que rompía algo santo, debía ser castigado con la pena capital[87].

Sin embargo, el argumento que más trascendencia tuvo fue el que justificaba esta severidad en que, a quienes escapan de prisión mediante *effractura,* había que considerarlos confesos o convictos del crimen por el que fueron encarcelados. De este modo, la determinación de si la fuga equivalía o no, y, en su caso en qué

85 *Vid.* BRUNEMANN, *op. cit.*, p. 391.

86 D.1.8.8.pr. (Marc. 4 *reg.*) *Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est.*

87 BOHIER, *op. cit.*, §§ 22 y 23. Este argumento fue criticado por MATTHAEU, *op. cit.*, p. 259, observando que, para el pueblo romano, no todos los muros eran santos, sino solo las murallas de la ciudad. De esta forma, los muros de la cárcel, así como los del puerto, teatro, anfiteatro, acueductos, termas, puentes, etc. eran públicos, pero en modo alguno santos.

circunstancias, a una *ficta confessio,* fue una de las cuestiones más polémicas a lo largo de toda la tradición romanística.

En la Glosa[88] Accursio afirmó que a quien huye de la cárcel ha de tenersele por confeso. Efectivamente, el glosador observó que, si bien en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.)* Calístrato no mencionaba la pena con la que había de castigarse al preso que se evadía, se sobreentendía que era la correspondiente al crimen por el que estaba encarcelado, subrayando "para que así sea tenido por confeso"- *ut sic habeatur pro confesso*-[89].

Otros doctores buscaron diversas vías para limitar el alcance de esta presunción. Baldo de Ubaldis[90], por ejemplo, sostenía que la huida convierte al acusado en sospechoso, pero no en convicto. Para este comentarista, si la evasión se producía durante la fase de *inquisición general*, el reo no podía ser tenido por confeso. Fundamentaba esta postura en que la confesión presunta, al igual que la expresa, exige recaer sobre algo cierto, por lo que la existencia previa del delito debe estar plenamente demostrada.

La situación difiere si la detención era el resultado de una *inquisición especial*. En este supuesto, resulta determinante la forma en que se haya ejecutado la fuga: se presumirá la confesión si el preso

---

88 ACCURSIO, *op. cit.,* t. 3, col. 1434, en gl. b/ *Puniendi sunt* ad D. 48.3.13: *non aperit qua poena: sed videtur referre se ad poenam eius criminis pro quo erat ibi: ut sic habeatur pro confessis. ad quod est in Authentica de collationibus. paragrapho prohibemus. columna nona.*

89 BOERII, N., *Decisionum aurearum, in sacro burdegalens senatu olim discursarum ... secunda pars*, apud Mihcaelem Parmenterium, Lugduni, 1544, *Decisio* 215, § 9, cita, entre los seguidores de esta postura, a Ludovico de Rosa, Ludobico Bolognini, Angelo Aretino, Hipólito y el Abad Panormitano.

90 BALDO UBALDI PERUSINI, *Consiliorum sive responsorum*, III, Venetiis, 1575, Consilia 32, fol 9 v.- 10r.

escapó mediante fractura o conspiración —un criterio que otros doctores ampliaron a los casos en los que el preso diera muerte a los guardias durante su huida[91]—. Si, por el contrario, la evasión se produjo por otras circunstancias, como el simple aprovechamiento de unas puertas abiertas[92], Baldo concluye que el reo no debe ser considerado confeso, si bien su castigo quedará sujeto al arbitrio judicial[93].

Alberico de Rosatae[94] parte de que lo dispuesto en D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.) debe interpretarse distinguiendo entre si la

---

91 *Vid.* TREUTLER, H., *Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris pandectarum comprehensum*, II*, apud Paulum Egenolphum,* Marpurgi, 1606, p. 273, que incluso hace extensiva la aplicación de la pena capital al preso que causa lesiones al guarda, a lo que se opone BACHOFF VON ECHT, *R., Bachovius Augmentatus Id est Cl. V. Reinhardi Bachovii Echtii. I.U.D. Notae Et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri I.C.*, apud Andream Bingivm Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1654, vol. II, Disp. XXXI, p. 576.

92 En igual sentido, BARTOLO A SAXO FERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani*, t. VI, *In secundam Digesti novi partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1590, fol. 39, *ad l. de his* (D.47.18.1); ANGELI VBALDI, *In I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria,* Venetiis, 1579, *ad l. de his*, fol. 158; BOHIER, § 13; LAUTERBACH, *op. cit*., p. 857.

93 La postura de Baldo fue seguida por muchos doctores. Se basa en ella, por ejemplo, la construcción de BOHIER, quien traza una línea divisoria basándose en si la fuga tiene lugar antes o después de la acusación formal -*ante accusationem*- En el primer caso la fuga solo puede constituir una prueba semiplena, que no basta para condenar a muerte, pero sí otorga justificación legal al juez para someter al fugado a tortura y extraerle la verdad. Si el reo huye una vez recaída la acusación formal, la fuga pasaría a considerarse indicio irrefutable si tiene lugar de manera violenta. Pero si el preso sale estando abierta la puerta de la cárcel, no se le tendrá por confeso, aunque será castigado según el arbitrio del juez. Posteriormente, las normas sobre la confesión presunta se extendieron al supuesto en que se hubiera dejado al preso bajo custodia en algún hostal, palacio o cámara de algún ujier de la corte, o de algún sargento, y se hubiera alejado de aquel lugar con la puerta cortada o fracturada (*Vid.* BOHIER, *op. cit,* §§ 15 ss).

94 ALBERICUS DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione. In primam et secundam partem Digesti novi Commentaria,* Venetiis, 1585, fol. 175 v.

fuga tuvo éxito o no. Si los presos solo conspiraron, pero no lograron huir -bien porque fue descubierta la conspiración, bien porque se arrepinteron- la ley no exige que se les considere automáticamente confesos del crimen original, ni que se les aplique la pena capital. La respuesta a una conspiración frustrada debiera ser simplemente un encierro más severo -*custodiendum arctius*- para evitar futuras fugas; con el argumento de que, al no estar rígidamente fijado por ley, el castigo por el intento de fuga debe quedar al arbitrio del juez.

Ahora bien, la pena arbitraria solo se entendía aplicable si la huida se producía encontrándose el preso en una cárcel pública, pues, en ese caso, se entendía que tenía la obligación de permanecer en prisión, aunque tuviera ocasión para escapar. Sin embargo, el castigo no procedía si se fugó de una cárcel privada en la que hubiera estado detenido más de veinte horas sin haber sido remitido a su propio juez[95].

En suma, poco a poco las opiniones de los doctores se fueron inclinando a considerar que, por la evasión de la cárcel, se debe imponer una pena que queda al arbitrio del juez, pero no la pena capital[96]. También se fue dando paso a una interpretación más

---

95 Explicaba BARTOLO DE SASSOFERRATO, *op. cit.*, t. VIII, *In secundam atque tertiam Codicis partem,* fol. 119 *ad l. iubemus* (CI. 9.5.1) y t. VI, *In secundam Digesti novi partem*, fol. 160 v. *ad l. capite quinto* (D.48.5.26.pr.), que algunas personas tienen el derecho de capturar -*ius capiendi*-, pero no el de retener, y de estos se considera que cometen el delito de cárcel privada únicamente si lo retienen más allá de veinte horas, como se indica en D.48.5.26.pr. (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*) *Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat.*

96 DONATI, *op. cit,* p. 48.

benigna de la pena capital prescrita en D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.), entendiendo que la misma consistía en la muerte civil, no en la muerte natural[97]. Sin embargo, no faltaron autores, como Matthaeus[98], que consideraron que la pena establecida en dicho fragmento no podía ser otra que el último y extremo castigo, es decir la muerte, al amparo del sentido propio de *supplicium,* que es el término utilizado por Calístrato.

Por otra parte, se establecieron excepciones en las que la fuga de la cárcel se consideró justificada, no pudiendo extraer de ella una confesión presunta. Tales supuestos fueron:

1/ *Necesidad extrema*[99]. Se da, por ejemplo, cuando el preso salió de la cárcel por razón de un incendio o de una inundación. Se consideró que, en tales situaciones, no había de ser castigado en caso de fuga al excusarlo un justo temor, con base en D.19.2.27.1 (Alf. 2 *dig*.)[100] que dispensa de pagar la *merces* al *conductor* que emigra por un miedo justificado a un peligro, aunque tal peligro no existiese en realidad.

97 En este sentido LAUTERBACH, *op. cit.*, p. 857 y los allí citados; BRUNEMANN, J. *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, opus theoretico-practicum…* t. II, Coloniae Allobrogum, 1762, p. 391.

98 MATTHAEU, *op. cit.,* p. 268, se apoya en una interpretación literal del término, indicando que, en caso de duda, no hay que apartarse del sentido propio de las palabras, como prescribe D. 32.69 pr. (Marc.l.s. resp.) *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.*

99 LAUTERBACH, *op. cit,* p. 858 y los allí citados; BOERII, *op. cit.*§ 22.

100 D.19.2.27.1 (Alf. 2 *dig*.) *Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere.*

2/ *Miedo al juez o a sus sirvientes.* En principio no debería existir miedo respecto al juez; sin embargo, como observó Bohier[101], muchos huyen de su crueldad, y a veces apelan o impetran del príncipe cartas de remisión en las que relatan haberse ausentado a causa del rigor de la justicia.

3/ *Fuga para presentarse a un juez superior*. En este caso no se entiende que el preso huye, sino que su conducta equivale a una apelación. El fundamento teórico se encontró en D.4.6.26.9[102] (Ulp. 12 *ad ed.*) que permite conceder la *restitutio in integrum* -entre otros motivos- en favor de quienes viajaron por causa del conocimiento o de la apelación de un pleito.

4/ *Huida seguida de regreso a la cárcel.* Se consideró que purgaba su fuga quien huía y después regresaba para probar su inocencia, de modo que se eliminaba la primera sospecha de culpa. Lo mismo ocurre con el que huye de la cárcel y vuelve pronto. Sobre este asunto existieron pareceres contradictorios, y así mientras, para algunos, si el encarcelado salió de la cárcel con *animus revertendi* no se entiende quebrantador de la cárcel[103], otros consideraron que el delito se

---

101 BOERII, *op. cit,* §27. El jurista francés se apoya en CI.7.67.2.pr., que deniega la facultad de reiterar la audiencia a los que no apelan en tiempo oportuno, so pretexto de temor, contra los prefectos de la ciudad, u otras autoridades: *Imp. Julianus. A Germaniano PP.* (a. 362) *His, qui tempore competenti non appellant, redintegrandae audientiae facultas denegetur. Omnes igitur, qui contra praefectos urbi,* (…) *sub specie formidinis provocationem non arbitrantur interponendam, a revocanda lite pellantur.*

102 D.4.6.26.9 (Ulp. 12 *ad ed.*) "*Item*", *inquit praetor,* "*si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam.… Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum ….* La mayor parte del fragmento se considera interpolada, a excepción de la frase inicial que reproduce la cláusula edictal; cfr. *Index Int.* I, col. 61.

103 BALDI UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria,* Venetiis, apud Iuntas,

consumaba en el momento de salir[104]. Según esta segunda línea doctrinal, aunque el preso se arrepienta y vuelva a su celda, o el *emansor* vuelva a su cuartel[105], el delito ya está cometido y debe ser castigado.

1599, *ad l. servum* (C.I. 6.1.1), fol. 3 y BARTOLO DE SASSOFERRATO *ad l. in eos*, (D.48.3.13, Call. 6 *de cogn*.). Como fundamento de esta postura se mencionan diversos fragmentos de la compilación, como D. 24.2.3 (Paul. 35 *ad ed.*) donde se dice que, si se ha mandado por acaloramiento el repudio, si a poco volvió la mujer, no se considera que se divorció: *ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur;* D.23.2.33 (Marc. 3 ad *l. iul et pap.*), cuando Marciano se adhiere a la opinión mayoritaria, según la cual, cuando la misma mujer vuelve al mismo marido, este es el mismo matrimonio, siempre y cuando se hubieren reconciliado sin que hubiera transcurrido mucho tiempo: … *plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint…*; D.35.1.8 (Pomp. 5 *ad sab.*), en el que Pomponio conidera que se debe mantener el legado ordenado mediante la cláusula "mientras mi mujer viviere con mi hijo, dele tanto mi heredero" si ella, por ocultarse del patrono se quitó de en medio, pero mantuviese su propósito de tener consigo a los hijos, porque no se ha de exigir que esté con los hijos todos los momentos, "sino si tuviera la intención y el propósito de no separar de si misma el hijo, o en ella no consista que el hijo no se eduque con ella" - *sed si eam mentem et id propositum habeat, ne filium a semet dimittat neve per eam stet, quo minus cum ea filius educetur;* D. 49.15.26 (Flor. 6 *inst.*) donde el jurista explica que no se entiende que alguien haya regresado a casa corporalmente si está ausente de mente… *nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est...;* y, finalmente, el conocido texto de las Instituciones de Justiniano en el que se explica que, respecto de los animales que por costumbre suelen ir y volver hay establecida esta regla, que se entienda que son tuyos mientras tengan el ánimo de volver …. *in his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant…* (I.2.1.15). BOHIER, *op. cit.*, § 17 cita, en este punto, la aplicación de un proverbio en lengua italiana: "*Non fuge qui torna a casa*".

104 Como, por ejemplo, D.21.1.17.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) donde se refiere la opinión de Celso de que es fugitivo el que se marcha con la intención de no volver a su dueño, aunque habiendo cambiado de propósito vuelva a el; porque nadie, por su propio arrepentimiento, deja de ser responsable de tal culpa: *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit.*

105 D.49.16.3.2 (Mod. 4 *de poen.*) *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur.*

5/ También se entendió excusada la *mujer que huye para evitar la lujuria del carcelero*[106]. Incluso se llegó a contemplar el problema de que el custodio hubiera permitido a la mujer marchar para ir a la Iglesia, pero con ánimo de retornar-aclarándose que el custodio no puede conceder tal licencia-. En este caso se exoneraría de responsabilidad a la mujer si volvía; de lo contrario, podría ser extraída de la Iglesia.

6/ *Inocencia o detención injusta.* Cierto sector doctrinal sostuvo la licitud de la fuga de quien hubiera sido capturado o condenado injustamente, aunque huyera quebrantando la cárcel, siempre y cuando no tuviera otra alternativa para eludir el peligro. El propio Sto. Tomás, en su *Suma Teológica*, había defendido la licitud de sustraerse de la muerte mediante la fuga, incluso con la fuerza, siempre y cuando uno hubiera sido condenado injustamente[107].

Para fundamentar esta postura, se argumentó que la presunción que pesa sobre quien violenta la prisión es *iuris tantum*, de modo que se puede desvirtuar demostrando la verdad de los hechos[108]. Algunos doctores como Luca de Penna[109] o Diego Covarrubias llegaron a

---

106 BARTOLO DE SASSOFERRATO, ad D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn*.); BALDI UBALDI, *In sextum…cit., ad l. servum* (C.I. 6.1.1), fol. 3, §27; BOHIER, *op. cit.*, §18.

107 TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, t. III, trad. Calle-Campo–Jiménez Patón, BAC, Madrid, 1990, pp. 564-5645 *(Secunda Secundae,* qu. 69.4). La condena injusta a muerte es equiparada por el teólogo a la violencia inferida por los ladrones, siendo lícito resistir en tales circunstancias a los malos príncipes, al igual que es lícito resistir a los ladrones, a no ser acaso por evitar el escándalo cuando se tema por esto alguna grave perturbación.

108 BARTOLO DE SASSOFERRATO, *op. cit., ad l. de his* (D.47.18.1), p. 39; BACHOFF, *op. cit.*, p. 575. Apostilla el jurista alemán que no escuchar la verdad sería demasiado duro e inhumano.

109 LUCAE DE PENNA, *In tres Codices Iustiniani Imper. Posteriores libros luculentissima Commentaria*, Lugduni, 1586 ad l. *Prohibitum,* (CI. 10.1.5), p. 5, § 10.

legitimar, en determinados supuestos, que el reo diera muerte a sus custodios para consumar la fuga. Un ejemplo que utiliza el primero de los autores citados es el siguiente:

> "Supongamos que, mientras se hacía la guerra en el reino por algunos bandidos e invasores ilícitos, algunos de los habitantes del reino fueron capturados por estos bandidos o infieles: estos cautivos, como no podían escapar de otro modo, mataron e hirieron a los guardianes, y así, rota la cárcel, escaparon; son acusados de homicidio, de romper la cárcel y de violencia infligida".

Luca de Penna se basaba en D. 49.15.26 (Flor. 6 *Inst*.)[110] donde se afirma -a efectos de la aplicación del *ius postliminium*- que es irrelevante de qué modo volvió el cautivo, si por haber sido dejado en libertad o por haber escapado del enemigo empleando la fuerza o al engaño. También recordó que el propio Derecho romano consideraba tránsfuga a aquel que, habiendo sido capturado y pudiendo regresar, no regresó (D. 49.16.5.5, Menen. 2 *de re milit*.)[111]. Resulta imposible no evocar aquí las palabras del Capitán Ramsey en la película "La gran evasión" (1963) cuando señalaba que es deber de todo oficial capturado hacer cuanto esté en su mano para fugarse,

[110] D.49.15.26 (Flor. 6 *Inst*.) *Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit* (…).

[111] D.49.16.5.5 (Menenio 2 *de re milit.) Qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item eum, qui in praesidio captus est, in eadem condicione esse certum est: si tamen ex improviso, dum iter facit aut epistulam fert, capiatur quis, veniam meretur.*

obligando al enemigo a distraer, para su persecución, recursos que, de otro modo, podría haber destinado a la lucha en el frente.

En la misma línea, Alejandro Tartagni[112], en su *Consilia* 144, negó que su defendido, Antonio de la Fontana, mereciera castigo alguno por su fuga de la cárcel, dado que la huida estuvo motivada por la violencia ilegítima que le infirieron los guardias al someterle a tortura. Añadió que la tortura infligida al menos una vez por un magistrado causa un miedo justo -*iustum metum*- en la persona torturada, justificando que no permanezca ni comparezca de nuevo ante aquel, y que había que presumir un odio irracional y enemistad manifiesta por parte del magistrado hacia aquel a quien ya ha agraviado. Concluyó, por ello, que quien huye impulsado por un miedo justo, no tiene la voluntad de delinquir y no merece por ello la imposición de una pena.

Ahora bien, esta línea doctrinal que consideraba justa la fuga del preso inocente fue criticada por algunos[113] con el argumento de que no le corresponde al prisionero tomarse la justicia por su mano y acusar al magistrado de injusticia.

---

112 TARTAGNI, A., *Consiliorum seu Responsorum*, II, apud haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610, p. 144.

113 Así, por ejemplo, MATTHAEU, *op. cit.*, p.259, que toma como base los textos romanos, particularmente el fragmento de Calistrato en el que señala que los prófugos deben ser castigados, aunque se halle que son inocentes del crimen por el cual fueron encarcelados. POTHIER, R. J., *Pandectae Justiniani in novum ordinem digestae,* t. V., Fournier, París, 1820 p. 335, n. 2, con relación al rescripto de los *Divi Fratres* en el que imponían la pena capital a los que se evadieran rompiendo la cárcel apostilla: "incluso cuando sean inocente del crimen por el cual están encarcelados" -*quamvis innocentes criminis propter quod incarcerati sunt* -. También BACHOFF, *op. cit.*, p. 576, había advertido que constituía una materia muy resbaladiza la pretendida licitud de la resistencia al magistrado que actúa inicuamente.

La doctrina de estos siglos también se ocupó de una serie de situaciones particulares:

1/ *El convicto en ausencia*. Su situación fue planteada por Alberico de Rosatae[114], del que dijo que no habría que tener por confeso, aunque posteriormente fuera capturado. En tal caso, el juicio habría de ser incoado desde el principio, si bien reconoce que, por cierta depravada costumbre, algunos jueces locales ordenan la ejecución inmediatamente.

2/ *Reo que abandonaba la cárcel aprovechándose de la fractura realizada por otro*s. La *communis opinio* fue que a este preso no se le aplicaba la presunción de confesión inducida por la fuga[115].

3/ *Necesidad de citar a los fugitivos que no hubieran sido recapturados.* En opinión de los doctores, tal citación no era necesaria; sin embargo, en algunos lugares se seguía la práctica contraria. Así, según el estilo de las cortes de Francia, se emplazaba a los fugitivos durante tres días por las encrucijadas de la ciudad de la que huyeron[116]. En algunos casos en los que no se consiguió recapturar a los fugitivos, se llegó incluso a ahorcarlos en efigie[117].

---

114 ALBERICI DE ROSATE, *In primam et secundam Digestis Novi Commentaria,* ad l. *in eos (*D.48.3.13, Call. 6 *de cogn.*), fol. 175 v. El comentarista de Bérgamo se refiere a aquellos crímenes que no admiten una condena en ausencia.

115 *Vid.* VELA ACUÑA, J, *Tractatus de poenis delictorum,* Salmanticae, 1596, p. 105.

116 BOHIER, *op. cit.*, §22. El jurista francés afirma haber visto proceder así a ciertos jueces del cabildo de Burdeos, que hicieron citar por tres veces a un decano suyo fugitivo.

117 BOHIER, *op. cit.*, §23, relata dos casos: el primero, el de cierto juez del que da noticia Paris de Puteo en su *Tratado de la sindicatura* en la palabra *contumacia,* y otro, sucedido ante el palacio en agosto de 1535, en el mismo año en el que escribe su obra.

Respecto a las formas imperfectas de ejecución, en el *ius commune* se comenzó a diferenciar, a efectos de pena, entre el quebrantamiento intentado y el consumado. Así, ya se indicó cómo, para Alberico de Rosatae[118] la pena de D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) -a su juicio, pena arbitraria- se ha de aplicar a los presos que conspiraron para fracturar y huir de la cárcel, pero no consumaron la huida. Sin embargo, si además de conspirar, llevaron la conspiración a efecto, y, tras romper la cárcel, huyeron, entonces merecen la pena capital[119]. A su vez, Dionisio Godofredo[120], siguiendo a Bossius, anota que los presos que conspiraron para fugarse, pero sin haber consumado la huida, no deben ser castigados con la pena capital, pero se les considerará convictos, si es que fueron encerrados en la cárcel por causas justas.

3.2. Infidelidad en la custodia

En primer lugar, el *ius commune* prestó particular atención al fundamento de la responsabilidad de los custodios que permiten la evasión.

Accursio[121] plantea el supuesto del prisionero, reo de homicidio y sometido al régimen de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, que logra fugarse por negligencia del guardia. En este punto, advierte una

---

118 ALBERICI DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione, In primam et secundam partem Digesti Novi Commentaria,* Venetiis, 1585, *ad l. in eos* (D. 48.3.13, Call. 6 *de cogn.*), fol. 175 v.

119 Apoya esta conclusión, a juicio de BOHIER, *op. cit,* § 22, el propio tenor literal del D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.)* que al definir el supuesto de hecho no indica que los presos "después de la conspiración se evadieron", sino solamente que "hayan deliberado para que, rotas las cadenas, se evadieran"

120 GOTHOFREDII, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1829-1830, *ad l. de his* (D. 47.18.1), p. 622, n. 26.

121 ACCURSIO, F., gl. K/ *qui fugerit ad* C.I. 9.4.4. (en Fehi, IV, col. 2323-2324)

contradicción: imponer a los guardias la misma pena prevista para el homicida supondría desnaturalizar la *ratio* de la propia *lex Cornelia*, pues esta sanciona conductas dolosas, mientras que la conducta de los guardias se sitúa en el ámbito de la culpa o negligencia.

Para salvar esa objeción, Accursio sostiene que la sanción no debe fundarse directamente en la *lex Cornelia*, sino en las respuestas de los juristas o en las constituciones imperiales. A tal efecto, recurre por analogía al caso del calumniador que formula una acusación falsa de adulterio: este puede ser castigado con una pena semejante- *simili poena*-, pero no en virtud de la misma ley -*sed non simili lege*- que reprime el adulterio; por tanto, se le castigará conforme a la *lex Remmia,* y no según la *lex Iulia de adulteriis*, como establece D.48.16.1.2 (Marc., *l. s. ad SC. Turpillianum*).

Otro problema era justificar la presunción de culpa de los carceleros cuando el preso fallecía en la cárcel, pues, como señala la Glosa, esta presunción de culpa del carcelero es contraria al *ius commune*, que presume que nadie tiene culpa salvo que se pruebe. La razón de esta especialidad la encuentra en el oficio del guardia, cuya labor consiste en custodiar al preso. Compara esta obligación del guardian con la que tiene el *argentarius* de presentar los documentos y las cuentas o las de un tutor que administra bienes[122].

Angelo de Ubaldis[123] observa que deriva precisamente de esta presunción de culpa, la precaución que en su época empleaban los carceleros cuando un prisionero caía enfermo, consistente en traer a

122 ACCURSIO, gl. l/ *Probandum est*] *ad* D. 48.3.14.5 (en FEHI, t. III, col. 1435)
123 ANGELI UBALDI *op. cit.,* ad D. 48.3.14, p. 168.

un médico y hacer que un notario levantase acta pública de su enfermedad. Así, si posteriormente el preso fallecía, sacaban el cuerpo de la prisión envuelto en un saco como prueba de su deceso, quedando los guardias eximidos de la obligación de presentar vivos a los que han muerto[124].

En lo relativo a la pena aplicable, Azón procuró atemperar el rigor del Código de Justiniano (C. I. 9.4.4), precepto que, como se recordará, castigaba al responsable de la custodia con la misma pena que habría correspondido al reo evadido. Para ello, el glosador establece una casuística basada en la culpabilidad del carcelero y la gravedad del castigo que esperaba al preso.

De este modo, si el prófugo iba a ser condenado a muerte, los *commentarienses* o los custodios que le hubieran permitido escapar -ya fuera a cambio de un precio, ya por propia voluntad- serían igualmente condenados a muerte. En cambio, si al reo esperaba una pena menor, el custodio será castigado con esa pena menos grave.

Por otro lado, Azón modula el castigo cuando la evasión no obedece al dolo del guarda, sino a su mera negligencia. En tal caso, si el reo fugado merecía la muerte, el custodio veía rebajada su pena al exilio o al trabajo en las minas. Si, por el contrario, la evasión culposa

124 ANGELI UBALDI, *ibid.* señala que la norma resulta también útil contra los pastores y arrendatarios de ganado, obligándoles a cuidarlo y alimentarlo, porque si aparece una res asfixiada o se pierde, siempre se presume la negligencia del pastor, a menos que este pruebe lo contrario. Lo mismo ocurre, añade, con el prestamista que lleva un libro de cuentas, puesto que tiene el deber ineludible de custodiarlo, y con el notario respecto a sus protocolos: si ambos alegan que estos documentos se han extraviado, es imperativo que prueben tanto la pérdida en sí como las circunstancias en que ocurrió, puesto que, en caso de duda, la ley presume que hubo negligencia por su parte (argumento que extrae de D. 2.13.6.10, Ulp. 4 *ad ed*.)

correspondía a un preso sujeto a una condena inferior, el carcelero era castigado con azotes y la destitución de su cargo.

3.3. Extracción de presos

Con relación a los extraños que faciliten la fuga de los prisioneros, los doctores del *ius commune* trataron de delimitar los casos en los que resultaba de aplicación el *crimen maiestatis*, pues parecía demasiado duro aplicarlo a cualquier extraño que hubiera liberado a un reo confeso, sin importar el delito que le hubiera llevado a prisión. Así, la glosa matiza que solo podía incurrir en crimen de lesa majestad quien hubiere provocado la huida de un reo confeso en un juicio por lesa majestad, no por cualquier otro juicio[125].

Se discutió entonces cual era la pena que había de imponerse cuando el preso excarcelado no fuese reo confeso del *crimen maiestatis*. La respuesta pasó por distinguir el modo en que se hubiera producido la liberación. Si el asalto a la cárcel se hubiera realizado reuniendo hombres, con fuerza armada o mediante fractura, aunque sin incurrir en el crimen de lesa majestad, los asaltantes se hacían reos del crimen *de vi*, mereciendo el castigo de la espada -decapitación- al haberse violado la paz pública. Si la fractura de la cárcel no se llevó a

125 ACCURSIO, gl. i. *reum*] ad D.48.4.4, en FEHI, *op. cit.,* t. III, col. 1437. En igual sentido GOTHOFREDI, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1929-1830, t. III, ad D.48.4.4, n. 11, col. 640, que propone una nueva lectura del texto; en lugar de "*qui confessum in iudicio*" recomienda: *Puto legendum*, *confessum* in hoc judicio *reum, et propter hoc in vincula conjectum emiserit*; *ut majestatis teneatur, qui confessum in hoc judicio majestatis, et propter hoc in vincula conjectum emiserit; non qui simpliciter in vincula conjectum*; BACHOFF VON ECHT, *op. cit.,* p. 575.

cabo de ninguna de estas formas, el castigo quedaba al arbitrio judicial.

Otros juristas como Matthaeu[126] atendieron al peligro que representaba el preso para la *res publica*, de modo que la liberación de un reo de otro delito, fuera del caso de alta traición, debía entenderse comprendida en el ámbito de la *lex Iulia maiestatis* únicamente si el delincuente era de tal condición y poder que, una vez liberado, se convertirá de inmediato en un enemigo peligroso para la república.

El mismo autor indica que debía actuarse más suavemente con aquellos que por causa de sumo afecto o por la fuerza del amor, sacaron al encarcelado; recordando, en la última parte de su discurso, que, en su época, quedó totalmente impune la esposa de un varón doctísimo -aunque no lo señala en el texto es evidente que se trata de Hugo Grocio- la cual con un astutísimo engaño había sacado de la cárcel a su marido, reo de majestad, metido dentro de un arcón.

4. Represión de la evasión de la cárcel en el Derecho histórico español.

4.1. Derecho visigodo

En las leyes de los pueblos germánicos resulta posible encontrar disposiciones relativas a la fuga de los presos. Así ocurre con la *lex*

126 MEISNER, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

burgundiorum[127], la *lex Salica* (507-511 d.C.)[128] o la *lex Ribuaria* (613-623 d.C.)[129].

---

127 La *lex burgundiorum* dedica todo el título VI a los fugitivos. *Vid.* ASLA, A.O.- DOMÍNGUEZ, C.R., *Leyes de los Burgundios,* trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017, pp. 8-9: [1] Si alguien atrapa a un fugitivo en las provincias que nos pertenecen, por el fugitivo reciba un sueldo y si el fugitivo tiene un caballo consigo, reciba un semís por el caballo, y un tremís si es una yegua, y entregue al fugitivo con todas sus cosas. Y si estuviere fuera del territorio, el que atrapare a un fugitivo reciba dos sueldos y un sueldo por el caballo y un semís por una yegua. [2] El que persiguiere a un fugitivo y si casualmente este se resiste y es muerto, está limpio de culpa; o si aquel que lo está persiguiendo es golpeado por el fugitivo, no se le puede atribuir ningún cargo al amo del fugitivo. [3] Si un fugitivo fuere capturado por un burgundio o un romano y huye de su custodia, aquel, de cuya custodia haya huido debe jurar que ni por su custodia ni la de los suyos haya sido conscientemente liberado; prestados estos juramentos, esté libre de todo cargo. [4] El que sin intención le da una cabellera postiza a un fugitivo libre o esclavo, pague cinco sueldos; si lo hace intencionalmente sea obligado a pagar la indemnización (*wergeld* en la traducción de ASLA–DOMÍNGUEZ) del fugitivo [5] El que intencionalmente ayude a un fugitivo a cruzar un río reciba la pena de un cómplice. [6] Pero si el fugitivo logra huir, (el custodio) preste juramento de que, como se dijo anteriormente, el fugitivo no escapó con su ayuda ni la de sus esclavos y que no se libró de sus ataduras con conocimiento suyo o de ellos. [7] Si no prestare de esa forma su juramento, pagará quince sueldos por el fugitivo. [8] Pero si constare que se pudo evadir con su consentimiento, sea obligado (el responsable) a pagar treinta sueldos. Si el que fue apresado lleva consigo cosas de su amo o de otra persona y las exhibe en esa casa, (el hombre de cuya custodia escapó) restituya en forma completa. [9] Si un hombre libre, burgundio o romano, conscientemente le da un pan al fugitivo, debe recapturarlo. Si por desconocimiento le da un pan, o lo ayuda a cruzar un río o le muestra un camino, prestando juramento no esté sujeto ("sea pasible" en la traducción de ASLA-DOMÍNGUEZ) a ninguna pena. [10] Si un hombre libre, con plena conciencia, a un fugitivo le da una carta para ayudarlo, sufra la amputación de una mano. Si el que hiciere esto es un esclavo, sufra la amputación de una mano después de recibir trescientos golpes de vara.

128 ASLA, A.O.- RODRÍGUEZ, G.F., *Leyes de los francos salios y ley sálica carolina,* trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017: XXXII: "El que por arrogancia o por fuerza aparta del conde a un hombre atado, debe pagar una reparación con su vida". Por su parte, la *Lex salica Carolina*, en su ley XIX último párrafo señala que "Si alguien le arrebata a un conde un hombre culpable atado, debe redimir su vida con una reparación."

129 A SLA, A.O., *Leyes de los Ripuarios,* trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2018, LXXVI. *Acerca de un hombre detenido liberado*

Lo mismo sucede en el Derecho visigodo, que, como observa Sáinz Guerra[130], conoció la pena de prisión, aunque prefirió imponer en sus textos el arbitrio regio para los crímenes graves y la entrega del delincuente en manos de la víctima o sus herederos como siervo para los menos graves. Explica Ramos Vázquez[131] que, en la sociedad visigoda, la pena de cárcel era inútil y costosa porque, además de no reportar nada ni a los ofendidos ni a la comunidad, resultaba un lastre económico para el aparato judicial. No obstante, también encuentra esta autora ejemplos de aplicación de pena de cárcel pública en los cuerpos legales visigodos.

Con relación a la infidelidad en la custodia de los reos, la *Lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico reproducía en la ley 9.2.2 el rescripto de Valentiniano, Valente y Graciano del 371, en el que los emperadores imponían un régimen de responsabilidad objetiva del alcaide, condenándolo, en caso de fuga del preso, a la misma pena que a este. Sin embargo, en la *interpretatio* visigótica se introdujeron novedades importantes respecto al tenor original de la constitución:

> *Interpretatio. Si de carcere reus fugerit, ab eo, cui est traditus, requiratur: qui si eum non potuerit praesentare, noverit*

sin juicio. "Si un hombre libre ripuario ata a un ladrón y pretende liberarlo sin el juicio del juez, sea juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos. Si alguien lo retira con violencia, sea juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos. Si alguien que es atado es capturado en una fuga, y jura con seis co-juradores que esa fuga no era voluntaria, sea considerado inocente. Si se fuga de alguien que lo tenía en custodia, sea este juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos"

130 SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 603.

131 RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 37.

> *negligens custos, illius se aut damnum aut poenam, qui fugerit, subiturum.*

De este modo, según el texto visigodo, si el reo se escapare de la cárcel, se ha de reclamar a aquel a quien fue entregado. Es significativo que se hable simplemente de *traditur,* a diferencia de C.Th. 9.3.2, que empleaba el vocablo *receptum*, término que en el Derecho romano de obligaciones implicaba una especial asunción del riesgo. Si este no pudiere presentarlo, el guardián negligente ha de saber que habrá de sufrir él mismo o el perjuicio o la pena correspondiente a aquel que huyó. Como ha destacado Di Cintio[132], la interpretación de la norma establece un parámetro de responsabilidad subjetiva, al referirse a la figura del "guardián negligente", entroncando así con las previsiones de la jurisprudencia clásica.

En el *Liber Iudiciorum,* dentro del título IV ("*De custodia et sententia damnatorum*") se recoge una ley de Sisenando, en la que se castiga tanto el favorecimiento de la evasión como la infidelidad en la custodia:

> L.I. 7.4.3. Si carcerem quis frangant aut custodi persuadeat. *Si quis carcerem fregerit aut custodi persuaserit, vel ipse carcerarius aut custos eos, quos conpeditos habuit, sine iudicis iussionem aliqua fraude laxare presum serit, eandem penam vel dam num, quod ipsi rei fuerant excepturi, sustineat.*

132 DI CINTIO, *op. cit.,* p.69.

Se ha apuntado[133] que esta ley contempla también el autoquebrantamiento, esto es, la conducta del preso que quebranta la cárcel o engaña al guardador, opinión que no compartimos, pues en el caso de que el "si alguien" -*si quis*- con el que comienza la ley se refiriera al preso que se fuga, no tendría sentido prescribir, al final de la misma, que ha de sufrir la pena "de los mismos reos" -*ipsi rei*-, porque él mismo ya lo es.

De este modo, las conductas tipificadas son dos:

-La del extraño que, desde fuera de la prisión, bien mediante el quebrantamiento, bien mediante la persuasión al carcelero o fraude hubiere conseguido la liberación del preso.

-La del propio encargado de la custodia que, mediante algún fraude, sin orden del juez, se atreve a liberar al preso.

En ambos casos, el sujeto se hace merecedor de la misma pena y daño que tuviere que recibir el reo. En definitiva, se está aplicando la misma pena talional que establecía la constitución de Valentiniano, Valente y Graciano del 371 d.C. La redacción de los tipos permite concluir que se están contemplando conductas dolosas.

Del tenor de la ley deduce Ramos Vázquez[134] que la prisión que contemplaba esta norma era la puramente preventiva o cautelar, dado que habla del castigo que los reos "habrían de sufrir" -*fuerant excepturi*-.

133 DÍAZ, P. «Las cárceles en la Hispania visigoda», *Castigo y reclusión en el mundo antiguo,* CSIC, Madrid, 2003, p. 200.

134 RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit*, p. 34.

La misma disposición se recogerá después en el Fuero Juzgo, ("De la guarda y el juicio de los justiciados"):

> FJ. 7.4.3. Si algún omne crebanta cárcel, ó enganna el guardador, ó el guardador mismo suelta los presos por algún enganno sin mandado del iuez, cada uno destos debe recibir tal pena é tal damno qual deben recibir los presos.

4.2. Obra legislativa de Alfonso X el Sabio.

La prisión pública en España, como en otros países, tardó en generalizarse, de modo que, en los primeros siglos de la Edad media, la pena de cárcel tenía más bien un carácter extraordinario[135]. En consecuencia, como afirma Saínz Guerra[136], el Derecho altomedieval, por lo general, no contiene normas precisas sobre la evasión de presos, tanto por la preponderancia de la prisión privada en las primeras épocas, como por las imperfecciones que el sistema

135 SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaen, 2004, p. 301 menciona, entre los factores que explicarían este hecho, la propia debilidad política del monarca, el elevado costo de la institución, la coexistencia durante mucho tiempo con cárceles privadas y la propia esterilidad del encierro cuando el recluso no es forzado a trabajar y además no posee medios para pagar su propia reclusión.

136 SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 603-4. El autor recuerda los testimonios de los fueros que obligan a los miembros del Concejo a perseguir y apresar a los delincuentes, poniendo como ejemplo el fuero de Zamora, 83 "(…) Elos que non quifieren falir o non fueren aprenderlo o recaudallo, pechen el omezio o el danno o el fu[rt]o que aquel fizo como el fuero manda. *E* fe non ouieren por quelo pechar, ayan aquela pena mifma que aueria aquel que for fechor se lo prendieseu (…)"

carcelario poseyó en el tránsito hacia la consecución de una prisión pública.

Ramos Vázquez[137] encuentra vestigios del delito de quebrantamiento de cárceles en el pacto acordado en las Cortes de León de 1188[138] entre el rey Alfonso IX y el reino:

> [X] *Item*. (…) y si el reo o deudor no pudiera disponer de medios para pagar al demandante, los justicias y los alcaldes sin responsabilidad se incauten de su persona y de cuantos bienes tuviera, y lo entreguen con todos sus bienes al demandante, y *si les fuere necesario, custódienlo bajo su protección, y si alguno lo arrebatase por la fuerza, sea castigado como invasor violento*. Y si alguno de los justicias sufriera algún daño por ejercer la justicia, todos los hombres de aquella tierra le reintegren por todo el daño, en caso de que quien le hizo el daño no tuviere con qué pagarle; y en caso de que suceda, de que alguno por añadidura lo matase, sea tenido por traidor y alevoso[139].

---

137 RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles,* Centro de publicaciones del ministerio del interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 286.

138 Destaca COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla,* I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884 (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes; https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557) que en estas Cortes de León de 1188 "juró el Rey no hacer daño a nadie en su persona y hacienda sin ser oído en juicio (…), dictó reglas eficaces para que la pena siguiese al delincuente fugitivo como la sombra al cuerpo …"

139 *Decretos que don Alfonso, rey de León y de Galicia, estableció en la curia de León con el arzobispo de Compostela y con todos los obispos y magnates y también con los ciudadanos elegidos de su reino* (Versión de FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., *La curia regia de León de 1188 y sus "Decreta" y constitución*, Centro de Estudios e

En el Fuero Viejo de Castilla - recopilación de origen privado que experimentó diversas reelaboraciones, siendo la última la de Pedro I en 1356-, se establece la obligación del juez -que debía tener al preso con cepos o cadenas en los pies o en la garganta- de pagar el daño si el preso escapaba. Se trata de una responsabilidad objetiva, que no hace mención de dolo o culpa.

> FVC. 230. *Título del carçelage del preso e en cómo lo a de pechar el juez si se le fuese* Esto es por fuero: Que preso que metieren en casa de juez en el çepo, por la entrada deve dar seis dineros; et quanto tiempo y ioguiere non dará más. Et si el preso se fuere del çepo, el juez lo deve pechar todo el danno. Et el juez deve tener todo preso en çepo o en fierros en los pies o a la garganta.

Como es sabido, la recepción del Derecho romano en Castilla tiene lugar, primordialmente, en la obra legislativa de Alfonso X; no obstante, en la regulación del Fuero Real todavía no se ve con claridad la huella del ordenamiento jurídico romano. Efectivamente, en FR. 4.13.11 se dispone lo siguiente:

> FR. 4.13.11. Todo ome que prisiere algun ladron con furto, prendalo a vida si pudiere, e nol mate, e trayalo antel alcalle, e alli se judgue como manda la leya, et si alguno gelo tolliere a aquel que lo prisó, sea tenudo el que gelo tollier a la pena de los ladrones: et esta pena ayan aquellos que sacaren el ladron de la carcel o de otra prision, sin

Investigación "San Isidoro" – Archivo Histórico Diocesano, León, 1993; pp. 93-117)

> mandado del alcalle, e por la osadía peche x maravedís al rey[140].

A pesar de que Díez de Montalvo[141] señala que esta ley concuerda con D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.), en realidad, ni comprende el autoquebrantamiento ni las penas que establece -las correspondientes al hurto y multa de diez maravedís destinados al Rey- tienen nada que ver con el fragmento de Ulpiano. No obstante, en su glosa resuelve las cuestiones que pudiera plantear dicha disposición del Fuero Real de acuerdo con el *ius commune*[142].

---

140 ARIAS DE BALBOA en sus glosas al Fuero Real indica que lo mismo se dispone en FR. 4.15.7, norma dedicada a quien encuentra un siervo ajeno huido, disponiendo que lo entregue al alcalde, pudiendo reclamar al dueño del siervo un maravedí más los gastos efectuados (Dichas glosas se recogen al final del artículo de CERDÁ RUIZ-FUNES, J., «Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *AHDE,* 1951-1952, p. 1109)

141 DÍAZ DE MONTALVO, A, *Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey do[n] Alonso. IX.; glosado po*r el egregio doctor Alo[n]so díaz de mo[n]taluo, 1544, fol. 244 v: gl. f/ *De la cárcel*].

142 DÍAZ DE MONTALVO, *loc. ult. cit*. El jurista se pregunta, en primer lugar, si el encarcelado que rompe la cárcel debe ser castigado con la misma pena que si fuera castigado un verdadero crimen. *Item si incarceratus frangat carcerem: an ea pena puniatur quasi verum esset crimen puniretur. no. ff. de custo. reo. l. j.*- Aunque, como se ve, en este punto se remite a D.48.3.1, entendemos que en realidad se refiere a la ley 13 del título, según la cual el reo debe ser castigado a una pena mayor que la que corresponde al delito por el que permanece bajo custodia. En segundo lugar, plantea con qué pena debe ser castigado el guardia, para lo que se remite a C.I. 9.4.4, que impone, según se indicó, la misma pena que correspondería al delito por el que estaba en prisión el fugado, mencionando asimismo a Enrique de Susa y otros canonistas: *Item si fugit carcere qua pena custos puniatur no. C. de custo. reo. l. ad commentariensem. et Henri. Et alij docto. in ca. a nobis. extra de aposta.* Finalmente explica que, si el custodio hubiere soltado al encarcelado por mandato del juez o del rector, que este mismo ha de quedar obligado, en lugar del custodio, como afirma Bartolo de Sassoferrato en diversos lugares: *Item si incarceratum relaxauerit custos de mandato iudicis, vel rectoris ipse teneatur, et non custos notat Barto. in l. si quis vxori. §. si fugitiuum. ff. de fur. concor. cum hac. l. parti. peregrina. c. captio. q. vi.*

Es en las Partidas de Alfonso X donde encontramos una regulación muy desarrollada de la evasión de la cárcel y muy influenciada por el Derecho romano. Se tipifica por primera vez en nuestro Derecho histórico el quebrantamiento de condena por el propio reo[143]; además de contemplarse las conductas de los guardias que permiten la huida e incluso la del extraño que la provoca desde el exterior.

I. Del castigo que corresponde *al propio preso que huye de la cárcel* con fractura se ocupa la siguiente ley:

> Part. 7.29.13. *Que pena deuen auer los presos que quebrantan la carcel, o la prision en que estan*. Acordandose todos los presos que yoguiessen en vna carcel, o en vna prision de quebrantar aquel lugar do los guardassen, e se fuessen todos, o la mayor parte dellos sin sabiduria de los guardadores, si despues desso fueren todos presos, o alguno dellos, tanbien deuen los judgadores justiciar aquellos que despues desso prendieren, como si les fuesse prouado el yerro sobre los que tenian presos. Ca semeja que se dan por fechores de los yerros de que eran acusados, porque ante que los judguen se acuerdan assi en vno a fuyr. Mas si por auentura non fuyessen todos,

143 De este modo, señala RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit,* p. 224, que este delito (el autoquebrantamiento) comenzó a forjarse a partir de la recepción en Castilla del Derecho común en el siglo XIII, destacando, como factores coadyuvantes, el reforzamiento del poder público, dando especial importancia a la represión de conductas que supusieran un atentado contra el propio aparato público de administración de justicia, para lo cual los principios del *ius commune* ofrecían los criterios necesarios.

> mas algunos dellos, e despues fueren presos otra vez, deuenlos meter en mas fuertes prisiones, e aun demas desto deueles el judgador dar alguna pena por ende, segund su aluedrio.

El precepto establece dos supuestos distintos:

1.- *Fuga de todos o de la mayor parte de los presos*. En este caso, han de ser "justiciados"[144] como si se hubiese probado el delito por el que fueron apresados, considerándose que la fuga equivale a una confesión presunta, siempre que se den los siguientes condicionantes:

a) Conspiración de los presos.

b) Empleo del quebrantamiento como forma de salida. Aclara Gregório López[145] que no basta la sola conspiración sin el quebrantamiento de cárcel o de las ataduras, ni la sola fractura sin el complot, para poder aplicar la pena establecida en la norma; para ello se apoya en D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) que constituye su precedente.

c) Ignorancia de los guardias. Al igual que D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons*.), la norma dispone que, si la fuga de los presos se verifica con consentimiento o por negligencia de los carceleros, tendrán una pena menor[146].

---

144 Según la RAE, "justiciar" es sinónimo de "ajusticiar"; presentando este último término dos acepciones: la de dar muerte al reo condenado a ella y (en desuso) la de condenar a alguna pena. En el primer sentido interpreta la norma ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna,* Dykinson, Madrid, 2012, p. 117.

145 LÓPEZ, *Las Siete Partidas glosadas por el Lic. Gregorio López,* t. III, Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555, p. 84; gl. *a/ acordándose* a Part. 7.29.13.

146 LÓPEZ, G., *op. cit,* p. 87, gl. *e/ sin sabiduría de los guardadores* a esta ley. Sigue a Angelo de Ubaldis cuando señala que la pena de muerte no se extiende a

Ahora bien, Gregorio López indica que ha de constar que el crimen se ha consumado efectivamente, pues este es un requisito exigible incluso en la confesión verdadera[147]. Si los presos tuviesen justo motivo para la fuga, niega que deba atenderse a esa confesión presunta, considerando justos motivos haber atormentado el juez a los presos injustamente o resultar la acusación inepta y mal formada, pues si bien la ineptitud de libelo no desvirtúa la confesión verdadera, impide, no obstante, la ficta.

2- *Fuga únicamente de algunos presos.* En estos casos procede pena arbitraria -que, según Gregorio López, no podrá ser la pena capital[148]- y sometimiento del preso a "prisiones más fuertes".

---

quienes quebrantan la cárcel en los casos en que mediare negligencia del carcelero, lo que dice haber visto de hecho muchas veces –*hoc vidi iam pluries de facto*- (cfr. ANGELI VBALDI, PERUSINI, *in I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria*, Venetiis, 1579, p. 158) añadiendo que si media connivencia u omisión del carcelero, en cierto modo se les invita a la fuga. Caso distinto sería si empleasen violencia.

147 Argumento que extrae de D.42.2.4 (Paul. 15 *ad Plaut.*), relativo al demandado por la *actio ex legis aquilia* que confiesa haber matado a un esclavo: el jurista entiende que se le tiene por confeso, aunque no lo haya matado, siempre que (alguien) hubiera matado al esclavo; y de D.29.5.1.24 (Ulp. 50 *ad ed.*) según el cual, si no constara que alguien fue muerto, no se sujeta al tormento a su familia; debiendo constar que fue muerto por crimen para que haya lugar al Senadoconsulto (se refiere al Silaniano). Viene a ser una aplicación de la doctrina de Baldo, cuando, en su estudio de la *ficta confessio* del preso que huía, al hablar de la fase de investigación general requería la prueba de que el delito era cierto.

148 LÓPEZ, G. *op. cit.,* p. 87, gl. *h/ Segund su alvedrio* a Part. 7.29.13, en la que señala que en este punto la disposición corrige a las leyes romanas (D.47.18.1, Ulp. 8 *de off. procons.* y D.49.16.13.5, Macer 2 *de re milit.*); o bien que estas han de interpretarse en el sentido de que la pena procede cuando los presos emplearon violencia contra los carceleros, como parece desprenderse de D. 48.19.38.11, según la interpretación de Odraldo y Alberico de Rosatae.

Por su parte, Díaz de Montalvo[149], siguiendo al canonista Enrique de Susa, aclara que, si una persona huye antes de ser atrapada y encarcelada, es decir, cuando la están buscando, esa huida preventiva no debe castigarse por sí sola, ni se le quita el derecho a defenderse en un juicio por el delito del que se le acusa.

En Part. 7.31.10[150] se tipifica el quebrantamiento de la pena de destierro. Como sanción, se dobla el tiempo de la condena, en caso de destierro temporal, y se establece la pena de muerte, si el destierro era perpetuo. Du Boys[151], en su *Historia del Derecho penal de España,*

---

149 DÍAZ DE MONTALVO, A, *Las Siete Partidas del sabio Rey dô Alfonso Nono:* por las quales son deremidas, & determinadas las questiones & pleytos q[ue] en España occurrê... / cô la glosa d[e]l egregio doctor Alfonso Diez de Môtaluo... Alcalá de Henares, 1542, p. 189, gl. *b/ Acordándose* a Part. 7.29.13: *Distingue tamen secundum Hen. [Henricum] in c. vt fame de sen. exco. quod aut quis fugit vel vitat carcerem ante omnem captionem et incarcerationem et talis non est puniendus propter talem fugam: nisi alias de et super crimine legitime conuincatur: immo semper audietur super crimine: vt. ff. de require. re. l. si.* (D.48.17.1, Marc. 2 *publ.*), donde el jurista señala que, si a alguien se le hubiera de imponer una pena más grave, por ejemplo, trabajos en las minas, otra pena semejante o incluso la pena capital, en este caso no debe imponerse la pena al ausente, sino que debe buscárselo y dejar constancia de ello, para que se presente personalmente.

150 Part. 7.31.10. *Que pena meresce el ome que es desterrado si tornare a la tierra sin mandado del Rey.* Todo ome que fuere desterrado, por sentencia del Rey, que sea en alguna ysla por tiempo cierto: o que es echado de la tierra, si saliere desta ysla en ante de aquel tiempo quel señalaren, o entrare en la tierra sin mandado del Rey, deuesele doblar aquel tiempo que quebranto, passando el mandado del Rey su Señor. E si por auentura fuesse dada sentencia contra el, que fuesse desterrado para siempre, e non por tiempo cierto. Estonce el que fuesse desobediente, saliendo de la ysla, o entrando en la tierra sin mandado del Rey deue morir por ende.

151 DU BOYS, *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872 pp. 231-2: "No podríamos admitir que la evasión sea por si misma un crimen ni aun un delito, y que la penalidad deba aumentarse o duplicarse contra el prisionero de guerra de la sociedad, el cual trata de recobrar el bien mas precioso después del de la vida; la libertad. La sociedad no tiene otro derecho que el de redoblar las precauciones contra el cautivo que burló su vigilancia. Sin embargo, hay gran distancia entre el caso de la detención propiamente dicha y el del destierro.

comenta esta norma de conformidad con los principios liberales que imperaban en la segunda mitad del siglo XIX. De este modo, si bien niega que la evasión de la cárcel sea en si misma un delito, justifica, en cambio, el encarcelamiento del quebrantador de la pena de destierro, por haber abusado de la confianza que le dejaba la sociedad al volver a entrar en su país.

II. Respecto a la sanción a los *guardias que permiten la huida*, seguiremos en la exposición la misma estructura que plantea la propia ley 7.29.12 ("*Que pena merecen los guardadores de los presos, si se fuere alguno dellos.*") en la que el rey Sabio señala que son cinco las maneras por las que los presos pueden irse de la cárcel, "porque se embargaria la justicia que se non podria cumplir en ellos". Queda aquí perfectamente delimitado cuál es el bien jurídico protegido - la administración de justicia-:

1ª.- "*La primera es quando fuyessen por muy gran culpa, o por engaño de los que los ouiessen en guarda. Ca en tal caso como este deuen recebir los guardadores aquella mesma pena que deuian sufrir los presos*". Concuerda esta disposición con la *interpretatio* al C.Th. 9.3.5, pues condena a los guardias a la misma pena que debieran sufrir los presos, como en la

Cuando la sociedad pone a un condenado en una cárcel, se reputa que le quita todo medio de fugarse, y si se verifica esta fuga, debe imputarse en su mayor parte a su negligencia, a ella incumbía al privar al paciente de la libertad, hacer imposible que la recobrase. No es así respecto del condenado a destierro; este gozaba de cierta parte de libertad que le dejaba la sociedad, ateniéndose tácitamente a su buena fe. Si, pues, se sirve el desterrado de esta libertad para volver a entrar en su país, si abusa de ella y pierde todo derecho a la confianza que se le había manifestado, no queda ya contra él más garantía que la de los muros, las rejas y las barras de hierro". En cambio, en su obra omite comentar todas las normas sobre el quebrantamiento de cárcel que aparecen en Partidas.

constitución de Valentiniano, Graciano y Valente del 371 recogida en CTh. 9.3.5 y CI. 9.4.4; sin embargo, hace depender la exigencia de responsabilidad de la existencia de culpa o dolo; demostrando incluso más benignidad hacia el guardia que en el texto visigodo, pues la norma solo entra en juego si la culpa es grave.

Díaz de Montalvo[152] observa que, en esta ley, la culpa lata se equipara al dolo, lo cual no es la regla general. Considera que este caso específico operaría la asimilación por razón del oficio asumido -*susceptum officium*-, pues al aceptar el cargo, el guarda parece profesarse perito[153]. Señala su oposición al castigo del guardián con la misma pena que el preso fugado, siendo partidario de que se le sancione según la medida de su culpa[154].

También plantea el problema de la huida del reo que ha sido puesto bajo libertad provisional y entregado a unos fiadores. Se pregunta entonces si los fiadores deben sufrir la misma pena que el reo fugitivo. Siguiendo a Saliceto, Díaz de Montalvo[155] introduce una distinción basada en la fórmula de entrega del reo:

---

152 DÍAZ DE MONTALVO, *op. cit.*, fol. 189, gl. a/ En cinco) a Part. 7.29.12: (…) *Item nota casum in quo lata culpa equiparatur dolo quod non est regulariter: ut. ff. ad le. cor. de sic. l. iij.* El autor cita el fragmento D. 48.8.3 (en realidad se trata de D. 48.8.7), donde se establece explícitamente que en la *Lex Cornelia de sicariis* el dolo es el elemento constitutivo y la *culpa lata* no se acepta por dolo.

153 *Ibid. Sed hoc operatur. susceptum officium: et quod fateri videbatur se peritum (…)*

154 *Ibid. Sed oppono quod non eadem pena sed pro modo culpe puniatur: ut. ff. de custo. reo. l. milites.* Díaz de Montalvo recuerda que Saliceto había resuelto el problema diciendo que aquí hubo tanta culpa que es digno de la misma pena o de una equivalente, como el que confió la custodia de la cárcel a un novato o a un niño (arg. D. 48.3.14.pr): *Soluit salyce. quod hic in tanta culpa fuit quod dignus est eadem pena vel pari ut qui tironi vel puero comisit carceris custodiam: ut ff. de custo. reo. l. fi. in prin.*

155 *Ibid. Sed quero quid si reus fuit relaxatus et fideiussoribus datus et fugit / an fideiussores debeant pati eandem penam quam fuisset subiturus ipse fugiens: aliqui*

- Los fiadores como *custodes*: Si el juez entrega al reo a los fiadores explícitamente "como mis guardias" (*ego vobis eum trado ut meis custodibus*), los sujetos asumen un oficio público. En este caso, se les aplica el principio de la *l. ad commentariensem*: quien asume la custodia física y falla en ella, queda sujeto a la misma pena que el fugitivo (*simili pena sunt puniendi*).
- Los fiadores puros (*fideiussores*): Si no reciben la custodia física, sino que solo garantizan la comparecencia, no están obligados a la pena corporal del reo. La exención de la pena corporal en este caso se justifica recurriendo al principio de que no se puede obligar a alguien a la pena de muerte por vía de contrato -*ex contractu non potest se obligare ad penam mortis*-. Se cita también D.9.2.13, que consagra la máxima de que el cuerpo de un hombre libre no es estimable en dinero. La sanción pecuniaria se determinará por: a) La cantidad prometida expresamente; b) La costumbre de la región; c) El arbitrio del juez, sin que pueda exceder la medida establecida en CI. 1.54.6 (multa de dos onzas de oro). Sin embargo, si el fiador fuera sorprendido en dolo, puede ser desterrado incluso de forma extraordinaria (D.48.3.4, Ulp. 9 *de off. procons*.).

tenent quod non: sed arbitrio iudicis punietur: sed latius tu dic secundum saly. ubi. supra. quod aut isti fideiussores non fuerunt fideiussores: sed custodes: ut qui iudex dixit. Vos pro eo fideiubetis: et ego vobis eum trado ut meis custodibus: et tunc ex eo capite: qui custodiam recipiunt: simili pena sunt puniendi: ut hic: et in allega. l. ad commentariensem: non ex eo capite quod fideiusserunt: ut sequitur. Aut custodiam non recipiunt: sed tantum fideiusserunt: et tunc ve ritas est quod ad penam corporalem quam ille subiturus erat non tenentur: nam quis ex contractu non potest se obligare ad penam mortis: ut. ff. ad le. aqui. l. liber homo. Nec obstat quod supra dixi: quia fideiussor factus officialis iudicis obligatur a lege non ex contractu imediate: sed pena pecuniaria plectetur: vel illa quam promisit: vel secundum morem regionis vel iudicantis arbi(trio)...

Por ello aconseja que siempre se añada una pena cierta, y también se haga renuncia al beneficio de excusión de los fiadores.

2ª.- "*La segunda es, quando fuyen los presos por negligencia de los guardadores, en que non ay mezclando engaño ninguno. Esto seria si los guardassen a buena fe, mas non con tan gran acucia como deuen: e en tal caso como este deuen ser tollidos del officio los guardadores, e castigados de feridas, de guisa que non pierdan los cuerpos nin miembro ninguno, porque los otros que pusieren en su lugar sean escarmentados por ende, e metan mayor acucia en guardar los otros presos que tuuieren en guarda*". La disposición concuerda con Calístrato en D.48.3.12.pr. (Call. 5 *de cogn.*) cuando hablaba del suplicio de los militares que hubieren permitido por negligencia la fuga del reo, excluyéndose los casos de culpa leve. La pena señala por Partidas es pérdida del oficio junto con pena de heridas, sin llegar a perder el cuerpo o miembro alguno.

Anota Gregorio López[156], siguiendo a la Glosa y a Baldo de Ubaldis, que, en caso de duda, se presume la negligencia del carcelero, salvo que éste tuviera atado al preso.

3ª.- "*La tercera es quando fuyen los presos por ocasion, e non por culpa, nin por engaño de los guardadores: e en tal caso como este non deuen recebir pena ninguna, si prouaren la ocasion, e que non auino por su culpa*". Este apartado de la ley concuerda con Calístrato en D.48.3.12.pr (Call. 5 *cogn.*) en la parte que afirma que, si el preso había sido perdido por caso fortuito, nada se resolverá contra el guarda: *si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum*.

156 LÓPEZ, *op cit.,* p. 86 v., gl. e/ *Por negligencia*/ a Part. 7.29.12.

4ª.- "*La quarta es quando los guardadores dexan yr los presos que han en guarda, por piedad que han dellos: e en tal caso como este si el preso que se fuere, fuere ome vil, o era pariente, o cercano de aquel que lo dexa yr: estonce el carcelero deue ser tollido del officio, e castigado de feridas, segun diximos de suso. Mas si tal ome non fuesse, deue auer pena segun aluedrio del juez*."

En este fragmento se agrava la pena de los custodios que dejan huir a los presos por conmiseración con relación a D.48.3.14.2 (Mod. 4 *de poen.)*, donde Modestino limitaba el castigo del militar en estos casos al cambio de puesto en la milicia. Alfonso X establece, en cambio, pena corporal en caso de que el preso fuera hombre vil o allegado al carcelero, dejando al arbitrio del juez la determinación de la pena en caso contrario.

5ª.- "*La quinta manera es quando el preso se mata el mismo estando en la prision, o despeñandose, o firiendose, o degollandose: e en tal caso como este non deue el que guardaua el preso fincar sin pena, porque si fuesse guardado acuciosamente, non se podria assi matar. E por ende deue ser tirado del officio, e castigado de feridas assi como sobredicho es. E si por auentura el guardador matasse al preso que tuuiesse en guarda, o le diesse a sabiendas breuaje, o otra cosa con que se matasse el mismo, el que esto fiziesse deue morir por ende. Mas si el preso se muriesse por ocasion, o por enfermedad: estonce los que lo guardan non deuen auer pena ninguna: pero ante que lo saquen de la carcel, deuenlo fazer saber al Rey. o al juez que lo fizo prender, porque non pueda y ser fecho engaño*".

Al igual que Modestino en D.48.3.14.3-5, se regulan en este apartado las consecuencias de la muerte del reo en prisión: a) se hace responsable al guarda del suicidio del reo, presumiendo una falga de

diligencia; estableciendo pena corporal -*castigo de feridas*-. b) se establece la pena de muerte para el guardián que mate al preso o le proporcione a sabiendas los medios para que él mismo se dé muerte y c) se dispone que, si el preso muere sin culpa del guarda, no se impondrá a este pena alguna, pero el hecho se debe poner en conocimiento del Rey o del juez que lo ordenó encarcelar para evitar engaños.

Respecto al guardia inocente de la huida del preso que se fuga junto con el otro guardia que lo custodiaba, en Part. 7.29.9 se establece un régimen muy similar al que refería Modestino en D. 48.3.14.6:

> Part. 7.29.9. *Como los guardadores de los presos non merecen pena, si los otros sus compañeros a que los encomiendan se van con ellos***.** Acaesce a las vegadas que los que han en guarda a los presos non pueden cada vno guardarlos, e acomiendanlos a otro quando van a alguna parte: e aquellos que fincan, otrosi contece a las vegadas que maguer estan y todos a guardarlos: pero deuen dormir los vnos, e velar los otros. E por ende dezimos que si los que fincan por guardar los presos, o que los velan, se van todos, o alguno dellos con los presos, e los otros que non estan delante, o que duermen non lo saben, nin fazen engaño, nin malicia en esto, que non son en culpa, nin merescen pena ninguna por ende. Mas aquellos que se fuessen con los presos deuen morir por ende, quando quier que sean fallados: fueras ende si alguno dellos fuere moço, o ome vil, o de mal seso. Ca estonce non deuen dar

> la pena sobredicha a el, mas a aquel que lo y puso: pero el judgador deue dar a este tal que se fue con los presos, otra pena qual entendiere que meresce, segun su aluedrio. Ca non es guisado que finque sin pena, seyendo a tal que entendiesse lo que fazia.

III. También tipifican las Partidas la conducta del *extraño que desde fuera de la cárcel facilita o provoca la evasión*, considerandolo una forma de traición[157]:

> Part. 7.29.14. *Que pena merescen aquellos que por fuerça sacan algund preso de la carcel, o de la prision*. Atreuimiento muy grande faze el que saca por fuerça algund preso de la carcel, o de la cadena que es fecha por mandado del Rey. E por ende mandamos que si alguno fuere osado de sacar preso de la carcel del Rey, o de algund adelantado, o del comun de algund concejo, o de otra prision qualquier en que fuesse metido por mandadado [sic] del Rey, o de alguno de los otros que han poder de judgar por el, que deue recebir tal pena qual deuia recebir aquel que fue ende sacado por fuerça (…)

En esta disposición se castiga a quien saca a un preso de la cárcel con la misma pena que le correspondía a este. Sin embargo, Gregorio López[158] menciona una serie de supuestos en los que se produce una variación de la pena:

157 En este sentido, DU BOYS, *op. cit,* p. 251.
158 ÓPEZ, *op. cit,* gl. *i/ devia recevir,* a Part. 7.29.14.

- Si el reo fuere confeso o condenado, en cuyo caso el que lo liberó merece la pena de la *Lex Iulia de maiestate.* En este sentido, hay que tener en cuenta que el delito de lesa majestad, entendido como "yerro de traycion que faze ome contra la persona del Rey" puede ser cometido en diversas formas según Part. 7.2.1, algunas de las cuales resultan muy próximas al delito que nos ocupa:

> Part. 7.2.1. (…) La onzena es, quando algun ome es acusado, o reptado sobre fecho de traycion, e otro alguno lo suelta o le aguisa porque se vaya (…) [159].

- Si los presos evadidos fueren reos de artes mágicas o de rapto violento, en cuyo caso procedería la pena de muerte (C.I. 9.18.9)
- Si el fugado estaba en prisión no por delito sino por deuda -pública o privada- el responsable de su fuga estará obligado a satisfacer dicha deuda con sus bienes propios, como si fuese su fiador, con amparo en C.I. 10.19.3[160].

---

159 En términos muy parecidos se pronuncia la ley 5, título 32 del Ordenamiento de Alcalá y la Nov. Rec. 12.7.1, que considera reos de traición, entre otros: "si el Rey tuviese algun hombre preso, de quien, seyendo suelto, le venia peligro al cuerpo, o desheredamiento, y alguno lo soltase de la prision, o huyese con él".

160 En esa constitución, el emperador Constantino disponía que siempre que alguien resulte deudor tanto de un particular como del fisco, y, arrebatado por una de las autoridades, quede retenido, quien se lo haya llevado ha de ser compelido al pago de la deuda entera y a asumir sobre sí la exacción de la suma total, por haber creído que debía arrancarlo y sustraerlo: C.I. 10.19.3. *Imperator Constantius. Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum*

- Si fuese soltado el que no estaba preso por delito ni por deudas, el que lo soltó solo sufrirá una multa al arbitrio del juez.

Finalmente, en las Leyes de Estilo, aparece una disposición sin duda dirigida a evitar la ejecución durante el traslado de los presos:

> Ley de Estilo, 111. *Si el preso muere en el camino, que pena ha el carcelero que lo traya al rey.* Otrosi, el carcelero que tiene en guarda preso, si el preso, en trayéndolo al rey por el camino, dice que se echó en el rio y murió, debelo probar, sinon será tenido a la muerte.

4.3. Legislación penal recopilada

En las Ordenanzas Reales de Castilla –*Ordenamiento de Montalvo*- de 1476, se recogen varias disposiciones relativas a la evasión de la cárcel.

En primer lugar, se incluyó una ley del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (ley quinta del título XX) que establecía la pena que corresponde a los guardadores que soltaren o no guardaren bien a los presos:

> OORR, 2.14.2. *Que pena merescen los guardadores de los presos si los soltaren, o non los guardaren bien.* Si los Monteros, y los hombres de los Alguaciles de la nuestra Corte, y los otros que guardaren a los presos, los soltaren o no los guardaren como deben; si el preso merescia

*subtrahendumque crediderit. CONSTANTIUS A. NEMESIANO COM. LARG. *<A 345 D. IIII ID. MAI. NIZIBI AMANTIO ET ALBINO CONSS.*

> muerte, el que lo soltó y no lo guardó bien como debía, muera por ello. E si el preso non merescia muerte, y merecsia otra pena corporal, si el que lo guardare, se fuere con el, o lo soltare, que haya aquella misma pena, que el mismo preso había de a ver, y si por mengua de guarda se fuere por negligencia del guardador, que esté un año en la cadena. E si el preso no merescia pena corporal, y era tenido de pagar pena o deuda de dineros, y se fuere con él, o lo soltare a sabiendas, sea tenido el que lo guardare a pagar lo que el preso era tenido y esté medio año en la cárcel, y si por negligencia se fuere, sea tenido a pagar lo que el preso debía y esté tres meses en la cadena (…)

Posteriormente, la disposición pasará a la NR. 4.23.12 (donde se atribuye la disposición a Juan II en 1423[161]) y, más tarde, a Nov. Rec. 12.38.18.

[161] Y a este monarca vincula la disposición SAINZ GUERRA (*op. cit.,* p. 605). Sin embargo, señalan ASSO Y DE MANUEL, *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de 1348,* Imprenta de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, p. 32, n. 1 que "se trata de la l. 6 del Ordenamiento de Segovia, la l. 12, t.23, lib. 4 Rec., en cuyo epígrafe se atribuye a D. Juan el II en Segovia año 1423, cap. De los derechos e los Alguaciles: lo que es evidente equivocación, pues esas órdenes se publicaron el año de 1433". En los *Códigos españoles concordados y anotados,* en las OORR 2.14.12 ("De la pena, en que caen los que fuardan los presos, y los sueltan o no los guardan como deben") la disposición se atribuye al Rey Don Alonso en Alcalá; el mismo en Madrid y en Segovia y el rey D. Enrique II en Toro. COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla,* I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884 (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes; https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557), señala, precisamente, que motivaron la convocatoria de las Cortes de Toro de 1369, entre otras cuestiones, la necesidad de poner orden en la administración de justicia; entre las medidas aprobadas por el monarca destaca que "facilitó los

En OORR 2.14.13 lo dicho se extiende a los Adelantados, Merinos mayores, Alguaciles hombres, Carceleros de las ciudades villas y lugares de los reinos de Castilla, León, Asturias, Guipúzcoa y Álava que admitiesen algún tipo de soborno por soltar los presos, remitiendo, en materia de prueba, a la que se debía hacer contra los Alcaldes juzgadores que recibieren sobornos[162].

En OORR 8.19.34 se recoge la ley 31 del Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400), que establece la presunción de

medios de exigir la responsabilidad a los jueces y alcaldes negligentes; mandó a los alcaldes de corte que cumpliesen justicia bien y verdaderamente, y les prohibió recibir dones, bajo las penas señaladas por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares".

162 Disposición promulgada por el Rey D. Alonso en Alcalá, Juan II en Guadalajara, 1433. La prueba contra los alcaldes que admiten soborno se encuentra en OORR 2.15.8: (*El Rey Don Alonso en Alcalá y en Segovia. El Rey Don Enrique II. en Toro).* En síntesis, la norma establece la inmunidad para el denunciante que ofreció o dio el soborno -salvo si se demuestra que la acusación fue falsa-; y dado que se trata de un delito difícil de probar con prueba plena, flexibiliza los requisitos probatorios, admitiendo que se pueda probar el soborno si al menos tres testigos fiables juran que el soborno existió. No obstante, para evitar testimonios falsos, se prohíbe que testigos o denunciantes puedan recuperar el dinero con el que sobornaron, salvo que puedan demostrar el delito mediante prueba pública: "*Porque los que dan algo à los Juzgadores por los Pleitos que ante ellos tratan lo prometen, y dan, y ellos lo reciben lo mas secretamente que pueden, y esto seria grave de provar. Por ende nos queriendo que la verdad no se encubra y por que se pueda saber, y los que en este yerro cayeren, hayan por ello pena: tenemos por bien, que el que viniere à descubrir, y decir el don, que assi diere, ò hoviere dado à los dichos Jueces, que no haya pena por lo que dió, maguer que por derecho la merezca: salvo si fuere fallado que dixo mentira. E mandamos que en defecto de prueva complida, que se pueda provar en esta manera: que si fueren tres testigos, ò mas los que vinieren diciendo sobre juramento que hagan, que dieron dones al Juez, que vala su testimonio, maguer que cada uno diga de su hecho: seyendo las personas tales, que entienda el que lo hoviere de librar, que son de creer. E otrosi haviendo otras algunas presumpciones, è circunstancias, porque vea el Juez que es verdad lo que dicen. Pero porque los hombres no se muevan con cobdicia à dar testimonio contra verdad: Mandamos, que tales testigos como estos no cobren aquello que dieren, ò que dieron: salvo si lo provaren con prueva publica*".

veracidad de aquello por lo que fue acusado el preso que huye de la cadena, añadiéndose una multa de cien maravedís:

> OORR 8.19.34. Todo hombre que fuyere de la cadena, vaya por fechor de lo que le fuere acusado, y peche mas cien maravedís para la nuestra Cámara, y el que lo tenia preso responda en su lugar, y peche cien maravedís para la uestra Cámara.

La norma pasa a la Nueva y a la Novísima Recopilación (NR. 8.26.7 y Nov. Rec. 12.38.17) aunque en estos dos últimos cuerpos legales el importe destinado a la Cámara del Rey se eleva a seiscientos maravedís.

4.4. Otros reinos hispánicos

Por lo que se refiere al reino de Aragón, en la Compilación de Huesca ya aparecen tipificadas tanto la invasión o quebrantamiento de cárceles con el fin de que escapen quienes se encuentran detenidos en prisión o con grilletes (es decir, la sustracción de reos) como la infidelidad en la custodia con relación a los guardias que, sin orden del juez, les permitan salir fraudulentamente. El castigo consiste en someter al quebrantador o al guardia a la misma pena que hubiera debido sufrir aquel que se fugó.

> 8.1.1. *De custodibus carcerum<1> Quicunque invadunt carceres seu frangunt, ad hoc ut evadant qui in carcere vel compedibus detinentur, et custodes, qui absque mandato iudicis ipsos abire permittunt fraudulenter, penam incurrant quam illi qui evaserunt debebant taliter sustinere.*

Esta disposición, que recuerda lo establecido en LI 7.4.3, sería recogida después en las *Observancias del reino de Aragón*[163].

Los *Furs* de Valencia disponen que, si alguien quebrantare la cárcel de la corte, o el carcelero fuere tan osado que soltare y dejare ir por alguna cosa o por alguna razón, sin mandato de la corte, a aquellos que tuviere presos, sufra y soporte aquella pena y aquel daño que debían tener y recibir aquellos que estaban presos.

> Furs, CXX.38 (*De crims). Si alcú trencarà la carçre de la cort o el carceller será tan osat que solvrà e lexarà anar pèr alcuna cosa o per alcuna rahó, sens manament de la cort, aquells qui tendrá preses, haja e sostingue aquella pena e aqquell dan, la qal pena e dan devien a ver e pendre aquells qui eren preses*.

Por lo tanto, los *Furs* también aplican, para quienes asaltan desde fuera de la cárcel o para los custodios que permiten huir a los presos, el mismo principio de pena talional ya visto en C.I. 9.4.4 y en otros fueros o compilaciones de los reinos hispánicos. Esta disposición se incluirá posteriormente en *Fori Regni Valentiae,* 9.73.

Con relación a Cataluña, Ramos Vázquez[164] menciona la presencia de una norma relativa a la evasión de la cárcel ya en los *Usatges*, en los que se establece que la persona detenida por la justicia y encerrada en el castillo para ser juzgada no deberá salir de allí sin permiso; y si lo hace, a menos que hubiera ido por miedo a morir, pagará una multa de treinta sueldos a la corte, y una vez devuelta al castillo,

163 *Observancias del reino de Aragón*, libro IX, Zaragoza, 1624, p. 163.
164 RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit,* p. 286.

responderá por el daño y la falta cometidos conforme determine el tribunal:

> 16. *CAPTUS A CURIA*[165]*: Hom pres per cort e mes en castell per fer justitia no isca de aquí sens licentia; e si u fa, si doncs per ventura no temia morir, haura dan de invasio, trenta sous que dara a la cort; e tornat en lo castell, esmen lo dan e culpa que fet haura, axi com la cort jutjara.*

De esta norma de los *Usatges* cabe destacar que, por un lado, impone la pena arbitraria para el fugado de manera autónoma respecto al delito cometido, sin mencionar la *ficta confessio*, y, de otra, que se establece una causa de exoneración de responsabilidad, por lo demás recogida en el *ius commune*: cuando la huida viniera determinada por el miedo a morir.

Añade Ramos Vázquez[166] que la doctrina del *ius commune* en respecto a este delito fue interpretada en Cataluña en sentido parecido a Castilla, pues, aún reconociendo la gravedad del delito, se argumentaba que la imposición de la pena capital no tenía que ser necesariamente a través de la pena de muerte. Al quebrantador debía tenérsele por confeso, pues no había mejor prueba de su culpabilidad que su huída de la justicia, pero la pena a imponer por el juez debía

---

165 COROLEU I INGLADA, J. *Código de los Usajes de Barcelona. Estudio crítico* (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/cdigo-de-los-usajes-de-barcelona-estudio-crtico-0/html/00998c82-82b2-11df-acc7-002185ce6064_3.html) señala que "al comentar Montjuich, G. de Vallseca y Calicio el usaje *judicium in curia datum* dicen que la palabra *Curia* debe en él tomarse en la acepción de tribunal, significando el consejo de personas sabias y esclarecidas, con cuya ilustrada cooperación solía el Príncipe dictar sus sentencias, las cuales eran en tales casos inapelables".

166 RÁMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 314.

ser arbitraria en atención a las circunstancias del delincuente y el delito cometido.

Por lo que se refiere a Mallorca, los supuestos de evasión de la cárcel eran sancionados según el arbitrio judicial, y para los presos fugados, se aplicaba la presunción de culpabilidad por el delito que se les imputaba[167]. En el siglo XVII, y como consecuencia de varios episodios de fuga, se promulgaron varios edictos en los que se endurecían las penas[168].

4.5. Recepción del *ius commune* en la doctrina patria

En general, la doctrina española entre los siglos XVI a XVIII, al interpretar el Derecho real, introducirá múltiples matizaciones y causas de exculpación en la presunción de confesión inducida por la fuga que establecían las Partidas. La mayor parte entenderá que la pena por el quebrantamiento de cárcel será arbitraria, y una vez impuesta, el reo será custodiado en adelante más severamente por el delito principal[169].

---

167 *Vid*. PLANAS ROSSELLÓ, A., *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*, Universitát de les Illes Balears, Palma, 2001, p. 95. Afirma este autor que no le consta que en ningún caso se castigase con la pena de muerte.

168 PLANAS ROSSELLÓ, *op. cit.*, p. 96, menciona el Edicto de Torres, de 1618, que impuso la de muerte o galeras, tanto a los que se fugan de la cárcel como a quienes les auxilian; también el Edicto de Cardona, que dejaba que la tentativa de fuga fuera castigada a arbitrio del lugar teniente y Real Audiencia También estudia el autor los supuestos de quebrantamiento de la pena de exilio.

169 VELA ACUÑA, *op. cit*, p. 107; GOMEZIO, A., C*ommentariorum, Variarumque Resolutionum Iuris Civilis, Communis Et Regii*, t. III, Francoforti ad Moenum, 1584, p. 530, HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica,* Godínez de Millis, Valladolid, 1612, p. 603.

Así lo hacen Antonio Gómez[170], que abandona la teoría de la *ficta confessio* como fundamento del castigo de la *effractio carceris*, entendiendo que el reo capturado ha de ser castigado por el propio quebrantamiento de la cárcel, aunque no hubiera cometido el delito principal; Diego Pérez[171] quien, en sus anotaciones a las *Ordenanzas Reales de Castilla,* señala que aun si la fuga crease un indicio o presunción contra alguien, quedaría anulada mediante el juramento del fugitivo; Vela Acuña[172], tras observar que los detenidos en la cárcel que huyen quebrantándola, delinquen gravemente e incurren en pecado mortal, se inclina, en contra de lo dispuesto por el derecho civil, a no considerar como confesos a los encarcelados que huyen, tanto si lo hacen con efracción como si no, entendiendo que deben ser castigados al arbitrio del juez. Esta misma pena arbitraria es la que aparece en la *Curia Philippica* de Hevia Bolaños[173] quien la entiende aplicable tanto si el reo huye de cárcel pública como si está bajo custodia en una casa particular.

---

170 GOMEZIO, *op. cit.,* p. 530, critica la interpretación extensiva de la confesión presunta que realizan algunos doctores, considerandola aplicable incluso si tal reo fugitivo fuera inocente y quisiera probar lo contrario; porque en materia criminal las leyes exigen siempre una prueba líquida, verdadera y cierta, "más clara que la luz", para imponer una pena corporal. Además, también porque incluso si alguien verdadera y realmente hubiera confesado el delito, podría probar lo contrario, y así demostrar su inocencia (como indica expresamente D.48.18.1.27 y CJ. 9.4.2).

171 PÉREZ, D., *Ordenanzas reales de Castilla, recoiladas y compuestas por el Doctor Alonso Diaz de Montalvo, Glosadas por el el Doctor Diego Pérez y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación,* t. II, Madrid, 1780, p. 401, (nota a/ *fujere de la cadena vaya por fechor*).

172 VELA ACUÑA, *op. cit*., p. 104.

173 HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.,* p. 603.

No obstante, algunos autores como Francisco de la Pradilla[174], consideraron que el preso que huye quebrantadas las prisiones tiene pena de muerte y es tenido por confeso sobre lo que fue preso y acusado, debiendo pagar, además, seiscientos maravedís.

Respecto a la tentativa de fuga, explica Antonio Gómez[175] que suele extenderse lo dispuesto en Part. 7.29.13, de modo que la pena se aplicará incluso si la fuga y el allanamiento de la cárcel no tuvieran un efecto consumado.

La causa más frecuentemente invocada por los doctores como justificativa de la evasión es la de de la detención injusta[176], considerándola como causa de exoneración. Precisamente Álvarez Posadilla[177] distingue entre encarcelamiento justo o injusto en orden a establecer las presunciones de reo confeso cuando este huye mediante escalamiento: en el primer caso la ley la establece "*pues no es de creer que el que está inocente se fugue cometiendo un delito*". En cambio, no se aplica a quien, estando injustamente preso y sin motivo legal, se fuga de la cárcel escalándola o rompiéndola. Ahora bien, esto no quiere decir que quede impune "*porque nunca fue bien hecho escalar la cárcel*", si bien no se le debería imponer la misma pena que la Ley

174 PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilidad y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general, viuda de Luis Sánchez*, Madrid, 1628, p. 51 v.

175 GOMEZIO, *op. cit.*, p. 530. El jurista salmantino se inscribe así en la línea de pensamiento de Alberico y de Angelo de Ubaldis.

176 VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 105; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 603.

177 ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos,* parte II, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1796, p. 211 ss. Si el preso huye por encontrar las puertas abiertas por descuido del Alcaide o por otro accidente, también cesa la presunción de reo confeso.

señala a los escaladores. En consecuencia, para castigar los escalamientos de cárceles recomienda a los jueces ordenar, en primer lugar, que se examine la sumaria para saber si el reo estaba legítima o ilegítimamente preso.

También se consideró como causa de justificación, en la línea del *ius commune,* la huida de la cárcel para conseguir mayor justicia ante un tribunal superior[178]. En tales casos, se solía dar da una provisión en forma contra los jueces inferiores para que no procedan contra él ni contra sus bienes.

No se solía imponer pena alguna a las mujeres que hubieren conseguido, la libertad de sus maridos presos[179]. Por ejemplo, Antonio Gómez[180], excepciona del castigo

> "a la mujer, que ama en exceso a su marido, cambiando las vestiduras, con gran industria y grandísima astucia sacó y extrajo de la cárcel a su marido encarcelado por un delito grave, poniéndole a él sus propias ropas de mujer, y asumiendo para sí las ropas de su marido, y quedándose

178 HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.,* p. 603; GÓMEZ, *op. cit*., t, III, p. 531v.; PÉREZ, *op. cit.,* p. 402; AZEVEDO, A., *Commentariorum Iuris Civilis In Hispaniae Regias Constitutiones*, t. V, Salmanticae, 1596, p. 368.

179 *Vid.* el episodio de la fuga de Hugo Grocio de su prisión de Loevestein, DONATI, *op. cit.,* p. 49 ss., donde destaca el papel de la esposa del prisionero en la huida al sugerirle que se ocultase dentro de una de las cajas que se utilizaban para enviarle libros a la prisión. El autor italiano interpreta la ausencia de represalias hacia esta como un rasgo de mitigación del rigor en el tratamiento jurídico de la fuga de presos. Sin embargo, ya en los siglos anteriores los doctores propugnaban una mitigación o exoneración de la mujer del preso que facilitase la huida, con antecedentes incluso en los clásicos latinos.

180 GOMEZIO, A., *Commentariorum, variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii,* t. III, Francoforti ad Moenvm, 1584, p. 530, nº 12.

> en la cárcel en lugar de su marido: pues atendiendo a la obediencia que se debe al marido, y atendiendo al intenso y máximo amor, parece que debe ser excusada, al menos de la pena ordinaria",

Antonio Gómez se basa en D.9.2.13.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) y en D.43.24.11.6 (Ulp. 71 *ad ed.*) donde se sostiene que el siervo o el hijo es excusado del delito en faltas leves (aunque no en las más atroces) por la reverencia y obediencia debida al padre o al señor. Añade que "este delito, o mandato de cambiar las ropas, no se considera de los más atroces, ni se halla prevenido en el derecho".

Así ocurre también con Castillo de Bobadilla[181], quien, tras referir una larga lista de ejemplos, concluye:

[181] CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra,* t. I, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1775, p. 360, recoge diversos episodios de liberación de presos motivados por la intervención de sus esposas, tomados a su vez de la obra de Rodríguez de Almela, D., "Valerio de las historias escolásticas", de 1511. Entre ellos destaca el protagonizado por la infanta doña Sancha, hermana del Rey Don García de Navarra, quien logró liberar en dos ocasiones a su esposo, el conde Fernán González de Castilla.
El primer episodio se sitúa tras ser concertado el casamiento. Con ocasión de unas vistas celebradas en Cervera entre el conde y el rey Don García, este último ordenó prender al conde y trasladarlo encadenado a Castroviejo. Según el relato (lib. 9, tit.1, cap. 5) la infanta acudió a visitarle, se enamoró de él y durante la noche, mientras el guardia dormía, lograron huir de la prisión, aun permaneciendo el conde encadenado, sin que se especifique el modo de la fuga. Tras un encontronazo novelesco con un arcipreste, logran finalmente huir a Castilla.
La segunda liberación tuvo ya lugar en territorio castellano, después del matrimonio (l.8., tit. 7 cap. 4). Fernán González acude a las cortes de León, donde fue encarcelado por el rey D. Sancho en las torres de la ciudad. Decidida a rescatarlo, doña Sancha, fingió que iba en romería a Santiago, y se presentó ante el monarca vestida de paños de luto con su bordón y un sombrero. Tras una primera visita -en la que el propio rey la acompañó-, solicitó permiso para pasar la noche en prisión y pidió que se liberase a su

> "Por estos, y otros ardides loables a este proposito, no incurren en pena las mugeres, según muchos Doctores, y otros tienen, que en alguna. Y el Senado de Bolonia, por um caso como este, no solo no castigó á una muger, pero de la hacienda pública la premió. Y yo hiciera lo mismo; porque estos, y otros llama el Derecho buenos dolos, y engañoos, y están obligadas las mugeres á obedecer á sus maridos, cuyo grande amor las disculpa, juntando con esto el favor de la libertad, y de los reos". (Polít. 3.15.131.)

Hevia Bolaños[182] extiende la reducción de la pena no solo a los casos en los que la mujer que suelta al marido, sino al hijo que libera al padre y el siervo al señor "por la obediencia y amor que en ellos hay".

Ya en el siglo XVI determinados autores empezaron a reivindicar una mejora en las condiciones de las cárceles y en las atenciones y cuidados a los presos[183]. A principios del siglo XVII, Francisco Súarez[184] defiende un *ius fugiendi* del preso en determinadas

esposo de los hierros, pues "caballo travado no podía fazer fijos". El rey accedió, lo que permitió que ambos disfrutaran de buenas camas y buena comida en la prisión. Al día siguiente el conde se vistió con las ropas de la condesa, consiguiendo salir de prisión, llegar al lugar donde unos caballeros que había traído la condesa le proporcionan un caballo ensillado y salir de la villa encubiertamente. Una vez a salvo, la condesa informó al rey de lo sucedido. Lejos de reprenderla, el monarca elogió su ingenio, ordenó que se le proporcionasen ricos vestidos y le otorgó numerosos dones, "volviéndola muy rica".

182 HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 604. Cita en su apoyo tanto la ley de Partida como lo anotado por Gregorio López y Antonio Gómez.

183 AMEZÚA AMEZÚA, L.C., Derecho de evasión y principio de humanidad: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos", *AHDE*, nº 31, 2015, p. 120.

184 Explica AMEZÚA AMEZÚA, L.C., *op. cit.*, p. 118, que, en el pensamiento de

circunstancias, considerando que el reo no estará obligado en conciencia a permanecer en la cárcel voluntariamente si esta fuera excesivamente penosa, triste e insalubre, o si es maltratado con excesiva dureza, de modo que paso a paso vaya camino de la muerte o por lo menos sea obligado a llevar una vida llena de dolores y disgustos. Este *ius fugiendi* se encuentra muy en línea con las causas de exoneración de la *effractio carceris* que empezaron a establecer los doctores del *ius commune* y los penalistas patrios.

Con el tiempo, la pena por el autoquebrantamiento se suavizó en la práctica. Ya Diego Pérez[185] en el siglo XVIl, tras afirmar que la pena por la huída de la cárcel, incluso mediante quebrantamiento, era arbitraria, y que el violador de la cárcel es castigado con azotes o con otra pena al arbitrio del juez, añade que "esta es la práctica comúnmente aceptada, que se colige de la Part. 7.29.13". Más adelante, Juan Vela Acuña[186] indica que suelen ser condenados a ser flagelados o a similares penas arbitrarias, como galeras; Berni y Catalá[187] y posteriormente López Claros y Fábregas del Pilar[188] hablan

algunos autores de la época, incluso en Francisco de Vitoria, predomina la idea de que el preso en la dimensión interna de la conciencia no tiene el deber de permanecer en el recinto de la cárcel. Para otros, el preso condenado justamente, si permanece en la cárcel en vez de escapar, no estaría cooperando directamente a su muerte, lo cual equivalía a cometer suicidio, una ofensa a Dios. La particularidad del pensamiento de Suárez, prosigue Amezúa, reside en que corrige el alcance de la obligación de permanecer en la cárcel, que solo se da cuando el cumplimiento de la condena sea humanamente tolerable.

185 PÉREZ, D. *op. cit.,* p. 322.

186 VELA ACUÑA, *op. cit.,* p. 107.

187 BERNI Y CATALÁ, J., *Apuntamientos sobre las Siete Partidas, Herederos de Gerónimo Conejos,* Valencia, 1759, vol. VII, p. 109, n. ley 9.

188 En su traducción a SALA BAÑULS, J., *Digesto romano-español,* 2ª ed., t. II, Imprenta Viuda de Domínguez, Madrid, 1859, p. 147. Al respecto, siguiendo el tenor literal de la ley de Partidas, Juan Sala había señalado que se infería

de doscientos azotes o vergüenza pública, señalando que "la jurisprudencia ha modificado lo dispuesto en Part. 7.29.13 y, siguiendo las reglas que dicta el buen sentido, se ha considerado la fuga, no como confesión del delito, sino como indicios, y así es que capturado el reo que se fuga de la cárcel, se vuelve a abrir la primera causa, oyendosele en defensa y se le juzga por separado por la fuga, imponiéndose una pena arbitraria".

Por otra parte, juristas como Hevia Bolaños y Dou y de Bassols[189] fueron partidarios de dejar sin castigo al reo que huye sin romper ni quebrantar nada de la cárcel "*por el amor natural del hombre de la libertad, y por no ser justo que, dexándosele la puerta abierta o proporción para salir, se le obligue a estar dentro*", añadiendo que en estos casos son los carceleros los que deben ser severamente castigados.

Precisamente por ello Castillo de Bobadilla[190] se muestra particularmente minucioso a la hora de describir las medidas que ha de tomar el Alcaide y el carcelero para prevenir las fugas:

> "que esté muy vigilante en la guarda de los presos, y recatado con la gente que entrare y saliere de la Cárcel a visitarlos, y comunicarlos, no les metan veneno, o armas, herramientas, o cuerdas para soltarse, o se las den por las ventanas, o entre las camas, o entre el repuesto para la comida, o por otras cautelas (…) porque yéndosele alguno, se presume, en duda, que fue por su descuido…"

de la fuga con conspiración la confesión del crimen.

189 DOU Y DE BASSOLS, *op. cit.,* p. 262.

190 CASTILLO DE BOBADILLA, *op. cit.,* p. 357-8.

Casi en los albores de la etapa codificadora, Dou y de Bassols[191] señala que el quebrantamiento de cárceles parece ser de lesa majestad, ya por reducirse a una resistencia a la justicia, que tiene preso y asegurado al reo, ya porque las cárceles son edificios respetables para la seguridad pública de la suprema potestad, a la cual se ofende siempre que se fuerzan las puertas o lugares destinados a dicho fin.

Con relación a la pena que merecía el extraño que liberase a un preso de la cárcel, un sector doctrinal interpretó las normas patrias en el sentido de limitar los supuestos de aplicación del crimen de lesa majestad.

Así, para Antonio Gómez[192] solamente incurrre en delito de lesa majestad quien provoca la salida de la cárcel de un preso acusado de traición, aunque él sería partidario de aplicar esta solución, aunque el preso estuviere encarcelado por cualquier otro delito. Aclara que en este crimen se incurre únicamente cuando el preso estuviera encarcelado por los jueces del Emperador o del rey, y no de otro señor, ya fuera duque, marqués o conde. Además, señala que sería necesario que el reo liberado hubiera cometido delito que lo hiciera merecedor de la pena de muerte; en otro caso se aplicaría al liberador la misma pena que correspondería al reo encarcelado, en virtud de Part. 7.29.14.

---

191 DOU Y DE BASSOLS, R.L., *Instituciones del Derecho público general de España y particular noticia de Cataluña*, t. VIII, oficina de D. Benito Garcí Y Cia., Madrid, 1802, pp. 259-260.

192 GOMEZIO, *op. cit.*, pp. 462-463.defiende así que prevalezca la interpretación de la glosa y a la vez *communis opinio*, amparada además por el tenor literal de Part. 7.2.1.

Diego Pérez[193] estableció una distinción atendiendo a la causa por la que está preso el reo: a/ si se trataba de una deuda civil, el liberador queda obligado a pagar la deuda principal (con amparo en CI 10.19.3[194]); b/ si se trataba de una causa criminal, entonces habría que distinguir si el preso ya está convicto, confeso y condenado, en cuyo caso el liberador incurre en crimen de lesa majestad. En caso contrario, solo se le castigará con la pena a la que sería castigado el delincuente liberado de las cárceles.

En cambio, Lorenzo Mateu y Sanz[195], debiendo actuar como juez en un caso de este tipo, consideró que liberar a un reo condenado, o a punto de serlo (como, por ejemplo, si es convicto, o confeso de un crimen capital), es propio únicamente del Príncipe, pues si bien la cuestión de hecho queda al arbitrio del que juzga, la pena se reserva a la autoridad de las leyes. Y puesto que solo el Príncipe está

193 PÉREZ, D., *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por el doctor Diego Pérez, y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilacion,* t. I., Imprenta de Josef Doblado, Madrid, 1779, p. 322.

194 CI. 10.19.3. *Imp. Constantius. Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum subtrahendumque crediderit. CONSTANTIUS A. NEMESIANO COM. LARG.* <*A 345 D. IIII ID. MAI. NIZIBI AMANTIO ET ALBINO CONSS.*> En esta disposición, el emperador ordena que, si alguien es al mismo tiempo deudor tanto de un particular como del fisco, y, estando retenido por una oficina, es arrebatado de ella, quien lo haya sustraído será obligado al pago de toda la deuda y asumirá sobre sí la exacción de la suma entera:

195 MATTHAEU ET SANZ, L., *Tractatus de re criminali; sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus,* Lugduni, 1686, Quaestio XVII, pp. 114 ss. Se opone el jurista valenciano a la postura de Godofredo, que limita la pena de la *lex iulia maiestatis* a la liberación de los detenidos por "este juicio" (el de lesa majestad), tachando esta interpretación como adivinatoria, como todas las que intentan corregir las leyes.

desligado de ellas, se sigue que solo él puede liberar al convicto, confeso o condenado.

Los hechos tuvieron lugar el 7 de agosto de 1662 con ocasión de un conflicto entre los vecinos de dos villas toledanas rivales: Escalona y Nombela. Durante una corrida de toros, Lucas Polo -de Nombela- apuñaló por la espalda y mató a Diego del Valle -de Escalona-. Polo fue capturado y encerrado en la prisión de Escalona. Al enterarse en Nombela, un grupo de más de doscientos hombres armados, liderados por Juan Ruiz, organizó un motín o asonada. Introdujeron como espías en la prisión a unos carniceros, emborracharon al carcelero, bloquearon las calles y asaltaron el edificio de madrugada. En el asalto liberaron al asesino, mutilaron gravemente a uno de los guardias cortándole la mano e hirieron a otros, llevándose al preso a su pueblo entre disparos de celebración.

Matheu y Sanz condenó a Juan Ruiz a morir en la horca, al entender que en el crimen de lesa majestad no solo incurre quien provoca una sedición contra la persona misma del príncipe, sino contra el estado o la patria. Esto es lo que hizo precisamente el acusado al haber usurpado una potestad – la de liberar a un reo confeso- que no le correspondía.

Además, el jurista refuerza su argumentación acudiendo al Derecho patrio. Interpreta que cuando los textos (Partidas, Fuero Real, Nueva Recopilación, etc.) previenen que quien libere por la fuerza a un encarcelado queda sujeto a la misma pena a la que estaba sujeto aquél, se refieren siempre al preso simplemente imputado de algún crimen, pero no al convicto, confeso o condenado. En estos

casos estaría sujeto a la pena de la *lex Iulia maiestatis*, según la glosa de Gregorio López a Part. 7.29.14. De todas formas, como el preso estaba acusado de un homicidio alevoso, al que la ley castiga con pena capital, el liberador se haría reo de pena capital y último suplicio también por ese motivo.

Por lo que se refiere al resto de los imputados en el caso, Matheu y Sanz condenó al cómplice que abrió la puerta a azotes y galeras, perdonando la vida al resto de los asaltantes. Con relación a estos últimos, aplicó el principio de que, cuando una turba comete un delito, no se puede ejecutar a cientos de personas. Para mantener el orden y causar miedo, la pena capital debe aplicarse exclusivamente a los líderes y estrategas ("que a todos llegue el miedo, pero a pocos la pena").

5. La codificación

5.1. Códigos penales históricos

5.1.1. Código penal de 1822

Se ha observado que nuestro primer Código Penal trata el quebrantamiento de condena con una sistemática confusa[196]. Efectivamente, dentro del Título Preliminar, en los artículos 48 y siguientes se aborda el quebrantamiento de condenas distintas a la prisión (trabajos perpetuos, deportación, destierro perpetuo, extrañamiento, obras públicas, etc.). Se advierte, en el establecimiento de las penas, la aplicación del viejo principio de someter a una vigilancia más estrecha al quebrantador (como en Part. 7.29.13). Así,

196 SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 605.

por ejemplo, el artículo 48, condena al quebrantador de la pena de trabajos perpetuos, "a ser destinado a los de más riesgo y gravedad por espacio de cuatro meses a un año, sin más proceso ni diligencia que el reconocimiento de la persona, y con especial encargo de que se vigile más estrecha y severamente su conducta".

El quebrantamiento de penas de prisión, el allanamiento de cárceles o la infidelidad en la custodia de presos se ubica en otro lugar del Código, dentro del libro I, título III ("De los delitos contra la seguridad interior del estado y contra la tranquilidad y orden público"), concretamente en el capítulo 8, que llevaba por rúbrica: "De los que allanan cárceles o establecimientos públicos de corrección o castigo para dar libertad o maltratar a los detenidos y presos: de los alcaides o encargados responsables de la fuga; y de los que cooperan o auxilian a ella".

En este capítulo se sancionan por separado el asalto a cárceles por parte de extraños (artículos 350-352[197]); la infidelidad o negligencia en

[197] Art. 350. Los que escalaren, asaltaren, allanaren con violencia alguna cárcel, fortaleza, casa de reclusión, corrección ó castigo, o cualquier otro establecimiento público en que existan personas presas, detenidas o condenadas por autoridad competente, con el objeto de dar ó facilitar la libertad a alguna o algunas de ellas, o de asesinarlas o herirlas, sufrirán la pena de uno a diez años de reclusión, aunque no se verifique la fuga, asesinato ni herida de ningún preso, detenido o sentenciado. Si se verificare, será la pena de igual tiempo de obras públicas, sin perjuicio de otra mayor que merezca la herida o asesinato.
Art. 351. Las propias penas se impondrán en los casos respectivos a los que con igual violencia y objeto asaltaren los ministros de justicia o acometieren a otros encargados que conduzcan algún preso.
Art. 352. Si alguno de los delitos expresados en los dos artículos precedentes fuere cometido por una cuadrilla ó reunión tumultuaria, que llegando a cuatro personas no pasen de cuarenta, se aplicarán las penas prescritas en los artículos 339 y 349.

la custodia del preso por parte de los guardias (artículos 353 -para la modalidad dolosa- y 354 -para la imprudente-[198]) y el quebrantamiento de condena por el preso (357). Además, el artículo 355 tipificaba la facilitación de la fuga por cualquier persona por medio de fraude, artificio, soborno o cohecho (existiendo una agravante para los funcionarios públicos).

De la tipificación del autoquebrantamiento de condena se ocupa el artículo 357:

> Art. 357 CP 1822. El reo sentenciado que antes de cumplir su condena se fugare, será castigado con arreglo al capítulo tercero del título preliminar. Si se fugare antes de la sentencia final, no siendo para presentarse á superior competente, tendrá por esto contra sí una circunstancia agravante del delito que hubiere cometido, y de cualquiera otro que cometiere despues de su fuga: pero si hubiere ejecutado esta con escalamiento del edificio en que estuviere preso, ó con fractura de alguna de sus

198 Art. 353. Los alcaides, guardas o encargados de la custodia de los presos, detenidos o sentenciados, que a sabiendas tolerasen alguno de dichos delitos, diesen lugar a ellos, o disimularen la introducción de armas o instrumentos para que se cometan, sufrirán la pena de dos a veinte años de obras públicas. Igual pena sufrirán si de cualquier otro modo, aunque no intervenga escalamiento ni violencia, facilitaren, ayudaren o permitieren a sabiendas la fuga de algún preso, detenido o sentenciado, puesto bajo su custodia. Si mediare soborno o cohecho, se les impondrá además en ambos casos la pena de infamia, y la de inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno público.
Art. 354. Los alcaides y demás personas comprendidas en el artículo precedente, que por descuido, negligencia u otra culpa, diesen lugar a la evasión o fuga de algún preso, detenido o sentenciado, puesto bajo su custodia, serán privados de empleo, y sufrirán una prisión o reclusión de cuatro meses a cuatro años.

> puertas, ó con violencia contra alguna persona, sufrirá ademas en todos los casos la pena de uno a seis meses de prision ó reclusion, sin perjuicio del castigo que merezca por la violencia que hubiere cometido contra las personas.

Merecen ser destacados los siguientes aspectos de este artículo:

1º) La distinción entre la evasión efectuada antes de la sentencia, en cuyo caso, la fuga se considerará circunstancia agravante del delito cometido, y la llevada a cabo antes del cumplimiento de la condena, correspondiendo entonces un castigo conforme al capítulo 3º del título preliminar[199].

Si la fuga se ha cometido con escalamiento, fractura de puertas o violencia contra las personas, le corresponderá adicionalmente la pena de uno a seis meses de prisión o reclusión, con independencia de la pena correspondiente a la violencia cometida.

2) El casuismo[200] a la hora de describir la evasión de la cárcel con fuerza en las cosas.

3) Se recoge una exención de responsabilidad que habían ido sentando los doctores a lo largo de la tradición romanística: cuando el reo huyera para presentarse a superior competente.

---

199 Algunos de los artículos de dicho capítulo establecen recargos en la pena o prescriben recargos en la pena para quienes intenten su fuga (por ejemplo, artículos 58, 61 o 77).

200 Y en general, en la regulación de todo el capítulo (en igual sentido, SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 606; SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español,* Comares, Granada, 2000, p. 17; MAPELLI CAFFARENA, B. «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», *Revista de estudios penitenciarios,* 244, 1991, p. 11).

De acuerdo con el artículo 356, la graduación de los delitos y aplicación de las penas comprendidas en el capítulo se hará con proporción al número y circunstancias de los presos que se fugaban; se continúa así con la línea iniciada en el rescripto de Adriano del que da noticia Calístrato en D.48.3.12.pr. (Call. 5 *de cogn.*) y la tradición de las Part.7.29.13, que como se recordará, distinguía entre si se fugaban todos o la mayor parte de los presos o solo algunos de ellos.

5.1.2. Códigos penales de 1848 y 1850

Ambos códigos contemplan los quebrantamientos de las sentencias dentro del capítulo V ("De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias") del Título III del Libro I ("De las penas"). En sus respectivos artículos 124[201], establecen un sistema de

[201] Art. 124. Los sentenciados que quebranten su condena, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:
1ª. El sentenciado a cadena perpetua cumplirá esta condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole a los trabajos más penosos.
2ª. El sentenciado a reclusión perpetua, cumplirá su condena llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos a seis años.
3ª. El relegado perpetuamente será condenado a reclusión perpeuta, la cual cumplirá en el mismo punto de relegación.
4ª. El extrañado perpetuamente del reino será condenado a relegación perpetua.
5ª. El sentenciado a cadena o reclusión temporales, presidio, prisión o arresto, sufrirá un recargo de la misma pena por el tiempo de la sexta a la cuarta parte de la duración de su primitiva condena.
6ª. Los sentenciados a extrañamiento o relegación temporales, serán condenados a prisión correccional, y cumplida esta condena, extiguirán la anterior. Los relegados sufrirán la prisión en el punto de la relegación.
7ª. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor serán condenados a prisión correccional, imponiéndose a los primeros del grado medio al máximo, y a los segundos del mínimo al medio; y cumplidas estas condenas, extinguirán la de confinamiento.
8ª. El desterrado será condenado a confinamiento por el tiempo del destierro.
9ª. El inhabilitado para cargo, derechos políticos, profesión u oficio, que los

recargos en las penas que varíaba en función de la condena inicialmente establecida en cada caso[202]. A diferencia del CP de 1822 y del Derecho histórico, no se hace referencia a la forma en la que se haya producido el quebrantamiento de la sentencia, aunque hay que tener presente que en estos Códigos existía una agravante genérica de fractura o escalamiento de lugar cerrado (art. 10.21).

Hay que destacar que en los Comentarios al Código penal de 1848 se sucedieron voces que proclamaron que los quebrantamientos de sentencia o las fugas de la cárcel no debian ser castigados, pues lo que reflejaban, en realidad, era un mal funcionamiento del sistema penitenciario, siendo ilegítimo castigar el natural impulso de libertad del hombre[203].

---

obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor y multa de 20 a 200 duros.

10ª. El suspenso de cargo, derechos políticos, profesión u oficio, que los obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor y multa de 20 a 200 duros.

11ª. El sometido a la vigilancia de la Autoridad que faltare a las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor.

202 SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 28-2 recoge el debate doctrinal producido en torno al problema de si en este Código se contempla un nuevo delito o se trata de un mero castigo, más propio de una regla de ejecución que de un autoquebrantamiento delictivo, lo que provoca la dificultad de determinar la autoridad competente para la imposición de estos castigos, si la judicial o los jefes de los establecimientos; destacando la opinión de PACHECO, para quien solo las reglas 9ª y 10ª darían lugar a la apertura de nuevas causas.

203 Así se expresaban VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal,* t. I, Madrid, 1848, p. 384: "Si pues la sociedad puede emplear para la custodia del penado cuantos medios sean compatibles con la humanidad, no necesita de una sanción penal para impedir las evasiones, y estas deberán considerarse más que como delitos, como prueba de las malas condiciones de seguridad del establecimiento penal, y de la falta de vigilancia de sus guardianes".

De este modo, observaba Gutiérrez[204] que "en lo tocante a la fuga o evasión de la cárcel hemos advertido en algunos autores una grande contrariedad. Hay quien la ponga entre los crímenes de lesa majestad y quien no la tenga ni aun por leve delito". Ejemplo de esta última línea de pensamiento es Pacheco[205], al que se citaba al comienzo de estas páginas, junto con la réplica formulada por el propio Gutiérrez[206]. E incluso llegó a ponerse en duda la eficacia de la sanción penal de estas conductas[207]:

> "Las cadenas, las rejas, las puertas y centinelas del establecimiento penal o casa de corrección es lo que evita la evasión de los penados, no el amenazarles con grandes penas: quítense aquellas, y se verá que estas son insuficientes, porque la esperanza de la libertad próxima vencerá el temor de la pena menos próxima"

Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia, los artículos 269 del CP de 1848 y 276 del de 1850 (lo mismo que el 373 del CP de 1870) establecen un sistema de determinación de las penas que toma como punto de partida las que inicialmente correspondían a los presos evadidos, para luego rebajarlas en dos o tres grados. Asimismo, se tiene en cuenta el hecho de que sobre el preso fugado hubiere recaído o no ejecutoria[208]:

---

204 GUTIÉRREZ, *op. cit.,* p. 152.

205 PACHECO, *op. cit.*, p. 289.

206 GUTIÉRREZ, *op. cit.,* p. 153.

207 VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 384.

208 Se establece las penas inferiores en grado a las señaladas por estos artículos para el particular encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido que cometiera alguno de estos delitos (artículos 270 CP de 1848, 277

> Artículo 269. "El Empleado público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción o custodia le es tuviere confiada, será castigado:
>
> 1º. En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior en dos grados y la de inhahilitación perpetua especial.
>
> 2º. En la pena inferior en tres grados a la señalada por la ley al delito por el cual se halle procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria, y en la de inhabilitación especial temporal".

El artículo 270 establece una penalidad menor para el particular que, encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, cometiere alguno de estos delitos[209].

Con relación a la soltura de presos, los artículos 190 CP de 1848 y 204 del CP de 1850 establecen las penas en función de la impuesta a la persona a la que se proporciona la evasión y a los medios empleados en la comisión delito, disponiendo que:

> "Los que extrajeren de las cárceles o establecimientos penales a alguna persona detenida en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con las mismas penas señaladas en el art. 269 según el caso respectivo, si emplearen la violencia o el soborno, y con

del CP de 1850 y 374 CP de 1870).

209 Aspecto este que fue favorablemente acogido por la doctrina, como subraya SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 32. *Vid.,* por ejemplo, VIZMANOS Y ÁLVAREZ MARTINEZ, *op. cit.,* p. 248.

pena inferior en grado, si se se valieren de otros medios. Si la extracción o evasión de los detenidos se verificare fuera de dichos establecimientos, violentando o sorprendiendo a los encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo".

5.1.3. Código penal de 1870

El CP de 1870 sigue la misma sistemática que los anteriores, aunque las penas que establece son más leves, fruto de la influencia de las corrientes que exaltaban el natural impulso de libertad del hombre.

Con relación al autoquebrantamiento, el artículo 129[210] sigue empleando la técnica de anteriores códigos de imponer un recargo a

[210] Art. 129 CP. 1870 Los sentenciados que quebranten su condena serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes: 1.ª El sentenciado a cadena perpetua cumplir esta condena haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos y destinándole a los trabajos más penosos. 2ª. El sentenciado a reclusión perpetua cumplirá su condena llevando una cadena de seguridad por el tiempo de 2 a 6 años. 3ª. El renegado perpetuamente será condenado a reclusión perpetua la cual cumplirá en el mismo punto de la relegación. 4ª. El extrañado perpetuamente del reino será condenado a relegación perpetua 5ª. El sentenciado a cadena o reclusión temporales, presidio, prisión o arresto sufrirá un recargo de la misma pena por el tiempo de la sexta a la cuarta parte de la duración de su primitiva condena. 6ª. Los sentenciados a extrañamiento relación temporales serán condenados a prisión correccional y cumplida esta condena extinguirán la anterior. Los renegados sufrirán la prisión en el punto de la relegación. 7ª. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor serán condenados a prisión correccional imponiéndose a los primeros del grado medio al máximo ya lo segundo es el mínimo al medio y cumplidas estas condenas extinguirán la de confinamiento. 8ª. El desterrado será condenado a confinamiento por el tiempo del destierro. 9ª. El inhabilitado para cargo derechos políticos profesión u oficio que los obtuviera o ejerciere cuando el hecho no constituye un delito especial será condenado a arresto mayor y multa de 20 a 200 duros. 10ª. El suspenso de cargos derechos políticos

la pena inicial, aunque dichos recargos son menores que en los CP de 1848 y 1850. Ahora bien, el artículo siguiente establece una distinción fundamental según las formas de comisión del delito, de manera que si no se han empleado medios violentos ni ha existido acuerdo para la fuga entre los penados no se aplicarán tales agravaciones, sino tan solo una cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el artículo 129[211].

> Art. 130 CP. 1870. "Las agravaciones prescritas en el artículo anterior, respecto a los que sufran privación de libertad, no se aplicarán a los que se fugaren de los establecimientos penales o de sus destacamentos, sin violencia, intimidación, ni resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de

profesión u oficio que los ejerciere sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena y una multa de 10 a 100 duros, 11ª. El sometido a la vigilancia de la autoridad que faltaren a las reglas que debe observar será condenado al arresto mayor.

211 Ello es concorde, observa SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 606 con el principio de que es connatural al hombre la idea de libertad, según los principios proclamados por la Constitución de 1869. AZCUTIA, M., *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjera*s, Madrid, 1876, p. 450 ss., critica la tipificación del quebrantamiento como delito en el CP de 1870, mostrándose partidario de consignarlo únicamente dentro de las normas para el régimen interior de los establecimientos penales. Considera este autor que el quebrantamiento de sentencia obedece a los instintos más fuertes de la naturaleza, el de recobrar la libertad natural, que compara al de un mendigo hambriento al que se coloque frente a una mesa cubierta de suculentos manjares, dándole, si no absoluta libertad de actuación, posibilidad al menos para que en un momento dado pueda alargar la mano y comerlos, no sin haberle prevenido antes que, si a comerlos llega, habrá de ser serveramente castigado. Concluye que en tal situación habrá muy pocos, quizá ninguno, que por temor a la pena se contengan.

> acuerdo con otros penados o dependientes del establecimiento. El quebrantamiento de la sentencia, cuando no concurrran una o mas de estas circunstancias, será corregido con la cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el artículo 129".

Puede observarse una correlación muy estrecha entre las modalidades de comisión del delito de robo con fuerza en las cosas con las modalidades de ejecución de este tipo agravado de quebrantamiento de condena (aparecen todas las modalidades del 694, salvo la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados).

Como ya se indicó, con relación a la infidelidad en la custodia, los artículos 373 y 374 reproducen lo señalado en los CP de 1848 y 1850, sustituyéndose el término "empleado público" como sujeto activo del artículo 269 de los anteriores códigos por el más restringido de "funcionario".

Finalmente, por lo que se refiere a la sustracción de presos, las conductas tipificadas en el artículo 274 del CP de 1870 reproducen las de los anteriores códigos, pero a diferencia de ellos, se impone una sanción fija, de modo que las penas ya no dependen de las inicialmente señaladas a los presos, variando únicamente en función de los medios empleados y del lugar de la evasión[212].

[212] Artículo 274. "Los que extrajeren de las cárceles o establecimientos penales a alguna persona detenida en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, si emplearen la violencia o el soborno, y con pena de arresto mayor, si se se valieren de otros medios. Si la evasión del detenido verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo a los

5.1.4. Código penal de 1928

A partir del Código de 1928 los delitos de quebrantamiento de condena se ubican sistemáticamente en un capítulo específico dentro del título dedicado a los "Delitos contra la administración de justicia", quedando así perfectamente definido en Derecho positivo cuál es el bien jurídico protegido. De este modo, en el artículo 499 se dispone:

> Art. 499. "El detenido o preso que se evadiere de la prisión o lugar de detención será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión.
> El condenado a pena de privación o libertad que fugándose del establecimiento penal quebrantare la condena que le fue impuesta, incurrirá en un aumento de duración de la pena quebrantada, que no podrá ser inferior a tres meses ni exceder de la tercera parte del tiempo por que le hubiere sido impuesto aquella.
> Cuando la evasión tuviere lugar sin violencia, intimidación ni resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con otros penados o dependientes del establecimiento, no podrá exceder el recargo de la quinta parte del tiempo de duración de la pena ni ser inferior a dos meses y un día".

encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo".

La técnica del legislador de 1928 consistía, por tanto, en el establecimiento de un tipo básico –que presupone la violencia, intimidación, resistencia, fractura de puertas o ventanas, etc.- y, a continuación, un tipo atenuado caracterizado por la ausencia de tales circunstancias[213].

Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia de presos cometida por funcionarios, el artículo 426 de este CP de 1928 prescinde en la determinación de la pena de la correspondiente al delito por el que se encontraba encarcelado el evadido, imponiéndose una sanción fija[214], y distinguiendo -como en códigos anteriores- entre los supuestos en los que el preso esté condenado por ejecutoria (correspondiendo entonces la pena de seis meses a diez años de prisión e inhabilitación especial de cuatro años a veinte) y los que no (oscilando entonces la pena entre cuatro meses y dos años, con inhabilitación especial de dos años a seis). Esta misma técnica se aplicará por los artículos 367 del CP de 1932 y 362 del CP de 1944, si bien las penas resultarán modificadas. Por otro lado, la pena se reduce para quienes, no siendo funcionarios públicos, se encuentran encargados de la conducción o custodia de los presos.

213 Los artículos siguientes (500-512) contemplan supuestos específicos, como la evasión durante la conducción o custodia. También se señalan las penas específicas correspondientes a los quebrantamientos de las penas de deportación, confinamiento, destierro, inhabilitación, arresto, expulsión, medidas de seguridad, privación para el ejercicio de la patria potestad o la suspensión de cargo, empleo, profesión u oficio, disolución de entidad o persona jurídica o mediante simulación de enfermedad mental.

214 Como observa SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 53, esta es la principal innovación del CP de 1928 en la regulación de la infidelidad en la custodia.

Es interesante destacar que en el tipo agravado por razón de los medios empleados (art. 428), se efectúa una considerable ampliación, al incluir no solo la violencia o fractura, sino también la falsedad en algún documento o la simulación de orden legítima. Por último, el artículo 429 extiende las disposiciones de este capítulo a los encargados de la custodia o condcción de detenidos o presos sometidos a medidas de seguridad.

Este Código se muestra particularmente casuístico en materia de extracción de presos, distinguiendo entre extracción de detenidos o presos de los locales de detención o prisiones preventivas (art. 494); de condenados a pena de privación de libertad de establecimientos penales (art. 495); de recluidos en establecimientos destinados a la ejecución de medidas de seguridad (art. 496) y de detenidos, presos y condenados evadidos fuera de los lugares mencionados en los preceptos precedente (art. 497).

5.1.5. Código Penal de 1932

El Código Penal de 1932 aplicará la técnica inversa al precedente con relación al autoquebrantamiento, señalando un tipo básico– solo si la sentencia quebrantada lo fuere de pena grave-, que lleva aparejada pena de arresto mayor sin poder exceder de la cuarta parte de la pena impuesta, en el artículo 341, y un tipo agravado en el 342, para los casos en que el quebrantamiento hubiera tenido lugar mediante violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros penados o con dependientes del establecimiento. Desaparece así el casuismo en la especificación de las

modalidades de ejecución de los códigos anteriores. En estos casos, la pena se eleva a arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado medio, con el límite de la tercera parte del tiempo de duración de la pena quebrantada.

La regulación de la extracción de presos se encuentra simplificada respecto al anterior código. Así, el artículo 343 distingue únicamente entre la extracción de cárceles o establecimientos penales -correspondiendo la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo si se emplearon violencia, intimidación o soborno, y con arresto mayor en caso contrario-, y la verificada fuera de dichos establecimientos, supuesto en que se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo.

5.1.6. Código Penal de 1944 y Texto refundido de 1973.

En el Código Penal de 1944 se continúa el mismo sistema que su precedente, si bien desaparecen los topes máximos relativos relacionados con la pena impuesta por el delito cometido:

> Art. 334 "Los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de arresto mayor".
>
> Art. 335. "Cuando el delito previsto en el artículo anterior hubiere tenido lugar con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros reclusos o con dependientes de la prisión o encargados de la custodia, la pena será de prisión menor".

La única novedad que presenta el Texto refundido de 1973 en estos artículos es la adición de un segundo párrafo al artículo 334, donde se señala que en la misma pena incurrirán los que quebrantaren la condena de privación del permiso de conducción.

De la infidelidad en la custodia se ocupan los artículos 362 y 363, con la habitual distinción entre el funcionario público y el particular encargado de su conducción o custodia[215].

Por último, el artículo 336 tipifica la extracción de presos, estableciendo distintas penas según haya mediado o no violencia, intimidación o soborno y atendiendo también a si la fuga se ha producido dentro o fuera de los establecimientos penitenciarios, con ocasión de un traslado[216].

5.2. Código Penal de 1995

[215] Art. 362. El funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido cuya conducción o custodia le estuviere confiada, será castigado: l.º. En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria con alguna pena, con la de prisión menor inhabilitación especial. 2.º En los demás casos, con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.
Art. 363. El particular que, hallándose encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, cometiere alguno de los delitos expresados en el artículo precedente, será castigado con la pena de arresto mayor.

[216] Art. 336. Los que extrajeren de las cárceles o de los Establecimientos penales a alguna persona recluída en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de prisión menor, si emplearen al efecto la violencia o intimidación o el soborno, y con la pena de arresto mayor si se valieren de otros medios. Si la evasión se verificare fuera de dichos Establecimientos, sorprendiendo a los encargados de la conducción, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo.

Hoy en día siguen produciéndose fugas de los establecimientos penitenciarios, tal y como se destacaba al inicio de estas páginas. Pero, además, las posibilidades de quebrantamiento de condena se extienden actualmente mucho más allá de las modalidades "clásicas" de evasión de la cárcel, dada la variedad de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares presentes en nuestro Código Penal.

Efectivamente, puede hablarse de quebrantamiento en relación con una gran variedad de conductas: conducir un vehículo de motor -si es que el sujeto se ha visto privado de su permiso de conducir-; incumplir una orden de no aproximación o no comunicación con la víctima; vulnerar la prohibición de no residir en determinados lugares; no volver a prisión después del plazo concedido para el permiso; manipular los dispositivos técnicos que facilitan el control del cumplimiento de la pena o medida de seguridad (esto es, los famosos brazaletes o pulseras), no realizar los trabajos en beneficio de la comunidad, etc.

Se ha observado que con ello desaparecen los argumentos contrarios a la criminalización de estas conductas; en ese sentido, se ha señalado que tal incriminación "es el precio razonable que conlleva la irrupción de mayores esferas de libertad en el cumplimiento de las penas, con la consiguiente mayor vulnerabilidad de las resoluciones judiciales"[217]. Estas palabras recuerdan en buena

[217] GARCÍA ALBERO, R., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal Español,* Quintero Olivares (dir.), 7ª ed., t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1544. En igual sentido CANCIO MELIÁ, «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal,* Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 2865.

medida el razonamiento de Dou y Bassols[218] cuando justificaba la pena de encarcelamiento que establecían las Partidas para el quebrantador de la pena de destierro al volver a entrar en su país, por haber abusado de la confianza que le dejaba la sociedad.

El CP de 1995 tipifica estas conductas en el capítulo VIII del título XX del libro II, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, bajo la rúbrica "Del quebrantamiento de condena", expresión que ha sido objeto de críticas, por no abarcar todas las conductas criminales allí tipificadas[219]. Por otro lado, quedan fuera del título otros quebrantamientos de condena, como el de la pena de localización permanente (37.3 CP) o la de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP), preceptos ambos que se remiten al 468 CP. Como veremos, este conjunto normativo plantea multitud de interrogantes, al igual que ha sucedido a lo largo de toda la historia a propósito de estas conductas criminales.

5.2.1- Quebrantamiento de condena o de medida cautelar, de seguridad, etc.

El denominado "autoquebrantamiento" aparece tipificado en los arts. 468 y 469 CP. El legislador establece, en primer lugar, un tipo básico en el artículo 468.1:

> Art. 468.1. "Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con

218 *Vid*. supra, apdo. 4.2.
219 CANCIO MELIÁ, *op. cit.,* p. 2864; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1551.

la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos".

Con relación al anterior al artículo 334 del CP anterior, se ha realizado una evidente ampliación del tipo penal, y ello en el doble sentido de eliminar la expresión "el sentenciado o preso" que servía para definir el sujeto activo en esos delitos y de ampliar el número de situaciones que permiten la comisión de estos hechos delictivos, agregando a las del anterior art. 334 las medidas de seguridad y las cautelares[220].

De este modo, las conductas contempladas en este tipo básico son:

1) *Quebrantar una condena*, ya sea privativa de libertad (arts. 35 y ss. CP) o de derechos (arts. 39 y ss. CP): privación del derecho de uso de un vehículo a motor, del derecho a la tenencia de armas, a residir en un determinado lugar, etc.[221] La doctrina es unánime al excluir las condenas recaídas en un orden jurisdiccional no penal[222].
2) *Quebrantar una medida de seguridad* -recogidas en el art. 100 CP[223].

---

220 STS, Sala 2ª, de lo Penal, 22 de abril de 1999, F.J. 3º.

221 Con respecto a la pena de multa, considera la doctrina que cuando lleve aparejada responsabilidad penal subsidiaria del artículo 53, se excluye la aplicación de este tipo. Cuando se trate de una pena sustitutiva, la consecuencia será la ejecución de la pena sustitutiva, por lo que tampoco se aplicará la figura del quebrantamiento de condena. Así ocurrirá también en los casos de quebrantamiento de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 49 CP cuando no esté establecida con el carácter de pena principal (en este sentido *vid.* SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.,* p. 308 ss; CANCIÓ MELIÁ, *op. cit.,* p. 2866; SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1949)

222 ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena,* Bosch, Barcelona, 2005, p. 7; SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1950; SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 289 y ss. y los autores allí citados.

223 A juicio de CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2867, parece que solo procederá cuando la medida quebrantada sea la de internamiento, pues en el caso de otras

3) *Quebrantar la prisión provisional*. En este sentido, el TS ha declarado que la libertad provisional se incluye en la ejecución de la pena, por lo que el incumplimiento de la obligación impuesta en la ejecución integra la tipicidad en el delito de quebrantamiento[224], lo mismo ocurre cuando el preso no se reintegra a prisión tras un permiso penitenciario.[225] Doctrina y jurisprudencia entienden que el apartado se refiere a la prisión acordada judicialmente, excluyendo la detención administrativo-policial[226].
4) *Quebrantar una medida cautelar* (por ejemplo, privación provisional del uso del permiso de conducción, obligación de comparecer, medidas de alejamiento…)
5) *Quebrantar la conducción o custodia*. Como explica la doctrina, se trata de situaciones dependientes de la privación de libertad en las que el sujeto se encuentra de modo accidental fuera del lugar destinado a reclusión. Precisamente este es el momento en el que en la actualidad se producen el mayor número de fugas.

En la delimitación de la conducta típica, la jurisprudencia ha precisado que no es necesario requerimiento previo de cumplimiento de la pena o medida de seguridad y de las consecuencias de no respetarla[227]. En el caso de la pena a trabajos en beneficio de la comunidad, el TS establece que el cumplimiento de la pena se

medidas, el art. 100.2 no parece dar pie a la aplicación del 468 CP, sino solo a la sustitución de la medida incumplida por el internamiento.

224 STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 561/2020 de 29 de octubre RJ\2020\421.

225 STS, Sala 2ª, de lo Penal, 50/2020 de 14 de febrero, RJ\2020\368.

226 CANCIO MELIA, *op.cit.*, p. 2867.

227 STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 567/2020 de 30 de octubre, RJ\2020\4251.

considera iniciado cuando el penado acude a los servicios de gestión y acepta el plan de actuación. De este modo, la mera incomparecencia a la primera cita para elaborar el plan no constituye quebrantamiento, sino que puede ser una incomparecencia injustificada que derive en medidas de detención o, eventualmente, desobediencia. El quebrantamiento se produce cuando el penado, una vez conocido y aceptado el plan con su fecha de inicio, se ausenta voluntariamente de los trabajos durante al menos dos jornadas laborales (art. 49. 6.ª CP) o manifiesta un rechazo claro al cumplimiento tras la aprobación del plan[228].

El apartado segundo del 468, introducido por LO 5/2010 de 22 de junio establece un tipo cualificado específico basado en la relación del sujeto activo con las personas ofendidas:

> "Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada"

Nuestros tribunales se han encargado de precisar las conductas que quedan comprendidas en este tipo del 468.2. Así, se ha entendido que constituye quebrantamiento escribir mensajes dirigidos a la

[228] STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 65/2026, de 2 de febrero, JUR\2026\15555.

expareja a través de redes sociales, a sabiendas de que también ella estaba unida a dicha red social[229]; realizar llamadas perdidas a víctimas de violencia de género si el agresor tiene prohibición de comunicarse con ellas[230] o enviar mensajes a través de amigas de la expareja[231]. En el caso de encuentros casuales, es el destinatario de la prohibición de acercamiento el que tiene la obligación de alejarse de la víctima[232].

La Ley de 31 de marzo de 2015 introdujo en el artículo 468 un tercer párrafo. La Exposición de Motivos justificaba la reforma "por las dificultades de calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacer ineficaces los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, problemática a las que ya aludía la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer." Con la tipificación expresa de estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento se pretendía evitar la impunidad de actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos:

> 3. "Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven

229 STS, Sala 2ª de lo Penal, Sección Pleno 553/2022 de 2 de junio, RJ\2022\3030.
230 STS, Sala 2ª de lo Penal, 650/2019 de 20 de diciembre, RJ\2019\5360.
231 STS Sala 2ª, de lo Penal, 1035/2025 de 17 de diciembre, JUR\2025\429250.
232 STS, Sala 2ª, de lo Penal, 61/2010 de 28 de enero, RJ\2010\3010.

consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses".

Como aspectos técnicos de la reforma se ha criticado, en primer lugar, la ubicación sistemática de estas conductas fuera de los delitos de desobediencia, penados con sanciones más graves[233], así como la falta de concreción normativa de algunas de las conductas previstas en el 468.3 CP[234], especialmente la "perturbación del funcionamiento normal" y la "omisión de las medidas exigibles". En este sentido, los tribunales se han visto obligados a determinar, por ejemplo, la manera de realizar la medición o los lugares que hay que tomar como referencia[235]. También se han destacado los problemas prácticos que genera la colocación de los dispositivos conocidos como pulseras[236].

En cuanto a los elementos de estos tipos delictivos -aparte de las conductas típicas ya descritas-, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1/Serán *sujetos activos* de estos delitos quienes legalmente estén obligados a cumplir las penas, medidas de seguridad o cautelares impuestas en un procedimiento penal.

---

233 ABEL SOUTO, M. «Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015,* 2ª ed., González Cussac (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1189; CANCIO MELIÁ, *op. cit.* p. 2868; PALOMO DEL RÍO, *op. cit.*, p. 578.

234 En este sentido *vid.* SAP de Madrid, Sección 30ª, 444/2017 de 12 de julio, JUR\2017\233842.

235 GARCÍA MUÑOZ, I.E., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género: análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código Penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves jurídicas,* 1, 2026, pp.72-73.

236 ORTIZ VIGIL, *op. cit.*, p. 33-34.

2/ El *bien jurídico protegido* es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. Por ello, existirá quebrantamiento, aunque el sujeto activo sea posteriormente declarado inocente del delito que se le imputa. Así lo ha declarado el TS[237] -en un sentido muy similar al de Calístrato en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*)-:

> "Se dice primeramente que si no existe defraudación de la propiedad intelectual no habrá quebrantamiento de una medida basada en la defraudación.
>
> No es así. El bien jurídico protegido por el delito objeto de condena es la Administración de Justicia. Habrá delito de quebrantamiento aunque definitivamente la medida cautelar acordada con arreglo a los indicios existentes en el momento preliminar llegue a desvanecerse y se compruebe que no existía el derecho que se quería preservar provisionalmente con esa medida. Un ejemplo claro nos disculpa de mayores razonamientos: *el quebrantamiento de una prisión preventiva es delito. Lo será, aunque luego recaiga sentencia absolutoria*. Como lo es el quebrantamiento de una medida de alejamiento, aunque el proceso en que se acordó finalice con una absolución por falta de prueba o por cualquier otra razón. El bien jurídico protegido queda afectado: buen funcionamiento de la Administración de justicia y respeto a las decisiones judiciales."

[237] STS, Sala 2ª, de lo Penal 65/2024, de 24 de enero, JUR\2024\40808, F.J. 9º.

3/ Por lo que se refiere a *la culpabilidad*, se trata de un delito que requiere dolo, por tanto, no admite comisión culposa[238]. La jurisprudencia precisa que el dolo requerido en el delito de quebrantamiento es un dolo genérico, que "se configura con el simple conocimiento de la existencia y vigencia de la medida impuesta y la voluntad de incumplirla, sin que las razones o motivaciones personales del autor resulten relevantes para la tipicidad de la conducta". Algunos autores -en línea con los comentarios de los doctores del *ius commune*- precisan que el dolo del sujeto debe ir referido a sustraerse definitivamente al cumplimiento de la medida o condena, de modo que el mero hecho de ausentarse de un centro de reclusión o no volver en el plazo fijado, pero con la intención de reintegrarse al cumplimiento -es decir, sin voluntad de quebrantar la medida o condena de modo definitivo- solo dará lugar a una sanción disciplinaria[239] ·

En el caso de las penas o medidas de seguridad consistentes en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, el TS ha precisado que, con relación al tipo objetivo, basta la existencia de una medida cautelar debidamente acordada en la que se imponga una prohibición y la ejecución de un hecho que suponga incumplimiento de la misma; y el tipo subjetivo, el dolo, no requiere más que el conocimiento del mandato judicial que incumbe al sujeto y que éste

238 MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F., *Delitos contra la administración de Justicia,* p. 1069; SANTANA VEGA, *op. cit.,* p. 1541.

239 CANCIO MELIÁ, *op.cit.* p. 2868; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 962-963. SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1951. A favor, SAP Cuenca 60/2002 de 17 de octubre, ARP\2002\718 y, SAP Burgos, S. 1ª, 186/2007, de 17 de julio. En contra, STS 221/1999, de 15 de febrero, (RJ\1999\1169)

sepa que con su conducta lo incumple[240]. Por tanto, no se requiere un elemento intencional específico de querer desobedecer la orden judicial; careciendo de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal, o por un fin altruista, o de odio, etc[241].

4/ Las *penas* del quebrantamiento varían en función de los distintos supuestos del artículo 468. El tipo básico de quebrantamiento de pena o medida, a su vez, lleva aparejada distinta pena según que el quebrantador hubiera estado privado de libertad (en este caso, la pena es de prisión de seis meses a un año) o no estuviera privado de ella (en cuyo caso, la pena sería de multa de doce a veinticuatro meses). El subtipo agravado del 468.2 está castigado con pena de prisión de seis meses a un año. Y, finalmente, los supuestos de manipulación, inutilización, etc. del 468.3 serán castigados con multa de seis a doce meses.

También hay que tener en cuenta las consecuencias derivadas de la normativa penitenciaria. El art. 233.1 del Reglamento General Penitenciario[242] establece las sanciones para las faltas muy graves,

---

240 En este sentido STS, Sala 2ª, de lo Penal, 778/2010, de 1 de diciembre (RJ\2011\602); STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 664/2018 de 17 de diciembre, RJ\2018\5670 y STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 567/2020 de 30 de octubre, RJ\2020\4251.

241 ORTIZ VIGIL, L. «Quebrantamiento de condena: luces y sombras», *Lex criminalis*, 6, 2024, p. 26.

242 Artículo 233.1. Por la comisión de las faltas muy graves, tipificadas en el artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Sanción de aislamiento en celda de seis a catorce días de duración, siempre que se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro. b) Sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana.

entre las que se encuentra, en virtud del artículo 108 del R.D. 1201/1981 de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, cuyo apartado e) contempla "intentar, facilitar o consumar la evasión". Ello con independencia de las repercusiones para la obtención de futuros permisos de salida, acceso al tercer grado, etc.

En cuanto al *iter criminis,* hay que tener en cuenta la variedad de conductas contempladas en el artículo 468. Algunas modalidades admiten claramente la tentativa[243]; así, por ejemplo, el preso que comienza la fuga pero que es sorprendido por los funcionarios antes de salir del establecimiento penitenciario.

Con relación a las medidas consistentes en prohibición de aproximación o de residir en determinados lugares, la consumación se entenderá producida en el momento en el que el obligado traspase la distancia establecida en la orden de alejamiento o se presente en el lugar en cuestión[244]. Aunque el encuentro haya sido casual o muy breve, el delito se entiende consumado, y no en grado de tentativa[245].

Respecto al quebrantamiento de la prohibición de comunicar con la víctima, en el caso de las llamadas telefónicas, según reiterada jurisprudencia, el delito se entiende consumado, aunque la víctima

---

243 *Vid*. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2865; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1567.

244 CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género,* Dykinson, Madrid, 2017, p. 227; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, "Quebrantamiento de condena", en *Derecho penal. Parte especial,* Fernández Bermejo (dir.), Tirant lo Blanch, 2024, p. 1068; GARCÍA MUÑOZ, I., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género. Análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves Jurídicas,* 1, 2026, p. 51.

245 SAP de Cantabria, Sección 3ª, 23/2023, de 13 de febrero, JUR\2023\377076.

no haya contestado o el número esté bloqueado, siempre que sea posible identificar la procedencia. Se observa que el mero hecho de la llamada, aunque no sea contestada, ya es susceptible por si solo de producir una situación de intranquilidad o desasosiego en la víctima. Además, de admitirse que el delito se consuma solo si la víctima contesta, supondría dejar en manos de esta la determinación de si el delito queda o no consumado. No obstante, el TS admite la posibilidad de tentativa o tentativa inidónea en el hipotético caso de llamadas a una línea cancelada[246].

Con relación a las comunicaciones postales, existen pronunciamientos en los que se condena al acusado por delitos de quebrantamientos en grado de tentativa: cartas remitidas por un recluso desde el centro penitenciario que no llegan a su destino al ser interceptadas por el funcionario público tras el oportuno control reglamentario[247]; o bien de cartas interceptadas por algún familiar de la víctima al ser recogidas del buzón[248].

También se condenó por quebrantamiento en grado de tentativa por una comunicación de WhatsApp enviada por el acusado a una

246 STS Sala 2ª, de lo Penal, 650/2019, de 20 de diciembre (RJ\2019\5369), cit., FJ.1º. El tribunal, tras indicar que el quebrantamiento suele entenderse como delito de resultado, precisa, con relación a las medidas del 48.3 que no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por tanto, no es preciso que encuentre respuesta. En igual sentido, SAP Burgos, Sección 1ª, 103/2026, de 23 de marzo, F.J. 5º.

247 STS Sala 2ª, de lo Penal, 650/2019, de 20 de diciembre (RJ\2019\5369); SAP A Coruña, Sección 1ª, 153/2024 de 5 de abril, JUR\2024\183221; SAP de Zaragoza, Sección 1ª, a 280/2024 de 21de agosto, JUR\2024\418219; SAP de Málaga, Sección 2ª, 232/2025, de 23 de junio, JUR\2025\276908.

248 SAP de Albacete, Sección 2ª, 562/2015 de 3 de diciembre, JUR\2016\26819.

amiga de la denunciante en la que le instaba a trasladarle un mensaje a esta última[249].

Por lo que se refiere a las causas de exoneración, ni el ejercicio de la patria potestad[250] ni el consentimiento de la víctima[251] sirven como *causa de justificación o de atenuación* para quebrantar una orden de alejamiento.

Es frecuente la alegación de actuar el acusado movido por miedo insuperable (eximente del 20.6 CP; que se ha visto mencionar reiteradamente por los juristas del *ius commune* como causa justificativa de la huida): miedo a sufrir una denuncia[252], a no poder ver a los hijos[253], a las consecuencias de lo que pudiera ocurrir al acusado, sobre el que pesaba una orden de alejamiento, si no acudía a la llamada desesperada de su esposa[254], a volver al centro penitenciario tras un permiso por las amenazas proferidas por otros presos[255] o por los presuntos malos tratos de los funcionarios del centro[256]. Cuestión distinta es que pocas veces esta eximente llegue a

249 SAP Jaen, Sección 3ª, 158/2025, de 9 de julio, JUR\2025\300874.

250 STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 664/2018 de 17 de diciembre, RJ\2018\5670.

251 STS, Sala 2ª, de lo Penal, 667/2019 de 14 de enero, RJ\2020\43.

252 SAP Pamplona, Sección 2ª, 92/2026 de 6 de mayo. El acusado, sobre el que pesaba una orden de alejamiento, declara haber accedido a encontrarse con la víctima, que le había dicho que tenía que hablar urgentemente con él, por temor a que esta le volviera a interponer otra denuncia por quebrantamiento. Un supuesto parecido es el de la AP de Barcelona, Sección 20ª, 640/2025 de 2 de septiembre JUR\2025\372540

253 SAP de Cádiz, Sección 3ª, 48/2026, de 26 de febrero.

254 SAP de Barcelona, Sección 20ª, 285/2013, de 22 de marzo, JUR\2013\194514.

255 SAP de Jaen, Sección 1ª, de 9 de marzo, JUR\1998\22584; SAP de Pontevedra, Sección 2ª, 78/2000, de 22 de noviembre, JUR\2001\62891; SAP A Coruña, Sección 1º, 182/2024, de 30 de abril, JUR\2024\212802

256 SAP Baleares, Sección 1ª, 24/2007 de 14 de febrero, JUR\2007\88212

ser estimada, al no resultar acreditados los hechos alegados; no obstante, se apreció en la STS de 29 de abril de 1994[257] y en la SAP Madrid de 5 de septiembre de 2002[258].

Existe un tipo agravado del quebrantamiento, tipificado en el artículo 469, cuando el delito haya tenido lugar a través de determinados medios:

> Art. 469. Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

-Respecto a la acción típica, contempla un agravamiento respecto al tipo básico del 468, caracterizado por la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

1) *Violencia o intimidación en las personas.*

2) *Fuerza en las cosas*. La doctrina mayoritaria considera que ha de interpretarse según el sentido usual del término, no en el sentido

257 STS, Sala 2ª de lo Penal de 29 de enero de 1994 RJ\1994\593. Los acusados habían hecho llegar al Jefe de Servicio del Establecimiento Penitenciario un objeto punzante, utilizado como «pincho», encontrado casualmente y, otro funcionario, que actuó sin la suficiente reflexión, se refirió a esta circunstancia delante de otros internos, lo que provocó una situación de miedo en los acusados ante el temor de que el dueño del objeto peligroso pudiera vengarse de ellos, causándoles incluso la muerte, extremo éste que fue el que desencadenó la decisión de fuga.

258 SAP de Madrid, Sección 6ª, 442/2002 de 5 de septiembre, JUR\2002\280197. El interno alegaba estar amenazado por otros internos para que introdujera droga en el Centro tras volver del permiso, lo que se ve corroboradp por varios testigos en el acto del juicio,

normativo del artículo 238[259]. En la práctica de los Tribunales, mientras el TS considera que el término "fuerza en las cosas" debe entenderse en sentido literal (STS, Sala 2ª, de lo Penal, 221/1999, de 15 de febrero), alguna sentencia de las Audiencias Provinciales considera que existe una remisión tácita a la enumeración del artículo 238 (así, la SAP Albacete 69/2002, de 20 de junio).

Una de las críticas a la regulación del autoquebrantamiento en el CP de 1995 ha sido, precisamente, la inclusión dentro del tipo agravado del quebrantamiento con fuerza en las cosas, de manera que solo quedarían dentro del tipo básico los supuestos de "puertas abiertas" o fugas habilidosas, advirtiéndose que no es lo mismo serrar unos barrotes o forzar una puerta con una ganzúa que amenzar con un arma o golpear a un guardia[260].

3) *Producirse la fuga tomando parte en un motín.* Se trata de una cualificación nueva con relación a los códigos anteriores, que sustituye al acuerdo o connivencia con otros reclusos o dependientes de la prisión o encargados de la custodia. Se ha precisado que el término "motín", alude a la protesta tumultuaria de un grupo de internos para reivindicar algún derecho o protestar contra la administración penitenciaria[261]. No es imprescindible el haberse

259 SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.,* p. 431; PALOMO DEL ARCO, A., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios prácticos al Código penal,* Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 581; GARCÍA ALBERO, *op. cit.,* p. 1551; SANTANA VEGA, D., «Del quebrantamiento de condena», *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Ramirez Martín-Rogé Such (coord.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1955; CANCIO MELIÁ, *op. cit.,* p. 2.847.

260 CANCIO MELA, *op. cit.*, 2847; SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit,* p. 422.

261 MELÉNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1069.

puesto de acuerdo con otros reclusos[262]. La doctrina también realiza precisiones ya formuladas de antiguo en el *ius commune,* como, por ejemplo, la de que no queda comprendido en este tipo quien aprovecha el motín de otros para la fuga[263].

Sólo podrán ser sujetos activos del tipo agravado los sujetos condenados a pena o medida o medida de seguridad privativa de libertad o presos en prisión preventiva; debiendo excluirse los detenidos en sede policial[264].

Al igual que en el tipo básico, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; solo es posible la comisión dolosa y, por lo que se reviere al *iter criminis,* también cabe la tentativa.

Por lo que se refiere a la pena, se eleva, con relación a la correspondiente al básico del 468.1, a prisión de seis meses a cuatro años.

5.2.2. Extracción de presos

Se regula este tipo en el artículo 470 CP, distinguiéndose entre un tipo básico, un tipo agravado por razón de los medios empleados y un tipo atenuado por razón del parentesco con el preso al que se proporciona la fuga:

> Art. 470 1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción, será castigado con la

262 SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 433.
263 CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2870. *Vid*. VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 105.
264 ROVIRA TORRES, *op. cit.,* p. 11.

pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.

3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.

Queda claro que proporcionar la evasión a otro no puede constituir cooperación necesaria en delito de quebrantamiento ajeno (468 y 469 CP), al ser conducta típica del artículo 470[265]. En este caso, se incluye entre los posibles sujetos activos al detenido en sede policial[266].

Llama la atención la existencia de un tipo privilegiado, no contemplado en la anterior legislación, basada en el parentesco con el condenado, preso o detenido[267]. Se viene a consagrar aquí la tradición

265 AP de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 49/2003 de 25 septiembre (JUR\2003\244004), F.J. 4º.

266 MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 964.

267 Un ejemplo de aplicación de este tipo atenuado lo encontramos en la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 255/1998 de 14 de agosto (ARP\1998\3889): una madre agarró por el cuello y brazo derecho al agente que había detenido a su hijo, el cual, también ayudado por su madre, consiguió deshacerse de las prendas superiores que portaba y darse a la fuga. Aparte de ello, resultarán de aplicación las eximentes, atenuantes o agravantes de los artículos 20, 21 y 22 CP, como en cualquier otro delito. Así, la reciente STS, Sala 2ª, de lo Penal 139/2026 de 19 de febrero (JUR\2026\35957) ha apreciado atenuante simple de arrepentimiento por haber procedido el acusado a la consignación de la totalidad de la cantidad reclamada y la petición de perdón a los agentes

de dar un tratamiento más favorable a las personas allegadas al reo que ayudan a liberarle, comenzando por aquellas fuentes literarias relativas a las esposas de los prisioneros, que, intercambiándose con ellos las ropas, les facilitaban la huida; tradición que continúa en el *ius commune,* en la recepción de este efectuada por la doctrina española y pervive a través de la época codificadora.

5.2.3. Infidelidad en la custodia.

Actualmente aparece regulado como un tipo agravado con relación a las conductas contempladas en el artículo 470, por razón del sujeto activo del delito, que ha de revestir la condición de funcionario público.

> Art. 471**.** Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos.

Básicamente, se está recogiendo aquí la conducta descrita en el artículo 362 del anterior Código Penal[268], si bien se ha eliminado la mención a la "connivencia" en la evasión.

lesionados, pero más de tres años después de producirse los hechos.

268 SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 98.

6. Conclusiones

I. Existe una innegable continuidad técnica entre la *effractio carceris* romana y el actual delito de autoquebrantamiento. El término deriva de la superación violenta de barreras físicas -*frango*-, concepto que ha permanecido casi inalterado en las modalidades de "fuerza en las cosas" y "fractura de puertas" recogidas en nuestros códigos penales desde 1822 hasta el vigente de 1995.

II. Las huellas de la regulación romana en la materia estudiada se pueden seguir en nuestro Derecho histórico a través *Liber Iudiciorum,* Fuero Juzgo, Partidas, Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III, Nueva y Novísima Recopilación, llegando a los códigos penales de los siglos XIX y XX. Se ha comprobado cómo las categorías romanas han permanecido en la redacción de los tipos; únicamente el "motín" ha venido a sustituir últimamente al antiguo concepto de acuerdo o connivencia de los presos. Se desemboca así en los arts. 468 y ss. del vigente CP bajo la rúbrica "Del quebrantamiento de condena", resultando inevitable relacionar hasta la propia denominación del tipo delictivo, "quebrantamiento", con la fractura, rotura o quiebra implícitos en el crimen *de effractio carceris* del Derecho romano.

III. Se confirma que, desde la experiencia jurídica romana, la evasión se configuró como una conducta criminal autónoma, independiente del hecho por el que el prisionero fue conducido a la cárcel. Como señala Calístrato en el Digesto, el rigor punitivo por la huida debe aplicarse incluso si el reo fuera hallado inocente del crimen original,

castigándose la resistencia a la autoridad judicial y no la culpabilidad presunta del primer ilícito.

Si bien el *ius commune* encontró en la teoría de la *ficta confessio* el fundamento del delito, poco a poco el fundamento jurídico se ha ido desplazando hacia la protección de la Administración de Justicia como bien jurídico central, y así se mantiene en las codificaciones modernas.

IV. La penalidad por la evasión de la cárcel mediante efracción no queda establecida de manera unívoca en el Derecho romano, pues si bien Ulpiano en D. 47.18.1.pr habla de pena capital, Calistrato simplemente señala que ha de aplicárseles una pena superior -*amplius*- a la del ilícito que les ha conducido a prisión.

V. En materia de tentativa, no se vislumbra una solución clara en el Derecho romano, pues si bien en este no se castigaban por regla general mas que los delitos consumados, existieron excepciones, y mientras unos textos parecen aludir solo a la fuga consumada, otros pudieran interpretarse en el sentido de que la mera conspiración para la fuga ya era merecedora de la pena. En cambio, el *ius commune* fue perfilando con mayor precisión la distinción entre fuga intentada y fuga consumada, y terminó asociando a aquella una respuesta más flexible, generalmente dejada al arbitrio judicial. En el Código Penal vigente la tentativa resulta posible en algunas modalidades de quebrantamiento, pero no en todas, dada la variedad de conductas, de penas y de medidas contempladas actualmente en el campo de aplicación del quebrantamiento.

VI. A lo largo de la historia se han reconocido causas de atenuación o exoneración fundadas en la naturaleza humana, como el "miedo a morir", la conmiseración hacia el reo, el amor conyugal o el parentesco, comenzando por las fuentes literarias clásicas y continuando a través de los siglos hasta el vigente Código Penal y la práctica jurisprudencial.

VII. Por lo que se refiere a la evolución de la responsabilidad en la custodia de presos, la jurisprudencia clásica ya distinguía con precisión entre el dolo, la culpa y el caso fortuito. El sistema postclásico, en cambio, establece la responsabilidad objetiva del custodio, con un sistema de pena talional, aunque ya la *interpretatio* visigoda matiza este régimen, volviendo al sistema de la culpa. El Derecho histórico español, desde el Fuero Viejo, el Fuero Real, las Partidas, los *Furs* y los *Usatges*, consolidó un modelo que preservaba la responsabilidad del guardia, pero prestando atención al arbitrio judicial y a la gravedad de la culpa.

VIII. El *ius commune* heredó la tradición de castigar severamente la infidelidad de la custodia de los presos, aunque con una graduación de la culpa, pero además trató de explicarla dogmáticamente: los doctores entendieron que la severidad de la respuesta se justificaba por el oficio asumido por el guardián -*susceptum officium*- que lo hacía especialmente responsable de la seguridad del preso-. Actualmente, en el Código Penal de 1995 también resulta agravada la responsabilidad del que facilita la huida del preso cuando se trata de un funcionario público encargado de su custodia.

IX. En relación con la extracción de presos, en Roma la reacción punitiva del ordenamiento jurídico se agravaba cuando el auxilio externo adopta forma de violencia, sedición o quebrantamiento del orden público, llegando a reconducirse a la *lex Iulia de vi* o al *crimen maiestatis*. Los doctores del *ius commune* limitaron, aunque no de forma unánime, el *crimen maiestatis* a supuestos cualificados, prefiriendo, fuera de ellos, penas arbitrarias, con una clara tendencia a modular la sanción según la violencia, el motivo y la pena que puedira haber correspondido al preso liberado.

En el Derecho histórico español, la extracción de presos aparece tratada como una conducta especialmente grave cuando se produce mediante violencia, sedición o asalto a la cárcel. Aunque el Fuero Real estableció la pena del hurto y multa, la sanción predominante en los distintos cuerpos legales fue la de imponer la misma pena que hubiere correspondideo al prófugo (*Liber Iudiciorum,* Partidas, *Furs,* etc.). Los autores patrios limitaron su aplicación, reservando la máxima severidad para casos de fuerza, violencia o lesa majestad y teniendo en cuenta también los vínculos con el preso.

La relevancia del modo comisivo se mantiene en el periodo codificador, y hoy en día, el CP de 1995 también gradúa la respuesta según el medio empleado, sobre todo en el art. 470, donde la pena aumenta en los casos de violencia, intimidación, fuerza en las cosas o soborno.

X. En su evolución en el tratamiento de las conductas relacionadas con la evasión carcelaria, el Derecho penal ha sofisticado sus instrumentos -piénsese en el paso de los grilletes de hierro a los

modernos dispositivos telemáticos- y las penas han evolucionado al hilo de la diferente sensibilidad social de cada momento histórico. Sin embargo, a la luz del estudio de las fuentes romanas, la tradición del *ius commune*, el derecho histórico español y la evolución de la codificación española se confirma, en la regulación actual, la presencia de numerosos elementos ya existentes en el Derecho romano o en la tradición romanística posterior. Permanece también, como constante histórica, la necesidad de una tutela penal frente a los quebrantamientos de condena para asegurar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, una exigencia que ya en Roma se entendía como esencial para preservar la vida en sociedad.

Bibliografía

ABEL SOUTO, M., «Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015,* 2ª ed., González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ACCURSIO, F., en *Corpus Ivris Civilis Ivstinianei, cum commmentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes & contrariae afferuntur, vitiosae notantur…studio & opera Ioannis Fehi*, t. III y IV, Lyon, 1627.

ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano,* Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979.

ALBERICUS DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione. In primam et secundam partem Digesti novi Commentaria,* Venetiis, 1585.

ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna,* Dykinson, Madrid, 2012.

AMEZÚA AMEZÚA, L.C., «Derecho de evasión y principio de humanidad: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos», *AHDE,* nº 31, 2015, pp. 103-136.

ANGELI VBALDI, *In I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria,* Venetiis, 1579.

ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano,* trad. de la 2º ed. it. de Pelsmaeker e Ivañez, 5º ed., Reus, Madrid, 1994.

ASLA, A.O.-DOMÍNGUEZ, C.R., *Leyes de los Burgundios,* trad. Domínguez, C.R., Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017.

ASLA, A.O.- RODRÍGUEZ, G.F., *Leyes de los francos salios y ley sálica carolina,* trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017.

ASLA, A.O., *Leyes de los Ripuarios,* trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2018.

ASSO Y DE MANUEL, *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de 1348,* Imprenta de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847.

AZCUTIA, M., *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de*

*1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjera*s, Madrid, 1876.

AZEVEDO, A., *Commentariorum Iuris Civilis In Hispaniae Regias Constitutiones*, t. V, Salmanticae, 1596.

BACHOFF VON ECHT, R., *Bachovius Augmentatus Id est Cl. V. Reinhardi Bachovii Echtii. I.U.D. Notae Et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri I.C.,* apud Andream Bingivm Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1654.

BALDO UBALDI PERUSINI, *Consiliorum sive responsorum,* III, Venetiis, 1575.

BALDO UBALDI PERUSINI, *In sextum Codicis librum commentaria,* Venetiis, apud Iuntas, 1599.

BALZARINI, M., «La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano», *Seminarios complutenses de Derecho romano: revista complutense de Derecho romano y tradición romanística,* 1, 1989.

BARTOLO A SAXO FERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani,* t. VI, *In secundam Digesti novi partem,* apud Iuntas, Venetiis, 1590.

BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law,* The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.

BESELER, G., «Romanistische Studien», *ZSS,* 54, 1934, pp. 1-34.

BINDING, K., «Culpa lata und culpa levis», *ZSS,* 38, 1918, pp. 1-35.

BOERII, N., *Decisionum aurearum, in sacro burdegalens senatu olim discursarum ... secunda pars,* apud Mihcaelem Parmenterium, Lugduni, 1544.

BRUNEMANN, J., *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, opus theoretico-practicum...,* t. II, Coloniae Allobrogum, 1762.

CANCIO MELIÁ, M., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal,* Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

CARNAZZA-RAMETA, G., *Studio sul Diritto penale dei romani,* L' Erma di Bretschneider, Roma, 1972.

CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minores,* Ed. Scientifica, Napoli, 1999.

CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Politica para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra,* t. I, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1775.

CERDÁ RUIZ-FUNES, J., «Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *AHDE,* 1951-1952, pp. 731-1141.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. 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», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 1–171. https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.1-171.

COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla,* I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884

(disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes; https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557).

COROLEU I INGLADA, J. *Código de los Usajes de Barcelona. Estudio crítico* (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/cdigo-de-los-usajes-de-barcelona-estudio-crtico-0/html/00998c82-82b2-11df-acc7-002185ce6064_3.html).

CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género,* Dykinson, Madrid, 2017.

CUIACII, J., *Opera Omnia,* t. IX, Ex off. Frat. Giacchetti, Prati, 1839.

DÍAZ, P. C., «Las cárceles en la Hispania visigoda», *Castigo y reclusión en el mundo antiguo,* CSIC, Madrid, 2003.

DÍAZ DE MONTALVO, A., *Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey do[n] Alonso. IX.; glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montaluo*, 1544.

DÍAZ DE MONTALVO, A., *Las Siete Partidas del sabio Rey dô Alfonso Nono:* por las quales son deremidas, & determinadas las questiones & pleytos q[ue] en España occurrê... / cô la glosa d[e]l egregio doctor Alfonso Diez de Môtaluo... Alcalá de Henares, 1542.

DI CINTIO, L., «L'interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX. Collana della revista di Diritto romano. Saggi, Ed. Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013.

DONATI, G.A., «Fuggire La Giustizia, Giustiziare I Fuggitivi: Osservazioni Preliminari sull'evasione Dal Carcere Nel Diritto Comune». *Italian Review of Legal History*, 7, 2021, pp. 47-107, https://doi.org/10.54103/2464-8914/16885.

DOU Y DE BASSOLS, R.L., *Instituciones del Derecho público general de España y particular noticia de Cataluña*, t. VIII, oficina de D. Benito Garcí Y Cia., Madrid, 1802.

DU BOYS, *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872

ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. Retirage de la 4e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André,* Klincksieck, París, 2000.

FALCHI, G. F., *Diritto penale romano,* vol I, Dottrine generali, 2ª ed., Zannoni editore, Padova, 1937.

FALCHI, G. F., *Diritto penale romano,* vol II, I singoli reati, Zannoni editore, Padova, 1937.

FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., *La curia regia de León de 1188 y sus "Decreta" y constitución.* León, Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro" – Archivo Histórico Diocesano, León, 1993.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano,* 12ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

FERRINI, C., *Derecho penal romano,* trad. Pérez Alonso, Rozas Álvaro, San Juan Secchiutti y Tirado Pablos, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017.

FITTING, H., *Alter und Folge der Scriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965.

GARCÍA ALBERO, R., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal Español,* Quintero Olivares (dir.), 7ª ed., t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GARCÍA MUÑOZ, I.E., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género: análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código Penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves jurídicas,* 1, 2026, pp. 40-85.

GIL GARCÍA, M.O., «Del "De re militari romano" (D. 49.16) a lo "estrictamente castrense" del art. 117.5 de la Constitución española de 1978», en *40 años de Constitución española: un análisis desde España e Iberoamerica,* Bello Paredes (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 461-478.

GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili,* 4ª ed., Jovene editore, Napoli, 1997.

GOMEZIO, A., C*ommentariorum, Variarumque Resolutionum Iuris Civilis, Communis Et Regii,* t. III, Francoforti ad Moenum, 1584.

GOTHOFREDII, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1829-1830.

GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal,* Madrid, 1866.

HELM, M., *Das Delikt der Gefangenenbefreiung,* Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010.

HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica,* Godínez de Millis, Valladolid, 1612.

HILLNER, J., *Prison, punishment and penance in Late Antiquity,* Cambridge University Press, 2015.

HEUMANN, H.G.-SECKEL, E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9. Auflage, neu bearbeitet von Seckel, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.

HITZIG, s.v. «carcer», *PW,* III-2, 1899, pp. 1576 -1581.

HUMBERT, G., s.v. *exsilium*, *DS,* t. II-1, 1892, p. 943 -945.

KLEINFELLER, G., s.v. "deportatio in insulam", *PW*, V.1, 1903, pp. 231-33.

KRAUSE, J.U., *Gefängnissse im Römischen Reich,* Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1996.

KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1985.

LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-Practicum ad quinquaginta libri pandectarum, Pars Tertia,* apud J. G. Cottae, Tubingae, 1726.

LECRIVAIN, C., s.v. «tresviri, triumviri», *DS,* t. V, 1892, pp. 412-414.

LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis,* I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889.

LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas glosadas por el Lic. Gregorio López,* t. III, Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555.

LOVATO, A., *Il carcere el Diritto penale romano. Dai severi a Giustiniano,* Cacucci ed., Bari, 1994.

LUCAE DE PENNA, *In tres Codices Iustiniani Imper. Posteriores libros luculentissima Commentaria,* Lugduni, 1586.

LUCIANO DE SAMOSATA, *Tóxaris o sobre la amistad,* Bib. Gredos, 138. Traducción y notas por J. Zaragoza Botella, Madrid, 1990.

MAPELLI CAFFARENA, B. «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», *Revista de estudios penitenciarios,* 244, 1991, pp. 11-39.

MATTHAEU, A., *De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius,* ed. tertia, Typis Andreae Hoogenhuysen, Vesaliae, 1672.

MATTHAEU ET SANZ, L., *Tractatus de re criminali; sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus,* Lugduni, 1686, *De crimine violati carceris dissertatio,* Ex Officina Saalbachia, Leipzig, 1798.

MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., *Delitos contra la administración de Justicia,* en Derecho penal. Parte Especial, Serrano Tárraga (coord.) Tirant lo Blanc, Valencia, 2024.

MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, 3 tomos, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1929-1935.

MOMMSEN, T., *Derecho penal romano,* trad. P. Dorado, t. II, La España Moderna, Madrid, 1999.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

NOGRADY, A., *Römisches Straaftrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De oficio proconsulis,* Dunker & Humboldt, Berlin, 2006.

ORTIZ VIGIL, L. «Quebrantamiento de condena: luces y sombras», *Lex criminalis,* 6, 2024.

PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado,* 2ª ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856.

PALOMO DEL ARCO, A., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios prácticos al Código penal,* Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

PAVÓN TORREJÓN, P., *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano,* Anejos del Archivo Español de Arqueología, Madrid, 2003.

PAVÓN TORREJÓN P., «Las cárceles civiles en el Imperio romano», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo,* Torallas Tovar-Pérez Martín (eds.), CSIC, Madrid, 2003.

PÉREZ, D., *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Diaz de Montalvo, Glosadas por el el Doctor Diego Pérez y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación,* t. II, Madrid, 1780.

PLANAS ROSSELLÓ, A., *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII),* Universitát de les Illes Balears, Palma, 2001.

PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999.

POTHIER, R. J., *Pandectae Justiniani in novum ordinem digestae,* t. V, Fournier, París, 1820.

PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti,* II, Jovene Ed., Napoli, 1985, pp. 651-720.

PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilidad y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general,* viuda de Luis Sánchez, Madrid, 1628.

RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles,* Centro de publicaciones del ministerio del interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ MARTÍN, J. D., «La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo,* CSIC, Madrid, 2003.

ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena,* Bosch, Barcelona, 2005.

SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaen, 2004.

SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano,* trad. Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

SANTALUCÍA, B., «"Crimen furti". La repressione straordinaria del furto nell'età del Principato», en *Derecho romano de obligaciones:*

homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Paricio Serrano (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 785-797.

SANTALUCÍA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma,* 2ª ed., Giuffré editore, Milano, 1998.

SANTANA VEGA, D., «Del quebrantamiento de condena», *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Ramirez Martín-Rogé Such (coord.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español,* Comares, Granada, 2000.

SHERWIN WHITE, A.N., *The letters of Pliny,* Clarendon Press, Oxford, 1966.

SMITH, W., *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology,* Little, Brown and Co., Boston, 1867, s.v. «Q. Pleminius», p. 413.

TARTAGNI, A., *Consiliorum seu Responsorum,* II, apud haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610.

TELLEZ AGUILERA, A., «Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo», *Revista de Estudios Penitenciarios,* extra 2013.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología,* t. III, trad. Calle-Campo-Jiménez Patón, BAC, Madrid, 1990.

TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano,* Edisofer, Madrid, 2005, s.v. «crimen effractionis», p. 233.

TREUTLER, H., *Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris pandectarum comprehensum,* II, apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1606.

TRISCIUOGLIO, A., «Comparación entre el tribuno de la plebe y el *defensor civitatis*. A propósito de la prisión preventiva», *RIDROM,* 29, 2022, pp. 336-365 (https://doi.org/10.17811/ridrom.1.29.2022.336-365)

TRISCIUOGLIO, A., «La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana», en A *Pierluigi Zannini, Scritti di diritto romano e giusantichistici,* Ledizione, Torino, 2018.

VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal,* t. I, Madrid, 1848.

ZAMORA MANZANO, J.L., *La administración penitenciaria en el Derecho romano: gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria,* Dykinson, Madrid, 2015.

Universidad de Oviedo

RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
13/07/2026	15/09/2026
Palabras clave: *Civilización occidental, Cuestionamiento, Cimiento filosófico, Cimiento moral, Cimiento cultural, Cimiento jurídico.*	**Keywords:** *Western civilization, Questioning, Philosophical foundation, Moral foundation, Cultural foundation, Legal foundation.*

CC BY NC ND

LOS CIMIENTOS INTELECTUALES DE LA CIVILIZACIÓN OCCIDENTAL, CON REFERENCIA ESPECIAL AL SISTEMA JURÍDICO ROMANO: LOS VERDADEROS BALUARTES FRENTE AL CUESTIONAMIENTO DE OCCIDENTE

THE INTELLECTUAL FOUNDATIONS OF WESTERN CIVILIZATION, WITH SPECIAL REFERENCE TO THE ROMAN LEGAL SYSTEM: THE TRUE BULWARKS AGAINST THE CHALLENGING OF THE WEST

Rafael Bernad Mainar
Universidad San Jorge (USJ), Zaragoza
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas
https://orcid.org/0000-0002-8764-0443

(BERNAD MAINAR, Rafael. Los cimientos intelectuales de la civilización occidental, con referencia especial al sistema jurídico romano: los verdaderos baluartes frente al cuestionamiento de occidente. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp. 171-256. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

Frente a la concepción que atribuye a la civilización occidental los paradigmas asociados con el desarrollo de las naciones y el bienestar de los ciudadanos, surgen voces discrepantes que no solo cuestionan tal aserto, sino que también ponen en tela de juicio la existencia misma de esta civilización. Un recorrido histórico y transversal, desde la antigua Grecia hasta hoy, permite evidenciar la concurrencia e influencia actual de los cimientos forjadores de esta civilización occidental (filosófico, religioso, cultural), incluido el cimiento jurídico del derecho romano, un derecho vivo en nuestros días.

Abstract:

In contrast to the view that attributes the paradigms associated with national development and citizen well-being to Western civilization, dissenting voices have emerged that not only challenge this assertion but also call into question the very existence of such a civilization. A historical and cross-cutting overview, spanning from ancient Greece to the present day, reveals the ongoing presence and influence of the foundations that shaped Western civilization (philosophical, religious, cultural), including the legal foundation of Roman law, a law that remains alive today.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. II. EL CIMIENTO DE LA RAZÓN: LA FILOSOFÍA GRIEGA. III. EL CIMIENTO DE LA RELIGIÓN: EL CÓDIGO MORAL JUDEOCRISTIANO. IV. UNA BREVE REFERENCIA AL RENACIMIENTO Y A LA ILUSTRACIÓN COMO CIMIENTOS CULTURALES. V. EL CIMIENTO JURÍDICO, EL DERECHO ROMANO: V.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO ORIGINAL Y PRIMIGENIO; V.2. LA VERDADERA ESENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO; V.3. HUELLA DEL DERECHO ROMANO EN LA CIVILIZACIÓN OCCIDENTAL. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Ya Hannah Arendt destacó el pragmatismo como una de las características principales asociadas con el pueblo romano, un pragmatismo capaz de aunar la trinidad compuesta por religión, tradición y autoridad, sin el cual la filosofía política griega y el pensamiento especulativo heleno difícilmente hubieran podido ser asimilados y corporeizados por las civilizaciones posteriores:

"*A pesar de la grandeza de la filosofía política griega, se puede poner en duda que hubiera logrado perder su inherente carácter utópico si los romanos, en su infatigable búsqueda de la tradición y la autoridad no se hubieran decidido a hacerse cargo de esa filosofía y a reconocerla como la autoridad máxima en todos los asuntos de teoría y pensamiento. Pero fueron*

capaces de llevar a cabo esta integración sólo porque tanto la autoridad, como la tradición ya habían desempeñado un papel decisivo en la vida política de la República romana"[1].

Del mismo modo, Max Weber[2] enfatiza la exclusividad occidental en lo que a la ciencia se refiere al señalar que "*el hijo de la moderna civilización occidental que trata de problemas histórico-universales lo hace de modo inevitable y lógico desde el siguiente planteamiento: ¿qué encadenamiento de circunstancias ha conducido a que aparecieran en Occidente, y solo en Occidente, fenómenos culturales que se insertan en una dirección evolutiva de alcance y validez universales? Sólo en Occidente hay ciencia en aquella fase de evolución que reconocemos actualmente como válida*".

El resultado de esta amalgama histórica acarrea una consecuencia de gran transcendencia, que hunde sus raíces en la historia antigua, permeará con posterioridad a lo largo de la época medieval y se inoculará en la historia contemporánea: así es, la filosofía política griega, junto con el derecho romano y el código moral judeocristiano, aunado a la aportación decisiva ejercida por el Renacimiento y la Ilustración, se han erigido, a nuestro juicio, en los verdaderos e imperecederos cimientos intelectuales de la civilización occidental.

---

1 ARENDT, H. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. Partido de la Revolución Democrática (PRD). México. 2018, p. 153, en https://storage.ghost.io/c/77/3d/773d9bd2-7359-4d5b-a3b5-63fd77482e5d/content/files/2022/10/Hannah-Arendt (fecha de consulta 11/04/2026).

2 WEBER, M. La ética protestante y el espíritu del capitalismo, en *Ensayos sobre sociología de la religión*. Tomo I. Taurus. Madrid. 1992, p. 11.

En efecto, tradicionalmente se ha considerado la existencia de una civilización occidental basada en una cultura homónima, cuya cuna se remonta a la antigua Grecia asentada en su filosofía política, que se completa posteriormente con las aportaciones del derecho romano (en el plano jurídico), las del código moral judeocristiano (en el plano religioso), así como también las propias del Renacimiento y de la Ilustración (en el plano cultural).

Bajo esta concepción se ha afirmado que todos esos antecedentes constituyen los sucesivos eslabones de una civilización, originalmente europea y más tarde proyectada a lo largo del Océano Atlántico, que alberga una continuidad lineal cultural, en modo alguno homogénea, diversa internamente, que presenta distintas denominaciones y apelativos con la finalidad de encuadrar y describir una realidad histórica y actual: ya civilización occidental, ya civilización europea, bien cultura occidental, bien sociedad occidental o, simplemente, Occidente.

Aun así, podemos señalar que esta construcción que confluye en Occidente y la denominada civilización occidental representa, en puridad, el fruto del encuentro entre culturas, intercambios, negociaciones, alianzas y rupturas. Es decir, nos hallamos ante un conglomerado histórico actual que transita desde la barbarie a la civilización[3], que incluso en la época presente cuenta con avances,

[3] ELIAS, N. *El proceso de civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.

retrocesos y zigzagueos, pero que, si realizamos un balance global, arroja cierta superioridad económica, ética y política, no tanto por su universalidad[4], sino más bien por su unicidad, razón que permitiría explicar y justificar, entre otros aspectos, el sincretismo cultural y la civilización universal asociados con lo que representa Occidente.

En todo caso y no obstante su diversidad, podemos acotar que este entramado que entreteje la civilización occidental aglutina en su seno una serie de elementos comunes que confieren cohesión y conforman una suerte de mínimo común denominador, entre los que destacan principalmente los siguientes:

- Un marcado individualismo, que considera al individuo como sujeto de derechos y libertades, ínsitos al ser humano, merced a la contribución realizada en tal sentido por la Escuela del Derecho Natural. Con ello se deslinda de una concepción social fundamentalmente grupal, mucho más evidente en otras civilizaciones y latitudes.

- La democracia (*δημοκρατία,* cuyo origen es griego, *dēmos* y *kratos*, que significa el poder del pueblo) y el Estado de Derecho como sistemas políticos sustentados en la representación política emanada del pueblo y en el respeto escrupuloso de la ley por todos los ciudadanos, incluidos tanto los gobernantes, como los que legislan y quienes aplican la ley.

4 HUNTINGTON, S.P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós. Barcelona. 1997, p. 373.

- El capitalismo como sistema económico predominante, sin perjuicio de sus diversas matizaciones y derivaciones en cuanto a su aplicación y desarrollo, en función, entre otros aspectos, de la mayor o menor intervención de la iniciativa privada respecto de la que correlativamente asumen y ejercen los poderes públicos.

- Secularización del Estado, fruto de una tendencia que se ha venido generalizando hasta nuestros días, que refleja la separación entre Iglesia y Estado, una realidad que se remonta a la Baja Edad Media manifestada en la pugna entablada entre el poder temporal y el poder espiritual por la supremacía de uno sobre otro[5]. Con el pensamiento ilustrado, fruto del movimiento de la Ilustración, el proceso de secularización se acelerará y terminará por imponerse.

En suma y, a mayor abundamiento, compendiamos los valores típicamente occidentales y resaltamos los que, a nuestro entender, resultan más significativos[6]: el legado clásico, representado por Grecia y Roma, tal como podremos constatar al desarrollar los cimientos filosófico-político y jurídico, respectivamente; el cristianismo occidental, según corroboraremos al abordar el cimiento religioso; el idioma (sucesivamente griego, latín, francés e inglés); el ya mencionado individualismo, signo diferencial occidental por antonomasia; el liberalismo; el imperio de la ley, base del futuro

5 SUBIRÁN MARCOS, J. *La civilización occidental desde la antigüedad al mundo moderno. Religión, derecho y poder*. Colex S.L. La Coruña, 2022, p. 112.

6 HUNTINGTON, S.P. *Op. Cit.* 1997, pp. 43 y 44; Occidente único, no universal. *Política exterior*. Vol. 11, nº55. 1997, pp. 141 y ss.

constitucionalismo; el respeto de los derechos humanos (sobre todo los derechos que consagran entre los hombres la igualdad y la libertad[7]); la pluralidad de la sociedad civil, que establece e instituye órganos representativos; la democracia; el libre mercado; y, por fin, el laicismo de la sociedad, fruto de la separación entre la Iglesia y el Estado, ya señalado con antelación.

Estos valores no integran una enumeración cerrada del componente axiológico occidental (*numerus apertus versus numerus clausus*), ni han existido siempre y en todo el territorio de Occidente con carácter exclusivo; sin embargo, podemos aseverar que la combinación de todos estos valores ha prevalecido y coincidido en Occidente más que en otras civilizaciones y, por tal razón, la civilización occidental cuenta con un sello distintivo y, en alguna medida, identitario.

Precisamente, la existencia de la civilización occidental se ha asociado con un proceso de largo aliento, oscilante, a menudo detenido en el tiempo, con momentos o puntos de quiebra. En efecto, entre estos últimos, no incluiríamos el declive del Imperio Romano, puesto que, a pesar de su incuestionable desaparición como poder político hegemónico, se mantiene el sustrato espiritual y cultural que lo identificó. Ello no obsta, sin embargo, para que podamos evidenciar, por orden cronológico, aquellos puntos de ruptura más emblemáticos de la civilización occidental:

7 SCHLESINGER, A.M. Jr., en HUNTINGTON, S.P. *Op. Cit.*, 1997, p. 69.

1) El cisma de Oriente del año 1054, que desgaja a los cristianos de oriente y occidente[8], cuyo verdadero embrión se remontaría a la división del Imperio Romano entre los hijos de Teodosio, tras su muerte (Arcadio y Honorio, año 395 d.C.). No en vano durante el primer milenio de nuestra era, lo que hoy entendemos por civilización occidental fue conocida como la cristiandad de Occidente, donde surgieron las Cruzadas y se realizaron conquistas y descubrimientos que permitieron conectar (siglo XVI), entre otros territorios, con lo que hoy se denomina Latinoamérica.

2) La irrupción del islam como poder político de carácter expansivo[9], que desde el norte de África penetra en la Península Ibérica (año 711 d.C.); logra extinguir las comunidades cristianas del norte de África, con la salvedad de los coptos en Egipto; islamiza el Oriente Medio cristiano; y ocasiona la ruptura del mundo ortodoxo bizantino entre norte y sur, al provocar el progresivo desplazamiento del cristianismo ortodoxo hacia el norte y el correlativo dominio del islam en el sur.

3) El resquebrajamiento del mundo occidental cristiano en el siglo XVI como consecuencia de la reforma protestante[10] y el

8 ORLANDIS, J. Oriente y Occidente cristianos (1054-2004). Novecientos cincuenta años de Cisma. *Anuario De Historia De La Iglesia*, *13*. 2004, pp. 247-256.

9 SÉNAC, P. *El occidente medieval frente al islam*. Editorial Universidad de Granada. Granada. 2011, pp. 27 y ss.

10 SVENSSON, M. *Reforma Protestante y tradición intelectual cristiana*. Clie. Barcelona. 2017, pp. 87 y ss.; 137 y ss.

consiguiente cisma norte-sur del cristianismo entre los luteranos, los calvinistas, los anglicanos y los católicos.

Sin poder obviar estas turbulencias de gran calado acaecidas a lo largo de la historia, no podemos negar ni el reconocimiento de la civilización occidental ni su influencia en la sociedad actual, del mismo modo que su asociación con el progreso social, cultural y político de la humanidad.

Sin embargo, esta visión no excluye la aparición de voces críticas que llegan a cuestionar inclusive la existencia misma de la civilización occidental, por entender que la historia de Occidente trasciende el mundo clásico representado por Grecia y Roma[11], toda vez que la historia tradicional ha presentado una versión excluyente de las diferentes civilizaciones, al modo y manera de una historia desarrollada mediante compartimentos estancos, en muchas ocasiones contemplados como opuestos antagónicos. Según esta visión crítica, la civilización occidental ni surgiría enmarcada en el mundo grecorromano mediterráneo, ni tampoco resurgiría con el *rinascimento* italiano, sino que más bien sería el resultado dinámico[12] de la alianza, mezcla, distanciamientos y rupturas entre las distintas y diversas sociedades que atraviesan tiempos y espacios.

11 QUINN, J. *Cómo el mundo creó Occidente*. *4000 años de historia*. Editorial Crítica. Barcelona, 2025.

12 NUEDA LOZANO, A. Reseña. Cómo el mundo creó Occidente. Josephine Quinn. Crítica. 2025. *Vínculos de Historia* nº15. 2026, pp. 549-551.

Desde esta novedosa y disruptiva propuesta, discutible a nuestro juicio cuando menos, se formula una historia de Occidente basada en las conexiones existentes entre las distintas civilizaciones, de cuyos contactos se han originado los cambios históricos más significativos. Con ello se supera la versión tradicional basada en que las civilizaciones actúan y se desarrollan aisladamente o por separado, pues se parte de la idea de que la historia, más que una consecuencia de los pueblos, constituye el resultado de sus pobladores, hasta el punto de que las identidades[13] se producen y reprocesan en interacción constante.

A propósito de esta propuesta, podemos admitir, sin reparos, que la civilización occidental no constituye totalmente una civilización monolítica, dada la gran diversidad de culturas que han compartido en su seno tradiciones históricas y políticas interconectadas, evolutivas con el paso del tiempo. Es más, podemos abundar en que, por lo general, las consideraciones efectuadas sobre la civilización occidental adolecen tradicionalmente de un marcado eurocentrismo. No obstante, ello no es óbice para detectar y afirmar la existencia de un discurrir histórico secular integrado por elementos convergentes, desde la antigüedad hasta la edad contemporánea, que nos permiten delimitar temporal, territorial y axiológicamente el contorno y contenido de la civilización occidental, sobre todo si invocamos como columna vertebral y traemos a colación una relación

13 NUEDA LOZANO, A. *Op. Cit*. 2026, pp. 549-551.

de elementos esenciales (filosófico y político, jurídico, moral y cultural) que la individualizan e identifican muy significativamente.

La afirmación anterior pudiera ser tachada de un excesivo materialismo, por derivar de un criterio eminentemente economicista, cual es el grado de desarrollo económico alcanzado; también podría atribuírsele un exacerbado influjo del colonialismo histórico, que pone en evidencia el desmedido afán por impactar, incidir y penetrar en otras culturas. No es de extrañar por tanto que, a partir de estas premisas, la presencia de Occidente y su pretensión de inocularse en otras culturas haya provocado[14], por lo general, bien el recelo, bien la prevención, ya la indiferencia, ya la displicencia.

Una reticencia que se agudiza más si cabe cuando se trae a colación la polémica relación existente entre civilización occidental y modernidad, un binomio actualizado, sin duda alguna, por el proceso de globalización al que asistimos actualmente en el orden sociopolítico y económico.

En efecto, desde una visión netamente eurocéntrica, Occidente fue la primera civilización en modernizarse y adquirir íntegramente la cultura de la modernidad, hasta el punto de convertirse en una suerte de cultura mundial y global, sin perjuicio de la gran heterogeneidad que la caracteriza. Aun así, el hecho de que el proceso de modernización europea arrancara en el siglo XVIII no puede

14 RODRÍGUEZ GENOVÉS, F. La civilización occidental y sus valores. *El Catoblepas. Revista Crítica del Presente* nº10. 2002, p. 7.

ignorar tampoco el hecho de que la civilización occidental existiera ya mucho tiempo antes del surgimiento de la modernidad.

Precisamente por ello, la expansión de la modernidad europea propicia una posible interpretación desde la perspectiva del colonialismo[15], con todo lo que ello implica y suscita: no solo podría llegar a soslayar las cualidades humanas del individuo y su verdadera esencia, sino que, además, con ciertos visos redentores, hegemónicos e impregnados de una aureola de superioridad, podría ser entendida como el paradigma representativo del control de la economía y del conocimiento. Así, el hecho de esgrimir la modernidad en su haber valores de exportación tales como el capitalismo y el antropocentrismo, constituye el caldo de cultivo abonado para que se generen recelos y animadversiones desde las zonas geográficas y los territorios que, sobre el papel y en teoría, deberían haber recibido las bondades, magnificencias y parabienes del maná identificado con la modernidad.

Ciertamente, esta acusación de un pretendido colonialismo vertida sobre el modelo occidental, no exento de universalismo, logra aflorar animadversión en su contra, de tal manera que la modernidad y el desarrollo que este modelo abandera no necesariamente justificaría su implantación y réplica automática; más bien al contrario, como lógica reacción, se ha desencadenado un

15 MEJÍA GONZÁLEZ, L.; CUJÍA BERRÍO, S.E; LIÑÁN CUELLO, Y.I. Desarrollo sostenible: Crítica al modelo de civilización occidental. *Revista de Filosofía* Nº especial 2021. Universidad del Zulia. Maracaibo, pp. 58-64.

resurgimiento de las culturas autóctonas, que han logrado fidelizar su esencia para diferenciarse de Occidente (al respecto, sería conveniente tener en cuenta el ejemplo extendido en los países musulmanes y asiáticos orientales). En consecuencia, la pretendida aureola de superioridad asociada tradicionalmente a la civilización occidental ha fortalecido como autodefensa lo que se ha denominado el proceso de "*indigenización de segunda generación*"[16].

De esta constatación surge el aporte original que pretende imprimir y acuñar este estudio en aras de reivindicar y reafirmar el protagonismo de la civilización occidental a lo largo de la historia, desde la antigua Grecia hasta nuestros días, mediante el análisis transversal de aquellos cimientos que, a nuestro juicio, constituyen la verdadera columna vertebral de Occidente, entendido este como modelo de civilización actual que hunde sus raíces en la historia.

A tal fin, se abordará el aporte del derecho romano como cimiento jurídico de la civilización occidental, pero no de manera exclusiva, aunque sí especial, puesto que, a nuestro entender, la configuración de la civilización occidental es el resultado de un sumatorio, en cuyo desglose el componente filosófico, el moral y el cultural, aunado evidentemente al jurídico, moldean el pensamiento y el modo de vida occidental hasta nuestros días.

16 DORE, R. *Unity and Diversity in Contemporary World Culture*. Basic Books. Nueva York, 1982.

Por lo anteriormente señalado, nuestra reflexión se centra en el gran reto ante el que se halla Occidente en la actualidad, que no debería consistir, a nuestro juicio, tanto en pretender inocular su modelo a cualquier precio en otras sociedades mediante la exportación de sus valores, al modo de un fenómeno neocolonial, sino que debería tender más bien a preservar, adaptar y actualizar los rasgos que identifican e individualizan su arquetipo de civilización.

En este sentido y, en aras de arrojar luz, realizar propuestas y obtener respuestas, nos formulamos una pregunta más que sugerente y pertinente en nuestros días: ¿somos testigos directos, en verdad, de una crisis irreversible de la civilización occidental?; ¿son suficientemente sólidos los cimientos de la civilización occidental, incluido el cimiento jurídico encarnado por el derecho romano, para sostener su vigencia actual?

Al respecto, por su conexión con el tema abordado, debemos tener en cuenta algunas de las causas a las que tradicionalmente se ha atribuido la decadencia del Imperio Romano, entre ellas principalmente[17], el afán desmedido por el lujo y el progresivo distanciamiento socioeconómico entre la ciudadanía, todo ello en un escenario presidido por la corrupción política e institucional. Sin grandes estridencias, pues, ni excesivos argumentos forzados, podemos conectar el pasado con el presente, en un escenario presidido por el desencanto de una ciudadanía escéptica que no

17 GIBBON, E. *Decadencia y caída del Imperio romano*. Gredos. Madrid, 2023; ORDINE, N. *La utilidad de lo inútil*. Acantilado. Barcelona. 2013, pp. 34 y 35.

encuentra respuestas eficaces en la solución de sus necesidades básicas y cotidianas.

Sin obviar las objeciones planteadas, esgrimimos la civilización occidental como referente global y estandarte del bienestar, de la estabilidad socioeconómica y de la democracia como sistema político consolidado. En este sentido, los pilares –cimientos- sobre los que se ha gestado, considerados todos ellos en su conjunto y no aisladamente, así lo certifican y, por tal motivo, este estudio los desarrolla, conecta, integra y coordina.

A tal fin, se adopta un método analítico, que parte de la selección de aquellos componentes que, a nuestro juicio, sostienen el entramado de la civilización occidental desde una retrospectiva histórica hasta el presente, haciendo hincapié en sus signos más representativos, con una referencia especial, en modo alguno excluyente, al aporte del derecho romano en Occidente.

Para ello, se toma en consideración distintas perspectivas históricas, que se desarrollan, complementan y retroalimentan: la historia de las ideas, la historia en general, la historia del derecho y, por fin, la historia del derecho romano en particular, en un recorrido histórico transversal (filosófico, religioso-moral, cultural y jurídico) que arranca en la edad antigua y se proyecta hasta la actualidad.

II. EL CIMIENTO DE LA RAZÓN: LA FILOSOFÍA GRIEGA

La civilización griega supo protagonizar el paso del mito al logos en lo que al conocimiento respecta y deslindó debidamente ambos escenarios: por un lado, Aristóteles, al distinguir lo transmitido sin demostración por la tradición mítica en relación con la demostración de aquello que se afirma; por otro, Platón, al descubrir el sentido oculto de los mitos. Esta novedad en la esfera del intelecto fue asimilada perfectamente por la filosofía griega, al lograr acuñar la pervivencia de los problemas y concepciones del mito en el marco del lenguaje conceptual filosófico.

De ahí que la cultura occidental no solo hereda de la Grecia antigua[18] la precisión filosófica o científica, sino también el individualismo filosófico, merced a una serie de razones, entre ellas, el sondeo efectuado a fondo de la realidad; la comprensión de los límites, condiciones y fines de la condición humana; y, sobre todo, la captación del misterio del destino del hombre. La altura de miras alcanzada por la filosofía griega en este sentido justificará el auxilio y complemento del mito para poder proporcionar respuestas a los temas fundamentales planteados por el hombre, puesto que lo que no logra comprender la filosofía por sí misma podría hallar su respuesta a través del protagonismo y la presencia de los mitos.

Si nos referimos al mundo presocrático[19], ya los filósofos milesios (Tales de Mileto, Anaximandro, Anaxímenes) plantearon el

18 MURILLO, I. *Historia de la filosofía antigua*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 2021, p. 32.

19 KIRK, G.S.; RAVEN, J.; SCHOFIELD, M. *Los filósofos presocráticos*. Gredos. Madrid. 2024, pp. 111 y ss.

problema de la unidad en la diversidad, en el marco de la búsqueda de un principio último de la realidad, dentro del mundo, puesto que los dioses griegos formaban parte de él; por su parte, los pitagóricos centraron su interés en el alma humana y su destino y, a tal fin, entendieron que la armonía debía presidir la vida individual y social; Jenófanes asume los límites del conocimiento humano y, acorde con ello, presenta una teología filosófica racional; Heráclito apunta a una última explicación de todo, el *logos*, lo divino, dios, a través del conocimiento de la verdad y la orientación de la vida conforme a tal verdad; por fin, Parménides diferenció las verdades universales y necesarias (el reino de lo necesario) de las verdades empíricas o meramente fácticas (el reino de lo verosímil o sensible).

Posteriormente, entran en escena los sofistas[20], quienes plantearon una filosofía política modulada más tarde por Platón y Aristóteles, que ha llegado hasta nuestros días.

En efecto, el aporte sofístico contribuyó al desarrollo de la ciencia en general gracias a sus teorías del conocimiento y del lenguaje, mediante la aplicación de criterios racionales a la fundamentación de la conducta humana, lo que produjo la aparición de diversas ciencias (retórica, psicología, gramática, dialéctica, política, historia), cuyo núcleo arraigaba el estudio racional de las diferentes aristas de la realidad humana. No obstante el subjetivismo relativista y la mercantilización del conocimiento que identificó a la sofística, sus representantes alentaron la enseñanza intelectual con

20 DE ROMILLY, J. *Los grandes sofistas en la Atenas de Pericles*. Gredos. Madrid. 2023, pp. 19 y ss.; 197 y ss.

fines prácticos[21], hasta el punto de crear la formación cultural, no solo desde de una perspectiva intelectual, sino también social, así como también imprimieron el arte de educar para desarrollar la formación cultural; abrieron nuevos horizontes al conocimiento del hombre, dado su componente psíquico y complejo; construyeron un nuevo orden que reforzó el plano humano, cónsono con el cosmopolitismo y el derecho a la felicidad humana; y, sobre los dictados de la razón, presentaron una visión progresiva y optimista del futuro del hombre.

Aspectos tradicionalmente asociados a los sofistas, tales como el relativismo y escepticismo, el antropocentrismo, la opinión sobre la verdad, o el conocimiento pragmático, resultan extrapolables hasta nuestros días, sobre todo lo concerniente al protagonismo de las ciencias empíricas frente a las concepciones filosóficas y religiosas tradicionales; el escepticismo sobre la esencia y destino del ser humano, como derivación del agnosticismo atisbado en Protágoras[22]; la importancia de la publicidad y la fuerza del relato –la retórica elevada a la categoría de arte- como instrumento de manipulación y ejercicio de la demagogia. En suma, el pensamiento sofista nos compele en su tiempo a inquirir como sociedad el juego y presencia de un binomio que afecta a la esencia misma del sistema democrático, con plena actualidad en tiempo real: la coexistencia, más o menos compatible, entre los conceptos de lo relativo y de lo absoluto.

21 DE ROMILLY, J. *Op. Cit*. 2023, pp. 45 y ss.
22 KIRK, G.S.; RAVEN, J.; SCHOFIELD, M. *Op. Cit*. 2024, pp. 289 y ss.

Sócrates (siglo V a.C.) representa el primer gran filósofo de la Grecia antigua[23]. Centra su discurso en el conocimiento auténtico y seguro de la verdad universal a partir de la experiencia (método inductivo, que transita de lo particular a lo general) y del diálogo, de tal manera que mediante la formación de conceptos –noción universal- se describe la esencia de las cosas para poder orientar la conducta humana y conocer unos valores verdaderos, con una finalidad fundamentalmente ética, al margen de los intereses personales de cada individuo.

Otro de los grandes filósofos griegos es Platón, cuyo pensamiento goza de gran influencia en la actualidad[24], toda vez que los principales problemas filosóficos ya fueron planteados por él, hasta el punto de erigirse, junto a su discípulo Aristóteles[25], en uno de los filósofos con mayor influencia en la cultura occidental, pues su pensamiento va a ser recogido y transmitido, en mayor o menor medida, por los Padres de la Iglesia griegos, San Agustín, Dionisio Areopagita, Boecio, San Buenaventura, Santo Tomás de Aquino; Nicolás de Cusa, Galileo, Descartes[26], Espinosa, Leibnitz, Locke[27], Newton, Kant[28] o Husserl, entre otros.

23 TAYLOR, A.E. *El pensamiento de Sócrates*. Fondo de Cultura Económica de España, S.L. Madrid, 2024.

24 GRUBE, GEORGE M.A. *El pensamiento de Platón*. Gredos. Madrid, 2026.

25 HALL, E. *La senda de Aristóteles*. Editorial Anagrama S.A.U. Barcelona, 2022.

26 LE MEUR, Y. El sustrato filosófico de la modernidad en la civilización occidental. *INGENIUM. Revista de historia del pensamiento moderno* nº4, julio-diciembre, 2010, pp. 155-170.

27 LE MEUR, Y. *Op. Cit*. 2010, pp. 171-173.

28 LE MEUR, Y. *Op. Cit*. 2010, pp. 173-176.

La herencia platónica actual se magnifica por los problemas que el filósofo griego aborda (realidad, conocimiento, verdad, lenguaje, ética, política, origen y destino del mundo, naturaleza y destino del hombre, existencia y misterio de Dios), así como también por el modo de plantearlos y resolverlos.

En efecto, destacamos entre las enjundiosas reflexiones platónicas lo atinente a la permanente insatisfacción humana; la concepción de la realidad a través de los universales, una realidad que no debe reducirse a lo meramente objetivable y a lo inmediatamente dado en el mundo de la experiencia sensible, según prepondera la ciencia experimental y la tecnología, sino que ha de elevarse a una instancia superior, el mundo de las ideas, conciliando por su través la teología y la filosofía –teísmo filosófico y teología filosófica-; el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer en derechos y deberes; el carácter instrumental de la ciencia y de la tecnología, que nunca han de constituir un fin en sí mismo con fines de dominación, sino que más bien deben ser un instrumento secundario de servicio, complementario, ante la finalidad de comprender el universo.

Aristóteles es el discípulo aventajado de Platón, llegando a superar incluso a su maestro[29]. A pesar de presentar ambos filósofos enfoques y planteamientos distintos, entre ellos se detectan

29 ACKRILL, J.L. *Aristotle, the Philosopher*. Oxford University Press. Oxford, 1981.

afinidades y huellas más que evidentes[30]: uno continúa al otro; ambos completan de forma compatible la potencia y el acto, la materia y la forma. Esta simbiosis permite integrar, a través del compromiso, la experiencia sensible aristotélica en el mundo platónico de las ideas, esto es, el entendimiento agente en el entendimiento pasivo.

Entre los aportes de Aristóteles a la filosofía actual[31] destacamos la creación y perfeccionamiento de la lógica formal; el carácter hipotético y revisable de los puntos de partida y de llegada en las ciencias; la perennidad, por inherente a la naturaleza humana, del tratamiento de la felicidad, la virtud, el vicio, el placer, el dolor, el amor y la amistad. Además, la invocación del punto medio como símbolo de virtud y de equilibrio (*in medio stat virtus*); la relevancia de la experiencia y de la razón en la teoría del conocimiento, al proponer la experiencia y la intelección de la realidad, mediante la superación de lo empírico, para alcanzar lo necesario y eterno, una propuesta que nos adentra en los linderos de la metafísica.

La importancia de la herencia aristotélica radica en que fue transmitida en la Edad Media[32] por los árabes (Avicena, Averroes), los judíos (Maimónides) y los cristianos (Tomás de Aquino).

30 REALE, G.; ANTISERI, D. *Historia del pensamiento filosófico y científico. I Antigüedad y Edad Media*. Herder Editorial. Barcelona. 1988, p. 163.

31 SELLARS, J. *Lecciones de Aristóteles: Comprender al más grande filósofo de todos los tiempos*. Taurus. Madrid, 2024.

32 LEÓN FLORIDO, F. *Aristóteles medieval. De la recepción a la crisis*. Sindéresis. Madrid. 2023, pp. 9 y ss.

Tal es la impronta de Aristóteles en la filosofía que la cultura europea no puede concebirse sin su contribución. Su expresión sobre temas filosóficos se ha convertido en un lenguaje referencial, hasta el punto de que, en la actualidad, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito científico donde las ideas aristotélicas resultan periclitadas por los avances científicos, vertientes filosóficas contemporáneas tan influyentes como la analítica, la fenomenológica, la hermenéutica y la neorrealista se hacen eco del pensamiento aristotélico[33], principalmente en lo atinente a la lógica, la retórica, la estética, la ética, la psicología, la política y la metafísica.

En suma, la filosofía aristotélica nos permite calibrar las potencialidades de la filosofía incluso en pleno siglo XXI, pues muchas de las dudas planteadas por el padre espiritual y académico de los filósofos peripatéticos siguen planteándose en la actualidad.

Continuando en el tiempo, si hacemos un repaso de la filosofía helenística y romana, con sus antiguas y nuevas escuelas, encontramos una indudable huella en la civilización occidental, de manera más o menos directa (Descartes, Espinoza, Kant, Adam Smith, Hume, Rousseau, Nietzsche, Marx)[34].

33 VIGO, A.G. *Aristóteles y la filosofía actual*. Conferencia dictada en el Centro de Estudios Públicos, 2 de mayo de 2018, en https://estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/65/71 (consultado con fecha 03/07/2026).

34 NUSSBAUM, M.C. *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística*. Paidós. Barcelona. 2003, p. 22.

Así sucede, por ejemplo, con el estoicismo[35], expresión consagrada de actitudes últimas ante la vida en situaciones de crisis, una visión que renace en la Edad Moderna tras el ostracismo al que le relegó el cristianismo por su concepción del consuelo y de la caridad; con el epicureísmo[36], basado en la sobriedad, autodominio y placer contenido, que apuesta por el proceso biológico para justificar el surgimiento y desarrollo de los seres vivos, así como reafirma su desconfianza en la actuación política; o, por fin, con el escepticismo[37], que amén de canalizar la duda universal en el ser humano como antídoto frente al dogma, lo irracional o la verdad absoluta, alberga en su sesgo más radical el agnosticismo o el pragmatismo extremo.

Por fin, en este transcurrir histórico de la filosofía con influencia en el pensamiento actual haremos una referencia especial al neoplatonismo[38], un movimiento filosófico encuadrado entre los siglos I y VI d.C. que supone el renacimiento del pensamiento más maduro y elaborado de Platón, un intento de recuperar la religión en un escenario pagano a través de la experiencia que supone la conversión al cristianismo. Efectivamente, difícilmente podemos entender la metafísica occidental (por ejemplo, en el caso de Hegel) sin el aporte neoplatónico. En la actualidad, el neoplatonismo nos conduce a una reflexión interesante, puesto que el avance de las

35 MARCO AURELIO. *Meditaciones*. Gredos. Madrid, 2025.

36 GARCÍA GUAL, C.; LLEDÓ, E.; HADOT, P. *Filosofía para la felicidad. Epicuro*. Errata Nature Editores. Madrid, 2013.

37 SÁNCHEZ DURÁ, N. *Mirar con cuidado. Filosofía y escepticismo*. Editorial Pre-Textos. Valencia, 1994.

38 LLOYD, R.A. *Anatomy of Neoplatonism*. Clarendon Press. Oxford University Press, Oxford, 1998.

ciencias naturales y técnicas pondera en exceso la experiencia sensible –expresión del mundo exterior-, en detrimento del mundo interior y la idea de Dios, nociones que constituyen, en puridad, la verdadera esencia de la filosofía, entendida esta como la capacidad de intuir lo último y la dimensión más íntima del universo.

A modo de colofón, pues, sobre la filosofía griega como cimiento de la razón en la civilización occidental, podemos concluir que en Occidente existe filosofía porque en la Grecia del siglo VI a.C. nació el arte de filosofar a propósito de temas imperecederos que trataban de escrutar y hallar la verdad última de todo, esto es, la verdad filosófica. En este sentido, se plantearon cuestiones que se siguieron formulando durante el medievo, la modernidad e, incluso, la actualidad, entre las que podemos destacar, por su relevancia, lo atinente al conocimiento, a la ética, al destino humano y a la esencia misma del hombre.

Y es que, frente a la pretendida defenestración en nuestros días de la filosofía por parte de las ciencias[39], emerge y se reivindica el poso y la fuerza de la filosofía antigua[40], tan imperfecta como limitada, pero todo un referente en lo que concierne a la búsqueda, la indagación y la reflexión omnicomprensivas; una referencia proyectada más allá del mundo experimental y sensible, dirigida a la mejor e íntima comprensión del enigma que constituye el ser humano.

39 ORDINE, N. *Op. Cit*. 2013, pp. 105-111.
40 ORDINE, N. *Op. Cit*. 2013, pp. 46 y ss.

III. EL CIMIENTO DE LA RELIGIÓN: EL CÓDIGO MORAL JUDEOCRISTIANO

Una de las razones por las que el código judeocristiano ha sido y sigue siendo considerado uno de los cimientos de la civilización occidental se debe a la penetración del cristianismo en los lugares donde nació y siguió desarrollándose la filosofía, hasta el punto de que la filosofía y el cristianismo entraron en conflicto en la exposición y argumentación de sus respectivos posicionamientos al abordar las mismas cuestiones y los mismos arcanos: la justicia, la virtud, el conocimiento, la razón, la verdad, la esencia del hombre, la felicidad, la eternidad o la transcendencia, algunos de estos aspectos conexos con la misma existencia de Dios.

Precisamente, esta convergencia temática propiciaría tanto la disputa, rayana con el conflicto, como la aproximación entre cristianismo y filosofía antigua, sobre todo a través del pensamiento filosófico helenístico y romano (el estoicismo, el platonismo, el aristotelismo y el neoplatonismo). De ahí que, sin obviar el cariz eminentemente religioso del cristianismo, podemos señalar que su aparición originará la división más profunda en la historia de la filosofía[41], del mismo modo que incidirá notablemente en la historia de la metafísica, principalmente a partir de la idea medieval de la creación, en cuya virtud se confiere sentido a la existencia del mundo

41 MARÍAS, J. *Historia de la filosofía*. 27ª edición. Biblioteca de la Revista de Occidente S.A. Madrid. 1975, p. 101.

y del hombre (*In principio creavit Deus caelum et terram*, Génesis 1, 1), una idea de la que surge la filosofía moderna a partir de su contrapunto con la noción de la nada, un importante punto de inflexión que arrojará la distinción entre el ser de Dios y el ser del mundo, es decir, entre el ser creador y el ser creado.

En efecto, algunos filósofos se convirtieron al cristianismo y, fruto de esta coexistencia dialéctica, se lograría una síntesis superadora en Occidente, donde la filosofía griega confluye con el pensamiento judeocristiano, donde la razón y la fe convergen a través de una mutua penetración que permitirá configurar un nuevo entramado filosófico: el pensamiento escolástico. Todo ello sin omitir las críticas vertidas a esta mezcolanza como causante de una verdadera degeneración del cristianismo[42], justificadas en gran medida a propósito de la filosofía mosaica[43] y del pensamiento de los gnósticos cristianos[44], pero más difícilmente extrapolables a los Padres de la Iglesia de lengua griega y latina (entre ellos y, por este orden, los apologetas Justino y Tertuliano, amén de los alejandrinos Clemente y Orígenes)[45], quienes asumieron la labor de especular en los primeros siglos del cristianismo para diseñar la primigenia dogmática cristiana con la finalidad de sortear la polémica suscitada con motivo de las herejías y del paganismo propios de la época.

Surge así el movimiento de la Patrística, que llegará a su culmen con San Agustín, quien representará en el plano filosófico el paso de

42 MURILLO, I. *Op. Cit*. 2021, p. 324.
43 REALE, G.; ANTISERI, D. *Op. Cit*. 1988, pp. 353-356.
44 MURILLO, I. *Op. Cit*. 2021, p. 32; MARÍAS, J. *Op. Cit*. 1975, p. 105.
45 REALE, G.; ANTISERI, D. *Op. Cit*. 1988, pp. 358-366.

la edad antigua a la época moderna, reconduciendo al cristianismo[46] a través de filosofar en la fe, el hallazgo de la persona y la incidencia en la metafísica de la interioridad, esto es, en el escenario del mundo interior y de la intimidad del ser humano, reputado para el hombre como el verdadero camino de encuentro de sí mismo y, a la vez, de Dios. Todo ello sustentado en el concepto de amor, que dota de consistencia al hombre y determina su destino, terrenal y ultraterrenal, con la finalidad de filosofar desde la fe cristiana y poder explicar, por ejemplo, aspectos tan relevantes y significativos en su época como la creación y la redención.

La conexión del cristianismo con la filosofía antigua permitió reconducir los mitos y las creencias, un proceso consolidado con la expansión posterior del pensamiento cristiano[47], merced, entre otras causas, a la diáspora judía; a la unidad del Imperio Romano, que lo asume como religión oficial y monolítica; y a su misión mística destinada a aportar un sentido espiritual a la presencia del hombre en la tierra.

Fue tal la fuerza del cristianismo y su incidencia popular, que llegó a superar con creces el influjo ejercido por la filosofía aristocrática del estoicismo, el epicureísmo y el neoplatonismo. Para ello contó con la organización instituida por la Iglesia, hasta el punto de que la historia del cristianismo tendería a confundirse con la

46 REALE, G.; ANTISERI, D. *Op. Cit*. 1988, pp. 379 y ss.

47 AMAR, A. *Europa ha hecho al mundo. Una historia del pensamiento europeo*. Plaza & Janés. Barcelona. 1968, p. 52.

historia de la Iglesia; a su vez, el cristianismo tuvo que recurrir a la filosofía para sobrevivir en el mundo romano y conservar la unidad de la cristiandad, ante la amenaza representada por las distintas herejías respecto del misterio de la Trinidad (adopcionismo, arrianismo, nestorianismo, docetismo), de tal modo que el cristianismo se erigió en guardián y protector de la doctrina, una razón más que significativa para precisar de una teología y articularla.

A tal fin se producirá en la Baja Edad Media europea el momento cumbre de la teología y de la filosofía, fruto, principalmente, de acontecimientos tan relevantes como la creación de las universidades, la fundación de las órdenes mendicantes y la aparición de obras filosóficas ignotas hasta entonces en Occidente, conocidas gracias al aporte de los filósofos árabes y judíos (Avicena, Maimónides) y a la penetración de la cultura griega y arábiga.

Surge el pensamiento escolástico, con algunos precedentes contrastados[48], cuyo punto culminante está representado por Alberto Magno, Buenaventura de Bagnoregio y, sobre todo, por Tomás de Aquino. La escolástica resulta incardinada plenamente en el teocentrismo medieval, de tal guisa que, al igual que sucediera con la Patrística, sus principales problemas de estudio y reflexión son de índole teológica, a través de los que surgirán cuestiones filosóficas

48 Entre ellos, Boecio, Casiodoro, Isidoro de Sevilla, Escoto, Anselmo de Aosta, Escuelas de Chartres y de San Víctor, Pedro Abelardo, Pedro Lombardo. Al respecto, REALE, G.; ANTISERI, D. *Op. Cit*. 1988, pp. 403 y ss.

inmersas en el mundo del hombre cristiano y de la retórica que alimentaba la especulación.

En efecto, con Tomás de Aquino nace la verdadera teología, diferenciada nítidamente de la pastoría y concebida en su cualidad de ciencia autónoma como ciencia de la fe[49]. Su finalidad radica, primordialmente, en demostrar la existencia de Dios con argumentos derivados de la inteligencia humana, una derivación de la divina, superando con ello la, hasta entonces, mera vía de autoridad para justificar que Dios existía. En este sentido, la teología necesitó a la filosofía y la ciencia suponía una forma de ascender a Dios y de tributarle un homenaje. Precisamente, dicha confianza en la inteligencia humana, en la razón, fue la base del movimiento intelectual europeo que, siglos después, originará el movimiento científico.

Tomás de Aquino supera la demostración de la existencia de Dios por el mero análisis lógico, tal como haría San Anselmo en el siglo XI, y propone para tal fin el argumento inductivo a partir de la experiencia, de tal manera que es el mundo real, diverso, ordenado y a la vez imperfecto, el que nos conduce a la certeza de la existencia divina. En suma, la inteligencia y la inducción permiten al tomismo demostrar la existencia de Dios a partir de la observación sensible[50].

49 GILSON, E. *El tomismo. Introducción a la filosofía de santo Tomás de Aquino*. Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). Pamplona. 2014, pp. 55 y ss.

50 GILSON, E. *Op. Cit.* 2014, pp. 157 y ss., 273 y ss.

Al mismo tiempo, para el cristianismo el hombre es considerado una criatura finita[51], como el mundo, contingente, dotada de razón, de tal manera que el saber es especulativo y racional, lo que explicará que la razón humana, creada por Dios, especule sobre el hombre y el mundo, presagio del pensamiento renacentista, ya no tan religioso, radicado en el humanismo y en las ciencias de la naturaleza, ejes de la filosofía y metafísica modernas, que no hacen sino continuar la labor de la escolástica y, por ende, del pensamiento vivo de los griegos.

Así pues, para el tomismo, la teología no desplaza a la filosofía, de la misma manera que la fe no sustituye a la razón, puesto que la fuente de la verdad es solo una[52]. En todo caso, la preeminencia de la fe sobre la razón resulta más que evidente, hasta el punto de poder esgrimir una suerte de filosofía cristiana basada en las nociones de la creación y de la dependencia absoluta de Dios, con una conclusión categórica ante una eventual colisión entre razón y fe[53]: si una proposición filosófica racional contradice un aserto de fe, el error es, sin ninguna duda, imputable a la filosofía.

Sin embargo, el siglo XIV constituye el fin de la Edad Media, coincidente con la ruptura del equilibrio existente hasta el momento entre la razón y la fe, circunstancia que agudizará el declive de la concepción unitaria de la sociedad humana y su marcada división en

51 GILSON, E. *Op. Cit.* 2014, pp. 157 y ss., 247 y ss.
52 GILSON, E. *Op. Cit.* 2014, pp. 291 y ss.
53 REALE, G.; ANTISERI, D. *Op. Cit*. 1988, pp. 495-498; MARÍAS, J. *Op. Cit*. 1975, p. 163.

sociedad temporal y sociedad espiritual, trasunto del binomio netamente diferenciado entre el poder temporal y el poder espiritual[54], cuyas funciones y facultades comienzan a replantearse.

El marco metafísico tradicional es objeto de crítica y surge una lógica autónoma y rigurosa, separada nítidamente de la realidad, la cual logrará impulsar la tradición experimental y, por ende, formulará una nueva lógica que ordenará el pensamiento, aclarará el lenguaje y dotará de realismo al saber.

No se trata de conciliar fe y razón, sino de expresar con toda su fuerza ambos universos, en palabras de Guillermo de Ockham, el filósofo representante del nominalismo por antonomasia que deslinda categórica y decisivamente la lógica de la metafísica: en su virtud, no aplican los tradicionales aforismos "*intelligo ut credam*" o "*credo ut intelligam*", sino su resultado conjunto "*credo et intelligo*".

Ello conlleva aparejado un nuevo método de investigación científica que no atiende tanto al qué de los fenómenos –esencia, encarnada en la metafísica- sino más bien al cómo –función, expresada en la física-[55]. Sucumbe así la tradición escolástica y, con ello, la ciencia medieval –*via antiqua*-, a la vez que emerge una nueva física –*via moderna*-, una nueva concepción del saber científico que predominará durante los siglos XV y XVI.

54 SUBIRÁN MARCOS, J. *Op. Cit.* 2022, pp. 82-85.

55 LEMAITRE DEL CAMPO, J.L. *Guillermo de Ockham, Punto de Partida del Pensamiento Moderno*. Editorial Hernán Cortes. Santiago de Chile, 2025.

Así pues, la primera fase del pensamiento europeo está marcada por el humanismo cristiano. Sin embargo, la mutación espiritual del ser humano reflejada a través del pensamiento científico dará paso a una nueva fase, un espíritu nuevo[56] que deriva hacia lo terrenal; representa el espíritu científico moderno; asiste a la mutación de la lógica aristotélica de la causalidad por la lógica de la relación o confrontación de los fenómenos; y se traducirá posteriormente, según constataremos, en la explosión artística del Renacimiento humanista, donde fe y razón se sostienen mutuamente.

A modo de conclusión en este apartado, podemos destacar que el pensamiento judeocristiano alcanza su zénit con la esperanza del hombre trascendente, no solamente desde una perspectiva cósmica, sino también como una máxima vital que atribuye un sentido a la presencia humana, cuyo resultado dependerá, en último término, de la gracia divina, alfa y omega del ser humano.

IV. UNA BREVE REFERENCIA AL RENACIMIENTO Y A LA ILUSTRACIÓN COMO CIMIENTOS CULTURALES

En este estudio histórico transversal sobre la civilización occidental no podemos prescindir, aunque sea de manera breve, dada su trascendencia y repercusión, del cimiento cultural que encarnan,

56 BUTTERFIELD, H. *Los orígenes de la ciencia moderna*. Taurus. Madrid, 2019; ÁLVAREZ GÓMEZ, A. *El racionalismo del siglo XVII*. Síntesis. Madrid. 1999, pp. 13-32.

respectivamente, los movimientos del Renacimiento y de la Ilustración, no obstante que aparezcan incidentalmente mencionados e invocados en alguno de sus distintos apartados, ya como contrapunto en el análisis de la época medieval, ya como coadyuvante en el desarrollo y consolidación de una época moderna que fungirá como preámbulo necesario de la liquidación del Antiguo Régimen y de la consiguiente implantación del Estado Liberal.

Vimos como el hombre del siglo XV, ante la crisis de la teología y merced a una notoria inspiración franciscana, llevó a cabo un viraje hacia el mundo externo en pos de una ciencia de la naturaleza, cuyos modelos culturales rescatan el patrón grecolatino. Triunfa el espíritu del Renacimiento de la mano del humanismo, que aflora en todos los ámbitos (ciencia, derecho, religión, moral, filosofía)[57], con una continuidad de la tradición greco-medieval y el surgimiento de una nueva idea de la naturaleza impulsada por razones filosóficas, basada en supuestos metafísicos y desarrollada a través del método inductivo, que obtiene leyes universales partiendo de los fenómenos y de la experimentación. El espíritu del Renacimiento se plasma en un renacer cultural[58] inspirado en el ideal de libertad, no exento de escepticismo y esperanza.

El Renacimiento constituye un período de tránsito entre la filosofía moderna y la medieval en el que discurren tres fuerzas

57 AA.VV. (Coord. González García, M.; Sánchez Fernández, A.). *Renacimiento y modernidad*. Tecnos. Madrid. 2017, pp. 89 y ss.

58 AA.VV. *Op. Cit*. 2017, pp. 27 y ss.

culturales dignas de mención, dada su influencia ejercida: el Humanismo, que sustituye al teocentrismo medieval y sitúa al hombre en primer plano, dotado de libertad, pero acosado por la angustia y la inseguridad; la Reforma protestante[59], que logra aglutinar la angustia e inseguridad imperantes, de la que surgirá el luteranismo y la Iglesia anglicana, con el consiguiente recorte del poder del Papa y de la Iglesia; y el pujante avance científico a través de múltiples manifestaciones (cartografía, nuevas técnicas de navegación, descubrimiento de nuevos territorios, expansión marítima y comercial, fortalecimiento de la burguesía, esbozo del precapitalismo, aparición de instrumentos y adminículos de gran utilidad práctica como la brújula, la pólvora y la imprenta).

Este componente científico será decisivo en el advenimiento de la Modernidad, a través de una serie de cambios más que considerables[60], como son: el tránsito del geocentrismo de Ptolomeo al heliocentrismo de Copérnico; las leyes de Kepler; el paso del teocentrismo al antropocentrismo naturalista; el recorrido de Aristóteles a Galileo, con dos métodos claramente diferenciados respectivamente, por un lado, el utilitario y pragmático (saber es poder), frente al que enarbola la primacía de las matemáticas sobre la experiencia con una clara distinción entre las cualidades secundarias, subjetivas y no cuantificables respecto de las cualidades primarias, objetivas y cuantificables.

59 MARÍAS, J. *Op. Cit*. 1975, pp. 265-267.
60 AA.VV. *Op. Cit*. 2017, pp. 445 y ss.

En el plano político, el Renacimiento impulsará la creación de los Estados nacionales bajo el paraguas de las monarquías absolutas (Florencia, Francia, España, Inglaterra)[61], fuertes unidades políticas en manos de un poder absoluto justificadas de forma racional tras la desmembración de los últimos vestigios del otrora Imperio Romano.

Ya en el siglo XVII se plantea por primera vez el problema filosófico, con Descartes a la cabeza, asumiendo los problemas capitales de la filosofía[62]: el hombre, la sustancia pensante, que existe, duda y piensa, en busca de la verdad; el mundo, la sustancia extensa, que se desarrolla mecánica y dinámicamente *more geométrico*, tomando el relevo de la dialéctica del siglo XIII; y la razón, el criterio de la evidencia, el único valioso para el hombre, con tintes idealistas, en la medida que es el yo quien funda el ser de las cosas y estas aparecen tal como lo son para cada uno. En su virtud, mediante la razón se puede obtener el verdadero conocimiento al margen de la experiencia, y dicho conocimiento resulta válido, universal y eterno.

El Racionalismo se presenta como un antídoto frente al Empirismo[63], fundado este en las ciencias naturales y en el conocimiento a través de los sentidos, así como en la negación de las ideas innatas y del conocimiento con validez universal y necesaria. Por ello, el Racionalismo menosprecia la labor sensorial, basada en la experiencia, cónsona con una información confusa e incierta, a veces

61 HALE, J.R. *La Europa del Renacimiento*. Siglo XXI Editores. Madrid. 2016, pp. 79 y ss.; 147 y ss.
62 ÁLVAREZ GÓMEZ, A. *Op. Cit*. 1999, pp. 55 y ss.
63 ÁLVAREZ GÓMEZ, A. *Op. Cit*. 1999, pp. 280-310.

falsa. Frente a la inducción esgrimida por el Empirismo, el Racionalismo invoca el método deductivo (de lo general a lo particular), lo que permite construir el conocimiento sobre ideas y principios evidentes e innatos.

A partir de la razón, Descartes pretende confeccionar una teoría del universo, para lo cual se debe demostrar que existe un mundo exterior y que este existe sustancialmente[64]: A tal efecto, solo existe lo que resulta matematizable, por contar con una figura, un tamaño y estar dotado de movimiento; además, la física, geometrizada y algebraizada, quedará subsumida en la cinemática, basada en el principio de inercia (no hay cambio de estado de movimiento o reposo si no se produce un choque con otro cuerpo), así como en el principio de la conservación del movimiento, que se mantiene constante entre los cuerpos que chocan.

Una manifestación de la corriente empirista es el movimiento cultural de la Ilustración[65], toda vez que muchos de los postulados ilustrados (ideológicos, económicos y políticos, entre otros) deben su origen al Empirismo de los siglos XVI a XVIII.

La Ilustración supone el fin de la especulación metafísica del siglo anterior, no obstante convertirse en realidad en el movimiento difusor de las ideas ya gestadas en el siglo XVII. La rigidez, la disciplina, la jerarquía, la tradición y los dogmas dan paso a nociones

64 ÁLVAREZ GÓMEZ, A. *Op. Cit*. 1999, pp. 39-52; 105 y ss.
65 MESTRE SANCHÍS A. *La Ilustración*. Síntesis. Madrid. 1993, pp. 17 y ss.

tan novedosas como la libertad, la igualdad, la independencia o la religión natural teñida de anticristianismo y anticlericalismo[66]. La Ilustración pone en práctica las ideas, por el hecho de serlas, según los dictados de la razón. *L´Ancien Régime* se tambalea y la Revolución Francesa (1789) certificará su defunción.

La Ilustración pretende compendiar el conocimiento científico y difundirlo, en detrimento de la filosofía tradicional, que resulta vulgarizada (*L´Encyclopédie*, Diderot y D´Alembert, 1750-1780)[67]: el pensamiento es racional y el conocimiento se obtiene a través de la experiencia. Se trata de un movimiento cultural principalmente francés (Voltaire, Montesquieu, Rousseau)[68], pero que contó con su versión en Alemania[69] –*Aufklärung*, *Iluminación*- en su intento de popularizar la filosofía con un espíritu racionalista y científico, si bien con menor fuego revolucionario y anticlericalismo que en Francia, puesto que la Reforma Protestante ya había logrado horadar en cierta medida la tradición católica.

Fruto del influjo sucesivo y concurrente principalmente de movimientos tales como el Humanismo, el Racionalismo, el Empirismo y la Ilustración el Estado Liberal desbanca al Antiguo

66 MESTRE SANCHÍS A. *Op. Cit*. 1993, pp. 55 y ss.

67 CERNUSCHI, A.; GUILBAUD, A.; LECA-TSIOMIS, M.; PASSERON, I. *Oser l´Encyclopédie – Un combat des lumières*. EDP Sciences. Paris. 2017, pp. 9 y ss.

68 GINZO FERNÁNDEZ, A. *La Ilustración francesa. Entre Voltaire y Rousseau*. Cincel. Madrid. 1985, pp. 109 y ss.; 147 y ss.; 154 y ss.

69 VÁZQUEZ LOBEIRAS, M.J. La Ilustración como desafío para nuestro presente: algunas notas acerca de la Ilustración en Alemania. *Areté*. Año 23, Vol. 35, nº1. 2023, pp. 212-229.

Régimen[70] y se instauran los principios políticos, económicos y sociales sobre los que se asientan los sistemas democráticos actuales, entre los que cabe destacar: la abolición del régimen señorial y del sistema gremial medieval; la igualdad de todos los hombres ante la ley; la legalidad; la racionalidad y nacionalidad de las leyes; la soberanía nacional; el reconocimiento y protección de los derechos individuales; la división de poderes; y el constitucionalismo.

V. EL CIMIENTO JURÍDICO, EL DERECHO ROMANO:

Otro componente que configura la argamasa intelectual de Occidente, junto al filosófico, el religioso y el cultural, es el representado por el sistema jurídico romano, lo que nos conduce inexorablemente a situar histórica, política y sociológicamente el ordenamiento jurídico de los romanos en el marco de la civilización romana, desde sus orígenes (753 a.C., *ab urbe condita*)[71] hasta su ocaso, ya, inicialmente, con la pérdida de la parte occidental del Imperio en manos de los pueblos bárbaros (476 d.C.), tras la toma de Roma por el rey Odoacro y el derrocamiento del emperador Rómulo Augústulo; ya, definitivamente, con la toma por el Imperio otomano de Constantinopla (1453 d.C.), último bastión y reducto del otrora Imperio Romano de Oriente, el Imperio bizantino.

70 MÉTHIVIER, H. *La fin de l'Ancien Régime*. Presses Universitaires de France (PUF). Paris, 1996.

71 MONTANELLI, I. *Historia de Roma*. Plaza & Janés. Barcelona. 1994, pp. 11-13.

A tal efecto, abordaremos sus peculiaridades, su incuestionable superioridad jurídica, a nuestro juicio, su genialidad y su proyección a lo largo de los tiempos, hasta el punto de poder constatar y certificar a través de diversos mecanismos su carácter de derecho vivo en pleno siglo XXI, fruto de los diversos encuentros que el derecho romano ha entablado y entretejido con la historia.

Para ello partiremos, en primer lugar, de una revisión comparativa del ordenamiento jurídico romano en su contexto histórico primigenio en relación con otros ordenamientos jurídicos anteriores o coetáneos.

A continuación, analizaremos la verdadera esencia del derecho romano mediante la explicación de las notas características más representativas que lo individualizan e identifican, muchas de las cuales han calado hasta nuestros días en los distintos sistemas jurídicos occidentales, lo que nos permitirá extraer y calibrar la verdadera huella del derecho romano en la civilización occidental, hasta el punto de conformar, junto a otros cimientos, el verdadero e imperecedero cimiento jurídico de Occidente.

V.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO ORIGINAL Y PRIMIGENIO

Tomando en cuenta el período histórico previo y coetáneo a la civilización romana, podemos señalar que el pueblo hitita destacó por su gran destreza militar y diplomática; la civilización griega ha

pasado a la posterioridad por su aporte filosófico y político, merced a su paternidad en el proceso intelectual del paso del mito al logos y en la instauración de la democracia como forma de organización política tras otras formas de gobierno (monarquía hereditaria, oligarquía aristocrática y tiranía); la civilización egipcia destacó sobremanera por sus grandes avances en los campos de la medicina y la arquitectura; finalmente, el pueblo babilonio descolló por el desarrollo en algunas ramas de la ciencia (astronomía y matemáticas).

Por su parte, Roma ha trascendido a su tiempo gracias a su impronta imperial, que reunió un inmenso territorio conquistado por el empuje, la habilidad y la estrategia de sus ejércitos y legiones. A este factor militar y político, sin embargo, ha de sumarse su contribución al ámbito del derecho, pues el *Ius Romanorum*, recogido por vez primera en la Ley de las XII Tablas, se ha erigido en uno de los ordenamientos jurídicos más perfectos a lo largo de la historia, hasta el punto de que casi treinta siglos después de sus primeros balbuceos sigue siendo en nuestros días un referente sin igual, que nos permite detectar su huella en gran parte de las instituciones jurídicas que siembran y jalonan los distintos ordenamientos jurídicos de la denominada familia romanística del derecho.

Otras civilizaciones de la antigüedad contaron con manifestaciones jurídicas más o menos relevantes, según se describe a continuación:

Así, por ejemplo, el pueblo hitita (siglos XVIII-XII a.C.), que elaboró el Código hitita[72], del que se discute incluso si se trata en puridad de un verdadero código en el sentido moderno de la palabra, puesto que carece de sistematización, no obstante distinguirse en su contenido dos partes claramente diferenciadas (las materias relacionadas con el derecho civil en la primera tabla, desarrollada a lo largo de unos cien preceptos; y las materias relacionadas con los delitos y castigos en la segunda tabla, también compuesta por otros cien preceptos). Su lenguaje es rudimentario; las soluciones jurídicas aportadas responden más bien a la intuición y se basan en el sentido común; predominan las relaciones patrimoniales sobre las de índole personal, puesto que no regula ni las relaciones paternofiliales ni tampoco la adopción; en el ámbito punitivo, el castigo del delito es individual, no colectivo, con una función más redentora y represora que estrictamente vengativa.

Por su parte, el pueblo griego contó entre sus manifestaciones jurídicas con el Código de Dracón en la época arcaica (621 a.C.)[73], unas leyes caracterizadas por su rigurosidad y severidad, que fueron aplicadas bajo los criterios de generalidad e igualdad; en plena época clásica, coincidiendo con el régimen democrático y el apogeo de la *polis*, los filósofos abordaron temas relacionados con el derecho desde

72 GAUDEMET, J. *Institutions de l´antiquité*. Sirey. Paris. 1967, pp. 84-87; MARCANO SALAZAR, L.M. *Historia del derecho de las civilizaciones antiguas, modernas y contemporáneas*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022, pp. 122-124.

73 ELLUL, J. *Historia de las Instituciones de la antigüedad*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1970, p. 36; MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 150, 151.

un plano fundamentalmente ético, y en este sentido destacó por su honda repercusión la reforma impulsada por Solón (594 a.C.)[74], que aportó soluciones más justas y menos severas, más tarde reformadas por Clístenes al instaurar un sistema democrático de gobierno; en la época helenística, tras la división del Imperio creado por Alejandro Magno, coexisten los diversos derechos de las distintas monarquías helenísticas, con influencias recíprocas entre sí y predominio del derecho griego. Algunas instituciones jurídicas griegas serán recogidas por el derecho romano y este las delineará según sus necesidades (así, por ejemplo, las arras, la hipoteca, la enfiteusis, la anticresis, o la regulación del supuesto específico de la echazón o mercancía arrojada al mar mediante la denominada *Lex Rodia de iactu*).

Por lo que se refiere a Babilonia, procede destacar la gran aportación jurídica realizada por el Código de Hammurabi, homónimo al de su rey impulsor, Hammurabi (1782 a.C.)[75]. Estamos en presencia de la piedra angular del derecho antiguo hasta la irrupción en escena del derecho romano. Su verdadera finalidad fue proteger a los débiles y asegurar la libertad de cada individuo, consagrando a tal fin las tradiciones más arraigadas de sumerios y acadios para, así, afianzar la incipiente unidad política lograda entre ambos pueblos.

74 BUIS, E.J. Del derecho griego (Solón, F60a [R]) a las XII Tablas: un caso de intertextualidad jurídica. Florentia Iliberritana. *Revista de estudios de Antigüedad Clásica*, n.º 19. 2008, pp. 39-70.

75 GAUDEMET, J. *Op. Cit*. 1967, pp. 19-22; MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 129-133.

Su estructura, si bien cuenta con un prólogo y un epílogo, guarda un cierto orden en la presentación de las normas, pero en modo alguno refleja las clasificaciones contempladas posteriormente por el derecho romano. Su estilo es breve y conciso con referencia a los casos concretos más habituales de la vida diaria, a los que se asigna una solución jurídica. En el ámbito de los delitos y las penas[76], presenta una regulación muy severa y rigurosa, con la ley del talión como insignia en función de la condición social de la víctima y del victimario.

En el caso de Egipto[77], a pesar de la información escasa sobre la existencia del Código de Bocchoris (rey de la dinastía XXIV, 717-712 a.C.) y del Código de Hermópolis (siglo III a.C.), cuya regulación en ambos supuestos se ceñía principalmente al ámbito del derecho privado (obligaciones, intereses del préstamo, responsabilidad patrimonial del deudor, alimentos entre cónyuges, propiedad, arrendamiento, sucesiones), lo cierto es que a través de algunas fuentes jurídicas[78] se puede constatar la elaboración y redacción de leyes durante la civilización egipcia. En todo caso, difícilmente pudieron entenderse sus manifestaciones como recopilaciones de leyes trascendentes para la posterioridad, a pesar de la concepción existente entre los egipcios de que la prosperidad alcanzada por ellos

76 GAUDEMET, J. *Op. Cit*. 1967, pp. 26-28.

77 MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 142, 143.

78 Entre ellas destacan la estela de Gizeh (IV y V dinastía); el decreto de Neferirkare Kakai (V dinastía); los decretos de Coptos (VI y VII dinastía); y el decreto de Horemheb (1.300 a.C.).

estaba asociada a la sabiduría de sus leyes, razón por la cual imperaba la creencia de contar con una legislación superior a toda la conocida hasta entonces[79], una convicción generalizada que habría contribuido a asegurar su aceptación y aplicación entre los egipcios.

Respecto al pueblo hebreo, sus fuentes jurídicas más importantes[80] fueron los Diez Mandamientos; el Éxodo o Código de la Alianza, relacionado con los Códigos hitita y de Hammurabi; el Deuteronomio; el Levítico o Código Sacerdotal; el Michmá; y el Talmud. El derecho hebreo tuvo un origen divino, era inmutable y guardaba una estrecha relación con la religión hebrea.

A modo de conclusión, podemos confirmar que el derecho de los pueblos del antiguo Oriente se corresponde con el propio de su época: mantiene un origen divino; evoluciona con los tiempos, sobre todo en lo que se refiere a la capacidad de la mujer o la propiedad individual, lo cual no obstaba para que se evidenciaran rasgos marcados de su primitivismo y arcaísmo en aspectos tales como la jefatura paterna en la familia, la inferioridad de la mujer, la vigencia de la poligamia y el repudio de la mujer.

En suma, pues, si hacemos una valoración de los derechos anteriores a la civilización romana y los comparamos con lo que supuso en su momento la aparición del derecho romano en la historia,

79 GUILLEMIN, J.J. *Historia antigua*. Imprenta de Narciso Ramírez. Barcelona. 1858, p. 138.

80 GAUDEMET, J. *Op. Cit*. 1967, pp. 99-101; MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 163-167.

podemos afirmar que el nivel presentado por el ordenamiento jurídico romano, incluso en su época más primitiva, resulta muy superior al alcanzado por los pueblos que precedieron y coincidieron temporalmente con la civilización romana.

Para corroborar lo afirmado tomaremos en cuenta, a título de ejemplo y referencia, la primera ley romana escrita, esto es, la Ley de la XII Tablas, exponente por antonomasia del derecho romano arcaico o primitivo (*Ius civile*)[81], no obstante haber sido elaborada y aprobada en los primeros años de la República romana (*circa* 450 a.C.)[82], tras el derrocamiento del último de los reyes etruscos (Tarquinio el Soberbio, 509 a.C.).

En efecto, las *Leges duodecim tabularum* recogen principalmente las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), con algunas novedades surgidas en el fragor de las tensiones creadas entre patricios y plebeyos. En plena sintonía con el espíritu republicano de la época en que se gesta la Ley[83], se designa una primera comisión de magistrados con la función específica de legislar (*decemviri legibus scribundis*), que fructificará con la redacción de las primeras diez tablas, seguidas por otras dos tablas, redactadas un año después a cargo de una nueva comisión decenviral.

---

81 CASTRESANA, A. *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. 3ª edición. Tecnos. Madrid. 2017, p. 43.

82 BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, p. 102.

83 KUNKEL, W. *Historia del derecho romano*. Ariel. Barcelona. 1994, pp. 31-33; STEIN, P.G. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI España Editores. Madrid. 2001, pp. 4-8.

El lenguaje de la Ley, si bien presenta un latín arcaico, incluye preceptos imperativos ("*si in ius vocatio, ito*", si alguien es llamado a juicio, que vaya), cuya inobservancia acarreaba la maldición de los dioses (*sacratio*), prueba evidente, al igual que sucedía en la generalidad de los derechos primitivos[84], de la gran relación existente entre el derecho y la religión, con unos linderos entre sí no fáciles de distinguir (*ius/fas*).

El hecho de que las XII Tablas presentaran una ordenación sistemática muy marcada constituye ya, a nuestro entender, una prueba cualificada de la superioridad del derecho romano con relación a otros sistemas jurídicos de la edad antigua[85]: efectivamente, el orden empleado en la exposición por la codificación decenviral coincide correlativamente con la importancia que los romanos atribuyeron a las distintas ramas del derecho.

En su virtud, las tres primeras regulan el proceso, aspecto de gran relevancia para los romanos, pues el ordenamiento jurídico no era tanto un sistema de derechos, sino más bien un sistema de acciones[86], hasta el punto de resultar irrelevante contar con derechos si no se podían hacer valer en juicio.

84 BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2013, p. 25.
85 KUNKEL, W. *Op. Cit*. 1994, pp. 33-39.
86 CASTRESANA, A. *Op. Cit.* 2017, pp. 45-50.

La tabla cuarta regulaba la familia, organización político-social por antonomasia sobre la que gravitaba la sociedad romana[87], una familia agnaticia basada en vínculos de poder y no sanguíneos; una consecuencia de la relevancia de la familia en Roma es el hecho de que la quinta tabla aborde la sucesión[88], pues, por su través, se asegura la continuidad de la familia; a continuación, la sexta y séptima tablas se refieren a los bienes y los derechos sobre estos[89], los modos de su adquisición y transmisión, así como las relaciones de vecindad entre predios, toda vez que los bienes integran el patrimonio de la familia (*res mancipi*), que permite asegurar tanto su subsistencia como su supervivencia.

A su vez, acorde con la trascendencia de los castigos y las penas en el derecho primitivo, las tablas octava y novena regulan la parte penal de la Ley[90]; por fin, las últimas tablas, cuyo contenido es más desconocido, abordan algunas cuestiones de derecho público y temas diversos que complementan las tablas anteriores, entre los que destacan la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos, las funciones de los *quaestores parricidii*, el enterramiento de cadáveres o la derogación de las leyes anteriores al código decenviral.

87 PANERO ORIA, P. El derecho en Roma, en *El derecho romano en la universidad del siglo XXI: catorce siglos de historia y catorce de tradición* (Coord. R. Panero Gutiérrez). Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, pp. 47-48.

88 HERRERO MEDINA, M. *Génesis del sistema sucesorio romano*. Comares. Granada, 2020; FILIPPI DE GHIRARDI, M.C. Sucesión ab intestato en la ley de las XII tablas. *Anuario de Derecho Civil* nº17. 2002, pp. 117-124.

89 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. La posesión: relación jurídica universal de equidad. *Revista General de Derecho Romano. Iustel* nº31, 2018.

90 BARQUÍN PANCORBO, A. Fundamentos históricos del derecho penal y principio de legalidad: de los códigos de la Magna Grecia a las XII Tablas de Roma. *Revista Sistema Penal Crítico* nº6, 2025.

Ya desde el momento de su confección, la Ley de las XII Tablas presenta marcadas diferencias y un halo de superioridad respecto de otros derechos de la época antigua, tal como lo demuestran las siguientes consideraciones: en primer lugar, se crea una comisión *ad hoc* para su redacción; su resultado presenta una sistematización netamente destacable, en función de la importancia gradual de las materias abordadas; la Ley adquiere una fuerza obligatoria derivada de su promulgación, lo que denota la asunción del imperio de la ley como uno de sus principios básicos[91]; su contenido reafirma el individualismo predicable del derecho romano, frente a la concepción grupal del derecho primitivo en general, lo cual no obsta para que haya de modularse en función del interés común y rija una suerte de "*egoísmo disciplinado*", tal como señalaba R.V. Ihering[92], a modo de equilibrio; además, destaca su contribución en el delineamiento de las distintas instituciones jurídicas (familia, herencia, obligación, delito, posesión).

Asimismo, y ello constituye una gran diferencia cualitativa del derecho romano, tras la publicación de las XII Tablas, su interpretación estuvo a cargo del Colegio de Pontífices, configurando muy tempranamente con ello una jurisprudencia pontifical, prefacio

91 HUNTINGTON, S.P. *Op. Cit*. *Política exterior*. Vol. 11, nº55. 1997, pp. 141 y ss.

92 Ver al respecto, CARRILLO DE LA ROSA, Y.; CARRILLO VELÁSQUEZ, A. & CANO ANDRADE, R. Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 14(28). 2022, pp. 475-495.

de la jurisprudencia republicana posterior, aristocrática y laica[93], que logrará convertir el *ius* en *ars*, esto es, el derecho elevado a la categoría de verdadera ciencia[94], para lo cual recurrirá a definiciones, conceptos, clasificaciones y principios con la finalidad de explicar y comprender sus instituciones.

La incidencia de los valores extrajurídicos en el derecho romano (*libertas, fides, bona fides, iustitia, aequitas, humanitas*, *utilitas*) se constata como consecuencia de su estrecha vinculación con la noción de justicia –*iustitia*-, dado que para los romanos el derecho está orientado a conseguir en la vida cotidiana la justicia, entendida esta como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde[95], no tanto en su cualidad eterna e inmutable como un compendio de virtudes, sino como una justicia terrenal que tiende a lograr el bien común mediante el deslinde entre lo justo y lo injusto, entre lo lícito y lo ilícito[96].

Relacionado con la noción del derecho justo, requiere una mención especial en lo que al derecho romano concierne la noción de *aequitas*, un factor corrector frente a su exacerbado formalismo representativo de la época primitiva[97]. En su virtud, el derecho se va

93 CANNATA, C.A. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos. Madrid, 1996, pp. 43-58.

94 *Iuris prudentia* (Ulpiano, Digesto 1, 1, 10, 2).

95 D. 1, 1, 10.

96 D. 1, 1, 1, 1.

97 BERNAD MAINAR, R. Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del análisis económico del Derecho. *RIDROM* nº22. 2019, pp. 55 y ss.

adaptando a las costumbres y sentimientos arraigados en la conciencia colectiva de los romanos para evitar la aplicación de soluciones injustas emanadas de la estricta rigurosidad de las normas (*summum ius, summa iniuria*), todo ello en aras de la consecución del justo equilibrio entre el derecho y la realidad.

En este sentido, el protagonismo de la magistratura del *praetor* (*urbanus, peregrinus*)[98] resulta más que significativa, de manera tal que, por su través, tanto el *ius praetorium* como el *ius gentium* ayudan, suplen y corrigen la iniquidad ínsita al viejo y rígido *Ius civile*. Ante la progresiva y significativa influencia del cristianismo y del estoicismo en el derecho romano, la *aequitas* tendió a identificarse con otros términos de honda raíz cristiana (*humanitas, pietas, charitas, benevolentia*, *amicitia*, *utilitas*), lo que contribuiría a aproximar, más si cabe, las nociones de *ius* y *iustitia* en el derecho romano.

Una prueba más que evidente de la honda incidencia del componente moral en el derecho romano es su identificación con la tríada de principios (*Tria concepta*) sobre los que gravita, al condensar su contenido y espíritu en estas máximas[99]:

- *Honeste vivere*, esto es, la reivindicación del hombre honesto (*vir honestus*) se identifica con el hombre bueno (*vir bonus*), que actúa conforme a la ley en aras del logro del bien común, representado por

98 CARRILLO DE LA ROSA, Y.; CARRILLO VELÁSQUEZ, A. & CANO ANDRADE, R. *Op. Cit*. 2022, pp. 482-484.

99 D. 1, 1, 10, 1.

el arquetipo de un buen padre de familia (*bonus paterfamilias*), todo un símbolo en la sociedad romana, que ha trascendido como modelo de comportamiento en el derecho positivo de nuestros días (ex artículo 1104 del Código civil);

- *Neminem laedere*, vale decir, el debido actuar sin perjudicar al otro, lo cual no obsta para que, ejercitando legítimamente un derecho, se pueda perjudicar al otro, toda vez que, según dicta el derecho romano, quien actúa en el ejercicio legítimo de un derecho no perjudica a nadie, "*qui suo iure utitur, neminem laedit*"; y, por fin,

- *Tribuere suum cuique*, en aplicación del principio de la justicia distributiva a la vida cotidiana, que permite, mediante la atribución a cada uno de lo que le corresponde conforme a derecho, alcanzar el preciado don de la justicia.

V.2. LA VERDADERA ESENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

No obstante que algunos caracteres propios de los derechos primitivos puedan ser extensibles al derecho romano en su época primitiva o arcaica (un derecho rudimentario, casuístico, severo y cruel en los castigos y las penas, influido y estrechamente conectado con la religión, ritual y simbólico, repetitivo y escasamente innovador, consuetudinario, claramente integrado por los usos y costumbre de los antepasados), también podemos destacar que cuenta con unos caracteres que lo individualizan, hasta el punto de

conferirle una identidad propia, así como, a nuestro juicio, una superioridad jurídica en modo alguno cuestionable.

Entre los caracteres identitarios del derecho romano señalamos los siguientes:

- El *civis romanus* sintió pasión por el derecho, puesto que Roma halló en el derecho un aliado de excepción en la solución de los problemas a medida que se planteaban, lo que le atribuye, al mismo tiempo, una doble caracterización prototípica, la de un derecho casuístico y, a su vez, pragmático[100], cónsono con la idiosincrasia romana.

- La tradición cuenta con una importancia más que significativa, lo que en el ámbito del derecho se traduce en el respeto y la observancia de la costumbre, de ahí su carácter originariamente consuetudinario. En este sentido, tal como se ha señalado con antelación, el derecho romano redactó por escrito las costumbres de los antepasados en su primera codificación[101], la Ley de las XII Tablas.

Ello no obsta, sin embargo, para que el derecho romano se adaptara a las nuevas necesidades, según iban apareciendo, y se actualizara: en primer lugar, a través de la asunción de algunas excepciones a las reglas y principios tradicionales; posteriormente,

100 Sobre el pragmatismo del Derecho romano, BERNAD MAINAR, R. Op. Cit. *RIDROM* nº22. Abril 2019, pp. 72-101.

101 SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid. 2000, pp. 107-111.

mediante el establecimiento de tales excepciones que, paulatinamente, se consolidan y se convierten en regla general.

- El derecho romano constituye un sistema orgánico y completo, preferentemente en lo que al derecho privado se refiere, sin perjuicio de su proyección también al ámbito del derecho público[102].

- Roma consagra el principio de libertad del individuo como antídoto frente a la arbitrariedad del poder público[103], y así establece una sólida tríada sobre la que se articula, integrada por el individuo, la libertad[104] y el derecho privado. De ahí que el principio de libertad constituya un principio medular presente en el derecho romano, extensible a sus diversas manifestaciones[105] (contractual, adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales, sucesiones).

- Si bien el respeto a la libertad civil refleja un arraigado individualismo, con centro en el individuo[106], a diferencia del carácter grupal y colectivo de los demás derechos primitivos, ello no obsta para que exista un poder corrector en aras del interés común como genuina expresión del egoísmo disciplinado, expresión referida por R.V. Ihering[107] al caracterizar el derecho romano.

---

102 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*. Dykinson. Navarra, 2019.

103 CIURO CALDANI, M.A. *Lecciones de filosofía del Derecho privado (Historia)*. Edit. Fundación para las investigaciones jurídicas. Rosario. 2003, pp. 24-25.

104 SCHULZ, F. *Op. Cit*. 2000, p. 163.

105 SCHULZ, F. *Op. Cit*. 2000, pp. 169 y ss.

106 DÍEZ-PICAZO, L. El sentido histórico del Derecho civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* XXXIX. 1959, pp. 616-619.

107 Al respecto, BETANCOURT SERNA, F. El espíritu del Derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho español* nº53. 1983, p. 559, en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134436 (consultado con

- Unidad y conservación de la familia como contrapeso al exceso de la libertad civil, encarnada esta última en el individuo: emerge así la necesaria estabilidad patrimonial y familiar requerida para la conservación e indivisión de la propiedad familiar[108]. Por tal razón, no resulta extraña la relevancia concedida en Roma a las instituciones jurídicas de la familia y de la herencia, ambas complementarias entre sí y, como hemos señalado, secuenciadas sucesivamente en la Ley de las XII Tablas (IV y V Tabla).

- Aun cuando el *Ius civile Romanum* fue originariamente privativo y exclusivo del pueblo romano, de manera tal que se aplicó exclusivamente a los ciudadanos romanos[109] hasta la *Constitutio Antonina* de Caracalla (212 d.C.), otorgante de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, podemos subrayar que el derecho romano supone el resultado de una evolución histórica que se desarrolla a lo largo de distintas etapas (*ius civile, ius honorarium, ius praetorium, ius gentium, ius novum*).

Tal circunstancia lo convierte en un sumatorio, como resultado de sus diferentes períodos históricos (monarquía, república, principado, alto y bajo imperio). En su virtud, se logra confeccionar un normativismo a partir del embrión que representaron las

fecha 25/06/2026).

108 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium-Nexus. *Passagens* Vol. 7, nº2. 2015, pp. 142 y ss.

109 BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2001, p. 29.

costumbres de los antepasados, con el complemento determinante[110] de la jurisprudencia, entendida esta como doctrina y ciencia del derecho, a lo que habría que añadir la intervención de los emperadores.

- El derecho romano se caracteriza por su simplicidad y sencillez en las soluciones[111], lo que se compaginó con una legislación no muy profusa, en aras de la eficacia, toda vez que el sistema jurídico romano respondía a un gran pragmatismo y entendía, en consonancia, que la legislación debía ser precisa, concreta y comprensible para el ciudadano.

- Mención especial merece el genio y la creatividad jurídica romanos, ambas notas manifiestas a lo largo de las distintas etapas del derecho romano.

Una genialidad refrendada no solo mediante la recopilación de las *mores maiorum* en la codificación decenviral y su interpretación posterior a cargo del Colegio Pontifical, en su cualidad de primera jurisprudencia religiosa, sino también a través de la valiosa contribución efectuada por el *praetor*, magistrado titular de la *iuris*

110 Respecto del papel y protagonismo de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales en el Derecho romano, ver, respectivamente, DOMINGO, OSLÉ, R. La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* nº81, 2. Madrid. 2004, pp. 371 y ss.; BUENO DELGADO, J.A. Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho. *RIDROM*. 11-2013, pp. 378-435.

111 SCHULZ, F. *Op. Cit*. 2000, pp. 89-91.

dictio (*do iudicem, dico formulam, addico rem*)[112], quien logrará gestar el *Ius praetorium* y el *Ius gentium* en su intención de actualizar y flexibilizar el viejo *Ius civile*, preñado de formalismos y excesiva rigurosidad.

Fruto de la elaboración del *edictum* por parte del *praetor*[113], de su traslación parcial anual –*edictum traslaticium*- y de su posterior cristalización –*edictum perpetuum*-, tras la labor de ordenación efectuada por el jurista Salvio Juliano a instancia del emperador Adriano, se logrará fijar su contenido y erigirse en una fuente jurídica permanente, no susceptible de modificaciones.

En esta misma línea de creatividad y genialidad propia del derecho romano tenemos que subrayar también la excelencia alcanzada por este en el periodo del derecho romano clásico[114], la época de mayor auge y brillantez jurídica, que discurre paralelamente con un entorno político estable, bien propicio para encauzar con acierto el tránsito del sistema republicano al imperial, en un marco pacífico anhelado por el pueblo romano (*Pax Augusta*), tras incesantes años de guerra, conquistas, turbulencias y gran inestabilidad política.

El control del emperador se extiende también al campo del derecho: así, las constituciones imperiales (*edictum, mandatum,*

112 ADAME GODARD, J. *Curso de derecho romano clásico. Doctrina y casos. Tirant lo Blanch*. Ciudad de México. 2024, pp. 79 y ss.
113 ADAME GODARD, J. *Op. Cit*. 2024, pp. 44 y ss.
114 ADAME GODARD, J. *Op. Cit*. 2024, pp. 20 y 21.

decretum, rescriptum) se asimilan a las *leges*[115]; además, los senadoconsultos se convierten en verdaderas fuentes del derecho, llegando a desplazar paulatinamente a las leyes comiciales[116], al regular cuestiones relacionadas con el *ius privatum*[117], a diferencia de lo que sucediera en la época preclásica, en la que proliferaron más los senadoconsultos relacionados con el *ius publicum*.

Surge en este periodo del derecho romano clásico la jurisprudencia más prestigiosa[118], refrendada por escuelas que generarán una abundante producción jurídica (*commentarii, regulae, opiniones, deffinitiones, differentiae, responsa, quaestiones, institutiones*), con un talante escasamente teórico y un pragmatismo sin igual.

Esta situación privilegiada de la jurisprudencia como fuente del derecho romano clásico continuará hasta el siglo III d.C. en sus distintas etapas históricas homónimas en función de la familia gobernante (augustea, antonina y severiana), con la particularidad de que, en algunas ocasiones, llegará a contar con el reconocimiento

115 *Institutiones Gai* 1, 5.

116 Estas leyes son utilizadas por el emperador para obtener una respuesta a sus proyectos políticos, tal como sucedió en época de Augusto, por ejemplo, con la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, con la finalidad de fomentar la natalidad entre los romanos.

117 *S.C. Velleianum, Macedonianum, Trebellianum, Pegasianum*, *Silanianum,* que regularon, respectivamente, cuestiones relativas a la fianza y al préstamo, los fideicomisos sucesorios, y la responsabilidad de los esclavos en el supuesto de que su amo fuera asesinado en casa. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. Los senadoconsultos en la formación del Derecho romano, especialmente en el ámbito del Ius privatum. *Revista General de Derecho Romano, Iustel* nº21, 2013.

118 ADAME GODARD, J. *Op. Cit*. 2024, pp. 47-49.

expreso del emperador –*ius publice respondendi*-[119], de tal suerte que las respuestas de las juristas así distinguidas se aplicaron en futuros casos similares.

- La época del derecho postclásico, tras el Principado, representó el declive en la evolución del derecho romano[120], merced principalmente, entre otras causas, al poder ilimitado asumido por el emperador en todos los ámbitos, incluido el jurídico; la pérdida territorial de la parte occidental del Imperio tras la invasión de los pueblos barbaros; y el exilio forzado de los juristas, que resultaban incómodos para el emperador en plena época del Dominado o Imperio Absoluto.

No obstante el panorama descrito, la aportación del emperador Justiniano[121] en el siglo VI dirigida a la conservación y sistematización del derecho romano resultó encomiable y ciclópea.

Así es, podemos afirmar que más del noventa por ciento del derecho romano que conocemos en la actualidad se debe a la labor recopiladora del emperador bizantino. Desde su llegada al poder, no solo se centró en la recuperación territorial del Imperio occidental, sino también en la tarea de recopilar el mejor derecho romano, concretamente el derecho clásico. A raíz de esta iniciativa se alumbró

119 PARICIO SERRANO, F.J. *Respondere ex auctoritate principis: eficacia de las respuestas de los juristas en la experiencia jurídica romana*. Marcial Pons. Madrid, 2018.

120 ADAME GODARD, J. *Op. Cit*. 2024, pp. 21, 54 y 55.

121 VALIÑO, A. La gran compilación jurídica. *Stilus*. Invierno 2014, pp. 42-45; MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 241-247.

la compilación justinianea (*Codex, Digestum, Institutiones, Novellae*), reconocida posteriormente en la Edad Media como *Corpus Iuris Civilis*[122], para distinguirla del *Corpus Iuris Canonici*[123].

El verdadero valor del derecho romano justinianeo, amén del estrictamente recopilatorio y sistematizador (*leges, iura, institutiones*), radica en haber logrado preservar el derecho romano existente hasta el momento, tras el advenimiento de los pueblos germánicos[124], más toscos y menos diestros en el cultivo de las artes y de la cultura.

Y es que, aunque los pueblos bárbaros no mostraron especial interés por el derecho ni por la ciencia jurídica, lo cual facilitó la progresiva influencia del derecho romano cuando aquellos comenzaron a recoger por escrito sus costumbres y a legislar[125], lo cierto es que no llegaron a desdeñar el ordenamiento jurídico romano, sino que lo asimilaron y terminaron por incorporarlo en su derecho.

A través de esta penetración, el sistema jurídico romano, lejos de desaparecer y resultar absorbido por el derecho germánico, permaneció durante la Alta Edad Media y resurgió con fuerza en la Baja Edad Media al calor de las Universidades y de la ingente labor realizada por glosadores y posglosadores. Junto al derecho canónico,

122 MEDINA DE LEMUS, M. El "Corpus Iuris Civilis". Historia y ediciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 72, nº636. 1996, pp. 1905 y ss.

123 DUVE, T. El "corpus iuris canonici": una introducción a su historia a la luz de la reciente bibliografía. *Prudentia Iuris* nº7. 2006, pp. 71 y ss.

124 TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de historia del derecho español*. Tecnos. Madrid. 2016, pp. 97-99.

125 TOMÁS Y VALIENTE, F. *Op. Cit*. 2016, p. 101.

se erige en uno de los pilares fundamentales del *Ius commune*, una suerte de derecho común que fungió como supletorio e incidió con mayor o menor fuerza[126], según los casos, en los distintos territorios europeos tras la desmembración del poder unitario que en su momento encarnó el Imperio Romano.

La huella del derecho romano se torna indeleble en la civilización occidental hasta nuestros días, a pesar de los distintos vaivenes históricos y jurídicos que se producirán durante la Edad moderna y la Edad contemporánea[127], incluido el periodo codificador, coincidiendo con el fin del Antiguo Régimen y el nacimiento del Estado Liberal, tras el triunfo de la Revolución Francesa, derrocada la monarquía absoluta como forma de gobierno e instalado con fuerza el constitucionalismo.

En suma, pues, el ordenamiento jurídico romano, como verdadero cimiento jurídico, constituye uno de los sellos de identidad por antonomasia de la civilización occidental. Uno de sus emblemas, el imperio de la ley (*non sub homine, sed sub Deo et lege*), se erige en la columna vertebral sobre la que gravita la civilización moderna.

V.3. HUELLA DEL DERECHO ROMANO EN LA CIVILIZACIÓN OCCIDENTAL

126 PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Séptima edición. El Faro. Madrid, 2005.

127 FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1992.

Sin duda alguna, no podemos soslayar la gran incidencia y proyección del derecho romano durante la existencia de la civilización romana (siglos VIII a.C.-VI d.C.).

Tampoco podemos obviar la convivencia entre los derechos romano y germánico, tras la invasión del Imperio romano de occidente por parte de los pueblos bárbaros (en el año 476 d.C., el Rey Odoacro conquista Roma)[128]: efectivamente, amén de la redacción de leyes propiamente germánicas (entre ellas, *Lex Salica, Lex Ripuaria, Lex Baiuwariorum, Lex Alamannorum*), estos pueblos elaboraron otras leyes en las que el derecho romano se entremezcla con algunas costumbres germánicas (*Leges Theoridicianae*, Código de Eurico, Breviario de Alarico o de Aniano, *Lex Romana Wisigothorum*, *Codex Revisus* de Leovigildo, *Liber Iudiciorum*, Capítulos Gaudenzianos, *Lex Bungurdionum*).

Una mezcolanza que arrojó como resultado una recíproca influencia entre ambos ordenamientos jurídicos[129]: por un lado, el derecho germánico absorbe la seguridad jurídica propia de un sistema jurídico más evolucionado y desarrollado, con el consiguiente relegamiento del papel preponderante que hasta entonces había albergado la costumbre; y, por otro, el derecho romano absorbe el tinte colectivo propio del derecho germánico que contrasta con el extremado individualismo que le había caracterizado.

[128] ALVARADO PLANAS, J. *El problema del germanismo en el Derecho español. Siglos V-XI*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

[129] MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 269, 270.

Así pues, si bien el derecho romano dejó de estar vigente tras las invasiones bárbaras, el Breviario de Alarico ya fue objeto de estudio en los primeros años de la Universidad de Bolonia, del mismo modo que en la Universidad de Pavía el derecho romano auxilió en su estudio al derecho longobardo[130], hasta el punto de convertirse aquel en subsidiario de este.

Será al calor de las universidades medievales, tras su nacimiento en los siglos XI-XIII, cuando el derecho romano vuelve a emerger, protagonizando el que se ha denominado su segundo encuentro[131] con la historia.

Gracias a la labor de los glosadores (Irnerio y sus discípulos, siglos XI-XIII), una vez desgajado el derecho de la retórica, se estudia y consulta el derecho romano justinianeo en sus textos originales y completos, concretamente en el Digesto (*Littera Bonosiensis*, manuscrito hallado en Bolonia), desplazando con ello el uso de resúmenes y epítomes, tal como había sucedido hasta entonces. El método de la glosa ensalza y reverencia el derecho romano, único derecho imperial (*unum esse ius, cum unum sit imperium*), que no solo

130 GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, R.R. El libro del derecho longobardo. *Arbor* nº109. 1981, pp. 123-128.

131 TORRENT RUIZ, A. La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del Derecho europeo. *SDHI* n°81. 2015, p. 479.

refuerza su connotación histórica, sino que también resurge como un derecho plenamente vigente[132] para la época en todo el viejo Imperio.

Agotada la aportación de los glosadores (*Magna Glosa*, Accursio), continúa la labor el movimiento de los posglosadores, comentaristas o comentadores (siglos XIII-XV, Cino da Pistoria, Bártolo de Sassoferrato, Baldo Ubaldi, Juan Andrés, Nicolás de Tudeschi, conocido también como el Abad Panormitano)[133], ya no con una actitud de idolatría hacia los textos romanos, sino más bien con una visión más pragmática dirigida a aportar soluciones desde la práctica jurídica a las cuestiones singulares cotidianas, sin obviar a tal efecto la relación existente entre el derecho romano y el derecho estatutario o municipal[134]. El método de los comentaristas es inductivo (los casos particulares permiten extraer reglas generales); se centra en la discusión de los temas mediante el recurso a la dialéctica y a la argumentación como criterios persuasivos (ya con base en la equidad empleada por la jurisprudencia, o en el argumento de autoridad, a través de la colación de opiniones ajenas de reconocido prestigio); además, su estilo literario resulta arduo y lacónico, lo que dificultará su accesibilidad y comprensibilidad.

132 PANERO GUTIÉRREZ, R. El derecho romano y su recepción en Europa, en AA.VV. (Coord. Panero Gutiérrez, R.). *Op. Cit*. 2005, pp. 151-157.

133 CANNATA, C.A. *Op. Cit*. 1996, pp. 147, 148.

134 WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Lex Nova. Valladolid, 1998, p. 64; STEIN, P.G. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI España Editores. Madrid. 2001, pp. 92-97.

Así pues, a diferencia de lo que pudiera parecer en una primera aproximación, la etapa medieval logró transmitir el derecho romano tal cual lo recopiló en su momento el emperador Justiniano[135]. Ello permitiría su conservación en Italia y en Francia (siglos VII-XI). A partir de aquí las universidades toman el relevo, hasta el punto de que el derecho romano, junto con el derecho canónico y los elementos propios del derecho feudal, se amalgaman en el denominado *Ius commune*, un derecho común supletorio en toda Europa[136], en relación con los respectivos derechos particulares de los distintos territorios tras la desmembración del Imperio romano y su posterior reconfiguración. El *Ius commune* irrumpe con fuerza y se consolida como elemento integrador de la cultura judeocristiana común europea.

En la Edad moderna la visión teocrática de la vida da paso al Humanismo[137], engarzado dentro del movimiento cultural del Renacimiento, que asume la referencia del mundo greco-romano y el ensalzamiento de la figura del hombre en todos los ámbitos. En el seno del Humanismo se distinguen dos corrientes diferenciadas[138]: la naturalista, de carácter laico, y la cristiana. En lo que al derecho concierne, la Edad moderna supuso la continuación de la tradición

135 PANERO GUTIÉRREZ, R. Op. Cit., en AA.VV. (Coord. Panero Gutiérrez, R.). *Op. Cit*. 2005, pp. 137-140.

136 TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid, 2007; STEIN, P.G. *Op. Cit.* 2001, p. 103.

137 FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pp. 88-93.

138 FERNÁNDEZ BARREIRO, A. La dimensión político-cultural del humanismo jurídico. *SCDR* n°12. 2000, pp. 69 y ss.

jurídica medieval y la asunción del argumento de autoridad como eje en la interpretación del *Corpus Iuris Civilis* –*mos italicus*-[139]; del mismo modo se adopta una visión práctica del derecho romano, que servirá de base en la formación de los respectivos derechos nacionales según las circunstancias del momento.

El Humanismo potenciará una visión histórica del derecho romano, considerado como un ser inerte, lo que propiciará la necesidad de su reconstrucción a partir de la elaboración científica del derecho consuetudinario –*mos gallicus*-[140].

A su vez, la Edad moderna catapultará el papel de las monarquías en Europa, tanto en el plano de la proyección política exterior, como en el plano interior, al encarnar la representación de la soberanía nacional institucionalizada en la Corona.

Nace así el absolutismo político, un proceso consistente en la concentración del poder en manos del rey; en lo que al derecho respecta, acelerará el proceso de unificación jurídica (*rex imperator in regno suo*) mediante la supresión de los diversos derechos particulares y la privación de autonomía a las entidades políticas que configuraban la monarquía medieval. Este clima político[141]

139 KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Munich. 1947 (trad. española, Madrid, 1955), p. 173.

140 WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit*. 1998, pp. 109 y ss.; CANNATA, C.A. *Op. Cit*. 1996, pp. 148-150; PANERO GUTIÉRREZ, R. Op. Cit., en AA.VV. (Coord. Panero Gutiérrez, R.). *Op. Cit*. 2005, pp. 176 y ss.

141 MARCANO SALAZAR, L.M. *Op. Cit*. 2022, pp. 285 y ss.

alimentará, por un lado, una ciencia jurídica supranacional de ámbito europeo tras la recepción del derecho romano y del derecho canónico; y, por otro lado, propiciará la nacionalización del derecho común y la progresiva consolidación de los derechos nacionales.

La vertiente naturalista del Humanismo desencadenará el iusnaturalismo o Escuela del Derecho Natural (siglos XVII y XVIII)[142], que propone una ética social basada en la naturaleza. Ello se traduce en un derecho natural laico y secular; universal, válido siempre para todos los hombres; vinculado con el bienestar de los hombres, por estar dirigido a la consecución de sus fines; no siempre coincidente con el derecho positivo, aunque lo potenciará, dada la seguridad jurídica que comporta, que desprecia el *Corpus Iuris Civilis* como canon inmutable de justicia.

Al unísono, desde el plano filosófico, suenan los fuertes ecos del Racionalismo, entroncado claramente con el Humanismo, toda vez que exalta la razón humana, aspira a la consecución de una ciencia universal según el modelo matemático, e instaura la confianza en el conocimiento racional, en detrimento del conocimiento sensible, siempre bajo sospecha de falsedad.

Precisamente el Iusnaturalismo racionalista[143] impulsará la unificación general del derecho desde el punto de vista legislativo a

142 AA.VV. *Lecciones de historia del derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2023, pp. 264 y ss.

143 AA.VV. *Op. Cit*. 2023, p. 307.

través de los primeros intentos codificadores que, si bien se presentan como ordenaciones sistemáticas generales, no pretenden todavía reemplazar el derecho anterior ni unificar el derecho nacional, puesto que, inicialmente, respetan los diversos derechos locales y el *Ius commune* de la tradición romanística.

En el siglo XIX el papel de la historia se radicaliza con el Historicismo hasta el punto de presentar al ser humano como el resultado de un devenir histórico y asignar a la historia el protagonismo relevante para explicar todos los fenómenos humanos.

En su relación con el derecho, este movimiento genera la aparición de la Escuela Histórica del Derecho[144], opuesta a la Escuela del Derecho Natural en su visión del derecho romano: en efecto, para aquella este ha de ser la base del derecho positivo, elaborado por los científicos del derecho con el auxilio del derecho consuetudinario, ajenos al proceso codificador y otorgando un papel relevante a la historia y al espíritu del pueblo –*Volkgeist*-, dado que el derecho surge de la esencia más íntima de la nación y de su historia. A pesar del contraste aparente entre las dos Escuelas, ambas representan momentos distintos de una misma experiencia que desembocará en la codificación, paradójica en sí misma, pues se inspira en el derecho romano[145], pero a su vez deroga el derecho romano justinianeo.

144 WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit*. 1998, p. 273.
145 CANNATA, C.A. *Op. Cit*. 1996, p. 196.

En este recorrido temporal de las ideas debemos traer a colación el Positivismo, abanderado por Augusto Comte, donde tienen acogida la provisionalidad del estado teológico, la abstracción del estado metafísico y la definición del estado positivo, fruto de la observación del dato y de las leyes de los fenómenos. Solamente hay certeza de lo que existe, lo que se puede comprobar y, aun así, nada es absoluto.

Si conectamos el Positivismo con el mundo jurídico, nos referimos al Iuspositivismo o Positivismo Jurídico[146]: el derecho se reduce al derecho legislado, emanado de los órganos legislativos, basado en la normatividad, que se agota con las leyes.

Relacionado con el espíritu positivista de la época, la Escuela Histórica alemana se desgaja en dos: el ala romanista, defensora del derecho romano; y la germanista, que lo tacha de extranjero y distorsionador del derecho germánico. Por su parte, el ala romanista presenta, a su vez, dos tendencias: una, netamente histórica, y otra más dogmática (Pandectística o Escuela Histórica moderna)[147], orientada a la aplicación práctica de las normas, en la que los juristas elaboran la dogmática de un sistema de derecho privado integrado por construcciones jurídicas abstractas adaptadas a su tiempo a partir de las fuentes romanas justinianeas. En su virtud, se propicia el encuentro romanista y germanista de la Escuela Histórica del

146 BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*. Torino, 1968.

147 BERNAD MAINAR, R. La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM* nº17. 2016, pp. 1-80.

Derecho, sobre el entendido de que la enseñanza del derecho debe estar orientada al estudio del derecho positivo nacional con la incorporación de elementos romanos.

El movimiento de la Pandectística logrará reconfigurar el derecho romano en una estructura dogmática mediante el método inductivo, al construir conceptos propios con las fuentes justinianeas, unos conceptos ajenos en puridad al derecho de Justiniano, pero no incompatibles con él. Fruto de esta labor, la codificación alemana integra el derecho romano y el germánico (BGB, 1896)[148] y, con gran autoridad, se erige en símbolo de la dogmática moderna y de la cultura jurídica europea en ámbitos tan relevantes como la teoría del negocio jurídico, una de las señas de identidad del derecho privado actual en la familia del *civil law*, dada su gran precisión jurídica.

En otras palabras, la Pandectística alemana logrará que, una vez agotada la función tradicional del derecho romano tras la promulgación de los primeros códigos iusnaturalistas, este emergiera de nuevo en el centro del estudio y de la investigación. Se consuma así el tercer reencuentro del derecho romano con la historia, después de los acaecidos, respectivamente, en la edad antigua (durante la civilización romana) y en la Baja Edad Media (merced a los glosadores y posglosadores en las Universidades italianas).

148 EIRANOVA ENCINAS, E. *Código Civil alemán comentado*. *BGB*. Marcial Pons. Madrid, 1998.

De ahí que no podamos desmerecer la labor de la Pandectística por su importante contribución a la construcción de un sistema jurídico transformado en derecho positivo, fruto de la reinterpretación de las fuentes justinianeas, así como de la adaptación a la realidad alemana del momento y al pensamiento general imperante de la época. A ello habrá de sumarse su contribución a la dogmática moderna, pues, a nuestro juicio, por su través se confiere al derecho romano visos de actualidad y perpetuidad, hasta dotarlo de un reconocimiento[149] que lo eleva a la categoría de un sistema atemporal –*ratio scripta*-.

El influjo posterior ejercido por el BGB en muchos ordenamientos jurídicos implicará la permeabilización de la Pandectística[150]; en otras palabras, se producirá una suerte de "pandectización" del derecho actual[151]. La autoridad moral que atesora este Código lo encumbra como vehículo expansivo de la cultura jurídica europea, netamente vinculada con la tradición jurídica romanística[152], según hemos podido comprobar.

149 WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987, pp. 18 y ss.; MARGADANT, G.F. *La segunda vida del Derecho romano*. Porrúa. México. 1986, p. 336.

150 ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado.* Oxford. University Press. México. 2002, p. 157.

151 WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit*. 1998, p. 256; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit*. 1992, pp. 117 y 118.

152 SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Giappichelli Editore. Torino, 2003, pp. 178-180.

El siglo XVIII, asociado inexorablemente con la Ilustración y al Estado Liberal, según hemos visto en un apartado anterior, nos aporta la actual concepción de lo que se entiende por código: un cuerpo legal con un contenido homogéneo; de breve extensión, no desmedida; presidido por la idea de unidad, tanto de legislador, como de su momento de elaboración y de actuación legislativa; dotado de coherencia en su estructura, las materias reguladas, el estilo y la sistematización (división en apartados, libros y numeración articulada); con un lenguaje claro y preciso; y asociado a la noción de completitud, que parte de lo general para descender a la particularidad. Con tal diseño, queda clara la diferencia entre código y recopilación, un mecanismo legislativo anterior caracterizado por la técnica del extenso almacenamiento de leyes de manera confusa e incoherente, sobre materias muy diversas.

De la mano del constitucionalismo, tras el derrocamiento del Antiguo Régimen, surgirá el movimiento codificador, un proceso conducente a la elaboración de códigos por materias (civil, penal, mercantil, proceso civil y penal), del mismo modo que las constituciones codificaron el derecho constitucional, una prueba más que evidente de la estrecha conexión entre constitucionalismo y codificación[153], puesto que, por lo general, constitucionalismo y codificación han solido coexistir, aunque no siempre ha sucedido así.

153 TOMÁS Y VALIENTE, F. *Op. Cit*. 2016, pp. 467, 468.

La codificación estuvo relacionada con varios factores[154], entre los que podemos destacar:

- El ideológico (a través de la Ilustración), puesto que el constitucionalismo organizó el Estado Liberal y la codificación completó la organización jurídica de la sociedad burguesa.

- El político (encarnado en el Estado liberal), ya que el proceso codificador comulga con los principios de la libertad, la igualdad, el reconocimiento de la propiedad privada, la división de poderes, la unificación jurídica y el centralismo.

- El socioeconómico (traducido en el liberalismo), sustentado en el auge de una burguesía que coadyuvará a la superación del Antiguo Régimen, a la implantación de los principios liberales y al reconocimiento de los derechos, en un período de paz burguesa en el que la burguesía domina y logra conservar y defender sus derechos e intereses.

- El jurídico (representado por la noción de código), que asume una nueva concepción del derecho a partir de las bondades que aportan los códigos, entre ellas, la sistematización, la racionalidad deductiva, la completitud, la seguridad jurídica, la universalidad no excluyente del carácter nacional, y una nueva relación con el derecho romano.

154 AA.VV. (Coord. Torres Aguilar, M.). *Manual de historia del derecho*. Tecnos. Madrid. 2016, pp. 256 y ss.

La codificación en Europa presenta tres modelos emblemáticos: los códigos iusnaturalistas de las monarquías ilustradas (Baviera, Prusia, Austria); el código revolucionario, fruto de la Revolución Francesa (*Code Napoleon*); y el código científico, resultado de la elaboración doctrinal (BGB alemán).

Los códigos de las monarquías ilustradas son impulsados por los monarcas[155], cuyo lema era "*todo para el pueblo, pero sin el pueblo*", con la finalidad de consolidar su poder frente a las aristocracias provinciales. Si bien se denominan códigos, por presentar una cierta sistematización y ordenación, en verdad reflejan todavía una sociedad de corte prerrevolucionario y estamental.

Así sucede, por ejemplo, con el Código de Baviera (*Codex Maximilianeus*, 1756)[156], que no es un Código propiamente dicho, sino una recopilación perteneciente al *Ius commune*, supletoria de los derechos estatutarios y claro exponente del código iusnaturalista por su claridad expositiva y fidelidad al orden previsto en las *Institutiones* de Justiniano.

En la misma línea apuntada se promulga el Código de Prusia (ALR, 1794)[157], con un largo proceso de gestación (desde Federico Guillermo I hasta Federico II el Grande), otro claro ejemplo de código

155 PÉREZ SAMPER, M.A. *Las monarquías del Absolutismo Ilustrado*. Editorial Síntesis. Madrid, 1993.
156 MARGADANT, G.F. *Op. Cit*. 1986, p. 314.
157 MARGADANT, G.F. *Op. Cit.* 1986, pp. 311-313.

iusnaturalista, más parecido a una recopilación (consta de 17.000 parágrafos sobre materias tan diversas como derecho civil, derecho mercantil, derecho eclesiástico, derecho penal, derecho administrativo y derecho constitucional); dividido en dos grandes apartados (derechos individuales y de la comunidad), con influencia del derecho romano (propiedad) y del derecho germánico (espíritu social); con un lenguaje claro y preciso, marcadamente educativo y paternalista; cuyo fin último que persigue es la consecución de la felicidad de los súbditos. Constituye el primer gran código moderno, sin embargo, su desarrollo posterior por parte de doctrinarios y jueces le impedirá ser la base del futuro Código civil alemán.

Otro código adscrito a las monarquías ilustradas de corte iusnaturalista es el de Austria (ABGB, 1811)[158], una codificación paralela a la prusiana, larga en elaboración, que arrancó con José I (1709) y siguió con otros emperadores (Mª Teresa, José II) hasta su versión definitiva. Dividido en tres partes (personas, cosas, disposiciones generales a personas y cosas) respeta la sistemática de las Instituciones de Gayo. Su espíritu es precapitalista, individualista y patriarcal; su lenguaje, sobrio y sencillo; su contenido, breve (1502 parágrafos). Será reformado en profundidad entre 1914-1916, con una clara impronta del BGB alemán.

158 GUZMÁN BRITO, A. *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*. Iustel. Madrid. 2011, pp. 348 y ss.

Un segundo modelo codificador europeo es el revolucionario (*Code Napoleon*, 1804)[159], hijo de la Revolución Francesa (1789), en un país dividido jurídicamente en dos zonas (la del norte, exponente del derecho consuetudinario, claramente influida por el derecho germánico –*Coutume de Paris*-; y la de derecho escrito, en el sur, con gran influencia del derecho romano).

Precisamente, para atender esta doble faz jurídica la comisión codificadora creada al efecto se compone de cuatro juristas, dos representantes del norte (Bigot Préameneu y Tronchet) y otros dos del sur, (Maleville y Portalis). Se redactó el código por partes, mediante 36 leyes, que luego se refundirán en un texto legal (*Code*).

El resultado, un código liberal, burgués, patriarcal, desarrollado en un título preliminar y tres libros, divididos a su vez en títulos, capítulos, secciones y 2281 artículos. Con lenguaje claro, flexible y popular su inspiración es mixta (germánica en sede de familia y sucesiones; románica en materia de obligaciones y contratos). Entre sus novedades, se produce la liquidación de todo vestigio del Antiguo Régimen (mayorazgos, cargas feudales), así como la admisión del divorcio y del matrimonio civil. Su fama fue colosal, al igual que su expansión, ya por la fuerza de la conquista, ya como consecuencia del colonialismo francés, ya por la gran admiración suscitada al identificarse con un acontecimiento histórico sin igual como fue la Revolución Francesa.

159 GUZMÁN BRITO, A. *Op. Cit*. 2011, pp. 363 y ss.

Por fin, el tercer modelo codificador es el código doctrinal y científico (BGB, 1896)[160], gestado en el fragor de la polémica sostenida en torno a la codificación[161] entre Thibaut (representante del iusnaturalismo y defensor de la codificación) y Savigny (representante del historicismo y, por dende, contrario a ella); resultado de la gran influencia ejercida por el movimiento de la Pandectística en la codificación, procedente de la Escuela Histórica del Derecho, que se sumará al proceso codificador mediante la elaboración de teorías generales sobre materias de derecho privado, reflejadas en tratados y manuales a partir de los textos de derecho romano –*Pandectas*-.

Aprobado en 1896 y con entrada en vigor el primero de enero de 1900, se estructura en cinco libros, divididos en secciones con 2385 parágrafos, replicando el orden expositivo presentado por la Pandectística (parte general, obligaciones, bienes y derechos reales, familia, sucesiones).

Se trata de un código técnico y excesivamente casuístico, que recurre a menudo al mecanismo de las cláusulas generales; regula exclusivamente el derecho civil y no contempla la costumbre; su espíritu es conservador, capitalista, burgués, liberal e individualista. En suma, estamos en presencia de "*una verdadera máquina de cálculo jurídico*"[162], cuya calidad técnica le ha granjeado proyección y

160 EIRANOVA ENCINAS, E. *Op. Cit.*, 1998.
161 WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, p. 271; ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit*. 2002, p. 151.
162 ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit*. 2002, p. 157.

prestigio, razón por la cual ha influido en códigos de otros países y distintas latitudes, como los de Suiza, Polonia, Hungría, Rusia, Japón, México, o Brasil.

A partir del recorrido histórico efectuado, hemos podido constatar la trascendencia de la codificación en la historia contemporánea del derecho. Un proceso que, en modo alguno, es ajeno al derecho romano[163], aunque en una primera impresión pudiera parecer lo contrario.

En efecto, constatamos una trayectoria que permite retrotraernos y conectar con la época de resurgimiento del ordenamiento jurídico romano en las universidades medievales y posterior creación del *Ius commune*, una composición jurídica europea cuyo principal ingrediente es el derecho romano-canónico. A partir de estos antecedentes, completados con los sucesivos impulsos aportados por el Humanismo, el Racionalismo, el Iusnaturalismo y el Positivismo, se desemboca en la codificación que, en una primera aproximación, podría haber constituido el certificado de defunción del derecho romano.

Sin embargo, en nuestra opinión, la codificación no representa el último hálito del derecho romano. Así es, a nuestro entender, el hecho de haber perdido su vigencia tras la caída del Imperio romano no implica necesariamente la pérdida de su condición de un derecho

163 ZIMMERMANN, R. *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 2009.

vivo, fruto de la concurrencia de diversos factores coadyuvantes, entre lo que cabría destacar su honda recepción histórica y su enorme influencia dogmática, refrendada por la incuestionable permanencia de categorías e instituciones de origen romano en los ordenamientos contemporáneos e, incluso, por la utilización actual de las fuentes romanas a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia.

Tal como hemos podido comprobar, el derecho romano logrará penetrar en el proceso de conformación de los respectivos derechos nacionales e inocularse en gran un número considerable de ordenamientos jurídicos. Por tal motivo, se ha erigido en la columna vertebral del derecho privado moderno[164], hasta el punto de sustentar e inspirar la familia romano-germánica del derecho.

Ciertamente, los sistemas jurídicos se agrupan en familias del derecho y la familia romanística –*civil law*-[165] tiene como referente el soporte histórico que representó y sigue representando el ordenamiento jurídico romano. Así, forman parte de dicha familia[166], entre otros ordenamientos jurídicos, el derecho francés, el alemán, el español, el italiano, el suizo, el portugués, el holandés, a los que habría que añadir los ordenamientos jurídicos latinoamericanos[167] en

164 BERNAD MAINAR. R. La fructífera experiencia del Ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo. *RIDROM* Octubre 2017, p. 355.

165 ZIMMERMANN, R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford University Press. Nueva York, 2001.

166 BRETONE, M. La storia del diritto romano e la romanistica come storia, en *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari, 2004.

167 GUZMÁN BRITO, A. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Fundación Fueyo Laneri. Ediciones de la Universidad. Santiago, 2000.

una pléyade de países en los que el *Code civil français* encarnó los ideales emancipadores inspiradores de las colonias americanas en su intento de independizarse de sus respectivas metrópolis. Con la culminación del proceso emancipador no solo se propagó el espíritu de la Escuela del Derecho Natural, sino también el grueso de la tradición jurídica romanista[168] en tierras americanas.

Realmente, la primera etapa codificadora en América Latina presenta un cariz claramente afrancesado (así el Código chileno o el argentino), lo que implicará una aparente más que real ruptura con la antigua metrópoli, dada la continuidad de la tradición jurídica anterior a través del *Code civil*. La proyección e impacto de este Código ocasionará no solo el relegamiento de los modelos codificadores del siglo XVIII (Baviera, Prusia), sino también la erección de la propuesta codificadora abanderada por Francia como el modelo digno de imitación.

Prueba de lo afirmado es el Código civil chileno (Andrés Bello, 1855)[169], claro exponente de los códigos iusnaturalistas pertenecientes a la familia romanista del derecho, cuya repercusión resulta equiparable en el área latinoamericana a la que en su día ejerciera el *Code civil* en Europa.

168 WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Götingen. 1967, pp. 339 y 342.

169 BERNAD MAINAR, R. Irradiación del Código civil chileno, especialmente en la codificación venezolana: Un factor decisivo en la continuidad de la tradición jurídica romanista. *RIDROM*. Abril 2017, pp. 88 y ss.

Confirmamos con ello el protagonismo del Código civil chileno de Andrés Bello, erigido en factor decisivo para asegurar la continuidad de la tradición jurídica romanista en tierras americanas, tras el proceso histórico de emancipación de los distintos países[170]. En consecuencia, a través de la presencia de la tradición jurídica romanista en la codificación de los países latinoamericanos se preservará la huella del derecho romano en pleno siglo XIX a lo largo y ancho del continente americano, tanto en el centro como en el sur, amén de la penetración consumada en territorios del norte del continente a través del *Code civil français* (Louisiana y Québec).

Por todo lo señalado anteriormente, debemos añadir que la codificación no agotó en modo alguno la presencia e influencia del derecho romano. Prueba de lo afirmado es que todavía son muchas las decisiones judiciales actualmente en las que su *ratio decidendi* invoca y trae a colación argumentos propios del derecho romano.

De la misma manera, consideramos que el *Ius commune* no ha finalizado el trayecto que tiene asignado, dado su carácter universal e intemporal. Y es que cualquier intento que se produzca en aras de la unificación del derecho privado común europeo[171] deberá tomar en consideración los principios jurídicos informadores del *Ius commune*, toda vez que no podemos fundar un futuro derecho sin las bases del pasado: en consecuencia, no se puede crear ni entender el *Ius*

170 BERNAD MAINAR, R. Op. Cit. *RIDROM*. Abril 2017, p. 170.

171 FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Revitalización de la idea de un derecho común europeo. *Revista de Estudios histórico-jurídicos*. Valparaíso. 1989-1990, pp. 171 y ss.

europaeum sin contar con la experiencia y los principios básicos del *Ius commune*.

Así pues, la sombra del derecho romano en el derecho actual resulta insoslayable, como lo demuestra la proyección ejercida a través de sus instituciones y valores en los distintos sistemas jurídicos contemporáneos. Una sombra y proyección que presenta matices diversos: ya con visos de una suerte de continuidad más o menos lineal, ya en el marco de la mayor o menor influencia, bien fruto de un proceso de recepción, o bien, por fin, producto de un proceso de reelaboración o transformación histórica, sobre el entendido que la readaptación de la solución histórica es ella misma histórica[172].

A partir de lo anteriormente señalado y, a modo de colofón, concluimos nuestra reflexión con una doble afirmación: primera, el derecho romano constituye el cimiento jurídico por excelencia de la civilización occidental, con una huella presente en nuestros días y un gran potencial de proyección futura; y segunda, si a ello le sumamos su concurrencia con otros cimientos claramente identificados (filosófico, moral y cultural), evidenciamos la existencia de una civilización occidental como una realidad forjada a lo largo de la historia que pervive en nuestros días.

CONCLUSIONES

172 LACRUZ BERDEJO, J.L. Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón. *Anuario de Derecho Civil*. 1945 (2), pp. 132 y 133.

1.- Surgen voces críticas en nuestros días en torno a la vigencia actual de la civilización occidental como estandarte global del bienestar, de la estabilidad socioeconómica y de la democracia consolidada. Sin embargo, a nuestro juicio, podemos encontrar en la actualidad una serie de cimientos concurrentes lo suficientemente sólidos que nos permiten sostener su presencia y afirmar su identidad.

2.- En primer lugar, el componente filosófico, puesto que la filosofía griega constituye el cimiento de la razón en la civilización occidental: en la Grecia del siglo VI a.C. nació el arte de filosofar sobre temas imperecederos que trataron de escrutar y hallar la verdad última de todo, la verdad filosófica. Unos temas que se siguieron formulando durante el medievo, la modernidad e, incluso, en la actualidad, tales como el conocimiento, la ética, el destino y la esencia del hombre.

3.- A ello sumamos el pensamiento judeocristiano, que representa el cimiento religioso y moral de Occidente, que alcanzará su zénit con la concepción del hombre trascendente, tanto desde una perspectiva cósmica, como en su cualidad de máxima vital que confiere un sentido al ser humano, aspectos que siguen teniendo protagonismo en nuestros días a propósito de las nuevas realidades que se manifiestan en la vida cotidiana.

4.- La aportación del Renacimiento y de la Ilustración conforman el cimiento cultural de la civilización occidental, dada el

giro histórico que representaron en su momento y su honda repercusión posterior: el primero, por tratarse de un período de tránsito entre la filosofía moderna y la medieval en el que confluyen el Humanismo, la Reforma Protestante y el avance científico, este último factor decisivo en el advenimiento de la Modernidad; la segunda, por poner en práctica las ideas y, con el impulso de la Revolución Francesa, certificar la defunción de *l´Ancien Régime*.

5.- El derecho romano enarbola el cimiento jurídico de Occidente, un sistema dotado de peculiaridad, incuestionable genialidad y proyección a lo largo de los tiempos, hasta el punto de erigirse en un derecho vivo en pleno siglo XXI, fruto de su recepción histórica y su influencia dogmática, traducidas en la permanencia de categorías e instituciones de origen romano en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, así como en la utilización actual de las fuentes romanas por la doctrina y la jurisprudencia.

Podemos afirmar que el derecho romano constituye un sello de identidad de la civilización occidental y uno de los pilares más sólidos sobre los que gravita: concretamente, el imperio de la ley conforma la columna vertebral de la civilización moderna.

Su amplia trayectoria temporal permite retrotraernos a la época de su resurgimiento en las universidades medievales y posterior creación del *Ius commune*. Con el impulso ejercido por el Humanismo, el Racionalismo, el Iusnaturalismo y el Positivismo desembocará en la codificación y, lejos de representar su último aliento, logrará

penetrar en los respectivos derechos nacionales e inocularse en un gran número considerable de ordenamientos jurídicos, hasta el punto de erigirse en la médula del derecho privado moderno y sustentar la familia romano-germánica del derecho, comprensiva también de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Y es que, en nuestra opinión, ni la codificación agotó la presencia e influencia del derecho romano, ni tampoco el *Ius commune* ha agotado su trayectoria, puesto que cualquier intento dirigido a la unificación del derecho privado común europeo deberá tomarlo en consideración, ya que no podemos crear ni entender el *Ius europaeum* sin contar con la experiencia y los principios básicos aportados por el *Ius commune*.

6.- Así pues, la concurrencia complementaria de los verdaderos cimientos de la civilización occidental (filosófico, moral, cultural y jurídico) permiten reivindicar, frente a cuestionamientos actuales, la existencia de una realidad forjada a lo largo de la historia que pervive y continúa delineándose en nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA

ACKRILL, J.L. *Aristotle, the Philosopher*. Oxford University Press. Oxford, 1981.

ADAME GODARD, J. *Curso de derecho romano clásico. Doctrina y casos. Tirant lo Blanch*. Ciudad de México, 2024.

ALVARADO PLANAS, J. *El problema del germanismo en el Derecho español. Siglos V-XI*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

ÁLVAREZ GÓMEZ, A. *El racionalismo del siglo XVII*. Síntesis. Madrid, 1999.

AMAR, A. *Europa ha hecho al mundo. Una historia del pensamiento europeo*. Plaza & Janés. Barcelona, 1968.

ARENDT, H. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. Partido de la Revolución Democrática (PRD). México. 2018, disponible en https://storage.ghost.io/c/77/3d/773d9bd2-7359-4d5b-a3b5-63fd77482e5d/content/files/2022/10/Hannah-Arendt (fecha de consulta 11/04/2026).

AA.VV. *Lecciones de historia del derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2023.

AA.VV. (Coord. Castresana, A.). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2018.

AA.VV. (Coord. González García, M.; Sánchez Fernández, A.). *Renacimiento y modernidad*. Tecnos. Madrid, 2017.

AA.VV. (Coord. Torres Aguilar, M.). *Manual de historia del derecho*. Tecnos. Madrid, 2016.

BARQUÍN PANCORBO, A. Fundamentos históricos del derecho penal y principio de legalidad: de los códigos de la Magna Grecia a las XII Tablas de Roma. *Revista Sistema Penal Crítico* nº6, 2025.

BERNAD MAINAR, R. Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del análisis económico del Derecho. *RIDROM*. 2019, pp. 55 y ss.

Irradiación del Código civil chileno, especialmente en la codificación venezolana: Un factor decisivo en la continuidad de la tradición jurídica romanista. *RIDROM*. Abril 2017, pp. 88 y ss.

La fructífera experiencia del Ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo. *RIDROM*. Octubre 2017, pp. 243 y ss.

La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM* nº17. 2016, pp. 1-80.

Manual de historia del derecho. 2ª edición, 1ª reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas, 2013.

Los senadoconsultos en la formación del Derecho romano, especialmente en el ámbito del Ius privatum. *Revista General de Derecho Romano, Iustel* nº21, 2013.

Curso de Derecho privado romano. Publicaciones UCAB. Caracas, 2001.

BETANCOURT SERNA, F. El espíritu del Derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho español* nº53. 1983, en file:///C:/Users/a/AppData/Local/Temp/DialnetElEspirituDelDerechoRomano-134436-1.pdf (consultado con fecha 25/06/2026).

BRETONE, M. La storia del diritto romano e la romanistica come storia, en *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari, 2004.

BUIS, E.J. Del derecho griego (Solón, F60a [R]) a las XII Tablas: un caso de intertextualidad jurídica. Florentia Iliberritana. *Revista de estudios de Antigüedad Clásica*, n.º 19. 2008, pp. 39-70.

BUTTERFIELD, H. *Los orígenes de la ciencia moderna*. Taurus. Madrid, 2019.

CANNATA, C.A. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos. Madrid, 1996.

CARRILLO DE LA ROSA, Y.; CARRILLO VELÁSQUEZ, A. & CANO ANDRADE, R. Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 14(28). 2022, pp. 475-495.

BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*. Torino, 1968.

BUENO DELGADO, J.A. Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho. *RIDROM*. 11-2013, pp. 378-435.

CASTRESANA, A. *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. 3ª edición. Tecnos. Madrid, 2017.

CERNUSCHI, A.; GUILBAUD, A.; LECA-TSIOMIS, M.; PASSERON, I. *Oser l´Encyclopédie. Un combat des lumières*. EDP Sciences. Paris, 2017.

DE ROMILLY, J. *Los grandes sofistas en la Atenas de Pericles*. Gredos. Madrid, 2023.

DÍEZ-PICAZO, L. El sentido histórico del Derecho civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* XXXIX. 1959, pp. 595 y ss.

DOMINGO, OSLÉ, R. La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* nº81, 2. Madrid. 2004, pp. 371 y ss.

DORE, R. *Unity and Diversity in Contemporary World Culture*. Basic Books. Nueva York, 1982.

DUVE, T. El "corpus iuris canonici": una introducción a su historia a la luz de la reciente bibliografía. *Prudentia Iuris* nº7. 2006, pp. 71 y ss.

EIRANOVA ENCINAS, E. *Código Civil alemán comentado. BGB*. Marcial Pons. Madrid, 1998.

ELIAS, N. *El proceso de civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.

ELLUL, J. *Historia de las Instituciones de la antigüedad*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1970.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. La dimensión político-cultural del humanismo jurídico. *SCDR* n°12. 2000, pp. 69 y ss.

La tradición romanística en la cultura jurídica europea. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1992.

Revitalización de la idea de un derecho común europeo. *Revista de Estudios histórico-jurídicos*. Valparaíso. 1989-1990, pp. 171 y ss.

FILIPPI DE GHIRARDI, M.C. Sucesión ab instestato en la ley de las XII tablas. *Anuario de Derecho Civil* nº17. 2002, pp. 117-124.

GARCÍA GUAL, C.; LLEDÓ, E.; HADOT, P. *Filosofía para la felicidad. Epicuro*. Errata Nature Editores. Madrid, 2013.

GAUDEMET, J. *Institutions de l´antiquité*. Sirey. Paris, 1967.

GIBBON, E. *Decadencia y caída del Imperio romano*. Gredos. Madrid, 2023.

GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, R.R. El libro del derecho longobardo. *Arbor* nº109. 1981, pp. 123-128.

GILSON, E. *El tomismo. Introducción a la filosofía de santo Tomás de Aquino*. Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). Pamplona, 2014.

GINZO FERNÁNDEZ, A. *La Ilustración francesa. Entre Voltaire y Rousseau*. Cincel. Madrid, 1985.

GRUBE, GEORGE M.A. *El pensamiento de Platón*. Gredos. Madrid, 2026.

GUZMÁN BRITO, A. *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*. Iustel. Madrid, 2011.

Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Fundación Fueyo Laneri. Ediciones de la Universidad. Santiago, 2000.

GUILLEMIN, J.J. *Historia antigua*. Imprenta de Narciso Ramírez. Barcelona, 1858.

HALE, J.R. *La Europa del Renacimiento*. Siglo XXI Editores. Madrid, 2016.

HALL, E. *La senda de Aristóteles*. Editorial Anagrama S.A.U. Barcelona, 2022.

HERRERO MEDINA, M. *Génesis del sistema sucesorio romano*. Comares. Granada, 2020.

HUNTINGTON, S.P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós. Barcelona, 1997.

Occidente único, no universal. *Política exterior*. Vol. 11, nº55. 1997, pp. 141 y ss.

KIRK, G.S.; RAVEN, J.; SCHOFIELD, M. *Los filósofos presocráticos*. Gredos. Madrid, 2024

KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Munich, 1947 (trad. española, Madrid, 1955).

KUNKEL, W. *Historia del derecho romano*. Ariel. Barcelona, 1994.

LACRUZ BERDEJO, J.L. Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón. *Anuario de Derecho Civil*. 1945 (2), pp. 103 y ss.

LEMAITRE DEL CAMPO, J.L. *Guillermo de Ockham, Punto de Partida del Pensamiento Moderno*. Editorial Hernán Cortes. Santiago de Chile, 2025.

LE MEUR, Y. El sustrato filosófico de la modernidad en la civilización occidental. *INGENIUM. Revista de historia del pensamiento moderno* nº4, julio-diciembre, 2010, pp. 155-178.

LEÓN FLORIDO, F. *Aristóteles medieval. De la recepción a la crisis*. Sindéresis. Madrid, 2023.

MARCANO SALAZAR, L.M. *Historia del derecho de las civilizaciones antiguas, modernas y contemporáneas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.

MARCO AURELIO. *Meditaciones*. Gredos. Madrid, 2025.

MARGADANT, G.F. *La segunda vida del Derecho romano*. Porrúa. México, 1986.

MARÍAS, J. *Historia de la filosofía*. 27ª ed. Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid, 1975.

MEDINA DE LEMUS, M. El "Corpus Iuris Civilis". Historia y ediciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 72, nº636. 1996, pp. 1905 y ss.

MEJÍA GONZÁLEZ, L.; CUJÍA BERRÍO, S.E; LIÑÁN CUELLO, Y.I. Desarrollo sostenible: Crítica al modelo de civilización occidental. *Revista de Filosofía* Número especial 2021. Universidad del Zulia. Maracaibo, pp. 55-73.

MÉTHIVIER, H. *La fin de l'Ancien Régime*. Presses Universitaires de France (PUF). Paris, 1996.

MURILLO, I. *Historia de la filosofía antigua*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 2021.

NUEDA LOZANO, A. Reseña. Cómo el mundo creó Occidente. Josephine Quinn. Crítica. 2025. *Vínculos de Historia* nº15. 2026, pp. 549-551.

NUSSBAUM, M.C. *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística*. Paidós. Barcelona. 2003.

ORDINE, N. *La utilidad de lo inútil*. Acantilado. Barcelona, 2013.

ORLANDIS, J. Oriente y Occidente cristianos (1054-2004). Novecientos cincuenta años de Cisma. *Anuario De Historia De La Iglesia*, *13*. 2004, pp. 247-256.

PANERO GUTIÉRREZ, R. El derecho romano y su recepción en Europa, en AA.VV. (Coord. Panero Gutiérrez, R.). *El Derecho romano en la universidad del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, pp. 115 y ss.

PANERO ORIA, P. El derecho en Roma, en AA.VV. *El derecho romano en la universidad del siglo XXI: catorce siglos de historia y catorce de tradición* (Coord. R. Panero Gutiérrez). Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, pp. 23 y ss.

PARICIO SERRANO, F.J. *Respondere ex auctoritate principis: eficacia de las respuestas de los juristas en la experiencia jurídica romana*. Marcial Pons. Madrid, 2018.

PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Séptima edición. El Faro. Madrid, 2005.

PÉREZ SAMPER, M.A. *Las monarquías del Absolutismo Ilustrado*. Editorial Síntesis. Madrid, 1993.

QUINN, J. *Cómo el mundo creó Occidente*. *4000 años de historia*. Editorial Crítica. Barcelona, 2025.

REALE, G.; ANTISERI, D. *Historia del pensamiento filosófico y científico. I Antigüedad y Edad Media*. Herder Editorial. Barcelona, 1988.

RODRÍGUEZ GENOVÉS, F. La civilización occidental y sus valores. *El Catoblepas*. *Revista Crítica del Presente* nº10. 2002, p. 7.

SÁNCHEZ DURÁ, N. *Mirar con cuidado. Filosofía y escepticismo.* Editorial Pre-Textos. Valencia, 1994.

SELLARS, J. *Lecciones de Aristóteles: Comprender al más grande filósofo de todos los tiempos*. Taurus. Madrid, 2024.

SÉNAC, P. *El occidente medieval frente al islam*. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2011.

SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell´Imperio romano d´Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino, 2001.

La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Giappichelli Editore. Torino, 2003.

STEIN, P.G. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI España Editores. Madrid, 2001.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. La posesión: relación jurídica universal de equidad. *Revista General de Derecho Romano. Iustel* nº31, 2018.

Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium-Nexus. *Passagens* Vol. 7, nº2. 2015, pp. 142 y ss.

SUBIRÁN MARCOS, J. *La civilización occidental desde la antigüedad al mundo moderno. Religión, derecho y poder*. Colex S.L. La Coruña, 2022.

SVENSSON, M. *Reforma Protestante y tradición intelectual cristiana*. Clie. Barcelona, 2017.

TAYLOR, A.E. *El pensamiento de Sócrates*. Fondo de Cultura Económica de España, S.L. Madrid, 2024.

TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de historia del derecho español*. Tecnos. Madrid, 2016.

TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid, 2007.

La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del Derecho europeo. *SDHI* n°81. 2015, pp. 469-514.

VALIÑO, A. La gran compilación jurídica. *Stilus*. Invierno 2014, pp. 42-45.

VÁZQUEZ LOBEIRAS, M.J. La Ilustración como desafío para nuestro presente: algunas notas acerca de la Ilustración en Alemania. *Areté*. Año 23, Vol. 35, nº1. 2023, pp. 212-229.

WEBER, M. La ética protestante y el espíritu del capitalismo, en *Ensayos sobre sociología de la religión*. Tomo I. Taurus. Madrid, 1992.

WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. J.J. de los Mozos). Lex Nova. Valladolid, 1998.

WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Segunda edición. Göttingen, 1967.

WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987.

ZIMMERMANN, R. *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 2009.

Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. Oxford University Press. Nueva York, 2001.

ZWEIGERT, K; KOTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford. University Press. México, 2002.

Universidad de Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
04/08/2026	17/10/2026
Palabras clave:	**Keywords:**
Pretensión procesal; intentio; condemnatio; causa petendi; proceso formulario; litis contestatio.	*Procedural claim; intentio; condemnatio; causa petendi; formulary procedure; litis contestatio.*

CC BY NC ND

LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO FORMULARIO ROMANO: RELECTURA ESTRUCTURAL DE LA INTENTIO Y LA CONDEMNATIO A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA PROCESAL CONTEMPORÁNEA

CLAIM IN THE ROMAN FORMULARY PROCEDURE: A STRUCTURAL READING OF THE INTENTIO AND CONDEMNATIO IN LIGHT OF CONTEMPORARY PROCEDURAL DOGMATICS

Adolfo Díaz-Bautista Cremades
Profesor Titular de Derecho Romano
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0002-9234-6302

(DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo. *La pretensión en el proceso formulario romano: relectura estructural de la intentio y la condemnatio a la luz de la dogmática procesal contemporánea*. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp.257-288. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

Se propone una hipótesis revisionista que reubica funcionalmente la causa petendi en la intentio y el petitum de condena en la condemnatio. A partir de Gayo 4.41 y en contraste con la romanística clásica, el estudio evalúa esta estructura y su proyección sobre la congruencia, la litispendencia y la preclusión procesal civil contemporáneas.

Abstract:

This paper puts forward a revisionist hypothesis functionally relocating the causa petendi to the intentio and the petitum to the condemnatio. Drawing on Gaius 4.41 and contrasting classical scholarship, it examines this structural thesis and its projection onto contemporary civil procedure institutions, including congruence, lis pendens, and preclusion.

SUMARIO: I. Introducción: Planteamiento del problema, objetivos y precisiones metodológicas. 1.1. Objetivos de la investigación y confrontación con la doctrina mayoritaria. 1.2. Método y límites metodológicos de la comparación: planos filológico, romanístico y dogmático contemporáneo. II. Anatomía de la pretensión procesal en la dogmática moderna y su reflejo en la estructura romana. 2.1. Autonomía conceptual: Acción, demanda y pretensión. 2.2. El petitum y los tipos de tutela jurisdiccional. 2.3. La *causa petendi*: El relato fáctico como valla acotadora. 2.4. Congruencia y fijación de los límites jurisdiccionales. III. Examen filológico y estructural de la *intentio* frente a la doctrina romanista clásica. 3.1. Análisis semántico y filológico del léxico gayano (*intendere, concludere*, *desiderium)*. 3.2. Tipología de fórmulas, la coexistencia con la *demonstratio* y el debate con la lectura tradicional (Schulz, Kaser, Lenel). IV. La condemnatio como sede material del petitum: Una hipótesis interpretativa. 4.1. El mandato condicional al juez y la declaración exigitiva de condena. 4.2. La *condemnatio* pecuniaria, las pretensiones no pecuniarias y la cláusula arbitraria. V. Proyección histórica y dogmática en el Derecho procesal contemporáneo. 5.1. Litispendencia, *mutatio libelli* y la subsanación del *petitum.* 5.2. Preclusión de alegaciones (Art. 400 LEC) y su diferenciación conceptual de la *consumptio actionis* pretoria. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS Y PRECISIONES METODOLÓGICAS.

La reconstrucción dogmática del proceso formulario romano ha estado dominada durante más de un siglo por una asimilación acrítica entre la *intentio* formularia y el concepto moderno de pretensión procesal. Esta equiparación hunde sus raíces en la dogmática pandectista del siglo XIX y, de forma señalada, en la célebre polémica entre Bernhard Windscheid y Theodor Muther en torno a la *actio* romana concebida como *Anspruch* o pretensión material[1]. Al asumir la romanística posterior que la *actio* cobraba forma y delimitaba su objeto en la *intentio*, se trasladó de forma casi automática la carga psicológico-volitiva de la pretensión a dicha cláusula.

El soporte de autoridad preferente de esta doctrina tradicional radica en la interpretación de Gayo 4.41, donde el jurista define la *intentio* como la *pars formulae, in qua actor desiderium suum concludit*[2]. La historiografía jurídica mayoritaria ha leído históricamente en el verbo *concludere* un equivalente semántico a "expresar", "formular" o

---

1 La polémica sobre la *actio* y el *Anspruch* arrancó con la célebre monografía de Bernhard WINDSCHEID, *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, contestada de inmediato por Theodor MUTHER en *Zur Lehre von der römischen Actio*, Erlangen, 1857. Para un estudio detallado del impacto de esta controversia en la ciencia procesal, vid. GUASP, J., "La pretensión procesal", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 1, 1952, pp. 9-14

2 Pasaje clave en Gayo, Inst. 4.41: "*Intentio est pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, sicut hic: SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item hic: QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE*". La traducción pandectista ha presupuesto sin discusión que *desiderium* equivale a la voluntad de la pretensión y *concludit* a su manifestación externa.

"vocar", atribuyendo a la *intentio* el papel de sede volitiva de la demanda[3].

Sin embargo, una exégesis rigurosa del pasaje y un examen filológico del vocablo permiten matizar esta afirmación. El verbo *concludere* (compuesto por el prefijo *cum-* y *claudere*) no significaba originariamente "manifestar" o "expresar", sino "encerrar", "delimitar", "circunscribir" o "poner vallas"[4]. Gayo no afirma que la *intentio* manifieste el acto de voluntad imperativo del actor, sino que constituye la cláusula en la que el presupuesto del litigio queda cerrado y acotado. Del mismo modo, el sustantivo *intentio* (derivado de *intendere*, "tensar" o "dirigir hacia", fundado en la raíz protoindoeuropea ten-) expresaba en la latinidad republicana una metáfora de dirección o tensión conceptual hacia los hechos afirmados, carente de la densidad psicológico-volitiva que le imprimiría la posterior evolución patrística y escolástica[5].

---

3 Sobre la visión doctrinal dominante que sitúa la pretensión procesal en la *intentio*, vid. KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 1966, §§ 45 y 83; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano. II. Processo formulare,* Giuffrè, Milano, 1963, pp. 152 ss.; MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El proceso,* 2.ª ed., Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1983, pp. 141-145; D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, 7.ª ed., EUNSA, Pamplona, 1989, p. 119 y BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.

4 Desde la perspectiva del análisis etimológico, *concludere* procede del latín *claudere* [cerrar, cercar], emparentado con la raíz protoindoeuropea *klāw- [clavija, llave]. En el lenguaje procesal arcaico y clásico, la voz denota el acto de cercar o fijar el objeto del debate procesal para que no pueda ser alterado. Vid. ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4.ª ed., Klincksieck, Paris, 1985, voces "claudere" e "intendere".

5 Para la reconstrucción del concepto de intentio y su evolución desde la metáfora espacial de tensión en la comedia plautina y la retórica ciceroniana hasta la categoría psicológica de la *intentio animi* en la teología agustiniana y la escolástica medieval, vid. DIHLE, A., *The theory of the will in classical*

Frente a la doctrina dominante, el presente trabajo plantea como hipótesis revisionista que la *intentio* no albergaba la pretensión procesal en su sentido técnico-contemporáneo. Se propone explorar si la *intentio* funcionaba procesalmente en el plano de la *causa petendi* (fundamento fáctico y encuadre normativo que delimita el objeto del debate), evaluando la posibilidad de que la genuina sede de la pretensión -entendida como la declaración de voluntad encaminada a obtener la subordinación del patrimonio del demandado mediante un mandato jurisdiccional (*petitum*)- se situara en la *condemnatio*.

Esta propuesta revisionista no constituye un mero ejercicio de erudición histórico-filológica. Por el contrario, la delimitación precisa entre la función de la *intentio* y la *condemnatio* resulta una herramienta útil para comprender la génesis y evolución de problemas capitales del Derecho procesal contemporáneo. Como se argumentará, la estructura condicional de la fórmula pretoria anticipa debates actuales sobre la rigidez del objeto del proceso, la delimitación de la litispendencia, las excepciones a la mutabilidad de la demanda (*mutatio libelli*) y el alcance de la preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

antiquity, University of California Press, Berkeley, 1982, pp. 132-138; ROBERTI, M., "Contributo allo studio delle relazioni fra diritto romano e patristica tratto dall'esame delle fonti agostiniane", *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 23, 1931, pp. 305-366.

1.1. Objetivos de la investigación y confrontación con la doctrina mayoritaria

El objetivo principal de esta investigación es proponer una reinterpretación estructural de la fórmula procesal romana que invierte la distribución funcional tradicionalmente admitida. Específicamente, se busca cuestionar la asimilación que ubica el *petitum* en la *intentio*, para plantear la reubicación de la c*ausa petendi* en dicha cláusula y del *petitum* en la *condemnatio*.

Dado que esta tesis original contradice abiertamente la interpretación mayoritaria consolidada en la disciplina, el trabajo asume como objetivo ineludible establecer un diálogo crítico y una confrontación sistemática con la doctrina romanista dominante[6]. Se pretende ofrecer una justificación detallada frente a las objeciones que dicha doctrina plantea, muy especialmente en lo relativo a la coexistencia de la *demonstratio* y la *intentio incerta*.

1.2. Método y límites metodológicos de la comparación: planos filológico, romanístico y dogmático contemporáneo

Para alcanzar los fines propuestos, la investigación emplea una metodología analítica estructurada en tres planos diferenciados, asumiendo los precisos límites de la comparación histórica:

Plano filológico: Se parte de un riguroso análisis etimológico y semántico del léxico empleado en las fuentes clásicas

6 Representada por figuras de la talla de Schulz, Kaser, Lenel, Mantovani, Pugliese, Murga y D'Ors

(fundamentalmente *concludere, intendere* y *desiderium* en Gayo 4.41), despojándolo de adherencias pandectistas posteriores.

Plano histórico-romanístico: A través del análisis estructural de la tipología de las fórmulas pretorias (fórmulas ciertas, inciertas e *in factum conceptae*), se contrastará la hipótesis propuesta con la literatura romanista de referencia.

Plano dogmático comparado: Finalmente, se esbozará la proyección de esta relectura sobre las instituciones del Derecho procesal civil moderno. En este punto, el método exige un límite estricto: no se trata de asimilar mecánicamente figuras romanas con normas actuales (como la *consumptio actionis* pretoria frente al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino de observar la continuidad funcional y dogmática diferenciando el contexto histórico de cada ordenamiento.

II. ANATOMÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL EN LA DOGMÁTICA MODERNA Y SU REFLEJO EN LA ESTRUCTURA ROMANA

Para desentrañar la naturaleza de las cláusulas del proceso *per formulas* sin incurrir en distorsiones anacrónicas, resulta indispensable fijar previamente el marco conceptual con el que la ciencia procesal contemporánea analiza la pretensión y la delimitación del objeto del proceso, para posteriormente evaluar cómo dichos conceptos operaban materialmente en la matriz pretoria.

2.1 Autonomía conceptual: Acción, demanda y pretensión

El desarrollo de la dogmática procesal a lo largo de los siglos XIX y XX permitió superar la confusión propia de las escuelas civilistas y monistas, que identificaban la acción con el propio derecho subjetivo reaccionando frente a su violación. La construcción del Derecho procesal como ciencia autónoma conllevó la necesaria separación tripartita entre acción, demanda y pretensión[7]. Hoy se entiende mayoritariamente que la acción es el derecho público, subjetivo y abstracto a acogerse a la tutela judicial efectiva y acceder a los tribunales. Con todo, conviene matizar que esta doctrina abstracta no es unánime: la teoría concreta de la acción sostiene aun hoy que la acción solo compete a quien ostenta un derecho material legítimo a obtener una sentencia de contenido favorable[8]. Por su parte, la demanda es el acto formal de iniciación del procedimiento, el vehículo procesal en el que se ejercita la acción; mientras que la pretensión constituye el núcleo material del litigio, el objeto sobre el cual debe versar el pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Según la definición clásica de Jaime Guasp, la pretensión procesal es "una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra,

7 GUASP, J., La pretensión procesal, cit., pp. 15-22; CARNELUTTI, F., Sistema de derecho procesal civil, trad. N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo, UTEA, Buenos Aires, 1944, p. 615

8 La distinción entre teorías abstractas y concretas de la acción ha ocupado un lugar central en la dogmática continental. Para los partidarios de la teoría abstracta [Degenkolb, Wach, Guasp], la acción existe con independencia de que el demandante tenga o no la razón material. Por el contrario, la teoría concreta [CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile,* Padova, 1945; REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1957] concibe la acción como el derecho a obtener una sentencia favorable, exigiendo la concurrencia de una condición justa o derecho tutelable

ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen"[9]. De esta caracterización se desprende que la pretensión no es una mera facultad ni un derecho en abstracto, sino un acto volitivo concreto encaminado a la obtención de un efecto jurídico determinado.

2.2 El *petitum* y los tipos de tutela jurisdiccional

El *petitum* u objeto de la pretensión abarca tanto el efecto jurídico directamente perseguido (objeto inmediato: condena, declaración, constitución o ejecución) como el bien jurídico o realidad sobre la que recae dicha tutela (objeto mediato). Resulta decisivo advertir que, si bien la teoría procesal moderna contempla una pluralidad de tutelas -especialmente las sentencias constitutivas y las meramente declarativas-, el procedimiento formulario romano clásico operaba bajo un principio de rigurosa condena pecuniaria (*condemnatio pecuniaria*). En el *ordo iudiciorum privatorum*, el *iudex privatus* carecía de imperio para decretar ejecuciones específicas *in natura* o mandatos de hacer coercitivos. Cualquier pretensión del actor era traducida en las tablillas a un equivalente en dinero[10]. Por tanto, al analizar la pretensión en el proceso formulario, la traslación del concepto

9 GUASP, J., La pretensión procesal, cit., p. 33

10 Sobre la *condemnatio* pecuniaria en el procedimiento formulario y las razones histórico-institucionales del carácter pecuniario del arbitrio procesal romano, vid. MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano,* 2.ª ed., CEDAM, Padova, 1999, pp. 60-65; KASER, M., *Derecho privado romano*, trad. F. A. Santos y P. Lazo, 21.ª ed., BOE, Madrid, 2022, § 83.

contemporáneo de *petitum* debe acotarse estructuralmente a las pretensiones de condena, entendidas como el acto volitivo por el cual el actor exige al juez la imposición de una sanción o pérdida patrimonial al demandado.

2.3 La *causa petendi*: El relato fáctico como valla acotadora

Frente al *petitum*, la *causa petendi* o causa de pedir está integrada por el conjunto de acaecimientos de hecho producidos en la realidad social que fundamentan la petición, acompañados de su correspondiente encuadre o imputación jurídica. En la dogmática procesal, la causa de pedir no cumple una función meramente justificativa o de cimiento del derecho reclamado, sino una función eminentemente delimitadora[11]. Dada la necesidad de congruencia, los hechos afirmados por el actor funcionan como "muros" o barreras que cercan y delimitan el trozo de la realidad sobre el que el juez puede y debe juzgar. La determinación de la causa de pedir oscila doctrinalmente entre la teoría de la sustanciación (que sitúa el eje del litigio exclusivamente en el relato fáctico) y la teoría de la individualización (que exige incorporar la calificación jurídica). En ordenamientos como el español, la necesidad de delimitar el objeto del proceso a través de la causa de pedir encuentra reflejo en la regla de preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[12]. Esta

11 Sobre la función de los hechos en la delimitación de la pretensión y el concepto de la causa de pedir como "muros acotadores", vid. GUASP, J., *La pretensión procesal*, cit., pp. 51-53; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 45-82; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 145-150.

12 En el ordenamiento procesal español, el principio de preclusión del objeto

regla obliga al actor a alegar en la demanda todos los hechos y fundamentos jurídicos conocidos en los que funde su petición, impidiendo pleitear de nuevo en un juicio posterior bajo una calificación jurídica distinta pero basada en los mismos acaecimientos.

2.4 Congruencia y fijación de los límites jurisdiccionales: el puente dogmático hacia la fórmula

La delimitación de los elementos de la pretensión (*petitum* y *causa petendi*) determina el *thema decidendum* sobre el que debe recaer la resolución final, fijando el alcance del principio de congruencia (*ne eat iudex ultra, extra o citra petita partium*)[13]. Es fundamental precisar que, desde el punto de vista de la técnica procesal, la exigencia de congruencia no debe confundirse conceptualmente con el principio dispositivo. Mientras que el principio dispositivo atañe al poder de las partes para iniciar, disponer o poner fin al proceso libremente, la

procesal está recogido en el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]: "Cuando lo que se pida en la demanda pueda basarse en distintos hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de alegarse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Sobre este precepto y la teoría del objeto del proceso, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, cit., pp. 60-75

13 La regla de congruencia de la sentencia civil impone la debida correlación entre el fallo y las peticiones deducidas por las partes en el debate. En la LEC española viene consagrada en el artículo 218.1: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito". Para un examen riguroso de la distinción entre principio dispositivo y congruencia jurisdiccional, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I*, 4.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019, pp. 350-356; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, cit., pp. 145-150

congruencia es una regla de vinculación del juez al objeto del proceso prefijado por las alegaciones de las partes. En el proceso formulario romano, la estricta vinculación del juez a las instrucciones escritas formuladas en las tablillas por el pretor no derivaba de un "principio dispositivo" en sentido moderno, sino de la propia naturaleza delegada del arbitrio del *iudex privatus*. El juez no podía juzgar más allá de la hipótesis formulada en la *intentio* ni condenar a una cifra distinta a la autorizada en la *condemnatio*, so pena de hacer suyo el litigio (*litem suam fecit*). Bajo este prisma analítico, es precisamente la escisión funcional de la congruencia procesal la que permite proponer una reevaluación de la fórmula romana: resulta plausible plantear que la *intentio* clásica operaba en el plano fijador del presupuesto fáctico-normativo (*causa petendi*), mientras que la *condemnatio* contenía la genuina orden volitiva de condena (*petitum* procesal). Esta hipótesis se pondrá a prueba a continuación a través del análisis estructural de las fórmulas y del diálogo con la doctrina clásica romanística.

III. EXAMEN FILOLÓGICO Y ESTRUCTURAL DE LA INTENTIO: DE LA SEDE VOLITIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA *CAUSA PETENDI*

3.1 Análisis semántico y filológico del léxico gayano: *intendere*, *concludere* y *desiderium*

La adscripción de la pretensión procesal a la *intentio* descansa en una lectura teleológica tardía de las fuentes romanas, fuertemente

condicionada por el prisma de la dogmática decimonónica. Para devolver al texto gayano su prístino sentido procesal, se impone desmontar la trinidad conceptual integrada por los vocablos *intendere, concludere* y *desiderium* presentes en Gayo 4.41.

En primer lugar, el verbo *concludere* (*cum-* + *claudere*) designa en el latín clásico la acción física y lógica de acotar, cercar o cerrar un espacio determinado, impidiendo la dispersión o alteración de lo que queda dentro[14]. Cuando Gayo señala que en la intentio el actor desiderium suum concludit, no está empleando el verbo en el sentido moderno de "manifestar verbalmente una voluntad", sino en el técnico de "encerrar" o "acotar" el presupuesto fáctico-jurídico que sirve de base al litigio. La *intentio* actúa como un cerco que aherroja la pretensión, impidiendo que el actor altere posteriormente el fundamento de su reclamación durante la fase *apud iudicem*[15].

En segundo lugar, el sustantivo *intentio* encuentra su raíz etimológica en el verbo *intendere* (*in-* + *tendere*, "tensar hacia", "dirigir una mirada o un arma hacia un punto"). En la comedia plautina y en la oratoria ciceroniana, *intendere* expresa la acción de dirigir un argumento, una imputación o una afirmación hacia una persona o cosa concreta. La *intentio* no era originariamente la manifestación de un deseo volitivo

14 Vid. ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4.ª ed., Klincksieck, Paris, 1985, v. "claudere"; GLARE, P. G. W., *Oxford Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, 1982, v. "concludo", p. 385, donde se señalan las acepciones de "cerrar un recinto", "limitar" y "encuadrar un argumento"

15 Sobre la función del *iudicium* como marco infranqueable de fijación de la controversia, vid. WLASSAK, M., "Praescriptio und bedingter Prozess", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 33, 1912, *passim*

imperativo, sino la tensión lógica del actor dirigida a afirmar la existencia de una relación jurídica (*dare oportere*) o de una situación fáctica protegida por el edicto. La concepción de la *intentio* como un acto puramente de voluntad interior (*intentio animi*) es producto de la cristianización del vocabulario jurídico por la patrística tardía y la dogmática medieval[16].

Por último, la voz *desiderium* debe leerse en el contexto de la praxis procesal pretoria. No alude a un ansia subjetiva o anhelo personal del litigante, sino a la "materia sujeta a examen" o la "cuestión reclamada" que el actor somete a la depuración del pretor para que este redacte la fórmula[17]. En consecuencia, la exégesis de Gayo 4.41 revela que la *intentio* no expresa la petición de condena (*petitum*), sino la delimitación y acotamiento de la hipótesis fáctica y legal que fundamenta la acción, esto es, la *causa petendi*.

3.2 Tipología de fórmulas, la coexistencia con la *demonstratio* y el debate con la doctrina clásica

Probablemente, el indicio más contundente en apoyo de la hipótesis de la *intentio* como causa de pedir se obtiene al examinar la tipología de las fórmulas romanas, en particular la distinción entre fórmulas con *intentio certa* e *incerta*, así como su coexistencia con la *demonstratio*.

En las acciones civiles con *intentio certa* (por ejemplo, la *condictio certae pecuniae*), la fórmula redactada por el pretor presentaba el siguiente

16 DIHLE, A., The theory of the will in classical antiquity, University of California Press, Berkeley, 1982, pp. 132-138

17 TALAMANCA, M., Processo civile (diritto romano), Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1-80

esquema: "SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE" (Gayo, Inst. 4.41). En este supuesto, la *intentio* (SI PARET... DARE OPORTERE) se limita a fijar de forma condicional la existencia de una obligación jurídica precisa de la que deriva el pleito. La afirmación del *oportere* acota el marco normativo y la suma controvertida, actuando como el elemento delimitador del proceso.

El nudo dogmático surge en las acciones con *intentio incerta* (como las acciones derivadas de contratos de buena fe: *actio empti, actio venditi*), donde la *intentio* por sí sola resultaba insuficiente para fijar la causa del litigio: "QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA". Precisamente porque el QUIDQUID ("todo lo que resulte que deba dar o hacer") era manifiestamente indeterminado, el pretor se veía obligado a anteponer una cláusula previa denominada *demonstratio*, cuyo cometido expreso era indicar la causa originaria de la reclamación: "QUOD A. AGERIUS N. NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT" ("Puesto que Aulo Agerio vendió un esclavo a Numerio Negidio")[18].

Llegados a este punto, resulta ineludible el diálogo con la romanística clásica. Una parte relevante de la romanística, representada -aunque con diferencias internas- por Schulz, Kaser y Lenel, ha entendido que

[18] Gayo, Inst. 4.40: "Demonstratio est pars formulae, quae ob id adiicitur, ut demonstretur res de qua agitur". Vid. FUENTESECA, M., "¿Existió la denominada actio incerti ex stipulatu?", RIDROM, 3, 2009, pp. 1-20. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17929), donde la *intentio* por sí sola resultaba insuficiente para fijar la causa del litigio

la necesidad de una *demonstratio* no excluye que la *intentio* contenga la afirmación jurídica de la pretensión, especialmente en las fórmulas con *intentio incerta*.[19] Para esta insigne interpretación, la *demonstratio* se limita a fijar la causa o el fundamento fáctico para individualizar el litigio, mientras que la *intentio* (el *quidquid paret*) retiene la expresión genuina de la pretensión o el imperativo volitivo. Así, la presencia de la *demonstratio* reflejaría únicamente que la pretensión, al ser materialmente abierta, requiere un marco fáctico ineludible para no dejar inerme al juez[20].

Sin embargo, frente a esta sólida construcción y apoyándonos en la delimitación moderna de la *causa petendi*, cabe proponer una lectura alternativa. SCHMIDLIN ha sostenido que, en los *iudicia bonae fidei*, la *demonstratio* fija la *res de qua agitur*, es decir, la relación litigiosa que debe ser comprobada por el juez antes de proceder a la estimación de la condena. En una línea convergente, KASER -siguiendo a

19 Las posiciones de SCHULZ, KASER, LENEL, MANTOVANI y PUGLIESE no son plenamente coincidentes ni emplean de forma uniforme las categorías contemporáneas de *petitum* y *causa petendi*. La lectura tradicional entiende, en términos generales, que la *intentio* formula la afirmación jurídica de la pretensión -incluida la expresión *quidquid dare facere oportere* en las fórmulas inciertas-, mientras que la *demonstratio* individualiza el negocio o hecho que sirve de fundamento a la reclamación. La hipótesis aquí defendida no niega la función jurídica de la *intentio*, sino que propone distinguir entre la formulación del presupuesto jurídico-fáctico de la condena y la articulación formal de la consecuencia condenatoria. Vid. KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1966, §§ 45 y 83; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. directa de la ed. inglesa por J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 487-492; LENEL, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3.ª ed., Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1927, pp. 68-75; MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, 2.ª ed., Padova, CEDAM, 1999, pp. 60-65; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano. II. Processo formulare*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 152 ss.

20 KASER, *Das römische Zivilprozessrecht,* cit., § 45; Schulz, Derecho romano clásico, cit., pp. 487-492

WLASSAK y frente a la interpretación de ARANGIO-RUIZ- entiende que la *demonstratio* no contiene un *factum* indiscutido, sino una afirmación del demandante sometida a comprobación judicial. Desde esta perspectiva, la *demonstratio* no encierra un mero hecho pacífico, sino el fundamento concreto de la controversia. Si la *intentio* fuera verdaderamente la sede exclusiva del *petitum* material -entendido como la declaración de voluntad exigida por el actor-, resultaría necesario explicar por qué la delimitación del conflicto y la comprobación de la relación litigiosa se articulan también mediante la *demonstratio*[21].

La lectura tradicional no carece de fundamento. En las fórmulas con *intentio incerta*, la expresión *quidquid dare facere oportere* puede entenderse como una afirmación jurídica abierta que contiene la pretensión del actor, mientras que la *demonstratio* individualiza el negocio o hecho del que nace la relación litigiosa. Desde esta perspectiva, la *demonstratio* no desplaza la pretensión fuera de la

21 SCHMIDLIN, B., "La fonction de la *demonstratio* dans les actions de bonne foi", en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 716-717, sostiene que la *demonstratio* fija la *res de qua agitur* y que el juez debe comprobar primero la relación litigiosa antes de proceder a la estimación de la condena. En sentido convergente, KASER, M., *Formeln mit* intentio incerta*, *actio ex stipulatu* und *condictio*, *Labeo*, vol. 22, 1976, pp. 8-11, especialmente p. 8, afirma que la *demonstratio* no contiene un *factum* indiscutido, sino una afirmación del demandante sometida a comprobación; según FUENTESECA, M., "¿Existió la denominada *actio incerti ex stipulatu?*", *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, vol. 1, n.º 3, 2009 (https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17929) pp. 1-20, especialmente pp. 10-12, la posición de KASER se sitúa en la línea de WLASSAK y frente a ARANGIO-RUIZ. Vid. asimismo WLASSAK, M., "Praescriptio und bedingter Prozess", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 33, 1912, pp. 1 ss.

intentio, sino que proporciona el presupuesto fáctico necesario para concretarla. La hipótesis aquí defendida adopta una lectura distinta: entiende que la *demonstratio* y la *intentio* integran conjuntamente la delimitación de la *causa petendi*, reservando a la *condemnatio* la función de articular la consecuencia de condena. La diferencia no reside, por tanto, en negar la función jurídica de la *intentio*, sino en rechazar que dicha función agote el concepto contemporáneo de *petitum*.

Desde la óptica de la dogmática procesal contemporánea, es precisamente la conjunción inescindible de la *demonstratio* (el relato del hecho histórico que sirve de barrera) y la *intentio* (la imputación normativa del *oportere ex fide bona*) la que constituye en su totalidad la *causa petendi* completa en las acciones inciertas[22]. Al asumir la *intentio* la función de calificación o subsunción jurídica de los hechos, la orden de condena -el genuino *petitum* exigitivo- quedaría reservada de forma natural y exclusiva a la *condemnatio*.

Asimismo, en las fórmulas *in factum conceptae* -creadas por el pretor para tutelar situaciones no contempladas por el *ius civile*-, la *intentio* carecía de cualquier referencia al *oportere* civil y se reducía a una mera descripción condicional de los hechos alegados[23]. Aquí la *intentio* opera, de forma transparente e incontrovertible, como un puro relato fáctico acotador: la *causa petendi* procesal en su estado más genuino[24].

---

22 LENEL, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3.ª ed., Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927, pp. 68-75; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12.ª ed., Jovene, Napoli, 2001, pp. 210-215

23 SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE ET DOLO MALO N. NEGIDII FACTUM ESSE UT REDDERETUR

24 Vid. TORRENT, A., "Previsiones aquilianas. II. Actio directa, in factum,

IV. LA *CONDEMNATIO* COMO SEDE MATERIAL DEL *PETITUM*: UNA HIPÓTESIS INTERPRETATIVA

4.1. El mandato condicional al juez y la declaración petitoria de condena

Desplazada la *intentio* al ámbito de la causa de pedir, la exploración de la estructura de la fórmula nos conduce a evaluar la *condemnatio* como el espacio natural y material del *petitum*.

En la dogmática general del proceso, el *petitum* no consiste en la mera afirmación teórica de tener un derecho, sino en la petición concreta dirigida al órgano jurisdiccional para que emita un pronunciamiento que modifique la esfera jurídica o patrimonial del demandado[25]. Si analizamos la fórmula pretoria como un silogismo hipotético, la *intentio* opera estrictamente como la premisa fáctica, mientras que la *condemnatio* constituye la conclusión imperativa. El *petitum*, en tanto que acto volitivo, resulta incompatible con la partícula condicional *si paret:* parece razonable que se sometan a prueba los hechos, no los deseos.

En el procedimiento formulario, este acto de exigencia volitiva no se realiza propiamente en la *intentio* -que se limita a redactar una hipótesis condicional dirigida al juez: "Si resulta probado que..."-, sino

utilis...", *RIDROM*, 23, 2019, pp. 327-446 (http://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18143)

25 GUASP, J., La pretensión procesal, cit., pp. 38-42; LORCA NAVARRETE, A. M., La pretensión procesal, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 45-50

en la *condemnatio*, que contiene la instrucción imperativa al *iudex* para condenar o absolver: "IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE" (Gayo, Inst. 4.43).

Desde la perspectiva del actor, al aceptar la fórmula redactada en la fase *in iure* y formalizar la *litis contestatio*, el demandante está ejercitando y fijando su *petitum*: está pidiendo al juez que materialice la orden de condena pecuniaria fijada en la *condemnatio* si se verifica la condición señalada en la *intentio*. La *condemnatio* es la cláusula que convierte la hipótesis lógica de la *intentio* en un mandato de transformación patrimonial.

4.2. La *condemnatio* pecuniaria, las pretensiones no pecuniarias y la cláusula arbitraria

Frente a esta caracterización de la *condemnatio* como sede del *petitum*, parte de la doctrina procesalista clásica podría objetar, con razón, que el *petitum* procesal moderno no se agota en la imposición de una suma de dinero, ya que abarca tutelas constitutivas, meramente declarativas o de restitución de bienes específicos in natura[26].

Para resolver esta discrepancia y alinear la hipótesis con las exigencias de la dogmática procesal contemporánea, es preciso analizar el principio de la *condemnatio* pecuniaria y la función de la cláusula arbitraria (*clausula arbitraria* o *pronuntiatio*).

[26] GASCÓN INCHAUSTI, F., Derecho Procesal Civil. Parte General, Civitas, Madrid, 2022, pp. 55-60; MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional II, cit., pp. 120-125

En el *ordo iudiciorum privatorum*, regido inexorablemente por el principio de la condena pecuniaria (*omnis condemnatio pecuniaria est*)[27], el juez privado carecía del *imperium* necesario para decretar la entrega material forzosa de un bien o la ejecución de una prestación de hacer *in natura*. Toda pretensión, por específica que fuera en el tráfico jurídico sustancial (la entrega de un esclavo o una finca), debía ser reducida inevitablemente a una cuantificación en dinero mediante la *aestimatio litis*.

Sin embargo, el genio jurídico romano ideó un mecanismo técnico para articular verdaderas pretensiones de restitución o exhibición mediante las acciones arbitrarias (*actiones arbitrariae*). En estas fórmulas (como la *actio rerum amotarum* o la *actio ad exhibendum*), el pretor insertaba entre la *intentio* y la *condemnatio* una cláusula de restitución previa (NISI ARBITRATU IUDICIS RESTITUAT): "SI PARET MENSAM ARGENTEAM A. AGERII ESSE, NISI ARBITRATU TUO RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE".

La estructura de las acciones arbitrarias confirma y matiza la tesis propuesta, demostrando cómo se articulaban los elementos de la pretensión:

[27] Gayo, Inst. 4.48: "*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*"

La *intentio* (SI PARET MENSAM... ESSE) establece la *causa petendi* delimitadora (el derecho de propiedad del actor sobre la mesa de plata).

El *arbitrium de restituendo* (NISI RESTITUAT) abre una vía –facultativa para el demandado- a una tutela específica restitutoria, análoga a la pretensión moderna de condena a dar un bien específico[28].

La *condemnatio* fija la sanción pecuniaria sustitutiva en caso de renuencia del demandado.

Por consiguiente, ubicar el *petitum* en la *condemnatio* no supone confundir los fines del proceso con los medios coercitivos para lograrlo. Al contrario, en nuestra hipótesis, la *condemnatio* y, en determinados supuestos, la cláusula arbitraria, proporcionan los instrumentos formales mediante los cuales la fórmula articula la consecuencia restitutoria o pecuniaria solicitada[29].

V. PROYECCIÓN DOGMÁTICA EN EL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

La reubicación de la pretensión procesal romana -situando la *causa petendi* en la *intentio* y el *petitum* en la *condemnatio*- no constituye una mera reordenación terminológica. Por el contrario, permite comprender la génesis histórica y el fundamento dogmático de institutos procesales clave en la legislación y jurisprudencia

[28] En este sentido, la cantidad exorbitante solicitada en la *condemnatio* adquiría una finalidad punitiva para aquél demandado que se negara a restituir *in natura.*

[29] MANTOVANI, D., Le formule del processo privato romano, cit., pp. 88-94; KASER, M., *Derecho privado romano*, cit., § 83

contemporáneas, observando su continuidad funcional sin ignorar las diferencias estructurales de cada ordenamiento.

5.1 Litispendencia, *mutatio libelli* y la subsanación del *petitum* (Arts. 410 y 424 LEC)

En el Derecho procesal contemporáneo, la interposición de la demanda (si es admitida) produce el efecto de la litispendencia, congelando los elementos del proceso y prohibiendo la alteración sustancial de la pretensión o *mutatio libelli*[30].

En el proceso formulario romano, este momento de fijación del proceso acaecía de forma drástica y preclusiva en la *litis contestatio*. Al acordar la fórmula ante el pretor, la *intentio* fijaba como muros acotadores la causa de pedir. Si el actor incurría en un error al redactar la *intentio* reclamando más de lo debido (*pluris petitio re, tempore, loco* o *causa*), no podía modificar la cláusula durante la fase *apud iudicem*: perdía el litigio irreversiblemente, el demandado era absuelto, y la acción quedaba consumida por el efecto extintivo de la *litis contestatio*[31].

Esta extrema rigidez derivaba precisamente de que la *intentio* acotaba de forma estricta el objeto de prueba del juez. Mientras que el sistema romano resolvía la imprecisión de la *intentio* mediante la absolución del demandado, el Derecho procesal moderno contempla mecanismos sanadores para evitar dilaciones indebidas. La

30 Conforme a la regla del art. 410 LEC

31 Gayo, Inst. 4.53-53d. Sobre los efectos fatales de la *pluris petitio* en la *intentio* y la consecuente pérdida de la actio, vid. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, cit., pp. 493-495; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., § 45

legislación española vigente articula en la audiencia previa un trámite específico de depuración[32] orientado a subsanar la indeterminación o incorrección del *petitum* o la *causa petendi* mediante el mecanismo del artículo 424[33].

No obstante, la lógica de fondo de ambos sistemas es idéntica: la necesidad imperativa de fijar de forma clara los "muros" del *petitum* a través de la *causa petendi* antes de la fase probatoria y del pronunciamiento sobre el fondo, tal y como sostiene unánimemente la dogmática contemporánea[34].

5.2. Preclusión de alegaciones y cosa juzgada material: Diferenciación conceptual entre el Art. 400 LEC y la *consumptio actionis*

El impacto más acusado de la relectura de la fórmula romana se observa en la teoría de la cosa juzgada material y la preclusión de alegaciones.

En el sistema procesal continental, la eficacia negativa de la cosa juzgada (*non bis in idem*) impide la celebración de un segundo proceso entre las mismas partes cuando exista identidad de sujetos, objeto (*petitum*) y causa de pedir (*causa petendi*). Para evitar que los litigantes dividan artificialmente sus acciones interponiendo demandas

32 Arts. 414 y 416 LEC

33 Sobre este trámite de subsanación y depuración en la audiencia previa, vid. art. 424.1 LEC: "Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de la demanda en cuanto a lo que se pida o a los hechos en que se funde la pretensión... el tribunal requerirá a la parte para que aclare o precise lo alegado"

34 DE LA OLIVA SANTOS, A., Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, cit., pp. 110-118; ALFARO VALVERDE, L. G., "Problemas sobre el objeto virtual del proceso civil", Diario La Ley, n.º 8368, 2014, pp. 1-12

sucesivas fundadas en distintos títulos o calificaciones jurídicas de un mismo hecho, el legislador español introdujo la regla de preclusión del artículo 400 LEC[35].

Esta institución encuentra un indudable antecedente funcional en la *exceptio res iudicata vel in iudicium deducta* pretoria. En los *iudicia quod imperio continetur*, cuando un demandante intentaba iniciar un segundo proceso basándose en los mismos hechos que ya habían sido encuadrados en la *intentio* de un juicio anterior, el pretor concedía al demandado una *exceptio* para paralizar la nueva demanda[36]. La *intentio* funcionaba procesalmente como el instrumento acotador del "objeto virtual" del pleito: todo lo que pudo y debió ser alegado en la *intentio* quedaba precluido tras la *litis contestatio*.

Sin embargo, para no incurrir en asimilaciones anacrónicas, es indispensable matizar la diferencia de fundamento entre ambas figuras jurídicas. La razón de ser de la *exceptio* romana no estribaba en que el *petitum* de la *condemnatio* fuera idéntico, sino en que la *causa petendi* circunscrita en la *intentio* previa agotaba, por su propia naturaleza, la facultad de reclamar del actor mediante la *consumptio actionis*. Por el contrario, el artículo 400 LEC establece una regla moderna de preclusión cuya fundamentación es genuinamente

35 Art. 400.1 LEC, transcrito supra. Sobre la naturaleza del "objeto virtual" del proceso y el alcance preclusivo del precepto, vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, La Ley, Madrid, 2000, pp. 85-92; CASTILLEJO MANZANARES, R., Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 53-60

36 En los *iudicia legitima,* celebrados en Roma, ante juez único y entre ciudadanos romanos, la denegación de la acción por parte del pretor se producia *ipso iure*, sin necesidad de intercalar una *exceptio* en la fórmula.

contemporánea: la salvaguarda de la economía procesal y la seguridad jurídica del demandado, impidiendo que deba defenderse repetidas veces frente al mismo sustrato fáctico bajo ropajes jurídicos diversos.

Así, salvando las distancias de su respectiva fundamentación dogmática, la reconstrucción de la *intentio* como causa de pedir permitiría sugerir una continuidad funcional. Evidencia que la exigencia de exhaustividad preclusiva en la demanda (el "objeto virtual") no es un mero formalismo legislativo moderno, sino una necesidad estructural de fijación del debate que hunde sus raíces directamente en el edicto pretorio[37].

CONCLUSIONES

Primera.-La asimilación tradicional de la *intentio* romana con el concepto dogmático moderno de pretensión procesal responde a una proyección anacrónica de las categorías pandectistas del siglo XIX. La exégesis filológica del pasaje de Gayo 4.41 revela que el verbo *concludere* no significa "manifestar" o "expresar" un deseo volitivo, sino "encerrar", "delimitar" o "acotar" una hipótesis fáctica y jurídica. La *intentio* puede ser interpretada, desde las categorías analíticas aquí utilizadas, como una cláusula que desempeña principalmente una función de delimitación jurídico-procesal de la controversia, sin que ello permita identificarla sin más con la *causa petendi* contemporánea.

[37] D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, cit., pp. 165-172; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *Bases del sistema jurídico continental,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, cap. 5

Segunda.-La *condemnatio* aparece como el lugar formal en el que la fórmula articula la consecuencia de condena, lo que permite plantear que, desde una perspectiva funcional contemporánea, desempeña una función próxima a la dimensión petitoria de la pretensión, sin que ello implique una equivalencia plena entre categorías romanas y modernas. Es en esta cláusula donde el pretor instruía de forma imperativa al *iudex privatus* para condenar o absolver al demandado en una suma pecuniaria. Incluso en las pretensiones restitutorias o exhibitorias, la estructura de las *actiones arbitrariae* confirma que la *intentio* definía el fundamento del derecho alegado, mientras que el *arbitrium de restituendo* y la *condemnatio* articulaban el verdadero mandato coercitivo sobre el patrimonio del demandado.

Tercera.-La diferenciación funcional propuesta de la fórmula pretoria entre *intentio* (*causa petendi*) y *condemnatio* (*petitum*) ofrecería un modelo analítico de extraordinaria utilidad para explicar la dinámica del proceso civil contemporáneo. En materia de litispendencia y *mutatio libelli*, la inmutabilidad del debate tras la *litis contestatio* anticipa la rigidez procesal del objeto del litigio y la necesidad de articular mecanismos tempranos de subsanación de demandas defectuosas o imprecisas (consagrados en el art. 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española)[38].

Cuarta.-En el ámbito de la eficacia negativa de la cosa juzgada material y la preclusión de alegaciones, la *intentio* operaba como la

[38] Sobre la función del trámite de la audiencia previa para depurar la imprecisión del *petitum* sin alterar la causa de pedir, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 110-118

delimitación preclusiva del objeto del proceso. Todo hecho o fundamento jurídico no alegado en la *intentio* quedaba de manera irreversible consumido por la *litis contestatio,* impidiendo su reproducción en un juicio posterior mediante la *exceptio res iudicata*. Esta mecánica pretoria ofrece un antecedente funcional relevante para comprender la exigencia moderna de concentración de alegaciones, aunque el artículo 400 LEC responde a una fundamentación dogmática propia y no puede considerarse una reproducción directa de la *consumptio actionis*, demostrando que la carga de exhaustividad en la demanda no es un formalismo enervante moderno, sino una exigencia estructural de seguridad jurídica presente desde el ordenamiento formulario romano[39].

Quinta.-Finalmente, el análisis de la fórmula romana demuestra que la congruencia de la sentencia (*ne eat iudex ultra, extra o citra petita*) no deriva conceptualmente del principio dispositivo en sentido moderno, sino de los límites infranqueables del mandato jurisdiccional delegado en el juez. La relectura de la *intentio* y la *condemnatio* permite, en definitiva, tender un puente riguroso entre la romanística y la ciencia procesal actual, devolviendo al estudio de la fórmula su verdadero valor como matriz de las garantías del proceso civil continental.

[39] Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, *La Ley*, Madrid, 2000, pp. 85-92; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *Bases del sistema jurídico continental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, cap. 5.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO VALVERDE, L. G., «Problemas sobre el objeto virtual del proceso civil», *Diario La Ley*, n.º 8-05-2014, pp. 1-12.

BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile,* Padova, CEDAM, 1945.

CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil,* trad. N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEA, 1944.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Madrid, Civitas, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil* I, 4.ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., B*ases del sistema jurídico continental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2026.

DIHLE, A., *The Theory of the Will in Classical Antiquity*, Berkeley, University of California Press, 1982.

D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, 7.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1989.

ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine,* 4.ª ed., Paris, Klincksieck, 1985.

FUENTESECA, M., «¿Existió la denominada actio incerti ex stipulatu?», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano,* n.º 3, 2009, pp. 1-20. (https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17929)

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Madrid, Civitas, 2022.

GLARE, P. G. W. (ed.), *Oxford Latin Dictionary,* Oxford, Clarendon Press, 1982.

GUARINO, A., *Diritto privato romano,* 12.ª ed., Napoli, Jovene, 2001.

GUASP, J., «La pretensión procesal», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 5, n.º 1, 1952, pp. 7-110.

KASER, M., Das römische Zivilprozessrecht, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1966.

KASER, M., «Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio», *Labeo*, vol. 22, 1976, pp. 1-22.

KASER, M., *Derecho privado romano,* trad. F. A. Santos y P. Lazo, 21.ª ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022.

LENEL, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung,* 3.ª ed., Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1927.

LORCA NAVARRETE, A. M., *La pretensión procesal,* Barcelona, Atelier, 2024.

MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, 2.ª ed., Padova, CEDAM, 1999.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil,* 21.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El proceso*, 2.ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983.

MUTHER, T., *Zur Lehre von der römischen Actio*, Erlangen, Palm & Enke, 1857.

PUGLIESE, G., *Il processo civile romano. II. Processo formulare*, Milano, Giuffrè, 1963.

REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1957.

ROBERTI, M., «Contributo allo studio delle relazioni fra diritto romano e patristica tratto dall'esame delle fonti agostiniane», *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 23, 1931, pp. 305-366.

SCHMIDLIN, B., «La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo,* vol. V, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 711-729.

SCHULZ, F., *Derecho romano clásico,* trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch, 1960.

TALAMANCA, M., «Processo civile (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 1-80.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000.

TORRENT, A., «Previsiones aquilianas. II. *Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae*. Las llamadas

acciones mixtas», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 23, 2019, pp. 327-446 (http://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18143)

WINDSCHEID, B., *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1856.

WLASSAK, M., «Praescriptio und bedingter Prozess», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.* Romanistische Abteilung, vol. 33, 1912, pp. 1-64.

Universidad de Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
10/05/2026	15/09/2026
Palabras clave:	**Keywords:**
Lex Aquilia, plebiscitum, manus iniectio, vindex, litiscrescencia, secessio plebis, lex Hortensia	*Lex Aquilia, plebiscitum, manus iniectio, vindex, litiscrescence, secessio plebis, lex Hortensia*

CC BY NC ND

LA POLÍTICA DE LA LEX AQUILIA. DISPUTAS SOBRE COMPENSACIÓN EN LA LUCHA DE LOS ÓRDENES: EN BUSCA DE JUICIOS JUSTOS

THE POLITICS OF THE LEX AQUILIA. REPARATION DISPUTES IN THE BATTLE OF THE ORDERS: THE QUEST FOR FAIR TRIALS

Wolfgang Ernst

Regius Professor of Civil Law

All Souls Collegue, University of Oxford

https://orcid.org/0000-0002-0565-5618

(ERNST, Wolfgang. *La política de la Lex Aquilia. Disputas sobre compensación en la lucha de los órdenes: en busca de juicios justos*. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970.Pp. 289-363. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

Años de interpretación por sofisticados juristas romanos han supuesto el desarrollo de un Derecho integral sobre daños a la propiedad personal, basado en la republicana *lex Aquilia*. Esta *lex* tuvo su origen en un plebiscito. Los plebeyos debieron haber perseguido un amplio propósito político, que debe encontrarse en el problema de "acceso a la justicia" inherente al procedimiento de la *legis actio per sacramentum*, que impedía litigar a los plebeyos carentes de liquidez. Este agravio fue acuciante tras la última *secessio plebis* (aproximadamente 287 a. C.) cuando todavía quedaban grandes daños por compensar. Para los hechos más atroces, la muerte de esclavos y ganado, estaba instituido un procedimiento *manus iniectio* basado en una *confessio,* que incentivaba el pago no disputado de reparaciones *in iure*. En el contexto de esta reforma, otros elementos de la *lex Aquilia* pueden ser reconsiderados, *inter alia* la regla del año precedente y el misterioso Capítulo II.

Abstract:

Centuries of interpretation by sophisticated Roman jurists developed a comprehensive and nuanced law of damage to personal property, based on the republican *lex Aquilia*. This *lex* originated from a plebiscite and the plebeians must have pursued a comprehensible political purpose. That purpose is to be found in the 'access to jus- tice' problem inherent in the *legis actio per sacramentum* procedure, which hindered cash-poor plebeians from engaging in adversarial trials. This grievance became pressing in the aftermath of the last *secessio plebis* (ca. 287 BCE) when vast amounts of property damage and destruction awaited judicial redress. For the most heinous deeds, the killing of slaves and cattle, a *manus iniectio* procedure was instituted that incentivised uncontested payment of reparations based on a *confessio in iure*. In the context of this reform, other elements of the *lex Aquilia* can be reconsidered, *inter alia* the reliance on a price from the preceding year and the mysterious Chapter II.

SUMARIO: 1. De vuelta a Beinart; 2. Daño a propiedad personal: su aspecto procesal civil en la Roma de mediados de la época republicana; 2.1 Antes de la *lex Aquilia*; 2.2 La litiscrescencia es la clave; 2.3 La *manus iniectio* antigua; 2.4 El problema de la *certa pecunia*; 2.5 Identificando el procedimiento; 2.6 *Manus iniectio pro iudicato* o *manus iniectio pura*; 2.7 Sustituyendo al *vindex*: la *lex Vallia*; 3. Sobre el Capítulo II; 4. Interponiendo una demanda bajo el Capítulo I; 4.1 *Adversus confessum*: el demandado que se allana; 4.2 *Adversus infitiantem*: el demandado que negaba su responsabilidad; 5. Sobre el Capítulo III; 6. Yuxtaposición de los Capítulos I y III; 7. Responsabilidad aquiliana por los ilícitos cometidos por esclavos; 8. La aprobación del plebiscito y de la *lex*; 8.1 Cuestiones de Derecho constitucional; 8.2 La *clausula derogatoria*; 8.3 Estructura y taxonomía; 9. El año 287 a. C.: una nueva narrativa; 10. ¿Qué deparaba el futuro?; 10.1 Antes de la incorporación al edicto del pretor; 10.2 Demandas aquilianas sustanciadas *per formulam*; 10.3 Derecho justinianeo y más allá.

> La *lex* sobre Derecho privado más importante de todos los tiempos. Richard Baumann.

1. De vuelta a Beinart

El Derecho de la *lex Aquilia*, como refinado instrumento para regular el daño a la propiedad personal, es el sofisticado producto de siglos de interpretación por juristas romanos de élite. La resolución original del *concilium plebis*, iniciado por el tribuno de la plebe Aquilio, no fue entonces y no debe ser equivocadamente entendida ahora como una Ley integral, diseñada para abordar, de manera sistemática, los muchos aspectos jurídicos de los daños causados a la propiedad personal. La aprobación de la *lex Aquilia* fue un evento en la historia política romana y debió haber tenido una dimensión política. Las previsiones incluidas en el *plebiscitum* debieron haber servido a un propósito político integral que en el contexto social, político y económico de la época, fue suficientemente importante como para recorrer el procedimiento legislativo. Una Ley cargada políticamente se convirtió en la base sobre la cual los *iurisperitii* republicanos y clásicos desarrollaron, por vía de refinada interpretación, el Derecho clásico de la *lex Aquilia* en todo su esplendor intelectual. Aquello de lo que el *plebiscitum* de 287 a. C. pudo haber carecido en matices teóricos debió haber sido compensado con beneficios para los plebeyos. Esta contribución trata de reconstruir el elemento político en la formación de la *lex Aquilia*. Para priorizar la coherencia narrativa, este estudio prestará poca atención al estudio crítico de los muchos esfuerzos de explicar los orígenes de la *lex Aquilia*.

La *lex Aquilia* fue iniciada como un plebiscito (D. 9.2.1.1 Ulp. 18 *ad ed*.), lo que fuentes bizantinas vinculan a una anterior *secessio plebis*[1] en que el orden plebeyo se rebeló contra los gobernantes patricios.

Theophilos, *Institutionum Graeca Paraphrasis*, 4.3.15[2]:

> ὁ γὰρ Ῥωμαϊκὸς χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δῆμου καὶ τῆς συγκλήτου, τοῦ AQUILIU (δήμαρχος δὲ οὗτος) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος, ἠρκέσθη τῷ PLURIMI ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κειμένῳ κεφαλαίῳ.
>
> Pues los plebeyos de Roma, al tiempo de su secesión del Senado, cuando Aquilio —que era tribuno de los plebeyos— propuso el presente texto legislativo, se contentaron con la expresión PLURIMI en el primer capítulo. (Traducción española basada sobre la traducción inglesa de Murison, en que se basa el original inglés).

Un autor anónimo nos dice, respecto de Bas. 60.3.1[3] lo siguiente:

> Ὁ Ἀκουΐλιος δήμαρχος ἦν τοῦ χυδαίου [...]. Ὅτε γὰρ ἐστασίασε τὸ πληθος πρὸς τοὺς συγκλητικοὺς καὶ διέστη ἀπ' αὐτῶν, εἶχον τοῦτον ἄρχοντα καὶ τὸ παρ' αὐτοῦ

---

1 Para los *Graeca* que siguen, he tenido apoyo de T. Rüfner. Respecto de todo el cuerpo de fuentes bizantinas relevantes, MIGLIETTA, M., 'Il terzo capo della lex Aquilia è, ora, il secondo', Considerazione sul testo des plebiscito aquiliano allá luce della tradizione giuridica bizantina". En: *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* (AUPA) 55, 2012, pp. 403 – 442.

2 LOKING, J. H. A., MEIJERING, R., STOLTE, B. H. y VAN DER WAL, N. (eds), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, con traducción de MURSON, A. F., Groningen 2010, pp. 772 y ss.

3 Sch. Pe 4 § B 60.3.1 (= D. 9.2.1 pr.). En: SCHELTEMA, H. J., HOLWERDA, D. y VAN DER WAL, N. (eds), *Series B Volumen VIII Scholia in Libros LVII – LX*, *16*, Groningen 1983, p. 3090/28-31.

> νομοθετούμενον οὕτως ἐκλήθη. Ὅθεν πλεσβίκιτόν ἐστι μᾶλλον ὁ Ἀκουΐλιος ἢ νόμος. [...]
>
> Aquilio era el tribuno […]. Pues cuando la gente común/plebeyos se rebelaron contra los Senadores y se separaron de ellos, ellos lo tenían a él como su magistrado y la medida que fue introducida por el fue nombrada así. Por ello, lo aquiliano es un plebiscito y no una Ley […].

Aunque esta prueba es escasa, no hay razón para rechazar esta información bizantina como si fueran invenciones[4]. Hoy, la mayoría de los autores identifican la *secessio* mencionada en estos textos con la *secessio* hacia el monte Janículo, lo que antiguos autores describieron como la causa de las reformas hortensianas de 287 a. C[5]. Esta razón se aceptará aquí como hipótesis de trabajo.

Las afirmaciones bizantinas serían de escasa importancia si fueran entendidas como sugiriendo una mera coincidencia temporal entre la aprobación de la *lex Aquilia* y una *secessio plebis*. Sin embargo, van más allá de eso: implican una conexión causal. La *lex Aquilia* fue producto de la *secessio* o, mejor, de la reconciliación entre los dos órdenes tras

4 Para una visión más escéptica, *cfr*. PIELER, P., "Die beschädigten Objekte nach dem 1. Kapitel der *lex Aquilia*". En: MACH, P. *et al*. (eds), *Constans et perpetua voluntas,* Pocta Petrovi Blahovi k. 75, Narodeniá, Trnave, 2014, pp. 485 – 491, especialmente en pp. 486 y ss.

5 Los intentos de desacreditar el año 287 a. C. no han tenido éxito: véase, IBBETSON, D., "The dating of the *lex Aquilia*". En: BURROWS, A., JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R., *Judge and Jurist: Essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, pp. 167 y ss.; NELSON, H. L. W. y MANTHE, U., *Gai Institutiones III 182 – 225*, Berlin, 2007, p. 212.

la secesión, pues no era posible adoptar la *lex Aquilia* sin consentimiento de los patricios[6]. El argumento fue hecho convincentemente por Beinart[7]. En su núcleo, su análisis no ha sido refutado, y creo que no puede serlo[8]: hubo una vinculación entre la última *secessio plebis* y la aprobación de la *lex Aquilia*. La *lex* fue parte de la reconciliación entre los dos órdenes que terminó esta *secessio*. La destrucción que las partes se produjeron las unas a las otras fue la cuestión que el plebiscito pretendió abordar. *Urere*, *frangere*, *rumpere*, *pecudes/servos occidere*: estos son actos típicos de la violencia que se produce en disturbios[9]. *Iniuria* significa ilegalmente. En el transcurso de los disturbios hubo, sin duda, circunstancias en que un esclavo fue muerto por el uso legítimo de la fuerza o bajo el tinte de la autoridad de la magistratura, lo que por supuesto no daba lugar a compensación.

En nuestra búsqueda por los motivos políticos que movieron a Aquilio, la cuestión principal es identificar el benefició que la *lex*

6 *Infra*, 8.1.

7 BEINART, B., "*De lege Aquilia*". En: *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 10, 1946, pp. 192 y ss.; BEINART, B., "Once more on the origin of the *lex Aquilia*". En: *Butterworths South African Law Review*, 70, 1956, pp. 70 y ss.

8 La opinión de BEINART ha sido correctamente defendida contra la impugnación de FRITZ PRINGSHEIM de que la *lex* era "no política", por BAUMANN, R., *Lawyers in Roman republican politics, A study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC,* [Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, 82], Munich 1983, pp. 83 y ss. Nuevas críticas de la contribución de BEINART hay en WESTBROOK, R., "The coherence of the *lex Aquilia*". En: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), 42, 1995, pp. 437 – 471, reimpreso en LYONS, D. y RAAFLAUB, K. A., Ex oriente lex, *Near Eastern influences on ancient Greek and roman Law*, Baltimore, 2015, pp. 124 – 145.

9 BEINART, B., *De lege Aquilia…*, *op. cit.*, p. 196.

produjo para los plebeyos. ¿Buscaron los plebeyos una mejor protección en tanto víctimas del desorden civil (por ejemplo compensaciones más cercanas al valor real de mercado)[10]? ¿O fueron, más bien, los perpetradores que temieron la severidad del Derecho en vigor? Beinart consideró que el foco se puso en el daño sufrido por los plebeyos. La *lex* fue, para él, "sobre todo una medida plebeya", que les dio la expectativa de una compensación pecuniaria más justa. Para sostener esta opinión, estuvo forzado a especular sobre las deficiencias en el Derecho que se ocupaba, antes de la *lex Aquilia*, del daño causado a propiedad personal[11].

Esta contribución argumenta que la *lex Aquilia* canalizó las demandas surgidas por la destrucción de "propiedad personal" hacia un procedimiento más moderno. Para los casos que cubría, la *lex Aquilia* bloqueó el tradicional procedimiento *per sacramentum*. La reforma proveyó un mecanismo de compensación para la destrucción que los alborotadores de la *secessio plebis* de 287 a. C. se produjeron mutuamente. En las disputas judiciales sobre las reparaciones debidas por tal destrucción, la *lex* estableció un campo de batalla procesal nivelado para las partes de ambos órdenes.

Un procedimiento más moderno removió el requerimiento del *sacramentum*, una desventaja grande para el litigante que carecía de

10 Esto ha sido tentativamente apoyado por IBBETSON, D., "The dating of the *lex Aquilia*". En: BURROWS, A., JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R., *Judge and Jurist.., op. cit.,* p. 177.

11 BEINART, B., *De lege Aquilia…*, *op. cit.*, p. 197 y 198.

liquidez, fuera demandante o el demandado. Para el Capítulo I de la *lex Aquilia*, el procedimiento moderno era *manus iniectio*, probablemente *pro iudicato*. Esto mejoró la posición procesal de los plebeyos, demandantes o demandados. Su aplicabilidad general a todos los romanos fue consecuencia del compromiso político alcanzado para terminar con el desorden civil.

2. Daño a propiedad personal: su aspecto procesal civil en la Roma de mediados de la época republicana

2.1 Antes de la *lex Aquilia*

Nuestro conocimiento de las normas anteriores a la *lex Aquilia* que regularon el daño a la propiedad personal es limitado. Hubo mecanismos legales, previstos en las XII Tablas y en leyes posteriores, cada uno de los cuales se ocupó de distintos tipos de daños, aunque con pocos principios generales[12]. Para mi argumento no es necesario abordar el Derecho 'material' anterior a la *lex Aquilia*. Como propongo aquí que la *lex* estuvo primordialmente destinada a reformar un marco procedimental injusto, centraré mi atención en el proceso civil anterior a la *lex Aquilia* y en las posibles cuestiones de *fairness* que pudieron haber supuesto un agravio político-social.

[12] Respecto de la Ley de las XII Tablas, véase CURSI, M. F., "Gli illeciti privati". En: CURSI, M. F. (ed.), *XII Tabulae, Testo e commento*, Vol. II, Naples, 2018, pp. 561 – 646 en pp. 601 y ss.

En el momento en que la *lex Aquilia* fue aprobada, todos los procedimientos civiles se sustanciaban por la vía de las *legis actiones*[13]. Tenemos un conocimiento considerable, aunque fragmentario, de esta antigua fase en el desarrollo del proceso civil. La base probatoria no es ideal, de manera que la siguiente descripción solo puede ser aproximada. Antes del establecimiento del procedimiento *per formulam*, las demandas basadas en ilícitos civiles, fuera cual fuera la manera en que estuvieran construidos en aquel momento, se sustanciaban por la vía de la ordinaria *legis actio per sacramentum in personam*[14]. Este era el procedimiento por defecto, disponible naturalmente si no se preveía otra cosa. De acuerdo con Gai. 4.13, la *legis actio per sacramentum in personam* era la *legis actio generalis*. Tenía un toque sagrado. Cada parte debía depositar una suma de dinero. Podemos hablar de una especie de apuesta legal. La parte que veía desestimadas sus pretensiones perdía su depósito, mientras que el ganador lo recobraba. Sabemos que las cantidades estaban fijadas legalmente para el procedimiento *in rem*[15]. Las cantidades no eran para nada despreciables, como lo acredita una comparación con las multas fijadas en las XII Tablas por distintos casos de *iniuria*[16]. No tenemos un conocimiento similar respecto de las reclamaciones *in*

13 Para lo que sigue, véase VARVARO, M., 'Legisaktionenprozess'. En: BABUSIAUX, B., BALDUS, C., ERNST, W. y RÜFNER, T. (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, § 9, Rn. 1 y ss.

14 SELB, W., "'Gewaltenteilung' im republikanischen Rom". En: JAYME, E. *et al.* (eds.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, p. 117–126, esp. p. 120.

15 Gai. 4.13.

16 La tasa del *sacramentum* para disputas *in rem* respecto de la más valiosa categoría de *res* era 500 as (Gai. 4.16), comparado con una multa de 300 as debida por a un hombre libre por *os fractum*.

personam. Las cifras deben haber sido sustancialmente similares. Ha sido observado desde antiguo que el procedimiento *sacramentum* era dificultoso para el pobre, pues la intervención como demandante o como demandado requería dinero en efectivo[17]. Sin efectivo, el demandante no podía iniciar el litigio. La parte demandada que carecía de efectivo no tenía más opción que allanarse, fuera responsable o no. Aunque existieran plebeyos bien dotados de recursos, es posible que esta circunstancia militara en contra de los plebeyos más que en contra de los patricios.

2.2 La litiscrescencia es la clave

No hay prueba directa que conectara expresamente la *lex Aquilia* con uno de los tipos estándares de procedimientos de *legis actio*. Solo a través de prueba indirecta podemos esperar determinar el sentido procesal de la *lex* y sus detalles. Para esta contribución, presumo que las características procesales de las reclamaciones bajo la *lex Aquilia* no fueron introducidas en previsiones especiales, como por ejemplo un hipotético *caput IV* o *V*, de los que no tenemos noticia[18]. Voy a asumir que estas características vinieron con el tipo de procedimiento que la *lex* puso a disposición de las víctimas. La litiscrescencia era una característica sobresaliente de las reclamaciones bajo la *lex Aquilia*,

17 KELLY, J. M., *Roman litigation*, Oxford, 1996, pp. 82 y ss. KELLY se inspiró en VON JHERING, R., "Reich und arm im altrömischen Civilprozess". En: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 13. Aufl., Leipzig, 1924, pp. 175–232.

18 En Gai. 3.21, 215, 217 y D. 9.2.27.5 Ulp. 18 *ad ed.* solo sabemos de tres capítulos.

que debió haber tenido una base en la propia *lex*. Como la litiscrescencia era un sello distintivo de los procedimientos por *manus iniectio*, trataré de establecer que el Capítulo I (pero no el III) de la *lex Aquilia* permitió a las víctimas reclamar por la vía de la *manus iniectio*: será el *thema probandum* que la *lex Aquilia* fue uno de los casos en que una norma especial permitió expresamente recurrir a ese tipo de procedimiento.

Dos previsiones explícitas sobre la litiscrescencia aquiliana se refieren a la demanda que se articula por el Capítulo I: D. 9.2.2.1 Gai. 7 *ad ed. prov.* y D. 9.2.23.10 Ulp. 18 *ad ed*, donde la siguiente frase (§ 11) se ocupa de una admisión falsa de responsabilidad de un demandado que admite haber matado a un esclavo. También hay una alusión en D. 9.3.1.4-5 Ulp. 23 *ad ed.*, proveniente del comentario de Ulpiano sobre la *actio de deiectis vel effusis*, que nos dice que una posible denegación de responsabilidad (así como de la cuestión de la culpabilidad), no es relevante aquí, *quamvis damni iniuriae utrumque exiget*. La siguiente frase (§ 5) establece que cuando un *homo liber* es muerto por un objeto que cae, *damni aestimatio non fit in duplum* (pues como una persona libre no tiene valor monetario, se estableció una multa fija como sanción). Desde una perspectiva aquiliana, el efecto, en este caso, apuntaría al Capítulo I.

2.3 La *manus iniectio* antigua

El *procedimiento per manus iniectionem* y la *manus iniectio* misma pertenecen al substrato arcaico del Derecho romano[19]. *Manus iniectio*, literalmente 'imposición de manos', era un acto procesal, realizado directamente entre dos partes. Fue reconocido como instrumento legal en muy distintos contextos. En todos ellos, una parte requería que la otra hiciera algo. La *manus iniectio* subsiguiente garantizaba que el incumplimiento tendría consecuencias que variaban en función de la naturaleza del incumplimiento. La existencia de *manus iniectio* incentivaba a las partes a hacer peticiones conformes a Derecho: la formal 'imposición de manos' simbolizaba el paso inmediato a la ejecución forzosa. La *manus iniectio* entraba en juego en distintos contextos procedimentales. Daba posibilidad de ejecución al *ius in vocare,* la citación de la parte contraria ante el pretor. Otro caso prominente fue la asegurada aceptación de dinero debido (*nexum*), lo que daba al acreedor el poder de proceder *per manus inectionem* directamente contra el prestatario que incumplía. De todo lo que se sabe hoy sobre *manus iniectio*, la siguiente descripción pondrá atención solo en aquellas características que son relevantes para mi argumento sobre la *lex Aquilia*.

[19] Panorámicas generales hay en RÜFNER, T., "Manus iniectio". En: BAGNALL, R. S., BRODERSEN, K., CHAMPION, C. B., ERSKINE, A., HUEBNER, S. R. (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, first published 26 October 2012, disponible en: https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah13182 (consultado por última vez el 10 de mayo de 2026); PAULUS, C., "Manus iniectio". En: SALAZAR, C. F. (ed.), *Brill's New Pauly. Antiquity Volumes*, first published online 2006, disponible en: http://dx.doi.org/10.1163/1574-9347_bnp_e721810 (consultado por última vez el 10 de mayo de 2026).

La *legis actio per manus inectionem* arquetípica y el modelo que interesa aquí proveyó un procedimiento ejecutivo contra un *condemnatus* que no cumplía con el fallo dictado contra él. Esto se conocía como la *manus iniectio iudicati*[20]. El acreedor victorioso llevaba al *condemnatus* al pretor, donde formalmente anunciaba la suma debida y establecía el incumplimiento, lo que empezaba treinta días (*dies iusti*) tras la sentencia. El posterior proceso ejecutivo pasó por considerables cambios, que no son relevantes ahora. El período de gracia (total) de sesenta días permitía tanto a terceros como amigos o familia abonar la suma debida para conseguir la liberación del *condemnatus*.

Si el demandado quería disputar la deuda, podía detener el procedimiento y llevarlo ante un juez. Para ello, debía presentar un *vindex* cualificado que actuara por él. El *vindex* tenía que estar dispuesto a asumir la defensa y a garantizar que el demandante recibiría lo que le era debido, si la revisión judicial desestimaba la pretensión de la defensa[21]. Traer la cuestión de nuevo ante un tribunal tenía un precio para el demandado. Si el demandado perdía, debía pagar el doble de lo que le había sido reclamado. La *legis actio per manus iniectionem* es el caso arquetípico de una *actio* que *per infitationem in lite crescit*. Este efecto duplicativo pretendía desincentivar impugnaciones sin una buena causa. Las XII Tablas admitieron que el mismo procedimiento se siguiera contra un

20 Sobre *manus iniectio* las *XII tabulae*, véase FIORI, R., "Il processo privato". En: CURSI, M. F. (ed.), *XII Tabulae…, op. cit.,* pp. 45–149, especialmente pp. 105–128, con amplias referencias.

21 La persistente dificultad de entender el exacto rol del *vindex* no será abordada aquí.

confessus, siempre que el allanamiento fuera por un específico número de monedas acuñadas[22]. (Uno puede notar aquí que *aes* era un término que se usaba en relación con la *lex Aquilia*). El *confessus* era tomado como *pro iudicato* (D. 42.2.1 Paul. 56 *ad ed*.).

Al margen de los procedimientos en los que el demandado se allanaba o en los que había sido condenado, otros muchos casos eran aptos para *manus iniectio*. Se introdujeron para propósitos específicos, siempre por un acto legislativo formal: *per manus iniectionem de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege … cautum est, veluti lege XII tabularum* (Gai. 4.21)[23]. Mientras que los detalles del procedimiento por *manus iniectio* variaron de caso a caso, todo apunta a la característica clave que fue la transición rápida hacia la ejecución forzosa, evitando potencialmente el juicio. No hay necesidad aquí de buscar una característica compartida que hubiera podido unir los diversos usos de *manus iniectio* para propósitos ejecutivos. Una posibilidad, invocada a menudo, es que la deuda en estos casos constaba públicamente por distintas razones y que, por tanto, no era controvertida.

Es útil, a efectos comparativos, analizar algunos de los distintos usos de la *manus iniectio*[24]. (1) la *lex Publilia* favoreció al *vindex* que había

22 Gellius 20.1.42: *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis XXX dies sunt dati*.

23 Más sobre este texto, *infra* 2.5.

24 No estamos aquí abordando la *actio ex testamento*, sobre la cual, ver ISOLA, L., "Überlegungen zur Litiskreszenz bei der *actio ex testamento*". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (RA)*, 137, 2020, pp. 70–135.

actuado por una de las partes[25]. Si la parte perdía el pleito, el *vindex* estaba obligado a pagar. Una *actio* especial, la *actio depensi*, estaba a disposición del *vindex* para reclamar el reembolso. Iniciaba por *manus iniectionem* y también comportaba litiscrescencia[26]. (2) La *lex Furia de sponsu* permitía a uno de varios cofiadores usar *manus iniectio* para recuperar lo que el acreedor había obtenido de él (¿también por *manus iniectio*?) en exceso de su responsabilidad proporcional[27]. (3) La *lex Marcia adversus faeneratores*, teniendo por objetivo a los prestamistas de dinero, también se entendía en un contexto político, pues nació de las tensiones socioeconómicas que en toda probabilidad coincidieron con el conflicto entre los patricios y plebeyos[28]. La *lex* permitía *manus iniectio*, *ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur*: el prestatario podía recurrir a la *manus iniectio* contra un prestamista para reclamar el interés y extraído (¿por vía de *manus iniectio*?) en exceso del límite previsto legalmente[29]. (4) También hay previstos poderes *manus iniectio* en distintas cartas municipales. La *lex Coloniae Genetivae Iulia Ursonis* (61) reguló una *manus iniectio* (¿*iudicati*?) a grandes rasgos en la manera romana tradicional[30]. (5) La *lex Luci Lucerni*, promulgada en el segundo siglo a. C. se ocupó de los

[25] Sobre esta *lex* y la *actio depens*, ver SCHMIEDER, Ph., "Bürgschaftsstipulationen und Mehrheiten von Stipulationsschuldnern". En: *Handbuch…*, *op. cit.*, § 73, Rn. 26., con más referencias.

[26] Gai. 4.22.

[27] Sobre esta *lex*, ver SCHMIEDER, Ph., "Bürgschaftsstipulationen". En: *Handbuch…*, *op. cit.*, § 73 Rn. 17, 33; FASCIONE, L., "Ancora sulla *lex Furia de sponsu*". En: *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)*, 82, 2016, pp. 363–385.

[28] Sobre esta *lex*, ver BAUMANN, R., *Lawyers…*, *op. cit.*, p. 364, nota 150.

[29] *Cfr.* REVUELTA, M. S., "La represión penal de la usura en la república romana y su evolución". En: *Estudios Histórico-Jurídicos*, 26, 2004, pp. 85–111.

[30] WOLF, J. G., "Jurisdiction in Urso". En: BURROWS, A., JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R., (eds.), *Judge and Jurist…*, *op. cit.*, pp. 307–323.

vertidos ilegales de basura en bosque sagrado. Para el infractor, preveía *pro nummum L manum iniectio esto: sive magistratus volet multare, liceto*[31]. En esta Ley no hay previsión explícita sobre la eventual duplicación de los cincuenta *nummi*.

2.4 El problema de la *certa pecunia*

Si consideramos la posibilidad de que la *lex Aquilia* estableciera la *manus iniectio* como el procedimiento para sustanciar las demandas bajo el Capítulo I, entonces nos encontramos con el problema de que el procedimiento solo era posible para una suma líquida de dinero o *certa pecunia*. Poderes *manus iniectio* estaban disponibles para ejecutar un préstamo garantizado personalmente (*nexum*) o un crédito derivado de una sentencia y, por tanto, siempre eran por una cantidad concreta de dinero. Las clases de *manus iniectio* enumeradas arriba tenían por objeto sumas líquidas de dinero[32]. Las disputas sobre daño a propiedad personal, por su parte, parecían conducir inevitablemente a la cuantificación judicial de los daños y perjuicios en el caso concreto.

Sin embargo, el problema de la *certa pecunia* desaparece si consideramos la regla aquiliana de que el demandante bajo el

31 Esta transposición a un latín limpio está tomada de RODRÍGUEZ MÁRTIN, J.-D., "Vollstreckungsprozess ohne Urteil im römischen Recht (Kommentar zur *lex Luci Lucerni*)". En: FELDNER, B. et al. (eds.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2000*, Frankfurt/M. etc., 2002, pp. 319–331.

32 Para la *manus iniectio* contra el *confessus*, uno puede basarse en D. 42.2.6 pr – 1, Ulp. 5 *de omn. trib.*

Capítulo I requería compensación con base en lo que el esclavo/animal *in eo anno plurimi fuit*. Los juristas clásicos han puesto, posteriormente, a trabajar sofisticadamente esta cláusula. Por ejemplo, la han usado para ignorar la pérdida de un pulgar que había reducido el valor del esclavo en cierto punto anterior a su muerte; el dueño podía reclamar el valor más alto que el esclavo había tenido como valioso pintor[33]. Estos usos elaborados no podían haber estado en la mente de los legisladores plebeyos. De nuevo, no se hará aquí ningún intento de evaluar las distintas teorías sobre la razón original de este elemento de la *lex*. Es suficiente decir que, a pesar de I. 4.3.9, la regla del año anterior no fue incluida para obtener un efecto penal: un efecto como ese hubiera quedado al arbitrio de la volatilidad de los precios del año anterior[34]. La teoría de la naturaleza penal de la regla se enfrenta también a la dificultad añadida de que no puede explicar por qué el mismo mecanismo no estaba previsto en el Capítulo III[35].

La cláusula *in eo anno* debió haber tenido, más bien, una función respecto de las demandas al amparo del Capítulo I y respecto del procedimiento por el que se sustanciaban aquellas. Sugiero que la regla del año anterior dio a la demanda la condición de *certa pecunia*: permitió al demandante iniciar el procedimiento reclamando una

33 D. 9.2.23.3 Ulp. 18 *ad ed.*; similar, Gai. 3.214.

34 Véase, exhaustivamente, FINKENAUER, Th., "Pönale Elemente der *lex Aquilia*". En: GAMAUF, R. (eds.), *Ausgleich oder Busse als Grundproblem des Schadensersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart*, Vienna, 2017, pp. 35–71, pp. 44 y ss.

35 Sobre la naturaleza penal de las acciones, *cfr.* de nuevo *infra*, 3.3.

suma líquida de dinero. El demandante pudo haber elegido precio que demostrablemente se hubiera pagado por un esclavo o animal equivalente durante el año anterior. El demandado no podía oponerse a la cifra dada por el demandante con el argumento de que el comprador en aquella transación había pagado más del valor de mercado. La regla del año precedente era un medio para sobreponerse a la dificultad de determinar una cifra monetaria concreta que pudiera servir de equivalente pecuniario para el objeto destruido. Esta dificultad debió haber sido considerable en una economía que no estaba todavía completamente monetizada. Por otra parte, había disponible información básica sobre precios, en la medida en que los objetos abarcados por el Capítulo I se transmitían por la vía de la *mancipatio*. Este procedimiento requería cinco testigos que luego podían acreditar la suma pagada[36].

Uno podría argumentar que la información sobre el precio que tenía el demandante sobre el año anterior podía haber sido impugnada sobre la base de que el esclavo o el animal muerto era diferente en calidad o valor a aquel que se tomó como referencia para el precio. Probablemente no era imposible, iniciado un procedimiento *manus iniectio*, argumentar sobre la prueba *in iure*, ante el pretor. Si uno tiene en consideración la *lex Marcia adversus faeneratores*, por ejemplo, el demandante debe haber mostrado que la suma de dinero pagada lo fue en concepto de interés. La *actio depensi*, igualmente, debió haber

[36] No hay necesidad de 'explicar' por qué fue escogido un período de un año y no otro. Un año parece una elección suficientemente natural.

requerido cierta prueba sobre suma pagada por el *vindex*. En el caso de la *lex Furia de sponsu*, el demandante debió haber revelado al menos el número de los *co-sponsores.* Todas estas cuestiones podrían bien haberse discutido ante el pretor. Lo que no era necesario en ningún procedimiento *manus iniectio*, sin embargo, era el nombramiento posterior de un *iudex* o de un *arbiter* para evaluar la suma debida. Lo mismo era verdad, creo, respecto de las reclamaciones bajo el Capítulo I. Incluso si admitimos cierta forma de revisión por el pretor, un precio de referencia derivado de una venta, no más antiguo que un año, convertía la reclamación en una por una suma líquida (*certa pecunia*).

Debemos desestimar la idea de que el Capítulo I ordenó al juez (o a un *arbiter*/tasador) determinar y conceder el precio más alto ('Si […], debe concedérsele el precio más elevado que el objeto ha tenido en el último año'). Una orden tal hubiera sido difícil de cumplir. No había un registro de cotizaciones vigentes en el mercado de esclavos o ganado que hubiera establecido que el precio más alto fuera tal o cual, alcanzado tal día o tal otro. La referencia al año anterior no era solo una cualificación o variación de una *aestimatio litis* que ordenase específicamente al juez (o al *arbiter*) determinar en retrospectiva el precio más alto en el año anterior. Más bien, evitaba toda necesidad de una *aestimatio* posterior por el juez.

2.5 Identificando el procedimiento

Hay desacuerdo respecto de la clasificación de los procedimientos que se introdujeron respecto de las reclamaciones bajo la *lex*. De

acuerdo con una opinión, con la que estoy de acuerdo en relación con el Capítulo I, el procedimiento establecido era *manus iniectio*[37]. Otros argumentan que, en ausencia de pruebas incontrovertidas, tenemos que aceptar que las reclamaciones bajo la *lex Aquilia* se sustanciaban *per sacramentum*[38].

Sinteticemos las pruebas. Como la *manus iniectio* comporta la duplicación de la suma debida por el demandado que contesta a la demanda, parece más natural identificar el procedimiento del Capítulo I como uno *per manus iniectionem*. El requisito de suma líquida se evitaba permitiendo al demandante basarse un precio de venta a su elección, pero no más antiguo que un año. De acuerdo con Gayo, bajo la primera frase del Capítulo I, estaba la instrucción *ut adversus infitiantem in duplum actio esset* (D. 9.2.2 *pr*. Gai. 7 *ad ed. prov*.). ¿Cuál era el tenor literal de esta parte de la Ley? La adición más simple que expresara la duplicación de la pena contra el *inifitians* pudo haber sido '*per manus iniectionem cum eo agatur*'[39], siguiendo justo abajo (*infra*) la cláusula principal del Capítulo I.

---

37 CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Naples, 2016, pp. 193 y ss.; KELLY, J. M., "Further reflections on the 'lex Aquilia'". En: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. I, Milano, 1971, pp. 235–241, p. 241, nota 20; MANTHE, U., *Geschichte des römischen Rechts*, 2. Aufl., Munich, 2003, p. 63; ARANGIO-RUIZ, V., *Rariora*, Roma, 1946, pp. 218 y ss.; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1901, pp. 802–803; KELLER, F. L., *Der römische Civilprozess und die Actionen*, 6. Aufl., ed. por WACH, A., Leipzig, 1883, p. 100.

38 SELB, W., "'Gewaltenteilung' im republikanischen Rom"…, *op. cit.,* p. 154 nota 108; en el siglo XIX sostuvo la misma opinión HUSCKE, E., *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1847, p. 399, nota 130.

39 Tomado de la *lex Marcia adversus faeneratores*, *supra* en nota 28.

En el mismo esquema de la *lex*, el caso ordinario esperado parece haber sido el del demandado que se allanaba. Coll. 2.4 y Coll. 12.7 sugieren que el título del edicto pretorio que se ocupó de la *lex Aquilia* vino bajo la intitulación oficial '*Si fatebitur iniuria occisum esse*', pues podemos esperar que Ulpiano usara las intitulaciones auténticas en su comentario al edicto pretorio. Si nos basamos, además, en D. 9.2.2 pr. Gai. 7 *ad ed. prov*, la *lex* preveía en su primera cláusula un procedimiento para tratar al demandado que se allanaba. El demandado se enfrentaba a una condena *in simplum*. La cláusula *eo anno* era parte de la funcionalidad del Capítulo I en relación especial al demandado que se allanaba, pues una *confessio in iure*, para zanjar la cuestión definitivamente, requería una reclamación de *certa pecunia*. La primacía del demandado que se allanaba revela la expectativa de que los infractores, cuando fueran enfrentados con sus hechos violentos, tendrían incentivos para aceptar la salida fácil y terminar con la controversia por *confessio* para evitar ser expuestos a una doble responsabilidad.

Otros dos argumentos han sido propuestos para apoyar la tesis de la *manus iniectio*, cada uno de ellos objeto de controversia. Voy a presentar ambos aquí, aunque no me baso en ninguno de ellos, por más tentadores que sean a primera vista. Mi tesis no depende de su validez. El primero es la opinión, ofrecida originalmente por Huschke[40], que las palabras *damnas esto*, donde sea que aparezcan,

40 HUSCHKE, Ph. E., *Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846, p. 50 y ss.

son indicativas de *manus iniectio*[41]. A primera vista, esto es una propuesta atractiva. Con base en esta teoría, el *damnas esto* en el Capítulo I (D. 9.2.2. Gai. 7 *ad ed prov.*) puede ser forzosamente vinculado a *manus iniectio*. Como se mostrará luego, sin embargo, la hipótesis de la *manus iniectio* no abarca el Capítulo III que, de acuerdo con D. 9.2.27.5 Ulp. 18 *ad ed.*, también usó la formulación *damnas esto*[42]. Muchos autores posteriores han tenido dificultades con la interpretación de Huschke del *damnas esto*[43]. La ambivalente prueba puede reflejar un desarrollo más lejano de una primera etapa en que la frase se refería a *manus iniectio*. Como solo un análisis completo de todos los usos de *damnas esto* podría sustanciar este argumento, no voy a basarme en él ahora.

En segundo lugar, Gai. 4.2 puede ofrecer una prueba directa, dependiendo de cómo leamos el Codex Veronensis[44]. Si en vez de *per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum* uno lee: *per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aquilia cautum est velut iudicati lege XII tabularum*. La segunda lectura

41 CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione…, op. cit.,* pp. 193 y ss.

42 *Infra*, 5.

43 La discusión sobre esta cuestión ha sido sintetizada por SPITZL, T., *Lex municipii Malacitani*, Vestigia, 10, Munich, 1984, pp. 59 y ss.

44 Véase CARDILLI, R., "Damnas esto e *manus iniectio* nella *lex Aquilia*: un indizio paleográfico?". En: *Fundamina*, 20, 2014, pp. 110–124.; vehementemente contra CARDILLI, VARVARO, M., "Gai. 4.21 e la presunta *manus iniectio ex lege Aquilia*". En: *AUPA*, 59, 2016, pp. 335–347, basándose en su anterior estudio VARVARO, M., *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Palermo, 2008, pp. 256 y ss.; el autor recientemente ha confirmado su posición en VARVARO, M., 'Legisaktionenprozess'. En: *Handbuch…, op. cit.*, § 9 Rn. 62.

debería ser traducida del siguiente modo: 'Por vía de *manus iniectio* uno demanda, igualmente, en aquellos casos por los que la Ley ordena que uno proceda así, [como está] previsto por la *lex Aquilia* tal como por las XII tablas respecto del *iudicatus*'. En la primera lectura, que parece preferir la mayoría de los autores, una referencia más específica a las XII Tablas ejemplifica la más general *lege aliqua*. Una nueva imagen del palimpsesto puede hacer posible resolver la cuestión, pero hasta entonces hay demasiada incertidumbre como para basarse en ese argumento.

Por supuesto, *per manus iniectionem* y *per sacramentum* no eran las únicas *legis actiones* que podían haber servido al procedimiento aquiliano original. La *legis actio per condictionem*, en particular, merece cierta atención. En el desarrollo de procedimientos en la familia de la *condictio*, la *condictio certae pecuniae* fue el modelo más antiguo. La extensión a demandas por *certa res* o por *incertum* pareció haber ocurrido en tiempos republicanos tardíos[45]. Esta es la razón principal por la que autores modernos han rechazado la idea de que la *lex Aquilia* pudo haber estado ajustada a un procedimiento de tipo *condictio*[46]. Nuestra sugerencia es que la cláusula *in eo anno* permitió que la reclamación del demandante calificara como *certa pecunia* y ello, por tanto, supera el obstáculo para la teoría de la *condictio*. Sin embargo, la teoría de la *manus iniectio* es preferible porque ofrece una

45 Véase, PLATSCHEK, J., "Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung". En: *Handbuch…, op. cit.* § 69, Rn. 15 y ss.

46 PLATSCHEK, J., "Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung". En: *Handbuch…, op. cit.* § 69, Rn. 1 y ss.

explicación más natural para la litiscrescencia[47]. No sabemos, para el marco procesal de mediados de la República, de otro mecanismo que automáticamente discriminara entre demandados que negaran responsabilidad y otros que la aceptaran.

¿Por qué podrían haber escogido los legisladores aquilianos un procedimiento con litiscrescencia?. Asumo que cuando el plebiscito fue aprobado todavía quedaban daños sin compensar derivados de la *secessio*. El ganado abarcado por el Capítulo I debió haber sido vital, especialmente para pequeños tenedores. La muerte de estos animales pudo haber amenazado su porvenir hasta que pudieran comprarse reemplazos. Las víctimas debían haber estado desesperadas por obtener compensación lo más rápido posible. Con cierta urgencia, los legisladores tenían razón para incentivar las reparaciones voluntarias que rápidamente pusieran dinero en las manos de las víctimas. Si este era el objeto, escoger *manus iniectio* como cauce procedimental era la opción obvia. Era un mecanismo usado y probado con anterioridad.

2.6 *Manus iniectio pro iudicato* o *manus iniectio pura*

Aunque los distintos usos de *manus iniectio* se distinguían en detalles, pueden diferenciarse dos grandes variantes. Debemos examinar

47 Rechazar la *condictio* como el tipo original del procedimiento de la *lex Aquilia* no significa denegar que, en el curso de evoluciones posteriores, las demandas aquilianas podían haberse sustanciado como *condictio*. La cuestión no se discute aquí (*cfr. infra*, 10.2). D. 12.1.9.1 Ulp. 26 *ad ed.* ofrece una lista de demandas aquilianas como casos de *condictio*; la autenticidad de este texto ha sido cuestionado, *cfr.* LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl., Leipzig, 1927, p. 202.

ahora cuál de las variantes de *manus iniectio* fue adoptada en la *lex Aquilia*. En la versión más severa, que encontramos por ejemplo en la *manus iniectio* contra el *condemnatus* o el *confessus*, el demandado necesitaba un *vindex* para llevar el caso ante un juez[48]. Un demandado que no podía presentar un *vindex* era irrefutablemente considerado como deudor de la suma reclamada y tenía que someterse a una posible ejecución forzosa. Si se nombraba un *vindex*, éste ocupaba la posición del demandado y lo defendía[49]. Existía, sin embargo, un precio por oponerse a procedimientos que estaban ya al borde de entrar en fase ejecutiva: la cuantía en disputa se doblaba. Si la reclamación del demandante prosperaba, el *vindex* tenía que cumplir. Podía esperar, entonces, que el demandado original por el que respondía le reembolsara la suma que ahora debía pagar. Si el demandado original no quería pagar, el *vindex* podía ejercitar la *actio depensi* contra él. Esta era una acción especial con el simple propósito de permitir al *vindex* recuperar sus 'gastos'[50]. Se iniciaba *per manus iniectionem* y comportaba también litiscrescencia.

48 La necesidad de apoyarse en un *vindex* puede encontrarse en distintas instancias de los procedimientos de *legis actio*. Su rol legal dependía del contexto. El texto se refiere únicamente al *vindex* necesario para oponerse a la *manus iniectio*.

49 El *vindex* entraba en los procedimientos por un acto formal que suponía la razón de su participación. Este acto debió tener un amplio componente oral, pero no está claro que tipo de acto era. Aquí se presume que el *vindex*, en un punto u otro, hacía una promesa verbal formal.

50 La *actio depensi* era necesaria porque el mecanismo que permitía a un fiador (*sponsor*) reclamar el reembolso no estaba disponible, pues el *vindex* no era un mero fiador. Sobre la *actio depensi*, ver SCHMIEDER, Ph., "Bürgschaftsstipulationen und Mehrheiten von Stipulationsschuldnern". En: *Handbuch…*, *op. cit.*, § 73 N. 26.

En la versión menos severa de *manus iniectio*, el demandado podía extraerse a sí mismo del poder del demandante (*manus*) para llevar el caso al juez por sí mismo (*manum sibi depellere et pro se lege agere*). No había necesidad de presentar un *vindex* que asumiera la defensa. Esta variante era llamada *manus iniectio pura* (Gai. 4.23). Entre los casos especiales en los que la legislación introdujo *manus iniectio*, la *actio depensi* y la reclamación bajo la *lex Furia de sponsu* involucraban la más compleja versión del procedimiento. En otros, la *manus iniectio* era *pura*. El mecanismo de litiscrescencia era parte de la *manus iniectio pura* igualmente. Allí, el demandante mismo, en vez del *vindex*, se enfrentaba a la ejecución forzosa por el doble de la suma.

¿Es posible determinar si la *manus iniectio* usada para las reclamaciones bajo el Capítulo I era *pura*, de manera que el demandado pudiera *manum sibi depellere*? Los siguientes epígrafes de esta contribución sugerirán que el demandante que había iniciado un procedimiento *manu iniectio* podía esperar que por parte del demandado le fuera dada una garantía verbal. Esto podía haber sido una promesa verbal por la cual un *vindex* intervenía en procedimiento, lo que apuntaría a una *manus iniectio pro iudicato*, es decir, el tipo más serio de estos procedimientos.

¿Qué debe decirse de la expectativa (no regla inamovible) de que la *manus iniectio pro iudicato* estaba reservada para reclamaciones que constaban públicamente o por otras razones reconocidas como incontrovertibles? La destrucción en el contexto de desórdenes civil

no es una cuestión clandestina. Pasa a la luz del día y las víctimas normalmente son testigos de lo que sucede con su propiedad. La única dificultad probatoria que podía ser potencialmente problemática es la identificación del individuo que causó el daño en concreto. En un el contexto de tales disturbios, la violencia realizada por bandas más que por atacantes solitarios es la norma. El problema fue resuelto por un esfuerzo interpretativo de los *veteres*, que trabajaron en cierta proximidad temporal con la promulgación de la Ley. Determinaron que un grupo de atacantes que fueron juntos a matar a un esclavo eran tenidos todos ellos por responsables si el propietario no podía identificar cuál había dado el golpe mortal (D. 9.2.11.2 Ulp. 18 *ad ed.*; D. 9.2.51 Iul. 86 *dig*.)[51].

2.7 Sustituyendo al *vindex*: la *lex Vallia*

Una *lex Vallia* de fecha indeterminada redujo el número de escenarios en los que un demandante podía proceder por vía de la más seria *manus iniectio pro iudicato*. Siguiendo esta reforma, solo el *iudicatus* y el demandado en la *actio depensi* debían servirse de un *vindex*[52]. Esto puede indicar que hubo una proliferación de casos en que *manus iniectio* había sido introducida en su variante más severa. Como Gayo nos informa, el *vindex* fue reemplazado por un fiador personal que garantizaba que el fallo, si era contra el demandado, sería cumplido.

51 Sobre estos textos, ver ERNST, W., *Justinian's Digest 9.2.51*, Cambridge, 2019, pp. 119 y ss., esp. pp. 125 y ss.

52 Gai. 4.25. ¿Un *confessus*, tras la *lex Vallia*, era tratado de modo distinto al *iudicatus*?

Esta garantía era una *cautio iudicatum solvi*, dada por un tercero, una *sponsio*. El demandado se defendía por sí mismo ante el juez. Si fracasaba, la garantía ofrecida por el *sponsor* aseguraba que el demandante recibiría el doble de la suma reclamada, pues la litiscrescencia seguía en juego. En efecto, donde la *manus iniectio pro iudicato* había sido 'degradada' por la *lex Vallia*, el procedimiento resultante era *manus iniectio pura*, pero con la seguridad adicional de una *cautio iudicatum solvi*.

No tenemos información directa que pudiera permitirnos determinar la secuencia temporal entre la *lex Aquilia* y la *lex Vallia*. Hay dos posibilidades. La primera posibilidad es que la *lex Aquilia* introdujera, para el Capítulo I, la *manus iniectio pro iudicato*, forzando al demandado a nombrar un *vindex*. Este procedimiento fue solo relajado posteriormente por la *lex Vallia* a una *manus iniectio pura*, que permitió al demandado llevar el caso ante un juez, siempre que un tercero prestara una *cautio iudicatum solvi*. La *actio depensi*, que empezó como parte de un antiguo sistema en que existía todavía el *vindex,* se desarrolló de acuerdo con el mismo patrón[53]. En el segundo escenario, el segundo modelo (sin *vindex*) fue el mecanismo que introdujo la *lex Aquilia* desde el inicio. Una interpretación nueva del Capítulo II sugerirá que el mecanismo introducido por la *lex Aquilia* contenía un *vindex*, haciendo el primer escenario más posible. En cualquiera de los casos, *manus iniectio* era el procedimiento para las

53 KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Munich, 1996, p. 281, nota 26.

reclamaciones bajo el Capítulo I. Comportaba litiscrescencia en todo caso.

3. Sobre el Capítulo II

Nuestro conocimiento sobre el objeto original del Capítulo II está basado solamente en Gai. 3.215. El Capítulo II introdujo una nueva *actio* contra un *adstipulator qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*. Gayo pensó que, para su tiempo, este capítulo era superfluo porque la *actio mandati* podía proteger al acreedor principal, aunque sin doblar la responsabilidad contra el *adstipulator* que negaba responsabilidad, cuestión de la que se ocupaba el Capítulo II, según lo que Gayo sostiene. Muchas teorías se han propuesto para explicar el objeto original del Capítulo II. Desde una perspectiva más moderna, parece raro que el Capítulo II, ubicado entre dos capítulos que se ocupan de 'ilícitos civiles', se ocuparan de una materia de Derecho de contratos y, más específicamente, de una altamente especializada variante de contratos verbales. Sin embargo, si aceptamos que una reforma procesal civil era el núcleo de la *lex Aquilia*, podemos llegar a un entendimiento distinto del Capítulo II. Un cierto grado de coherencia entre los objetos puede esperarse entre los tres capítulos, aunque en aquel momento el legislador romano no estaba impedido de incluir diversas materias en una sola ley[54].

[54] Las llamadas *leges saturatae* (Leyes *omnibus*) solo fueron prohibidas posteriormente por la *lex Caecilia Didia* en el 98 a. C.

El supuesto de hecho al que se aplicaba el Capítulo II involucraba una garantía verbal: un *stipulator* y un *adstipulator* recibían una promesa, necesariamente verbal, de otra persona. Exploraremos la exacta naturaleza de esta promesa más abajo. El punto clave es este: si la *lex Aquilia* era una reforma procesal civil, el Capítulo II podía haberse ocupado de cuestiones de garantías verbales en un contexto procesal[55]. El curso de un pleito romano tradicional estaba plagado de garantías verbales que aseguraban que las partes siguieran involucradas. Un *vadimonium* había estado ya vigente para asegurar que los citados ante un juez aparecieran[56]. En los procedimientos por *condictio*, la *stipulatio tertiae partis* y la correspondiente *repromissio* proveía sustitutos para los *sacramenta*[57]. Las garantías verbales eran consideradas indispensables para la continuación de un pleito y sugiero que el Capítulo II se ocupaba de un problema que surgía de las garantías dadas durante el procedimiento.

Es sorprendentemente fácil situar al *adstipulator* en un contexto procesal. Los procedimientos de las *legis actio* no admitían que las partes estuvieran representadas ante los tribunales. Por el contrario, tenían que litigar por sí mismas, pidiendo las *sponsiones* adecuadas

55 En lo que continua, sigo un argumento expuesto por primera vez por RUDORFF, A. A. F., "Über die Litiscrescenz". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (ZRG)*, 14, 1848, pp. 287–478, esp. pp. 385 y ss.

56 Sobre los *vadimonia*, *cfr.* METZGER, E., *Litigation in Roman Law*, Oxford, 2005, pp. 7 y ss.; DONADIO, N., *Vadimonium e contendere in iura. Tra 'certezza di tutela' e 'diritto alla difesa'*, Milano, 2011; VARVARO, M., "Legisaktionenprozess". En: *Handbuch…*, *op. cit.*, § 9, Rn. 18.; RÜFNER, Th., "Vadimonium und andere Prozessstipulationen". En: *Handbuch…*, *op. cit.*, § 75, Rn. 18 y ss., todos con más referencias.

57 Gai. 4.25.

diciendo las palabras solemnes requeridas (*nemo alieno nomine agere potest*: D. 50.17.123 pr. Ulp. 14 *ad ed.*). Bajo los procedimientos de las *legis actio*, no había opción para los litigantes de nombrar un *procurator* (o *cognitor*) que asumiera el rol del litigante en el procedimiento. En los procedimientos de *legis actio*, existía la posibilidad, sin embargo, de que ciertos actos fueran hechos 'al unísono' por un litigante y por una persona que actuaba como acompañante o secundante. Si una parte necesitaba dar una garantía procesal, el acompañante servía como *co-promissor*. Si un litigante necesitaba recibir una garantía de su adversario, la petición era formulada y pedida tanto por el litigante como por su acompañante, de manera que ambos recibían la misma promesa verbal. En este caso, la persona que recibía la misma garantía que el litigante era un *adstipulator*. Cicerón se refiere a tales *adstipulatores* en dos alegatos judiciales. Aunque estos textos son de un período posterior, sirven para relacionar el *adstipulator* con el procedimiento bajo el Capítulo II[58].

Cic. *Pro. Quinct*. 18:

Litterae P. Quincti, testes tot, quibus omnibus causa iustissima est cur scire potuerint, nulla cur mentiantur, cum astipulatore tuo comparabuntur.

Las cartas de P. Quincio, cuyos numerosos testigos, todos los cuales tienen las más fueres razones para ser capaces de saber la verdad y ninguna para mentir, deben ser

58 En otro lado, Gayo explica el funcionamiento del *adstipulator* con un ejemplo de otro contexto (Gai. 3.117), que puede haber sido una pista falsa para investigaciones anteriores sobre el Capítulo II.

confrontadas con tu asistente *stipulator* (traducción española de la versión inglesa de Freese).

En la disputa entre Quincio, el cliente de Cicerón, y Nevio[59], surgió una controversia sobre la afirmación de Nevio de que había recibido un *vadimonium* de Quincio en las nonas de febrero (83 a. C.). Quincto sostenía que el estaba en Galia en esa fecha y que no podía haber dado tal *vadimonium*. Ofreció el testimonio de su amigo, sus esclavos y sus cartas prueban que estaba fuera de Roma. Contra la prueba ofrecida por Quincio (amigo, esclavos, cartas), Nevio solamente ofreció su *a*(*d*)*stipulator* como testigo. El punto de Cicerón es que el peso de la prueba está con su cliente; todo lo que Nevio puede ofrecer es su presunto *a*(*d*)*stipulator* que, como miembro de la 'fracción' de Nevio, es probable que no fuera imparcial.

Cic. *In Pison*. 9:

… Quasi vero non modo ego, qui multis saepe auxilio fuerim, sed quisquam tam inops fuerit umquam qui isto non modo propugnatore tutiorem se sed advocato aut adstipulatore paratiorem fore putaret.

…. Como si no solo yo, que tantas veces he prestado ayuda a otros tantos, sino como si cualquiera hubiera estado alguna vez en una situación tan desesperada como para considerarse no solamente más seguro si tuviera a tal hombre como protector, sino también más dispuesto para la

59 Sobre este caso y sus aspectos legales, *cfr.* LINTOTT, A., *Cicero as Evidence: A Historian's Companion*, Oxford, 2008, pp. 43–59; PLATSCHEK, J., *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, Munich, 2005.

luchar si lo tuviera únicamente como abogado o *adstipulator*. (Traducción española sobre la traducción inglés, basada en la de Yonge).

Aquí, el término *adstipulator* es usado metafóricamente para referirse a un compañero leal, un aliado en el que uno puede confiar. El paralelismo con el *advocatus* sugiere un trasfondo forense para el *adstipulator*, también.

Parece natural que los *adstipulatores* fueran remunerados en algunas ocasiones[60]. Un texto muy posterior implica que actuar como un *adstipulator* podía ser una ocupación profesional y de mala reputación.

Ps. Cic. *Ep. Ad Octav*. 9:

… an esse quendam annos xix natum cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater.

… que es alguien de diecinueve años de edad, cuyo abuelo era cambista y su padre *adstipulator*.

Esto era un libelo contra Augusto, cuyo padre presuntamente se había ganado la vida como *adstipulator* y cuyo abuelo como cambista, actividades igualmente odiosas a ojos del autor de la polémica. La

[60] El desarrollo de la remuneración de los abogados no es asunto de esta contribución.

cuestión es que los *adstipulatores* no necesariamente tenían que ser amigos en quien uno confiaba o vecinos altruistas.

¿Pero por qué los litigantes se servían de *adstipulatores*, en primer lugar?. ¿No es que su intervención solo complica más las cosas?. Ofreceré en lo que sigue una hipótesis que deberá ser contrastada con más materiales. Los derechos que comportaba la promesa verbal que era recibida conjuntamente podían ser ejercitados, sin embargo, independientemente por cada copromisario. Si para que los procedimientos avanzaran una parte necesitaba sustentarse en los derechos que venían con la garantía procesal del adversario, esto podía hacerse en ausencia del otro promisario. De acuerdo con Gai. 3.114, los esclavos no podían ser *adstipulatores*. La explicación más posible para esta regla es que los esclavos no podían ir a los tribunales para ejecutar la estipulación. Quizás de manera más importante, el *adstipulator* podía ser también de asistencia para formular adecuadamente la petición compartida para la garantía procesal. Redactar *cautiones* era una cuestión compleja[61]. A este respecto, el *adstipulator* podía haber asistido al litigante inexperto, asumiendo un rol similar al de un letrado. Un secundante que actuaba al unísono con el litigante reconciliaba el imperativo de realizar todos los actos en persona, lo que hacía imposible la representación en los procedimientos de *legis actio*, con la necesidad de ser aconsejado y asistido en un contexto procedimental extraño. Esto podía haber sido una relación parecida a la que hay entre el cliente y el abogado.

61 METZGER, E., *Litigation…, op. cit.,* p. 73 nota 39.

El *adstipulator* tenía el control sobre la garantía recibida, que era dada tanto a él como a la parte que asistía. Cuando la garantía vencía, el *adstipulator* podía recibir la suma o, en su defecto, pleitear por la cuantía garantizada. El *adstipulator* también podía liberar de su responsabilidad independientemente al *promisor*, lo que también terminaba con la demanda del cliente sobre la misma garantía[62]. La *acceptilatio* a la que se refería Gayo en Gai. 3.215 era una liberación formal que podía darse sin la recepción de la suma prometida. Tenemos prueba documental de tales *acceptilationes* registradas en un proceso civil[63]. La más importante de ellas, quizás, P. Ant. 22 (*verso*). El Capítulo II, sugiero, se ocupaba de situaciones en que un *adstipulator* daba este tipo de liberación sin conocimiento del *stipulator* y en contra de su interés. Cualquiera que fuera la garantía, su pérdida debió haber sido perjudicial para el *stipulator* litigante. En términos modernos, el Capítulo II introdujo una acción especial contra el 'letrado desleal'. La *lex Aquilia* hizo responsable al *adstipulator* desleal por la pérdida causada al cliente por renunciar a la garantía que ambos habían recibido. El procedimiento era *manus iniectio*. Esto suponía que si el *adstipulator* desleal se allanaba, era responsable por la suma originalmente reclamada por el demandante respecto del demandado. Si el *adstipulator* negaba la responsabilidad, la cuestión se remitía a un juez. Si el *adstipulator* perdía el pleito, su

62 FINKENAUER, Th., "*Stipulation (Verbalkontrakt*)". En: *Handbuch…, op. cit.,* § 21, Rn. 12; GRADENWITZ, O., "*Alias mutuam dedit alias stipulatus est*". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (RA),* 27, 1906, pp. 336 y ss., esp. pp. 339–340.

63 El documento es discutido por METZGER, E., *Litigation…, op. cit.,* pp. 137 – 154.

responsabilidad se doblaba, como era habitual en un procedimiento *manus iniectio*.

¿Por qué le importaba al legislador plebeyo la figura del *adstipulator* desleal?. Normalmente, debió haber sido la parte plebeya la que necesitaba un *adstipulator*, experimentado en el manejo de procedimientos judiciales arcanos. El litigante plebeyo probablemente hubiera querido una persona, conocedora de la materia y bien dotada de recursos para que actúe como su *adstipulator*. Era más probable encontrar ese tipo de personas entre los patricios, que tenían mejores posibilidades de formular y luego de ejecutar las garantías. Si esto era así, podía haber un riesgo real de que el *adstipulator* patricio liberara a su compañero patricio que se había visto involucrado en el caso por una promesa verbal.

La secuencia de capítulos sugiere que el Capítulo II era una salvaguarda accesoria respecto de las demandas bajo el Capítulo I. ¿Podemos identificar una garantía verbal específica, operativa para casos bajo el Capítulo I, que necesitara protección cuando fuera dada a un *adstipulator*? El proceso civil romano preveía todo tipo de *cautiones* y es difícil destacar una en particular. Sin embargo, asumiendo que el Capítulo II estaba vinculado al Capítulo I, deberíamos buscar una promesa verbal que viniera naturalmente con la *manus iniectio*. Podemos restringir la búsqueda todavía en un aspecto más. Si un *adstipulator* renunciaba a la garantía que había sido recibida conjuntamente con el litigante, esto debió haber sido fatal

para las perspectivas procesales de la parte traicionada. Si en los ojos de los legisladores plebeyos, el problema de la deslealtad del *adstipulator* merecía un capítulo especial en la *lex*, entonces el procedimiento introducido para el Capítulo I debía haber venido con una garantía verbal de la mayor importancia para todo el procedimiento judicial. Esto excluye, como posibles candidatos, *cautiones* como la *cautio iudicatum solvi*. Una pérdida injustificada de esta *cautio* podría haber privado al demandante de una seguridad adicional, pero dejaría intactas sus perspectivas de ganar el pleito.

Si estamos buscando una garantía verbal que fuera un requisito indispensable para la conducción del procedimiento en su totalidad, entonces debemos prestar atención a la garantía verbal reclamada de la persona que quería asumir el litigio del demandante como su *vindex*[64]. Si el *vindex* nombrado por la defensa era fraudulentamente liberado por el *adstipulator* del demandante, entonces el pleito estaba perdido para siempre para el demandante, pues su derecho a reclamar se extinguía cuando los procedimientos iniciaran. Con el *vindex* liberado, no había litigio posible. Este argumento hace más probable que la *lex Aquilia* originalmente previera la *manus iniectio pro iudicato*, pues solo en esta variante de *manus iniectio* estaba

64 Las XII Tablas requerían que el *vindex* que respondía por una parte propietaria de tierra debía también ser propietario de tierra. No sabemos si esta regla estaba en vigor en el momento de la *lex Aquilia* y respecto de las demandas abarcadas por la *lex*, pero si lo estaba, los *vindices* propietarios de tierra eran con mayor probabilidad patricios. Sobre XII Tab 1.4 (Gell. 16.5.10) con su distinción entre *adsiduus* y *proletarius*, ver FIORI, R., *Il processo privato…, op. cit.,* pp. 114 y ss.

involucrado un *vindex*[65]. La promesa verbal dada al principio de los procedimientos debió haberse convertido en la base procesal para los siguientes procedimientos entre el *vindex* y el demandante. Para el demandante era fatal que se renunciara a esta promesa verbal sobre la que se sustentaba su derecho.

Si pudiera identificarse otra garantía verbal en el procedimientos civiles de mediados de la República que hubiera jugado un rol similarmente decisivo en un tipo específico de *legis actio*, entonces uno debería examinar tal candidato y reconsiderar la teoría de que el Capítulo I introdujo una *manus iniectio pro iudicato* y que el Capítulo II garantizó que el necesario *vindex* no quedaba exento de responsabilidad por un *adstipulator* que traicionaba al demandante por el que había entrado en el procedimiento. La cuestión parece estar aún *sub iudice*.

El Capítulo II no estableció un nuevo ilícito civil general al mismo nivel que las infracciones bajo el Capítulo I y III sino que, más bien, protegió a los litigantes frente a la deslealtad del secundante en los procedimientos por las reclamaciones bajo el Capítulo I. La noción de que el Capítulo II contenía un ilícito civil general puede ser descartado sobre la base de Gai. 3.215, pues un ilícito civil general muy difícilmente puede ser excluido por la disponibilidad posterior de una demanda altamente específica que presupone un contrato de mandato.

65 De ahí se sigue que la *lex Vallia* fue posterior a la *lex Aquilia*.

4. Interponiendo una demanda bajo el Capítulo I

4.1 *Adversus confessum*: el demandado que se allana

El demandante cuyo esclavo había sido muerto llevaba al presunto homicida al tribunal, equipado con cualquier información sobre el precio que hubiera obtenido del comercio del año pasado. Un demandado que se hubiera allanado *in iure* se convertía en *confessus*, responsable por la cantidad acreditada *in iure* en referencia al precio de venta que la víctima ha presentado. Al *confessus* se le daba un periodo de gracia para el pago, hecho por sí mismo o por miembros de su familia u otros allegados. Si la suma no se pagaba, el *confessus* quedaba sujeto a la *ductio*: el pretor autorizaba que el *confessus* fuera aprehendido y que pudiera comenzar el procedimiento ejecutivo. En este punto, los procedimientos solo podían ser interrumpidos por la intervención posterior de un *vindex*, que tendría que alegar alguna defensa, como que el demandante ha cobrado ya. En esta situación, el caso se transfería a un *iudex* (o *iudices*), que revisaba la protesta realizada en favor del *confessus*. Si se la estimaba no fundada, la ejecución podía continuar, pero ahora por el doble de la cuantía que originalmente fue reclamada y a la que el demandado se había allanado.

Todo esto debería estar fuera de controversia: es una consecuencia normal de la *manus iniectio pro iudicato* ordinaria en el caso de *confessio in iure*[66], siempre que uno acepte que la reclamación de la víctima,

[66] La misma opinión es expresada, *inter alios*, por KASER, M. y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht…, op.* p. 281, nota 26; RODRÍGUEZ MARTÍN, J. D., „Vollstreckungsprozess"…, *op. cit.*, p. 327.

bajo el tenor del Capítulo I, fuera por *certa pecunia*, pues esto era condición para una *confessio in iure*. Esta opinión difiere de la de otros autores que mantienen que tras la *confessio*, un pleito el Capítulo I todavía tenía que ser remetido a un *arbiter* (o *iudex*) para la determinación de la suma por la que el *confessus* debía responder. En mi opinión, el demandante debía *in iure* concretar el valor monetario del esclavo o ganado muerto: esto convertía su demanda en una *certa pecunia*[67]. No era suficiente que el demandante alegara la muerte del esclavo o del ganado y dejara la determinación del valor más alto a un juez al que le correspondería la *aestimatio*. El requisito de que el demandante especificara un valor monetario ante el tribunal no era, sin embargo, una *taxatio*, designada para reducir el rango en el que se podía encontrar el equivalente pecuniario de un *incertum*[68]; más bien, el requerimiento era inherente a todos los litigios en que se discutía *certa pecunia*.

4.2 *Adversus infitiantem*: el demandado que negaba su responsabilidad

El demando podía oponerse a la demanda *in iure*. Desde ese momento, el doble del precio ya alegado o acreditado por el demandante estaba en juego. Asumiendo que la *manus iniectio* era *pro*

67 En tiempos clásicos tardíos, encontramos a Paulo discutiendo el caso de que el demandante *magni litem aestimat*, D. 9.2.26 Paul 22 *ad ed*.

68 Como ha sido indicado por GRIZMEK, Ph., *Studien zur Taxatio*, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, 88, Munich, 2001, p. 137 y ss. El requisito para el demandante de determinar una cantidad *in iure* ya había sido postulado por PAOLI, J., *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933, pp. 95 y ss.

iudicato, lo que casa bien con el Capítulo II, el *infitians* debía nombrar un *vindex*. Un *adstipulator* que tenía comparecer junto al demandante y que recibíria, junto con él, una garantía verbal por la cual el *vindex* entraría en los procedimientos.

El caso después se remitía a un juez o a un tribunal[69]. No está completamente claro qué tipo de juicio adversarial se seguía en el tercer siglo a. C. Sin embargo, esto es un problema general de todas las formas de *manus iniectio*, que solo puede resolverse si todos los procedimientos de esta clase fueran escrutados. Sea como fuere, el juez (o los jueces) solo tenía que decidir sobre la verdad de la alegación del demandante en relación con *hominem/pecudem occisum iniuria*. No era necesaria ninguna *aestimatio*. El juicio conducía a la absolución o, si el demandado era estimado responsable, a la condena del pago del doble de la cantidad inicialmente reclamada. Si el *vindex* era hecho pagar por el ilícito original del demandado, podía esperar después obtener el reembolso. En efecto, el demandado original corría el riesgo de litiscrescencia, una circunstancia que pretendía desincentivar oposiciones a demandas fundadas. Si el demandado no reembolsaba al *vindex* en el plazo de sesenta días, el *vindex* podía ejercitar la *actio depensi*, que le permitiría recuperar el doble de la cantidad debida (Gai. 3.127). En este caso, el demandado tozudo veía cuadruplicada su responsabilidad.

69 En esta contribución no se hace ningún intento de determinar si el caso hubiera acabado ante un juez único o ante un tribunal.

5. Sobre el Capítulo III

El procedimiento del Capítulo III no replicó aquel por el que se sustanciaban las demandas del Capítulo I. Muchos elementos sugieren que los procedimientos no eran idénticos. La *condemnatio* para el Capítulo III se determinaba por *quanti ea res erit/fuerit*. El Capítulo III también requería que la conducta del atacante hubiera resultado en *damnum*. La literatura moderna no es unánime sobre cómo funcionaba la cláusula *quanti ea res*; la controversia será presentada brevemente luego. Cualquiera de las visiones que uno adopte, determinar la cuantía que debía concederse exigía una *aestimatio* judicial. La *lex* no establecía ningún mecanismo que hubiera convertido las demandas bajo el Capítulo III en demandas *certa pecunia*, como sucedía con el Capítulo I. La visión convencional se sustenta en los escritos de juristas clásicos, que utilizan libremente el Capítulo III de un modo que abarca tanto la destrucción (total) como el daño (parcial). Para apoyar esta opinión, *res* se lee como *causa*. Uno asume que la *aestimatio* anterior ya había determinado el concreto daño, no solo el valor del objeto que había sido dañado[70]. Poner atención en el daño concreto hecho al propietario del objeto requería la estimación judicial del daño (*damnum*), algo que el Capítulo I evitaba con su cláusula *plurimi*. Los plebeyos, sin embargo, no insistieron para el Capítulo III en el mismo mecanismo provisto para el Capítulo I; Theoph., *Inst*. 4.3.15.

70 FINKENAUER, Th., "Pönale Elemente der *lex Aquilia*". En: GAMAUF, R. (eds.), *Ausgleich oder Busse…, op. cit.,* pp. 48 y ss.

Herbert Jolowicz ha sugerido que el Capítulo III estuvo originalmente limitado a casos de destrucción total[71]. Esto es coherente con el contexto de desórdenes civiles de la última *secessio*, cuando los alborotadores presumiblemente trataron de destruir la propiedad de los miembros del orden contrario. Se destruyeron instrumentos agrícolas, se sacrificó ganado, se incendiaron graneros. En tales casos, podía ser posible que *res* hubiera querido significar el objeto destruido, con la *aestimatio* dirigida a determinar su valor. Un amplio rango de objetos podían ser abarcados por el Capítulo III, muchos de los cuales habrían sido comprados sin celebrar una *mancipatio*. La *mancipatio*, en el caso de una *res mancipi*, suponía que información sobre los precios era fácilmente accesible, pues podía ser provista por los testigos necesarios. Es posible que los redactores no replicaran el mecanismo del Capítulo I para cosas *nec mancipi*, respecto de las que no se celebraba ninguna *mancipatio*. Al margen de si *res* significaba el daño en cuestión o el objeto, para los casos del Capítulo III era necesaria una *aestimatio*. Las demandas bajo el Capítulo III debieron haber involucrado, por tanto, a un *iudex*[72].

Porque las reclamaciones bajo el Capítulo III no eran por *certa pecunia*, la duplicación que suponía el procedimiento por *manus inectio* no

71 JOLOWICZ, H. F., "The Original Scope of the *lex Aquilia* and the Question of Damages". En: *Law Quarterly Review*, 38, 1922, p. 265; la opinión de JOLOWICZ ha sido rechazada por DAUBE, D., "On the Third Chapter of the *lex Aquilia*". En: *Law Quarterly Review*, 52, 1936, p. 265.

72 En esta contribución no se hará esfuerzo en determinar precisamente y en distinguir limpiamente entre los roles del *arbiter* y del *iudex*, aunque estos eran, por supuesto, roles considerablemente distintos.

pudo haber tenido lugar aquí[73]. De hecho, respecto del Capítulo III, no hay una prueba real sobre una distinción original respecto de la litiscrescencia entre el demandado que se allanaba y el *infitians* que insistía en su caso ante el tribunal. La distinción es establecida por Ulpiano en relación con *haec actio*, en un punto en el que está abordando únicamente el Capítulo I (D. 9.2.32.10 Ulp. 18 *ad ed.*). Ulpiano aborda el Capítulo III en su comentario solo posteriormente. Todos los otros casos de pruebas claras sobre litiscrescencia están relacionados igualmente con casos del Capítulo I[74]. Otros textos mencionan que la duplicación de la responsabilidad del *infitians* se refieren a la *lex Aquilia* en general. Este es el caso de Gai. 4.9 y 4.171. En D. 5.3.20.4 Ulp 15 *ad ed.* leemos que cuando el demandante reclama en nombre de un patrimonio hereditario titular de un crédito aquiliano, el valor de tal derecho debe contarse utilizando el *simplum* y no el *duplum*. D. 11.3.5.2 Ulp. 13 *ad ed.* nos informa de que por la *actio servi corrupti*, la duplicación tiene lugar incluso contra el demandado que se allanaba, *quamvis Aquilia infitiantem dumtaxat coercat*. Estas referencias confirman que, en la aplicación de la *lex Aquilia*, estaba en juego una distinción entre *simplum*/*duplum* y entre *confessus*/*infitians*. Pero esto no significa, sin embargo, necesariamente que todos los casos tratados bajo la *lex Aquilia* compartieran esta característica. La alusión a un demandante que se allanaba en Ps.-Quint. Decl. Maior 13, donde el hipotético caso es bajo

73 ISOLA ha demostrado que la litiscrescencia en el caso de la *actio ex testamento* estaba limitada a la *actio certi ex testamento*, véase nota 24.

74 *Supra*, II.2.

el Capítulo III (*urere*), no apunta tampoco a un mecanismo de litiscrescencia[75].

Coll. 2.4 y Coll. 12.7 están tomados del libro 18 del comentario de Ulpiano al edicto, que se ocupaba de la *lex Aquilia*. Ambos textos comienzan con la misma *inscriptio* que de acuerdo con la mayoría de ediciones dice lo siguiente: *ULPIANUS libro XVIII ad edictum sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et cum diceret*[76]. Si tomamos '*si fatebitur iniuria occisum esse*' como el epígrafe que Ulpiano tomó del Edicto para su capítulo sobre la *lex Aquilia*, la continuación podría ser *Ulpianus* […] *in simplum* [*sc esse*] *et cum diceret*. Es decir: 'Ulpiano, en Sobre el Edicto, bajo el título 'Si uno se allana a una demanda sobre muerte no justificada [dijo que] la responsabilidad era también *in simplum* cuando dijo: […]'. En otras palabras, Ulpiano explicó que *confessio* bajo el Capítulo I era *in simplum* y que la responsabilidad era también *in simplum* en los siguientes casos. Los casos se ocupan de *rumpere* (Coll. 2.4) y *urere* (Coll. 12.7), dos de los verbos operativos en el Capítulo III. ¿Podemos deducir que el Capítulo III siempre

75 Sobre este texto, ver CORBINO, A., "*Actio in factum adversus confitentem*, Quint., *Declam. Maior* XIII". En: *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. I, Milano, 2010, pp. 511–524; MANTOVANI, D., "I giuristi, i retori e le api. *Ius controversum* e natura della *declamatio maior* XIII". En: *Seminarios Complutenses*, 19, 2006, pp. 205 y ss.; KRAPINGER, G., *Die Bienen des armen Mannes: Grössere Deklamationen, 13*, Cassino, 2005.

76 *Cfr.* FRAKES, R. M., *Compiling the Collatio legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford Studies in Roman Society and Law, Oxford, 2011, pp. 161, 185. La tradición del manuscrito es notablemente problemática. De acuerdo con Mommsen, los manuscritos tienen variaciones, en vez de *et eum diceret*: *et cum diceret* y *et cum dicere* (Coll. 2.4) y *et cum doceret* y *et cum docere* (Coll. 12.7), MOMMSEN, Th. Y KRÜGER, P., *Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio […]*, Berlin, 1890, pp. 144 y 177.

conducía a una *condemnatio in simplum*? Como nada se dice sobre el allanamiento, la inferencia posible es que la responsabilidad era siempre *in simplum* en los casos de *rompere* y *urere* y, por tanto, también en los casos bajo el Capítulo III.

Debe admitirse, sin embargo, que encontramos casos de juristas clásicos discutiendo *confessio* también en los casos de demandas bajo el Capítulo III[77]. Los comentarios clásicos al edicto parecen sugerir la existencia de una *actio confessoria* separada para las demandas bajo el Capítulo III y también bajo el Capítulo I[78]. Sin embargo, ninguno de los pocos textos relevantes se refiere —o incluso apunta— al interés del *confessus* en evitar ese tipo de responsabilidad duplicada de manera que, si el Capítulo III hubiera involucrado litiscrescencia, habría recaído sobre él de haberse opuesto a la demanda y, por tanto, perdido el litigio.

Si el Capítulo I y el Capítulo III hubieran involucrado el mismo tipo de procedimiento civil, el Capítulo II hubiera tenido que extender sus garantías a las demandas realizadas bajo ambos Capítulos: si fuera así, esperaríamos que apareciera *después* de los Capítulos I y III y no entre ellos. Este argumento, incidentalmente, nos da mayor claridad sobre la naturaleza del Capítulo II. Si la garantía del Capítulo II solo se refería a los procedimientos bajo el Capítulo I, puede que hubiera

77 D. 9.2.24 Paul. 22 *ad ed.* (continuado en D. 9.2.26) se ocupa del demandado que confiesa haber herido un esclavo. D. 9.2.25 Ulp. 18 *ad ed.* también se ocupa de una *confessio* a un delicto del Capítulo III.

78 *Cfr.* la nota anterior.

sido adaptada a una garantía específica en vigor respecto del Capítulo I, pero no respecto del Capítulo III. He sugerido antes que el candidato más probable es la garantía dada por un *vindex*, que era necesario para que la *manus iniectio* se transfiriera al juez, siempre que aceptemos que el Capítulo I comportaba *manus iniectio pro iudicato*[79].

¿Podemos identificar el procedimiento por el cual se sustanciaban las demandas bajo el Capítulo III? Toda la prueba que tenemos respecto de la reforma procesal que motivó a Aquilio está referida al Capítulo I, de manera que el procedimiento tradicional *per sacramentum* bien podía haber permanecido aplicable a los casos bajo el Capítulo III. El requerimiento de que los litigantes debían ir al tribunal con dinero en efectivo podía haber sido menos opresivo para los demandas bajo el Capítulo III que, en promedio, debían haber involucrado sumas menores. Las *res* más valiosas fueron probablemente más robadas que dañadas en el transcurso del desorden civil. Además, la provisión de sustituciones podía haber sido menos urgente en los casos del Capítulo III.

¿Contuvo la *lex Aquilia* alguna innovación procesal relativa a las demandas realizadas bajo el Capítulo III?. Para responder, podríamos considerar los treinta días que, de acuerdo con D. 9.2.27.5 Ulp. *18 ad.*, estaban previstos en el breve texto de la *lex*. Juristas clásicos discuten si variaciones en el daño sufrido (o en el valor del objeto dañado) durante este período podían ser tenidos en cuenta[80]. Pero permitir

79 *Supra*, II.5 y 6.
80 D. 9.2.29.8 Ulp. 18 *ad ed.*

cambios *ex post facto* en el valor no podía haber sido la razón original por la que este período fue establecido. Yo sugiero que los treinta días eran originalmente un plazo procesal. Desafortunadamente, los treinta días son el plazo procesal romano arquetípico, cuya presencia en todo tipo de procedimientos hace prácticamente imposible identificar de modo definitivo un procedimiento específico aquí[81]. Völkl asume que era un periodo en el cual un infractor podía tratar de 'reparar el daño' proveyendo un objeto equivalente *in forma specifica*[82]. Kelly asumió que los treinta días eran un período de pago[83]. Apuntó a la posibilidad de que '*in diebus triginta proximis*' no fuera una cualificación del anterior *quanti ea res est*, sino el inicio de la cláusula *in diebus triginta proximis tantum aes domino dare damnas esto* (D. 9.2.27.5 Ulp. 18 *ad ed.*). Uno puede también pensar en un mecanismo intermedio que convirtió el *damnum* no líquido en una demanda por *certa pecunia*, lo que habría permitido al demandado allanarse adecuadamente. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* viene a la vista.

Al momento de las *legis actiones*, las partes tradicionalmente enfrentaron un juicio en el 'día siguiente al siguiente' (*dies comperendinus*). Una *lex Pinaria* de fecha desconocida introdujo un plazo legal de treinta días que precedía al nombramiento del *iudex*

81 Para algunos ejemplos, ver METZGER, E., *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford, 1997, p. 59.

82 VÖLKL, A., "*Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Zum dritten Kapitel der *lex Aquilia*". En: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RHDA.)*, 24, 1977, pp. 461–486.

83 *Supra*, nota 37.

(Gai. 4.15)[84]. Era esperable que los litigantes utilizaran este intervalo para llegar a un acuerdo que evitara el juicio. Dada la falta de información detallada sobre la *lex Pinaria*, no podemos descartar el escenario de que la *lex Aquilia* introdujera (o reprodujera) un intervalo idéntico especialmente para las reclamaciones bajo el Capítulo III. Esto explicaría por qué los treinta días aparecían en el texto del plebiscito. El juicio podría entonces haber tenido por objeto la falta de voluntad del demandado de cumplir con la obligación legal (de Derecho civil) de compensar a la víctima. De una u otra manera, los treinta días debieron haber sido un último periodo para hacer reparación por el demandado si quería evitar una escalación a procedimientos que exigían *sacramenta*. Esto podría haber sido un buen homólogo respecto del Capítulo I. De distintas maneras, cada capítulo incentivó a los infractores a compensar las víctimas de una manera no contenciosa.

6. Yuxtaposición de los Capítulos I y III

Yuxtapongamos ahora de nuevo los Capítulos I y III. El Capítulo I introdujo un procedimiento *manus iniectio* por sacrificar el ganado de otro (u otros animales de pastoreo) y por matar el esclavo de otra persona — actos atroces, especialmente cuando eran motivados por el odio hacia el dueño por pertenecer a otro orden. ¡*Iniuria*, de hecho! Sujetar tales infractores al procedimiento por *manus iniectio* no era de

[84] Sobre la *lex Pinaria*, PLATSCHEK, J., "Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung". En: *Handbuch…, op. cit.* § 69, Rn. 5 y ss.; sobre la cuestión de la fecha, ver VARVARO, M., "Legisaktionenprozess". En: *Handbuch…, op. cit.*, § 9, Rn. 35.

ninguna manera desproporcionado. El Capítulo III proveyó un procedimiento de alguna manera menos agresivo respecto de pérdidas causadas por daño a la propiedad. La diferencia en el procedimiento explica por qué actos que dañaban la propiedad de otra persona estaban separados en dos categorías distintas. Esta explicación es necesaria porque el propósito legislativo básico de compensar a las víctimas es el mismo en ambos tipos de casos. David Pugsley se ha preguntado por qué Justiniano no abolió el Capítulo I[85]. Uno debe ir un paso atrás y preguntarse por qué Aquilio previó un capítulo separado para ciertos hechos, si la intención era la misma: proveer para las víctimas una compensación adecuada. La explicación ofrecida aquí es que respecto de los daños que caían bajo el Capítulo I, estaba previsto un procedimiento más agresivo, para presionar a los infractores para que aceptaran su responsabilidad y compensaran a las víctimas. Los objetos protegidos por el Capítulo I eran probablemente mucho más probablemente indispensables para generar sustento. Una compensación efectiva era, por tanto, una cuestión urgente.

Los Capítulos I y III no difirieron simplemente en las instrucciones al juez, requiriendo el Capítulo I una evaluación excepcional, retrospectiva, 'histórica'. La literatura ha asumido generalmente que esta era la diferencia esencial, pero nadie ha propuesto una razón convincente para un esquema legislativo tal. La diferencia real era

85 PUGSLEY, D., "A Potted History of Chapter I of the *Lex Aquilia*". En: STURM, F. *et al*. (eds.), *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt/M., 2013, pp. 335–340, pp. 339 y ss.

mucho más profunda. La *lex* hizo seguro que las demandas bajo el Capítulo I cualificaran sin más dilación como *certa pecunia*. Funcionó, entonces, en la medida en que el demandado que se había allanado, sin involucración de ningún tipo del juez. Si el demandado negaba su responsabilidad, el juez solo tenía que decidir la cuestión de si el ilícito civil había sido cometido o no por el demandado. De nuevo, no era necesaria ninguna *aestimatio*. La regla *eo anno* en el Capítulo I y los treinta días en el Capítulo III tenían funciones técnicas totalmente distintas. Tenemos que descartar la idea de que ambos periodos concedían tiempos distintos en referencia a los cuales fuera considerada la judicial *aestimatio*. La regla *eo anno* llevó las demandas bajo el Capítulo I a un formato *certa pecunia*, para permitir *manus iniectio*. Los treinta días permitieron al demandado que se enfrentaba a una demanda bajo el Capítulo III zanjar la cuestión antes de que comenzara el juicio.

Se especuló sobre la posibilidad de que el Capítulo III fuera posteriormente introducido como una reforma la *lex Aquilia* que, algunos han considerado, originalmente se habría ocupado solo de actos previstos en el Capítulo I[86]. No hay prueba que directamente apoye esta idea. El argumento principal para la teoría de la reforma es el Capítulo II que, se dice, interrumpiría la consistencia temática de

[86] Esta idea de una ley proto-aquiliana fue ofrecida, en una fantasmagóricamente especulativa base, por PRINGSHEIM, F., "The Origin of the 'Lex Aquilia'". En: *Droit de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 233–244; esta idea ha sido tentativamente seguida por ZIMMERMANN, R., *Law of Obligations*, Cape Town, 1990, p. 958; y por PUGSLEY, D., "*Si quis alteri damnum faxit*". En: *Acta Juridica*, 95, 1977, p. 299

la *lex* alejándola de la infracción civil. Este argumento decae con la reinterpretación del Capítulo II propuesta antes. La teoría de una promulgación escalonada ha sido siempre inaceptable porque la *lex Aquilia*, se ha dicho, derogó todas las antiguas leyes que concernían *damnum iniuria*[87]. Sin el Capítulo III, esto podría haber dejado una evidente *lacuna* y la promulgación solo del Capítulo I difícilmente podría haber valido como un esquema satisfactorio de reparación. Debemos aceptar que los tres capítulos fueron aprobados de una vez, a propuesta de Aquilio[88]. En la asunción de que el contexto de la *lex* concernía reparaciones por daño sufrido durante la última secesión, ambos capítulos juntos, I y III, estaban previstos para cubrir integralmente el rango típico de destrucción de la propiedad. En el contexto de desórdenes civiles, uno trata de hacer inservible la propiedad del enemigo y esto normalmente lleva a la destrucción total, más que al daño parcial.

7. Responsabilidad aquiliana por los ilícitos cometidos por esclavos

Para la responsabilidad aquiliana había una variante noxal[89]. De acuerdo con Gai. 4.76, la *lex Aquilia* preveía una responsabilidad noxal por *damnum iniuria*; no fue una adición posterior derivada de una mejora pretoriana[90]. El procedimiento *manus iniectio* en el núcleo del

87 *Infra*, 8.2.

88 NÖRR, D., "Texte zur *lex Aquilia*". En: BENÖHR, H. P. *et al.* (eds.), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Vienna–Cologne–Graz, 1986, pp. 211–219, esp. pp. 214 y ss.

89 Sobre las responsabilidades noxales y su evolución histórica, ver SIRKS, B., "*Noxa caput sequitur*". En: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, pp. 81–108; PENNITZ, M., 'Noxalhaftung'. En: *Handbuch…, op. cit.*, § 105, Rn. 1 y ss.

90 Esto está confirmado por D. 9.4.2 Ulp. 18 *ad ed.* (*in lege Aquilia … utriusque legis reddit rationem*).

Capítulo I era incompatible con el tipo de acción noxal que permitía al dueño del esclavo evitar la responsabilidad entregándolo al demandante. La responsabilidad de los dueños de esclavos que originalmente complementó la responsabilidad aquiliana debía haber sido "directa". Las víctimas que perdieron un esclavo o una cabeza de ganado por culpa del ataque de otro esclavo debieron haber podido demandar el dueño del esclavo que no tenía más posibilidad de escapar la responsabilidad que a través de *noxae deditio*. Como David Daube ha mostrado, los términos *noxa* y *nocere* no estaban confinados a la responsabilidad indirecta en la que *noxae deditio* es el sello distintivo[91]. La acción directa sin opción de *noxae deditio* respecto del demandado dueño del esclavo que había estado involucrado en las acciones del esclavo permaneció siendo una variante de la responsabilidad del dueño que juristas posteriores siguieron discutiendo cuando escribieron *de noxalibus actionibus*.

Para que la acción aquiliana fuera directamente ejercitable contra el propietario, este debería haber sido personalmente responsable por el ataque de su esclavo. Como Celsus mantuvo, *in lege Aquilia dominus suo nomine tenetur* (D. 9.4.2.1 Ulp. *18 ad ed.*). El hecho es del dueño y no del esclavo. Juristas clásicos han elucidado el sentido de esta acción contra un dueño que, por sus órdenes o conocimiento/consentimiento[92], es directamente responsable por el acto mismo de matar del dueño: en esta variante, el dueño no tiene la

91 DAUBE, D., "*Nocere* and *noxa*". En: *Cambridge Law Journal (CLJ)*, 8, 1933, pp. 23–55.

92 Los distintos grados de implicación del propietario y la cuestión de si estas conducen a distintas consecuencias están al más allá del objeto de mi estudio.

opción de *noxae deditio*. Si vende el esclavo o lo libera, no puede sustentarse en el principio de *noxa caput sequitur*, lo que normalmente transfería la responsabilidad noxal al nuevo dueño del esclavo o al nuevo liberto en su propio derecho. Al momento de su aprobación, la *lex* no preveía el procedimiento más sofisticado que incluyía *noxae deditio*, para los casos en que el esclavo había matado a otro (o sacrificado el ganado de otro) a iniciativa propia, sin que lo supiera su dueño. Este estado de cosas sufrió notables cambios, lo que abordaré luego[93].

Los esclavos que causaron destrucción durante la *secessio* probablemente habrían actuado a instancia de su dueño. Los esclavos de dueños patricios probablemente fueron mandados a producir daño en propiedad plebeya y viceversa. Tales casos podían haberse tratados bajo la *lex* original, lo que justifica la afirmación de Gayo (4.76). La víctima aquiliana procedía *per manus iniectionem* contra el dueño del esclavo y la opinión de la *noxae deditio* todavía no estaba integrada en los procedimientos, que seguían su curso regular.

8. La aprobación del plebiscito y de la *lex*

8.1 Cuestiones de Derecho constitucional

La *lex Aquilia* fue un plebiscito. Antes de la *secessio* de 287 a. C., el *concilium plebis* no tenía autoridad incondicional para hacer leyes para toda la ciudadanía. Los cuerpos patricios preservaron su derecho de vetar que los plebiscitos se convirtieran en leyes generales. La *lex Aquilia*, sin embargo, era para ser usada por —y contra— miembros de ambos órdenes. Esto es el motivo por el que la *lex Hortensia* puede

93 *Infra*, 10.2.

entrar en juego: la *lex Hortensia* fue aprobada tras la *secessio* y previó que a los plebiscitos se les otorgaría en general la fuerza de las *leges publicae*[94] (sin necesidad de *patrum auctoritas*). No sabemos la secuencia temporal de la *lex Hortensia* y la iniciativa de Aquilio. Es, sobre todo, por conjeturas que podemos poner la *lex Aquilia* en el contexto de la última *secessio* y, por tanto, situarla temporalmente aproximadamente durante el momento de la reforma hortensiana. El escenario que parece menos probable es que la *lex Hortensia* diera '*carte blanche*' al *concilium plebis* que entonces inesperadamente habría utilizado sus nuevos poderes para extender el texto aquiliano a toda la ciudadanía[95]. Es más probable que tanto el *plebiscitum Aquilium* como la *lex Hortensia* fueran aprobados de manera coordinada, como parte de la reconciliación entre ambos órdenes. Podía bien ser también que la *lex Hortensia*, que por supuesto sería de importancia duradera, originalmente tuviera la finalidad de asegurar que la reforma aquiliana vinculara tanto a patricios como a plebeyos. De una u otra manera, parece seguro asumir que la *lex Aquilia* se convirtió en 'el Derecho del lugar' con el consentimiento de los patricios, como concesión lograda en el procedimiento de reconciliación: o bien los patricios dieron su consentimiento al plebiscito aquiliano, elevándolo al estado de una *lex* constitucionalmente aprobada; o bien la *lex Hortensia* fue aprobada con el plebiscito aquiliano a la vista, que posteriormente se convertiría en *lex* general en virtud de la *lex Hortensia*.

94 BUONGIORNO, P., "Republik", in: En: *HRP…, op. cit.,* § 2, Rn. 31, con referencias.

95 Este es el escenario asumido por IBBETSON, D., *The dating…, op. cit.,* p. 177.

8.2 La *clausula derogatoria*

De acuerdo con D. 9.2.1 *pr* Ulp. 18 *ad ed.*, la *lex Aquilia* derogó antiguas Leyes que se ocupaban de *damnum iniuria*, lo que debe incluir las previsiones relevantes en las XII Tablas. Esto es una extrañeza que requiere una explicación. Cuando un nuevo régimen de responsabilidad por ilícitos civiles es introducido, es usualmente posible dejar que el antiguo Derecho decaiga por sí solo, en la confianza de que los nuevos casos se trataran bajo el nuevo Derecho. ¿Por qué los redactores del texto aquiliano estaban ansiosos por impedir expresamente la utilización del antiguo Derecho? Si el objetivo político era poner a los plebeyos y patricios en un nivel procesal equivalente en disputas pendientes sobre propiedad destruida o dañada, no era suficiente simplemente con establecer un nuevo tipo moderno de procedimientos para los demandantes plebeyos. Era necesario también evitar que potenciales demandantes, incluidos los patricios, pudieran utilizar un antiguo substrato de responsabilidad por ilícitos civiles para el cual pudiera ser invocado el procedimiento *per sacramentum* como el estándar. La *clausula derogatoria* impidió esta posibilidad. De manera implícita, la *clausula derogatoria* muestra, en mi opinión, que los legisladores aquilianos estaban tratando con daño a la propiedad muy reciente que todavía requería reparación cuando el *plebiscitum* fue aprobado.

8.3 Estructura y taxonomía

La estructura de la *lex Aquilia* podía haber sido de la siguiente manera. El Capítulo I permitía al dueño de un esclavo muerto o de una cabeza de ganado sacrificada iniciar un procedimiento *manus iniectio* por una

suma líquida de dinero (*certa pecunia*), basado en la información sobre precios del año pasado. Sin necesidad de previsiones legales adicionales, este tipo de procedimiento facilitó el distinto tratamiento del demandado que se allanaba y del demandado que negaba responsabilidad: la posibilidad de litiscrescencia pretendía incentivar el pago rápido de las compensaciones. Un demandado que quería oponerse necesitaba un *vindex*. El Capítulo II garantizaba el procedimiento en el caso de que una parte (probablemente un demandante plebeyo) tuviera que confiar en la asistencia de un secundante (¿patricio?) de lealtad incierta. La demanda contra un *adstipulator* desleal estaba también garantizado por poderes *manus iniectio*. El Capítulo III también se ocupó de otros tipos de daño. Aquí, la evaluación del daño estaba confiada a un juez o a un *arbiter*. En la *lex* como fue aprobada, la variante *noxa* vino en forma de una acción directa contra el dueño que era cómplice en el homicidio cometido por el: esta acción solo estaba disponible en la letra del Capítulo I, sin necesidad de provisiones adicionales. La *clausula derogatoria* pudo haber sido puesta el comienzo o al fin de la Ley. Los tres capítulos, junto con la *clausula derogatoria* fueron ubicados juntos en una manera coherente y apropiadamente secuenciada.

Cuando la *lex Aquilia* fue aprobada, los redactores no debieron haber considerado si las nuevas clases de demanda iban a ser consideradas penales o reipersecutorias. Tales esfuerzos taxonómicos y cuestiones de segundo orden relativas al carácter penal de la acción (por ejemplo, la transmisibilidad en caso de muerte) pertenecen a un

momento posterior[96]. La *lex* garantizó que las víctimas fueran compensadas. En D. 47.10.7.1 Ulp. 57 *ad ed.* leemos, en relación con las funciones penales de la *lex Cornelia*: … *Quid ergo de lege Aquiliam dicemus? … Ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est*. A la vez, la *lex* se ocupa de casos de gran destrucción, lo que siempre reclama un castigo[97].

Es necesaria una clarificación más sobre la yuxtaposición taxonómica de normas sustantivas y procesales en el Derecho privado. La *lex Aquilia* era, por supuesto, no 'solo' una reforma procesal civil. La *lex* también definía las demandas para las cuales preveía nuevos procedimientos. Fue un proyecto legal integral, que comprende lo que hoy entendemos como requisitos de Derecho sustantivo con su implementación procesal. Es solo en retrospectiva, desde la perspectiva de la teoría moderna del Derecho privado, que estamos movidos a distinguir requerimientos sobre la responsabilidad (*pecudes occidere* etc.) y sus consecuencias legales (compensación debida) lo que conjuntamente entendemos como 'Derecho sustantivo' y que distinguimos de aspectos 'meramente' procesales, que hoy entendemos secundarios respecto de las normas sustantivas.

96 Ver FINKENAUER, Th., *Pöenale Elemente…, op. cit.,* pp. 35 y ss.; ROSSETTI, G., "Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'*actio ex lege Aquilia* tra 'natura penale' e 'funzione reipersecutoria'". En: *forum historiae iuris (fhi)*, 2020, disponible en: https://forhistiur.de/2020-05-rossetti (visitado el 30 de enero de 2022).

97 No hay prueba suficiente para aceptar la idea de que la *lex Aquilia* incluyó una provisión extra de Derecho penal para el *homo occisus* lo que, según Huschke, hubiera sido posteriormente derogado por la *lex Cornelia de sicariis*; HUSCHKE, Ph. E., *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen*, Leipzig, 1855, pp. 104 y ss.

9. El año 287 a. C.: una nueva narrativa

Por ingeniería inversa podemos ir desde los mecanismos legales introducidos para proveer reparaciones al desorden civil que comportó la introducción de tales. La *secessio* no fue una protesta pacífica. Fue una rebelión que puso en cuestión el dominio de las instituciones de la *res publica* controladas por los patricios. 'Se trató de revolución y de su prevención', como ha señalado Mommsen[98]. Debió haber sido un asunto violento y sangriento, como la anterior *secessio* de 450/449 a. C. Livio habla de *graves et longae seditiones*[99]. Fue un caso de violencia política colectiva. En su misión de sofocar las revueltas, los patricios probablemente no suscribieron una política de desescalada. La cuestión fue suficientemente seria como para que los patricios nombraran un *dictator*, Quinto Horacio[100]. En la guerra civil y en los desórdenes que se produjeron, los adversarios trataron de infligir daño en el patrimonio que servía de sustento a sus enemigos. Los esclavos eran asesinados y el ganado sacrificado. En ambos bandos había víctimas y agresores. Alborotadores de ambos bandos debieron haber atacado en bandas a las víctimas, más que individualmente. Los dueños de esclavos los mandaron a realizar daño a los miembros del otro orden. Si los plebeyos llevaron su ganado con ellos al Janículo, los animales podrían haber sido uno de los objetivos de la violencia patricia. Todo esto sucedió a plena luz del día.

98 MOMMSEN, Th., *Römisches Staatsrecht*, dritter Band, 1. Teil, 4. Aufl. = reimpresión, Tübingen, 1952, p. 145.
99 LIVIO, *Periochae*, 11.
100 PLINIO, *Naturalis Historia*, 16.10.37.

Cuando los disturbios terminaron con una reconciliación entre ambos órdenes, era necesario un marco legal que se ocupara del daño y de la destrucción. El patrimonio que proveía la base para sobrevivir fue destruido y el tiempo era esencial para proveer reparación urgente. La idea de que las reparaciones debían haberse determinado por una ola de juicios *per sacramentum* debió haber preocupado a muchos plebeyos, pues no tenían liquidez para iniciar los procedimientos o para defenderse por si mismos en los tribunales. Como parte de la reconciliación, se hizo posible un nuevo procedimiento, utilizando la técnica bien establecida de la *manus iniectio* para los casos más graves, la muerte de esclavos y ganado. La litiscrescencia que comportaba este mecanismo incentivó a los infractores a acordar el pago de reparaciones por la vía de la *confessio in iure*[101]. La *lex Aquilia* reformó el régimen de protección de la propiedad privada pero el contexto en el que fue aprobada significó que la reforma era una cuestión de alta política.

El núcleo de la reforma fue la abolición del requisito del *sacramentum*. La *lex* remedió, para los casos que cubrió, un problema serio de acceso a la justicia que, como consecuencia de los disturbios, se convirtió en un agravio político sustancial. A los demandantes se les prohibió de manera expresa basar sus reclamaciones en el Derecho pre aquiliano, a través del cual podían recurrir al procedimiento *per sacramentum*, que no había sido abolido en su totalidad. El abandono de los

[101] Un estudio histórico-comparado podría probablemente demostrar que los esquemas de reparación tras grandes estallidos de violencia frecuentemente ofrecen mecanismos parecidos para la resolución rápida de disputas con reducida intervención judicial, como preludio de un juicio propiamente adversarial.

procedimientos *per sacramentum* ha sido también observado en muchos otros contextos. La introducción de la *legis actio per iudicis arbitrive postulatione* estuvo conducida, se presume, por el deseo de abolir los procedimientos *per sacramentum* para un amplio rango de disputas, especialmente aquellas que derivaban de promesas formales[102]. Un motivo similar fue adscrito a la introducción de la *legis actio per condictionem*, que desplazó el *sacramentum*, introduciendo en su lugar la *stipulatio tertiae partis* como seguridad mutua intercambiada entre las partes. Hubo quizás un tira y afloja entre los representantes de cada orden. Los plebeyos querían deshacerse del requisito de dinero líquido que comportaba el *sacramentum*[103]. Otro procedimiento funcional era necesario, para lo cual las *sponsiones* parecían apropiadas. Los plebeyos eran reacios porque vieron el riesgo de que un *adstipultator*, en quien muchos habían de confiar, pudiera ser desleal y renunciara a los derechos de la parte sobre una promesa procesal que era necesaria para que continuara el juicio. Por ello fue añadido el Capítulo II.

La *lex* mejoró la situación procesal de las partes plebeyas, demandantes o demandados. Varias características de la *lex* se suman para dar la impresión general de que se prestó atención especial a la situación de los demandantes plebeyos. Esto es coherente con la promulgación de la medida en el *concilium plebis*. La secundaria

102 KASER, M. y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht…, op.* p. 108.

103 VON JHERING, R., "Reich und arm…", *op. cit.,* argumentó que la necesidad de proveer un *vindex* creó un problema de acceso a la justicia no menos opresiva que el creado por el *sacramentum*. Pero es posible que basándose en un sentido de solidaridad no hubiera sido tan difícil lograr que un miembro del mismo orden actuara como *vindex*, especialmente si uno podía demostrar que estaba siendo demandado sin fundamento.

medida de aseguramiento en el Capítulo II revela una considerable ansiedad respecto de la fiabilidad de los patricios.

10. ¿Qué deparaba el futuro?

10.1 Antes de la incorporación al edicto del pretor

Mientras los motivos de la reforma que terminó en la *lex Aquilia* fueron la destrucción derivada del desorden civil y la importancia de un procedimiento civil que permitiera reparaciones rápidas, la *lex* no pretendía operar solo para esa ocasión inmediata. Era una reforma jurídica prevista para durar, como prueba la *clausula derogatoria*. El posterior tratamiento procesal de las demandas bajo la *lex Aquilia* pasó por complejos cambios que suponen numerosas cuestiones complejas todavía por investigar. La incorporación de la *lex* al edicto pretorio y su estructuración como un procedimiento *per formulam* resultó en una serie de adaptaciones que están bien acreditadas en la literatura jurídica posterior (ver *infra* 10.2). Durante los tiempos republicanos también hubo, sin duda, reformas bien antes de recibir sustento en el edicto pretorio[104]. En la casi completa ausencia de pruebas concretas, solo podemos especular sobre tales cambios. Mientras que esos desarrollos están fuera del objeto de esta contribución, algunas sugerencias son relevantes para mi tesis. La *lex Vallia* ha sido ya discutida arriba[105].

En el caso del Capítulo II, sabemos por Gayo (3.215) que la *actio* legal se convirtió en (prácticamente) superflua. De hecho, cuando el *bonae*

104 *Cfr.* SELB, W., "'Gewaltenteilung' im republikanischen Rom"…, *op. cit.*, pp. 122 y ss., que ha considerado la posibilidad de una fase intermedia cuando se introdujo un *arbitrium liti aestimandi*.

105 *Supra*, 2.7.

fidei iudicium estuvo disponible con la fuerza del contrato de mandato, quizás en el último siglo de la República, la función del Capítulo II podía ser asumida ya por la *actio mandati*. Dos generaciones después, Ulpiano sostuvo que el Capítulo II había caído en desuso (D. 9.2.27.4 Ulp. 18 *ad ed.*, confirmado en I. 4.3.12). Esto no es lo que Gayo había dicho: su texto nunca excluyó una demanda bajo el Capítulo II en sus tiempos. El Capítulo II, podemos suponer, nunca fue formalmente derogado.

10.2 Demandas aquilianas sustanciadas *per formulam*

Cuando se extendió el uso del procedimiento *per formulam*, en cierto momento el pretor debió haber vuelto a la *lex Aquilia*, adaptando los parámetros legales a las *formulae* que incluyó en su edicto. El procedimiento *legis actio* dio paso a procedimientos basados en estas *formulae* pretorias[106]. Al menos respecto del Capítulo I, eran necesarias dos *formulae*, una para la *actio confessoria in simplum* y otra para la *actio adversus infitiantem in duplum*. No hay prueba directa del tenor de estas *formulae* edictales. Los muchos intentos de reconstruirlo o de clasificarlas no son objeto de este trabajo[107]. De la tesis desarrollada aquí no puede derivarse ningún argumento para apoyar

106 Para el propósito de esta contribución, no hay necesidad de revivir el debate sobre el preciso impacto de la *lex Aebutia*.

107 Ver, recientemente, MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, 2. ed., Milano, 2009, pp. 64–66, núms. 54–61; NÖRR, D., "Zur Formel der *actio legis Aquiliae*". En: ALTMEPPEN, H. *et al*. (eds.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, pp. 833–848; reimpreso en: NÖRR, D., *Schriften 2001–2010*, editado por CHIUSI, T. J. y SPENGLER, H. D., Madrid, 2012, pp. 705–722. NÖRR asumió la idea de que hubo una única *formula* unitaria utilizada para demandas bajo ambos capítulos (I y III), idea primero propuesta por BIRKS, P., "The Model Pleading of the Action for Wrongful Loss". En: *The Irish Jurist*, 25/27 (1990/92), pp. 315 y ss.

una teoría específica para la reconstrucción de tales *formulae*, aunque sí pueden hacerse algunos apuntes.

La función de la regla *in eo anno* del Capítulo I se convirtió en parte de cómo el *iudex* debía manejar la *condemnatio*. Los problemas que discuten los juristas clásicos en relación con esta norma no son compatibles con la idea de que la cantidad pretendida por el demandante estaba fijada definitivamente en el momento en el que comenzaba el procedimiento. Es una característica bien conocida de la evolución del sistema aquiliano que los daños especiales empezaron a ser incluidos en el cálculo del fallo dinerario[108]. Si asumimos que las demandas bajo el Capítulo I fueron inicialmente por *certa pecunia*, esto debió haber sido un paso especialmente dramático. Afirmaciones de juristas romanos indican, ciertamente, que hubo controversia. Ulpiano, que pregunta si la perspectiva correcta es evaluar todo el interés del dueño en que no muriera el esclavo o el ganado, dice *et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio* (D. 9.2.21.2 pr. Ulp. 18 *ad ed*.). Gai. 3.212 expresa la misma opinión. Neracio es nombrado como el primero que argumentó que la expectativa de heredar debía ser tenida en cuenta (D. 9.2.23 pr Ulp. 18 *ad ed.*), una opinión respecto de la cual también podía invocarse el apoyo de Juliano (D. 9.2.23.1 Ulp. 18 *ad ed.*).

Estos desarrollos vinieron con un cambio en el tratamiento del demandado que se allanaba a una demanda formulada bajo el Capítulo I. Mientras que bajo la *lex* original el *confessus* se convertía

108 *Cfr.* GAMAUF, R., "And Then There Was Three. *Drittschadensliquidation* nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia*". En: *Fundamina*, 20, 2014, pp. 322–335.

automáticamente en responsable por la cantidad fija por la cual se había interpuesto la demanda, en un procedimiento *per formulam* el caso todavía tenía que remitirse al juez, cuya tarea estaba centrada, sin embargo, en determinar la cuantía debida al demandante como compensación[109]. Con esta innovación, los procedimientos por el Capítulo I debieron pasar a ser similares a los que se habían utilizado para el Capítulo III desde el principio. Mientras que en la aplicación de la Ley uno todavía necesitaba apoyarse en uno de los dos capítulos[110], la distinción procesal fundamental que había sido la razón para el diseño en dos capítulos ya no estaba en juego, una vez que todas las demandas aquilianas se tramitaban *per formulam*.

La transición a un procedimiento *per formulam* debió haber requerido una nueva interpretación del Capítulo III. Los treinta días no significaron más el inicio posterior del juicio. De una manera algo torpe, se entendía ahora como el período relevante para la evaluación judicial del *quanti ea res est*. ¿Es posible que los treinta días que introdujera la *lex* con la expectativa de que el demandado evitara el juicio compensando al demandante se convirtiera en un marco procesal que admitió un acuerdo *in iure* entre demandante y demandado para resolver la controversia sobre la base de una admisión de culpa (*actio confessoria* respecto del Capítulo III)?

El orden en el que las *formulae* aparecieron en el edicto también merece atención. Lenel vio la prioridad original de los procedimientos contra el *confessus* reflejada en el diseño del edicto,

109 D. 9.2.23.11 Ulp. 18 *ad ed.*

110 Los casos límites que los juristas llegaron a discutir, determinando finamente el ámbito de aplicación de ambos capítulos, no son objeto de discusión aquí.

pues la *actio confessoria* venía ubicada antes[111]. No sabemos si fue incluida una fórmula para el Capítulo II en el *Edictum Perpetuum*. Lenel creía que no, quizás apresuradamente, pues el pretor no podía suprimir acciones previstas en la Ley.

Las *formulae* por distintas demandas bajo la *lex* estaban probablemente acompañadas por cláusulas que se ocupaban de los ilícitos civiles cometidos por un esclavo, permitiendo al dueño que no tenía nada que ver escapar su responsabilidad por *noxae deditio*[112]. Esto era el punto final de un laborioso debate jurisprudencial sobre la responsabilidad aquiliana por hechos cometidos por esclavos. Hay una disputa que trasluce en D. 9.4.2.1 Ulp. 18 *ad ed.* Parece que Celso defendió, de una manera algo tortuosa, la idea de que la responsabilidad aquiliana por los hechos de por esclavos estaba basada en la responsabilidad del dueño por el hecho del esclavo como si fuera suyo el hecho (sea cual fuere la conducta necesaria para establecer su responsabilidad), mientras que juristas posteriores invocaron la aplicabilidad de la variante *noxae deditio*, lo que permitió demandar a los dueños, independientemente de su responsabilidad personal. Juliano avanzó el argumento de que el mecanismo de *noxae deditio* establecido en las XII Tablas también se aplicaba a los ilícitos civiles introducidos por legisladores posteriores. Juristas clásicos posteriores discutieron intensamente el mecanismo de la *noxae deditio* en el contexto de la *lex*[113].

111 LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum…, op. cit.,* p. 199.
112 LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum…, op. cit.,* pp. 201 y 202.
113 Ver, por ejemplo, D. 9.2.27.2 Ulp. 18 *ad ed*, citando a Celsus; D. 9.2.27.11 Ulp. 18 *ad ed.*; D. 9.4.19 Paul. 22 *ad ed.*

Basándose en el vacío texto de la *lex Aquilia*, que eventualmente fue adaptado en las *formulae* pretorias, los *iurisperitii* romanos desarrollaron un intrincado y matizado Derecho sobre el daño a la propiedad personal, con pocos elementos que revelaran el origen político de la *lex*. Mientras que la *lex Aquilia* fue introducida como reacción a los actos de violencia por los cuales era intencionalmente dañada o destruida la propiedad de otras personas, siglos de interpretación la transformaron exitosamente en un general 'Derecho de accidentes'.

10.3 Derecho justinianeo y más allá

La codificación justinianea suprimió todos los casos en que *lis infitiando crescit in duplum*[114] salvo el de la *lex Aquilia*, reteniendo una constitución de Diocleciano en el Codex (C. 3.35.5, Diocl./Maxim. a. 293) y los pertinentes pasajes de los trabajos de Ulpiano y Gayo. El texto de la *lex Aquilia* comenzó a ser identificado, contrario a la realidad histórica, con el mismo origen del concepto de la litiscrescencia. La Nov. 18 de Justiano evocó a la *lex Aquilia* cuando reintrodujo un mecanismo de litiscrescencia, *inter alia*, para mejorar el respeto de las legítimas de los hijos en la herencia (Nov. 18.8, a. 536 d. C.). En la *interpretatio* a las *sententiae Pauli* en la *Lex Romana*

[114] Para ser claro, la reforma de Justiniano solo se ocupó de casos en los que la duplicación era resultado de negar la responsabilidad ante un tribunal, no los casos de responsabilidad por *duplum* donde la duplicación era una característica, en primer lugar, de la obligación; ni tampoco de los casos en que la responsabilidad se duplicaba como consecuencia del incumplimiento, como era el caso de la *actio redhibitoria*. Respecto de la complejidad de los mecanismos de duplicación en el Derecho justinianeo, *cfr.* DE JONG, H., "Die *actio in duplum* (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις) bei Sachbeschädigung – Ein Mysterium im byzantinischen Recht". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (RA)*, 132, 2015, pp. 324–361.

Visigothorum, la *lex Aquilia* es referida como la Ley que integralmente definió todos los casos de litiscrescencia (1.19.1).

Bibliografía

ARANGIO-RUIZ, V., *Rariora*, Roma, 1946.

BABUSIAUX, B., BALDUS, C., ERNST, W. y RÜFNER, T. (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (HRP), Tübingen, 2023 (cit. por autor).

BAUMANN, R., *Lawyers in Roman republican politics, A study of the Roman jurists in their political setting*, *316-82 BC,* [Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, 82], Munich 1983.

BEINART, B., "*De lege Aquilia*". En: *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 10, 1946, pp. 192 y ss.

BEINART, B., "Once more on the origin of the *lex Aquilia*". En: *Butterworths South African Law Review*, 70, 1956, pp. 70 y ss.

BIRKS, P., "The Model Pleading of the Action for Wrongful Loss". En: *The Irish Jurist*, 25/27 (1990/92), pp. 315 y ss.

CARDILLI, R., "Damnas esto e *manus iniectio* nella *lex Aquilia*: un indizio paleográfico?". En: *Fundamina*, 20, 2014, pp. 110–124

CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Naples, 2016, pp. 193 y ss.; KELLY, J. M., "Further reflections on the 'lex Aquilia'". En:

Studi in onore di Edoardo Volterra, vol. I, Milano, 1971, pp. 235–241, p. 241, nota 20.

CORBINO, A., "*Actio in factum adversus confitentem*, Quint., *Declam. Maior* XIII". En: *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. I, Milano, 2010, pp. 511–524.

CURSI, M. F., "Gli illeciti privati". En: CURSI, M. F. (ed.), *XII Tabulae, Testo e commento*, Vol. II, Naples, 2018, pp. 561 – 646.

DAUBE, D., "*Nocere* and *noxa*". En: *Cambridge Law Journal (CLJ)*, 8, 1933, pp. 23–55.

DAUBE, D., "On the Third Chapter of the *lex Aquilia*". En: *Law Quarterly Review*, 52, 1936, pp. 253 y ss.

DE JONG, H., "Die *actio in duplum* (ἡ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις) bei Sachbeschädigung – Ein Mysterium im byzantinischen Recht". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (RA),* 132, 2015, pp. 324–361.

ERNST, W., *Justinian's Digest 9.2.51*, Cambridge, 2019.

FASCIONE, L., "Ancora sulla *lex Furia de sponsu*". En: *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)*, 82, 2016, pp. 363–385.

FINKENAUER, Th., "Pönale Elemente der *lex Aquilia*". En: GAMAUF, R. (eds.), *Ausgleich oder Busse als Grundproblem des Schadensersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart*, Vienna, 2017, pp. 35–71, pp. 44 y ss.

FIORI, R., "Il processo privato". En: CURSI, M. F. (ed.), *XII Tabulae. Testo e commento*, vol. I, Naples, 2018, pp. 45–149.

FRAKES, R. M., *Compiling the Collatio legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford Studies in Roman Society and Law, Oxford, 2011.

GAMAUF, R., "And Then There Was Three. *Drittschadensliquidation* nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia*". En: *Fundamina*, 20, 2014, pp. 322–335.

GRIZMEK, Ph., *Studien zur Taxatio*, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, 88, Munich, 2001.

HUSCHKE, Ph. E., *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen*, Leipzig, 1855.

HUSCHKE, Ph. E., *Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846.

HUSCKE, E., *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1847.

IBBETSON, D., "The dating of the *lex Aquilia*". En: BURROWS, A., JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R., *Essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, pp. 167 y ss.

ISOLA, L., "Überlegungen zur Litiskreszenz bei der *actio ex testamento*". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (RA)*, 137, 2020, pp. 70–135.

JOLOWICZ, H. F., "The Original Scope of the *lex Aquilia* and the Question of Damages". En: *Law Quarterly Review*, 38, 1922, pp. 220 y ss.

KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1901.

KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Munich, 1996.

KELLER, F. L., *Der römische Civilprozess und die Actionen*, 6. Aufl., ed. por WACH, A., Leipzig, 1883.

KELLY, J. M., *Roman litigation*, Oxford, 1996.

KRAPINGER, G., *Die Bienen des armen Mannes: Grössere Deklamationen, 13*, Cassino, 2005.

LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl., Leipzig, 1927.

LINTOTT, A., *Cicero as Evidence: A Historian's Companion*, Oxford, 2008, pp. 43–59.

LOKING, J. H. A., MEIJERING, R., STOLTE, B. H. y VAN DER WAL, N. (eds), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, con traducción de MURSON, A. F., Groningen 2010.

MANTHE, U., *Geschichte des römischen Rechts*, 2. Aufl.., Munich, 2003.

MANTOVANI, D., "I giuristi, i retori e le api. *Ius controversum* e natura della *declamatio maior* XIII". En: *Seminarios Complutenses*, 19, 2006, pp. 205 y ss.

MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, 2. ed., Milano, 2009.

METZGER, E., *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford, 1997.

METZGER, E., *Litigation in Roman Law*, Oxford, 2005, pp. 7 y ss.; DONADIO, N., *Vadimonium e contendere in iura. Tra 'certezza di tutela' e 'diritto alla difesa'*, Milano, 2011.

MIGLIETTA, M., 'Il terzo capo della lex Aquilia è, ora, il secondo', Considerazione sul testo des plebiscito aquiliano allá luce della tradizione giuridica bizantina". En: *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* (AUPA) 55, 2012, pp. 403 – 442.

MOMMSEN, Th., KRÜGER, P., *Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio […]*, Berlin, 1890.

NELSON, H. L. W. y MANTHE, U., *Gai Institutiones III 182 – 225*, Berlin, 2007.

NÖRR, D., "Texte zur *lex Aquilia*". En: BENÖHR, H. P. *et al.* (eds.), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Vienna–Cologne–Graz, 1986, pp. 211–219.

NÖRR, D., "Zur Formel der *actio legis Aquiliae*". En: ALTMEPPEN, H. *et al*. (eds.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, pp. 833–848; reimpreso en: NÖRR, D., *Schriften 2001–2010*, editado por CHIUSI, T. J. y SPENGLER, H. D., Madrid, 2012, pp. 705–722.

PAOLI, J., *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933.

PAULUS, C., "Manus iniectio". En: SALAZAR, C. F. (ed.), *Brill's New Pauly. Antiquity Volumes*, first published online 2006, disponible en: http://dx.doi.org/10.1163/1574-9347_bnp_e721810.

PIELER, P., "Die beschädigten Objekte nach dem 1. Kapitel der *lex Aquilia*". En: MACH, P. *et al*. (eds), *Constans et perpetua voluntas,* Pocta Petrovi Blahovi k. 75, Narodeniá, Trnave, 2014, pp. 485 – 491.

PLATSCHEK, J., *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, Munich, 2005.

PRINGSHEIM, F., "The Origin of the 'Lex Aquilia'". En: *Droit de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 233–244.

PUGSLEY, D., "A Potted History of Chapter I of the *Lex Aquilia*". En: STURM, F. *et al*. (eds.), *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt/M., 2013, pp. 335–340.

PUGSLEY, D., "*Si quis alteri damnum faxit*". En: *Acta Juridica*, 95, 1977.

REVUELTA, M. S., "La represión penal de la usura en la república romana y su evolución". En: *Estudios Histórico-Jurídicos*, 26, 2004, pp. 85–111.

RODRÍGUEZ MÁRTIN, J.-D., "Vollstreckungsprozess ohne Urteil im römischen Recht (Kommentar zur *lex Luci Lucerni*)". En: FELDNER, B. et al. (eds.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2000*, Frankfurt/M. etc., 2002, pp. 319–331.

ROSSETTI, G., "Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'*actio ex lege Aquilia* tra 'natura penale' e 'funzione reipersecutoria'". En: *forum historiae iuris (fhi)*, 2020, disponible en:

https://forhistiur.de/2020-05-rossetti (visitado el 30 de enero de 2022).

RUDORFF, A. A. F., "Über die Litiscrescenz". En: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 14, 1848, pp. 287–478.

RÜFNER, T., "Manus iniectio". En: BAGNALL, R. S., BRODERSEN, K., CHAMPION, C. B., ERSKINE, A., HUEBNER, S. R. (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, first published 26 October 2012, disponible en: https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah13182.

SCHELTEMA, H. J., HOLWERDA, D. y VAN DER WAL, N. (Eds), *Series B Volumen VIII Scholia in Libros LVII – LX*, *16*, Groningen 1983.

SELB, W., "'Gewaltenteilung' im republikanischen Rom". En: JAYME, E. *et al.* (eds.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag*, edited by E. Jayme et al., Heidelberg, 1991, p. 117–126.

SIRKS, B., "*Noxa caput sequitur*". En: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, pp. 81–108.

SPITZL, T., *Lex municipii Malacitani*, Vestigia, 10, Munich, 1984, pp. 59 y ss.

VARVARO, M., "Gai. 4.21 e la presunta *manus iniectio ex lege Aquilia*". En: *AUPA*, 59, 2016, pp. 335–347.

VARVARO, M., *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Palermo, 2008, pp. 256 y ss.

VÖLKL, A., "*Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Zum dritten Kapitel der *lex Aquilia*". En: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RHDA.)*, 24, 1977, pp. 461 – 486.

VON JHERING, R., "Reich und arm im altrömischen Civilprozess". En: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 13. Aufl., Leipzig, 1924, pp. 175–232.

WESTBROOK, R., "The coherence of the *lex Aquilia*". En: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), 42, 1995, pp. 437 – 471, reimpreso en LYONS, D. y RAAFLAUB, K. A., Ex oriente lex, *Near Eastern influences on ancient Greek and roman Law*, Baltimore, 2015, pp. 124 – 145.

ZIMMERMANN, R., *Law of Obligations*, Cape Town, 1990.

Universidad de Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
02/04/2026	17/08/2026
Palabras clave: *Derecho romano; aguas mineromedicinales; termalismo; aguas termales; valor terapéutico; patrimonio termal*	**Keywords:** *Roman law; mineromedicinal waters; thermalism; thermal waters; therapeutic value; thermal heritage*

CC BY NC ND

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL TERMALISMO: UN RECURSO SALUTÍFERO DESDE El MODELO ROMANO HASTA LA REGULACIÓN ACTUAL

THE LEGAL CONSTRUCTION OF THERMALISM: A SALUTARY RESOURCE FROM THE ROMAN MODEL TO CONTEMPORARY REGULATION

Natalia Olida Fariñas Valiña
Doctora en Derecho
Profesora Escuela Universitaria
Universidad de Vigo
https://orcid.org/0009-0009-4511-8110

(FARIÑAS VALIÑA, Natalia Olida. *La construcción jurídica del termalismo: un recurso salutífero desde el modelo romano hasta la regulación actual*. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp. 364- 423. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

Este trabajo presenta un análisis histórico-jurídico de la regulación del termalismo, abordando su evolución normativa desde las disposiciones del modelo romano hasta la legislación contemporánea. A través del estudio de los principales hitos legales, el texto subraya la histórica consideración de las aguas mineromedicinales como un recurso fundamental de salud pública y utilidad colectiva. Además, la investigación plantea una reflexión crítica sobre el actual marco normativo, advirtiendo sobre los desafíos y vacíos legales que genera la doble naturaleza —mineral e hídrica— de estas aguas. El objetivo principal es visibilizar cómo el continuo reconocimiento de su valor terapéutico ha moldeado, de manera ininterrumpida, la construcción y el estatuto jurídico de este patrimonio.

Abstract:

This paper presents a historical and legal analysis of the regulation of thermalism, examining the evolution of the relevant legislation from the provisions of the Roman model to contemporary legislation. Through an examination of the key legal milestones, the text highlights the historical recognition of mineromedicinal waters as a fundamental resource for public health and collective benefit. Furthermore, the research offers a critical reflection on the current regulatory framework, highlighting the challenges and legal gaps arising from the dual nature—as both a mineral and a water resource—of these waters. The main objective is to demonstrate how the ongoing recognition of their therapeutic value has continuously shaped the development and legal status of this heritage."

SUMARIO: I. Introducción. II. El modelo romano: bases jurídicas para el aprovechamiento termal. III. Edad Media: retroceso, persistencia popular y moralización del baño. IV. Renacimiento e Ilustración: revalorización del carácter salutífero y primeras ordenaciones V. Siglo XIX: institucionalización terapéutica y conflicto de competencias. VI. El Estatuto de 1928 y la consolidación de la función pública del termalismo. VII. De la Ley de minas a la Ley de aguas de 1985: un camino hacia el vacío normativo. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El termalismo, entendido como el aprovechamiento con fines terapéuticos de aguas termales o aguas minero-medicinales, ha estado históricamente vinculado a marcos jurídicos que delimitaban su uso, acceso y conservación. Se trata de manantiales[1] que afloran a temperaturas superiores a las del entorno y que, a su paso por las capas subterráneas y profundas del subsuelo, se impregnan de los minerales presentes en los terrenos que atraviesan. Como resultado de este proceso, las aguas adquieren unas propiedades que han fundamento tradicionalmente su utilización con fines terapéuticos. Precisamente por estas cualidades, su uso con fines salutíferos se remonta a tiempos antiguos y constituye el eje central del presente estudio.

1 BAEZA RODRÍGUEZ-CARO, J.; LÓPEZ-GETA, J. M.; RAMÍREZ ORTEGA, A. (eds.), *Las aguas minerales en España: visión histórica, contexto hidrogeológico y perspectiva de utilización,* Instituto Geológico y Minero de España, Madrid, 2001, p. 21.

En la Antigüedad, y especialmente en el Derecho romano, se documenta la existencia de disposiciones normativas dirigidas a regular el uso y la protección de los recursos hídricos en general[2], dentro de los cuales se incluyen las aguas termales[3]. Estas disposiciones ponen de manifiesto el compromiso romano con la optimización del uso del agua en atención a su contribución a la salud y al bienestar común, permitiendo preservar un aprovechamiento de estos recursos y de los espacios asociados a su uso, como se aprecia en testimonios normativos como los Bronces de Aljustrel[4]. Esta temprana sensibilidad normativa justifica situar aquí el punto de partida del análisis del régimen jurídico del termalismo.

El presente trabajo analiza la construcción jurídica del termalismo desde una perspectiva histórico-jurídica, atendiendo tanto a la evolución de su marco normativo como al valor terapéutico que ha justificado su protección. El trabajo persigue un doble

---

2 ABELENDA, V., *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, Eudeba, Buenos Aires, 2016, p. 19.

3 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Parámetros históricos y jurídicos, romanos y medievales, para la protección universal de los recursos naturales", *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 90, 2020, p. 19-20.

4 Los Bronces de Aljustrel (Vipasca I y II), datados en época adrianea (117–138 d. C.), son dos tablas de bronce que recogen disposiciones sobre la organización administrativa y el régimen jurídico del distrito minero de Vipasca, situado en las proximidades de la actual Aljustrel, en la provincia romana de Lusitania. La primera tabla regula, a lo largo de 9 capítulos, el sistema de concesión y arrendamiento de las explotaciones mineras y de diversos servicios prestados en régimen de monopolio en el distrito, entre ellos los baños públicos; la segunda conserva fragmentos de una normativa general (*lex metallis dicta*) aplicable a la actividad minera imperial y vinculante para el procurador del fisco. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., *Derecho Público Romano*, 24ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 277.

objetivo: por una parte, ofrece un recorrido cronológico por los principales hitos legislativos que han configurado el estatuto jurídico del termalismo; y por otra, plantea una reflexión crítica sobre los desafíos actuales, especialmente los derivados de la doble naturaleza del recurso, mineral e hídrica.

A lo largo de las distintas etapas históricas analizadas, la función terapéutica de las aguas termales ha constituido un elemento esencial en la valoración social y cultural de este recurso. Sin embargo, su reconocimiento y protección desde una perspectiva jurídica ha sido variable, condicionada por las distintas sensibilidades y prioridades imperantes en cada época. En algunos períodos, como en la Edad Media[5], la regulación se centró más en aspectos morales y sociales vinculados a los espacios destinados a su aprovechamiento en forma de baño, mientras que en otros momentos históricos el valor terapéutico[6] adquirió mayor protagonismo en la elaboración normativa. Aun con estas variaciones, la función terapéutica continuó formando parte de la percepción social de las aguas termales y constituyó, con distinta intensidad según los períodos históricos, un elemento relevante en las distintas formas de regulación de este recurso.

5 VILLA-AMIL Y CASTRO, J., *La policía balnearia según nuestros Fueros Municipales*, Imprenta, Estereotipia y Galvanoplastia de Aribau y Cª, Impresores de Cámara de S. M., Madrid, 1882, p. 8.

6 MOSSO ROMEO, M.ª A.; DE LA ROSA JORGE, M.ª C., "Historia de las aguas mineromedicinales en España", en *Observatorio medioambiental*, nº 7, 2004, pp. 117-137.

Desde esta perspectiva, el trabajo plantea una revisión crítica de la evolución normativa del termalismo con el fin de aportar claridad a su actual configuración jurídica y analizar las distintas soluciones adoptadas para regular el aprovechamiento de las aguas termales a lo largo del tiempo. Esta mirada permitirá no solo identificar carencias normativas, sino también aportar elementos de reflexión al debate actual sobre la articulación jurídica de este recurso.

II. El modelo romano: bases jurídicas para el aprovechamiento termal

El análisis del modelo romano resulta clave para comprender la configuración jurídica del termalismo en el mundo occidental. En Roma, el agua no era solo un bien necesario para la subsistencia, sino un elemento central[7] de su vida en sociedad. Entre los múltiples usos que los romanos hicieron del agua, el empleo de determinados manantiales con finalidad terapéutica[8] no constituía una práctica novedosa, pues ya estaba presente en culturas anteriores —como la etrusca, la íbera o la castreña del noroeste peninsular— y en la tradición griega. Sin embargo, Roma integró el aprovechamiento de estos manantiales en un sistema público y organizado, incorporando usos ya conocidos a un marco estrechamente vinculado a la vida urbana. En este contexto, estas prácticas adquirieron una mayor

7 MALISSARD, A., *Los romanos y el agua: la cultura del agua en la Roma antigua,* Herder, Barcelona, 1994.

8 MIRÓ ALAIX, C.; PEREX AGORRETA, M.ª J., "Las termas medicinales de época romana: arquitectura al servicio de la salud y el culto", en AA.VV. (Coords. MIRÓ ALAIX, C.; PEREX AGORRETA, M.ª J., *Vbi Aqvae Ibi Salvs. Aguas mineromedicinales, termas curativas y culto a las aguas en la Península Ibérica (Desde la Protohistoria a la Tardoantigüedad)*, UNED, Madrid, 2018, p. 160.

presencia en la vida cotidiana de numerosas ciudades del Imperio[9]. Su principal aportación no fue tanto el descubrimiento de las propiedades salutíferas del agua, ya conocidas con anterioridad, como el desarrollo de un modelo arquitectónico y funcional—las termas[10]— que permitió articular el uso del agua en la vida pública conforme a criterios técnicos y normativos[11].

El notable desarrollo en ingeniería hidráulica[12]—acueductos, cloacas, cisternas, hipocaustos—se acompañó de un pensamiento jurídico sólido, orientado a regular el acceso, la utilización y la protección de determinados recursos hídricos[13]. Dentro de este sistema jurídico, el Derecho romano desarrolló una clasificación de los bienes según su naturaleza y destino. Una de las formulaciones más representativas, recogida por Justiniano en sus *Institutiones* (Inst. 2, 1), distingue entre cosas comunes a todos (*res communes omnium*),

9 Sobre las condiciones de vida urbana tras el intenso proceso de urbanización en Roma, el crecimiento demográfico, el hacinamiento y el desarrollo jurídico de la edificación en altura como respuesta a la presión habitacional, *vid.* SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Roma: edificación en altura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Estas condiciones urbanas, caracterizadas por espacios domésticos reducidos y escasas condiciones higiénicas, ayudan a contextualizar la importancia de infraestructuras colectivas vinculadas al agua en la vida cotidiana romana.

10 GONZÁLEZ SOUTELO, S., *El valor del agua en el mundo antiguo. Sistemas hidráulicos y aguas mineromedicinales en el contexto de la Galicia romana*, Colección Galicia Histórica, Fundación Barrié, A Coruña, 2011, p. 371-391.

11 VALLEJO PÉREZ, G., "Regulación medioambiental: salus per aquam", en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., (dir.), ESCUTIA ROMERO, R. y GEREZ KRAEMER, G. M., (coeds.), *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano,* IV, vol. I, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 717-732.

12 FERNÁNDEZ CASADO, C., *Ingeniería hidráulica romana*, Editorial Empúries, Madrid, 1983. Escarpa, A., *Historia de la ciencia y de la técnica, tecnología romana*, Akal, Madrid, 2000, pp. 15-17.

13 GEREZ KRAEMER, G. M., *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 226-227.

bienes públicos del Estado (*res publicae*), bienes de las corporaciones locales (*res universitatis*), cosas sin dueño (*res nullius*) y bienes privados (*res privatae*). Entre las primeras se incluyen elementos como "el aire, el agua corriente, el mar y las riberas del mar"[14], considerados inalienables e imprescriptibles por su carácter natural. En este contexto, los manantiales termales y otras surgencias pueden ser analizados, desde una perspectiva doctrinal, en relación con la categoría de las *res communes omnium*, en la medida en que participan de la consideración general otorgada a determinadas aguas de uso común.

La doctrina jurídica dominante coincide en definir estas *res communes omnium* como aquellas cosas que, por naturaleza o por Derecho natural, no pueden ser objeto de propiedad particular, pero son comunes a todos en cuanto a su disfrute y aprovechamiento. En palabras de Suárez Blázquez[15], ese "Derecho natural dispuso que todos los bienes y recursos primigenios fuesen comunes, de modo que el dominio originario de los mismos es natural y universal, naciendo de la posesión y el uso natural accesibles a todas las criaturas y al ser humano". Este autor aclara que elementos como "el aire atmosférico, los manantiales, las fuentes y las aguas corrientes, los acuíferos termales, los arroyos, los ríos, los lagos y el mar (junto con sus riberas, lechos, playas y litorales, así como los fondos oceánicos) son bienes ecológicos comunes de la humanidad por

14 JUSTINIANO, *Inst.* 2, 1: … "*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*…".

15 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Parámetros históricos y jurídicos, romanos y medievales, para la protección universal de los recursos naturales", cit., pp. 19-20.

Derecho natural". Destaca además que "lo común no implica una copropiedad en condominio, sino que alude a una forma de vida colectiva global: la naturaleza dona gratuitamente estos elementos biológicos a todos los seres vivos para su uso y disfrute, imponiendo correlativamente a la humanidad la obligación jurídica de conservarlos y protegerlos".

Como ya hemos apuntado, junto a las *res comunes omnium*, Justiniano[16] distingue las *res publicae*, es decir, los bienes del Estado destinados a un uso colectivo, y las *res universitatis*, pertenecientes a las ciudades o corporaciones locales. En este contexto, las termas—infraestructuras vinculadas a la higiene, el ocio y la salud pública—pueden entenderse como bienes de uso colectivo que, según su titularidad, quedaban integrados en una u otra categoría. Si bien el texto de las Instituciones no menciona expresamente las termas, el pasaje Inst. 2, 1, 6[17] alude a bienes como teatros, estadios y "otros similares" pertenecientes a las ciudades (*civitates*), lo que permite su inclusión razonada entre las *res universitatis*.

El ordenamiento jurídico romano desarrolló diversos mecanismos jurídicos dirigidos a regular los recursos hídricos[18] y los

16 JUSTINIANO, *Inst.* 2, 1 : … "*Publica sunt autem populi Romani omnia flumina et portus. Ex his igitur causis admittitur, ut riparum allu-vione quid fiat. Haec tamen distinguenda sunt: quod enim universitatis est, non est singulorum, nec quod singulorum est, universitatis est. … Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatium*".

17 JUSTINIANO, *Inst.* 2, 1, 6 : "*Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatium*".

18 ZAMORA MANZANO, J. L., *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de las aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita*

espacios asociados a su uso común[19]. Se prohibía la contaminación de cauces[20], la interrupción del acceso a las fuentes[21], la construcción de estructuras que alteraran el flujo natural de las aguas[22], así como la apropiación u ocupación privada de instalaciones públicas[23]. Las autoridades podían ordenar la demolición de obras, la limpieza de canales y acequias, y la restauración de márgenes fluviales o zonas costeras cuando su estado comprometía la utilidad colectiva[24]. Desde finales de la República, los magistrados—pretores, procónsules y, posteriormente, prefectos y presidentes provinciales—intervenían en los conflictos derivados del uso de recursos y establecimientos colectivos, con potestades para adoptar medidas sumarias de

forestal, Edisofer, Madrid, 2003, p. 21.

19 ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae),* Dykinson, Madrid, 2002, pp. 199 y ss. Este autor señala que "los romanos pusieron mucho énfasis a la hora de organizar y conceptuar las mismas por considerarlas como una exigencia vital". hace hincapié en la importancia que los romanos otorgaron a la protección del agua, y el establecimiento de un sistema de normas jurídico-administrativas que conducían a un efectivo aprovechamiento de las reservas hídricas, amparando, asimismo, tanto el uso común de los ríos como los diferentes aspectos que afectaban a la higiene y la salud".

20 D. 43, 23, 1-16, ULPIANO libro LXXI *ad Edictum.*
D. 43, 10, 1, PAPINIANO *ex libro Singulari, de officio aedilium*

21 D. 43, 20, 1, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 43, 20, 1, 1, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 43, 20, 1, 2, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 43, 20, 1, 3, ULPIANO libro LXX ad *Edictum*
D. 43, 20, 1, 4, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 40, 20, 1, 7; ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 43 20, 1, 8, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*.

22 D. 43, 8, 1, PAULO libro LXIV *ad Edictum*: "*In loco publico Praetor prohibet aedificare, et interdictum proponit*".

23 D. 50, 10, 5, 1, ULPIANO libro *singulari de officio Curatoris*.

24 D. 43, 21, 1-11, ULPIANO libro LXX *ad Edictum*
D. 43, 22, 1-11, ULPIANO libro LXX *ad Edictum.*

protección, impedir usos indebidos y restituir los bienes afectados al disfrute público[25].

El valor que los romanos otorgaban al agua aparece también reflejado en los autores de referencia de la Antigüedad. Así, los médicos Hipócrates[26] y Galeno[27], subrayaron la influencia del clima, el agua y el entorno en la salud de las poblaciones. El arquitecto Vitruvio[28], por su parte, en *De Architectura*, aconsejaba evaluar la calidad de las aguas observando el estado de salud de las poblaciones que ya las utilizaban, atendiendo a factores como su temperatura, sabor y composición, especialmente a la hora de establecer nuevos asentamientos o sistemas de abastecimiento. Este marco de pensamiento, compartido entre el saber médico y el conocimiento técnico, configuró una forma de entender el agua como elemento estrechamente vinculado a la salud pública, dentro de la cual determinadas aguas, entre ellas las termales, se fueron incorporando en los usos terapéuticos de la medicina de la época.

Aunque muchas termas romanas se abastecían de agua común calentada artificialmente por sistemas como el hipocausto, existía un grupo destacado de establecimientos que utilizaban directamente surgencias termales naturales[29]. Estas aguas, que emergían calientes

25 D. 8, 5, 17, 2, ALFENO libro II *Digestorum*. D. 43, 8, 2, 39, ULPIANO libro LXVIII ad *Edictum:* "*Unde Oflius putat… utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat*".

26 HIPÓCRATES, citado por TOMÁS Y VALIENTE, F., "Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen", en *Anuario de historia del derecho español,* 1975, pp. 159-232.

27 GALENO, *De sanitate tuenda*, VI pp. 242-63 K, (IV, 4).

28 VITRUVIO, *De Arch*. 8, 4, 1.

29 GONZÁLEZ SOUTELO, S., "Los orígenes del termalismo. Los

desde el interior de la tierra y presentaban determinadas propiedades físico-químicas, eran especialmente valoradas por su poder curativo. Su uso trascendía la simple higiene, convirtiéndose en un recurso terapéutico[30] integrado en la medicina preventiva y curativa de la época, atrayendo el interés de médicos y la afluencia de personas enfermas y gentes de toda condición social.

Las termas también desempeñaban un papel relevante en la organización de la vida urbana y social. El acceso solía ser gratuito o tener un coste meramente simbólico, extendiéndose a todos los sectores de la población, incluidos los esclavos[31]. Algunas termas fueron financiadas[32] con fondos públicos y otras mediante el mecenazgo privado de élites que buscaban prestigio y reconocimiento social. De este modo, las termas se convirtieron en espacios de cohesión comunitaria donde el cuidado del cuerpo, la interacción social y la búsqueda del bienestar confluían en una experiencia integral.

---

establecimientos termales en el mundo clásico", Parte II, *Tribuna Termal,* nº 6, 2007, pp. 34-39.

30 ORÓ FERNÁNDEZ, E., "Las aguas mineromedicinales en la medicina de la Antigüedad", en AA.VV. (Coords. PÉREX AGORRETA, M.ª J.), *Termalismo antiguo (I Congreso Peninsular. Actas*), Casa de Vélazquez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, pp. 229-234.

31 QUINTANA ORIVE, E., "Sobre el régimen administrativo de los baños públicos romanos", en AA.VV., (Coords.: FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.; GEREZ KRAEMER, G. M.; MALAVÉ OSUNA, B.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Dykinson, Universidad Cardenal Herrera CEU, 2011, p. 385.

32 MALAVÉ OSUNA, B., *Régimen jurídico financiero de las obras públicas en el Derecho Romano tardío: los modelos privado y público de financiación*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 65 y ss.

Desde el punto de vista jurídico, el testimonio más relevante sobre la regulación de estos veneros de salud para uso termal en época romana se encuentra en los Bronces de Aljustrel, hallados en el actual Portugal y datados en época alto imperial[33]. En ellos se recogían disposiciones normativas que regulaban la explotación de unas termas, estableciendo desde los derechos y deberes del concesionario hasta cuestiones técnicas relativas a la gestión del establecimiento[34]. Este hallazgo constituye un testimonio, no solo de la extensión del fenómeno termal en el Imperio, sino también de la existencia de una regulación escrita específica que fijaba reglas claras de uso, acceso y conservación de las aguas termales y sus instalaciones. Su localización en una zona periférica como el suroeste de la península ibérica permite apreciar la difusión de formas de regulación jurídica aplicadas a estos establecimientos en distintos territorios del Imperio.

III. Edad Media: retroceso, persistencia popular y moralización del baño.

Con la caída del Imperio romano de Occidente en el siglo V, se produjo una profunda transformación en el uso y la valoración de las aguas termales[35]. La desarticulación del modelo urbano romano y el progresivo dominio de la cosmovisión cristiana alteraron

33 BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, J. M.ª, "La administración del agua en la Hispania romana", *Symposium de arqueología romana*, Barcelona 1977, p. 157.

34 QUINTANA ORIVE, E., "Sobre el régimen administrativo de los baños públicos romanos", cit., p. 384-385.

35 MARTÍNEZ MOURE, O., "Análisis sociológico de las tendencias recientes del turismo de salud y reposos: origen, evolución histórica y tendencias de futuro", *Revista de ciencias sociales (Aposta)*, nº 52, 2012, p. 3.

sustancialmente el lugar que las termas ocupaban en la vida social. Si durante siglos las termas habían sido símbolo de civilización, salud y bienestar colectivo, en la Edad Media[36] pasaron a verse, en muchos casos, como espacios moralmente cuestionables y, al mismo tiempo, como prácticas potencialmente nocivas para el cuerpo, en un contexto en el que el contacto con el agua comenzó a suscitar recelos por su posible relación con la enfermedad. Este cambio de percepción favoreció el abandono de numerosas instalaciones o su reconversión hacia usos más restringidos.

Cabe señalar que en la Edad Media los recursos naturales, entre ellos el agua, eran considerados[37] "obras" directas del Creador. Los monarcas medievales de los reinos hispánicos ejercían amplios poderes sobre sus territorios, personas y bienes, aunque esas potestades tenían limitaciones. Así, el *Liber Iudiciorum*[38], promulgado por el rey visigodo Recesvinto en el año 654 (continuado más tarde por Ervigio), recogía la obligación de tratar todas las cosas públicas con "amor paternal" y de administrar las cosas privadas con "autoridad de amo". Entre estas se hallaba el agua. No obstante, eran

36 DEL VAL VALDIVIESO, M.ª I., *El agua en las ciudades castellanas durante la Edad Media: fuentes para su estudio*, Ediciones Universidad de Valladolid, 1998, p. 163-ss.

37 Sobre la concepción jurídico político medieval como reflejo del orden natural y divino, y la función del poder regio como garante del orden creado, se puede consultar SUÁREZ BLÁZQUEZ G., "De la res publica a la personalidad jurídica corporativa abstracta, romano–cristiana, del "Rey – reino" visigodo", en *AHDE*, XCII, 2022, pp. 44-46.

38 *Liber Iudiciorum,* 1, 1, 8: "*Erit quecumque sunt publica patrio recturus amore, quecumque privata erili dispensaturus ex potestate, ut hunc universitas patrem, parvitas habeat dominum, sicque diigatur in toto, ut timeatur in parvo, quatenus et nullus huic servire paveat, et omnes amorem eius norte conpensandum exoptent*".

escasas las disposiciones[39] específicamente dedicadas a regular este recurso, y las que existían se dirigían sobre todo a garantizar el aprovechamiento de los grandes cursos y masas del elemento líquido desde una perspectiva económica[40].

La concepción jurídica medieval, de inspiración teológico-natural[41], tendió a defender los intereses patrimoniales comunes de la humanidad en relación con los elementos naturales, especialmente el agua. La versión romanceada de la ley visigoda (Fuero Juzgo[42]) confirmó esa idea. Durante la Alta y Baja Edad Media, el rey se consideraba obligado a proteger los bienes e intereses públicos y colectivos de su reino. En las Siete Partidas, atribuidas a Alfonso X el Sabio en el siglo XIII, se concibió igualmente la existencia de un derecho natural acorde con la tradición jurídica clásica romana[43],

39 SANDOVAL PARRA, V., "Derecho local medieval de aguas", en *Ius Fvgit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 20, 2017, pp. 397-429.

40 LALINDE ABADÍA, J., "La consideración jurídica de las aguas en el derecho medieval hispánico", en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, IV, 1965, pp. 43-94.

41 *Liber Iudiciorum*, 1, 1, 5: (responsabilidad del rey ante Dios): "*Debe mirar á Dios en el establecimiento de las leyesf^), y cuidar mucho de dar consejo (4), y de ser compasivo para con los menores, y común á estos y á los mayores(5); atendiendo á la salud de todos, y al mejor modo de gobernarlos y juzgarlos, y cuidando de todos mas que de la utilidad de alguno*".

42 Fuero Juzgo 1, 1, 8: "*Todas las cosas que son comunales dévelas gobernar con amor de toda la tierra: las que son de casa uno dévelas defender omildosamente, que toda la universidad de la yente lo ayan por padre, e cada uno lo aya por señor, e así lo amen los grandes, è lo teman los menores en tal manera, que ninguno non y aya dubda del servir, e todos se metan aventura de muerte por amor*"

43 Las Siete Partidas, I, I, 2. En este texto es donde se formula expresamente la noción de *ius naturale*, y su conexión con la tradición jurídica clásica romana en materia de bienes comunes, tal como había sido definida por los juristas romanos; en particular en el D. 1, 8, 2 y D. 1, 8, 2, 1, MARCIANO Libro III *Institutionum*.
Las Siete Partidas, III, I, 2: "*Ius naturale en latín, tanto quiere decir en romance, como derecho natural, que han en si los omes naturalmente, e aun los otros animales,*

como bien señala Suárez Blázquez[44]. Este autor advierte que el pensamiento jurídico medieval consideraba que el dominio de los elementos naturales no podía adquirirse ni perderse por la mera posesión y el uso continuado durante largos periodos. Elementos como el aire atmosférico y las aguas corrientes se consideraban fuera del poder y del alcance de la prescripción. En consecuencia, ninguna autoridad administrativa o judicial, en nombre del rey, podía ocupar, intervenir, embargar ni subastar esos elementos "maravillosos y divinos". Suárez Blázquez[45] añade que los juristas castellanos de la época adoptaron un elenco de normas destinadas a proteger la vida y la salud de todos los seres vivos, así como los recursos naturales y el medio ambiente (aire, aguas, ríos y mar). Eran principios orientadores y reglas jurídicas encaminadas a garantizar el acceso y el uso colectivo de esos elementos medioambientales a todas las criaturas y a todos los hombres. En las Siete Partidas[46] se afirmó que correspondía al rey sancionar[47] los abusos en el ejercicio de derechos

que han sentido... Otrosi ius gentium en latin; tanto quiere decir, como derecho comu-nal de todas las getes el qual conviene a los omes, e no a las otras animalias". D. 1, 8, 2, 1, MARCIANO Libro III *Institutionum*: "*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*".

44 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Parámetros históricos y jurídicos, romanos y medievales, para la protección universal de los recursos naturales", cit., pp. 28-33.

45 SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Parámetros históricos y jurídicos, romanos y medievales, para la protección universal de los recursos naturales", cit., pp. 39-40.

46 Las Siete Partidas, III, XVIII, 31: "*Contra derecho natural no debe dar previllejo, nin carta Emperador nin Rey, ni otro señor. E si la diere non deve valer, e contra derecho natural seria si diesen por previllejo las cosas de un ome a otro*".

47 Las Siete Partidas, III, XVIII, 42: "*otro si dezimos, que si alguno toviere previllejo e usare del mal, o fiziere mas cosas, que en el previllejo fueren dadas: tal previllejo pierde-se, e lo que por el fue dado, ca derecha cosa es, que los usaren mal de la gracia, o de la merced, que los reyes les fazen que la pierdan*".

privados cuando afectaban al uso común[48], así como impedir la utilización particular de estos bienes sin la debida concesión[49].

Algunas de estas formulaciones inspiradas en el derecho natural continuaron presentes en determinados cuerpos jurídicos del derecho intermedio hispano durante la Edad Moderna[50], lo que permite apreciar la influencia de estas concepciones en etapas posteriores.

A nivel local, los fueros municipales[51] desempeñaron un papel clave en la protección del agua y de los espacios de baño. Concretamente, el Fuero de Teruel, otorgado por Alfonso II de Aragón en el siglo XII, regulaba de forma detallada el uso de los baños por parte de cristianos y judíos, imponiendo días de baño diferenciados para unos y otros, multas por diversas infracciones, tarifas por los servicios y penas por robos cometidos en su interior. Asimismo, se estipulaban las obligaciones del bañero (encargado del establecimiento), incluyendo el mantenimiento higiénico de las instalaciones y la correcta gestión del agua. Este tipo de normativa refleja una preocupación creciente por la salubridad, la seguridad y

48 Las Siete Partidas, III, XXVIII, 9: Estos bienes públicos, de carácter demanial, podían ser utilizados de forma común por todos los habitantes del lugar, sin distinción de condición social.

49 Las Siete Partidas, III, XXVIII, 11. Por otra parte, los límites a estas concesiones eran el respeto de la ley natural, el derecho comunal y el interés público de los pueblos: Las Siete Partidas, III, XVIII, 31.

50 Sobre la recepción de los principios de derecho natural y de derecho de gentes medievales en el derecho intermedio hispano del siglo XVI, *vid.* GREGORIO LÓPEZ, glosas a las Siete Partidas, en particular III, XXVIII, 31 "*... e contra derecho natural seria. De iure Gentium intellige...*". *Ibid.* Partida III, XXVIII, 3. Partida III, XVIII, 43. Partida III, XVIII, 42: "Usare del mal".

51 VILLA-AMIL Y CASTRO, J., *La policía balnearia según nuestros Fueros Municipales*, cit., pp. 1-25.

la moralidad[52] en un contexto en el que el acceso a servicios médicos era muy limitado, siendo los baños[53] una de las pocas formas disponibles de curación y prevención sanitaria.

Al mismo tiempo[54], el temor a las epidemias y la ausencia de conocimientos científicos robustos contribuyeron a ver el agua como un posible vector de enfermedades, reforzando la desconfianza hacia estos establecimientos públicos. La higiene corporal dejó de ser una prioridad y el contacto con el agua quedó más limitado, en parte por esos temores. Ahora bien, esta tendencia de rechazo no fue uniforme ni universal. Algunas regiones —particularmente aquellas con una fuerte tradición termal heredada del mundo romano— mantuvieron en cierta medida el uso regulado de esas aguas mineromedicinales, bajo vigilancia eclesiástica o señorial.

Así que, aunque la Edad Media transformó en gran medida el legado termal romano, este no desapareció por completo. El uso de las aguas termales[55] pervivió de forma desigual, apoyado en saberes

52 PÉREZ VALCÁLCER, J.; PÉREZ PALMERO, V., "La orientación de las iglesias románicas en la Península Ibérica", en *Anuario de estudios medievales*, Vol. 49, nº 2, 2019, p. 768.

53 GIRÓN IRUESTE, F. "Uso médico del agua en el mundo hispánico bajomedieval (siglos XII–XV)", en MARAVER EYZAGUIRRE, F., (coord.), *Balnea. Establecimientos balnearios: historia, literatura y medicina*, Anejo I, Serie de Monografías, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 79–85.

54 SÁNCHEZ FERRÉ, J., "Historia de los balnearios en España. Arquitectura-Patrimonio-Sociedad" en AA.VV. (Coords. LÓPEZ GETA, J. A.; PINUAGA ESPEJEL, J. I.), *Panorama actual de las Aguas Minerales y Mineromedicinales de España*, Instituto Tecnológico Geominero de España, Madrid, 2000, pp. 213-230.

55 VILLA-AMIL Y CASTRO, J., *La policía balnearia según nuestros Fueros Municipales*, cit., pp. 7-217.

tradicionales y en determinadas disposiciones locales que continuaron reconociendo el valor de estos recursos y algunos de sus usos terapéuticos.

IV. Renacimiento e Ilustración: revalorización del carácter salutífero y primeras ordenaciones

Con la llegada del Renacimiento se produjo en Europa un profundo cambio cultural lo que implicó una relectura del legado clásico en múltiples ámbitos: el arte, la política, el urbanismo, la medicina y, de forma destacada, la concepción del agua y la salud. En este contexto[56], el progreso del conocimiento científico y el desarrollo de métodos de observación más rigurosos favorecieron un mejor estudio de las aguas, en particular de su composición y de los efectos que podían producir en el organismo. La difusión de estos conocimientos, facilitada por la imprenta, contribuyó a reforzar el interés médico por el uso terapéutico de estas aguas y a revalorizar el termalismo como una práctica apoyada en la razón y en sus raíces antiguas.

En este nuevo panorama, las aguas termales fueron recuperando parte del prestigio del que habían gozado en época romana. Aunque el modelo de las grandes termas imperiales no se reprodujo de forma directa, sí actuó como referente para una etapa de ordenación todavía incipiente, en la que comenzó a percibirse la necesidad de regular el uso de los baños y de orientar los tratamientos conforme a criterios médicos[57]. Esta evolución se aprecia con especial claridad en los

56 SÁNCHEZ FERRÉ, J., "Historia de Los Balnearios…", cit., p. 217.
57 MARTÍNEZ MOURE, O., "Análisis sociológico de las tendencias recientes

reinos hispánicos desde finales del siglo XV, a través de iniciativas destinadas a ordenar el acceso y el aprovechamiento de estos recursos desde una doble perspectiva médica y organizativa.

Uno de los ejemplos más representativos de esta nueva orientación normativa fue la publicación en 1495 de las Ordenanzas de las aguas de Graena[58], en la provincia de Granada, por orden de la reina Isabel la Católica. En estas ordenanzas se establece la necesidad de que el uso de las aguas termales esté prescrito por un médico; se fija una tarifa para quienes las utilicen sin esa recomendación profesional; y se da preferencia en el acceso a quienes siguen esas indicaciones del estudiado profesional. La presencia del profesional de la salud en los baños no solo adquiría legitimidad, sino que se institucionalizaba como garantía del uso adecuado del recurso. Este precedente vino a anticipar la figura del médico director que se consolidará en siglos posteriores.

El desarrollo del pensamiento científico durante la Ilustración reforzó la tendencia hacia la legitimación clínica del termalismo. Los

---

del turismo de salud y reposos: origen, evolución histórica y tendencias de futuro", cit., p. 3-7.

58 *Vid.* la Exposición de motivos del Real Decreto de 27 de febrero de 1890, por el que se crea el Cuerpo de Médicos Directores de Aguas Minero-medicinales de las provincias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, en este texto normativo es donde el legislador decimonónico reconstruye la utilización terapéutica de las aguas mineromedicinales como un fenómeno de larga duración, remontándolo a la época romana y destacando su presencia continuada a través de las distintas etapas históricas. En este marco, se recuerdan expresamente las Ordenanzas de las aguas de Graena, dictadas a finales del siglo XV, presentadas como un ejemplo temprano de ordenación del uso de los manantiales termales, en el que ya se reconocía la relevancia sanitaria y económica de estos recursos y se subrayaba la preferencia otorgada a los enfermos que acudían por prescripción facultativa.

avances en la química analítica[59], impulsados por figuras como Robert Boyle y Antoine Lavoisier, permitieron comprender mejor la composición de las aguas termales y categorizar sus propiedades terapéuticas. Estas investigaciones contribuyeron a desacreditar mitos en torno al uso del agua y aportaron un respaldo científico a su eficacia en el tratamiento de diversas afecciones, especialmente aquellas crónicas o de difícil manejo para la medicina convencional de la época.

Además, la difusión de tratados[60] sobre hidroterapia y balneoterapia en los siglos XVII y XVIII contribuyó a organizar y consolidar el conocimiento disponible sobre los efectos del agua en la salud. En estos textos, el baño termal dejaba de entenderse como una práctica empírica o marginal para integrarse en un enfoque clínico

59 *Vid.* BOUZA VILA, J., "Difusión de la innovación científica y el desarrollo de la balneoterapia: la incorporación de los procesos de la química", en *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 69, año 2000.

60 Sobre la progresiva sistematización del conocimiento balneoterápico y su difusión a través de tratados impresos, resulta especialmente significativo el precedente que marca ALFONSO LIMÓN MONTERO, *Espejo cristalino de las aguas de España*: *hermoseado y guarnecido con el marco de variedad de fuentes y baños cuyas virtudes, excelencias y propiedades se examinan, disputan y acomodan a la salud, provecho y conveniencias de la vida humana*, Francisco García Fernández, Alcalá de Henares, 1697. En esta obra es donde se ofrece una de las primeras clasificaciones sistemáticas de las aguas y baños, atendiendo a su localización geográfica, características físicas e indicaciones terapéuticas, sentando las bases de lo que posteriormente se consolidará como hidrología médica. A partir de este momento, y especialmente en la primera mitad del siglo XVIII, se multiplican las obras generales sobre las virtudes de las aguas termales: PEDRO GÓMEZ DE BEDOYA Y PAREDES, *Historia Universal de las Fuentes Minerales de España,* Santiago de Compostela, 1764; *Vid.* ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, Observatorio Nacional del Termalismo, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2012, pp. 16 y ss.

más estructurado, con indicaciones, contraindicaciones, pautas de aplicación y mecanismos de control sanitario. Esta evolución propició el diseño de instalaciones más racionalizadas y con mayores exigencias de orden, limpieza y supervisión médica, anticipando así un proceso incipiente de profesionalización del ámbito termal.

En esta época también proliferaron reglamentos particulares[61] para establecimientos concretos, tal y como había sucedido con la Graena, si bien aún no existía una normativa común de aplicación uniforme en todo el reino. Dichos reglamentos solían ser promovidos por las autoridades locales, y regulaban cuestiones como los turnos de baño, la limpieza de las instalaciones, las obligaciones de los bañistas o las tarifas por uso. Su existencia refleja tanto el interés creciente por este tipo de terapias como la voluntad de dotarlas de una base organizativa coherente.

61 A título ejemplificativo de esta regulación fragmentaria y de alcance concreto, pueden citarse la Real Orden de 19 de marzo de 1787, que establece medidas para evitar abusos en el uso de las aguas minerales y termales por parte de las tropas, ordenando que "sólo se recete este remedio a los individuos que no puedan aliviarse con los establecidos en los hospitales"; las Ordenanzas de 1802 "para el buen régimen y gobierno de los baños termales del Real Sitio de las Pozas de Sacedón", que prevén asimismo el nombramiento de un director facultativo (Cédula Real 12 de diciembre de 1815, por la que se nombra al Infante D. Antonio protector de los baños de Sacedón), y la Circular de 31 de mayo de 1815, relativa a los baños de Arnedillo, que acuerda colocar el establecimiento bajo la inmediata protección de S. M. Fernando VII y designa como director a D. Pedro Vengoa, arcediano de Nájera. V*id.* MERCADO BLANCO, J.; MOYA BENITO, M.ª J.; HERRERA CASADO, A., *Historia de Sacedón. Patrimonio y costumbres*, Guadalajara, 2003, p. 75-77. BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, p. 77.

El cambio de percepción respecto a la higiene resultó igualmente relevante en esta etapa. Aunque persistían algunos recelos de épocas anteriores, como la asociación de los baños públicos con el contagio, sin embargo, fue abriéndose paso la idea de que el agua—y, en particular, el agua termal—podía tener una función curativa y preventiva, cuando su uso se encontraba regulado y controlado por especialistas. Esta visión más racional y médica se consolidó progresivamente durante la Ilustración y favoreció el desarrollo de formas de intervención pública en la regulación del termalismo que adquirirían mayor relevancia durante el siglo XIX.

V. Siglo XIX: institucionalización terapéutica y conflicto de competencias

A comienzos del siglo XIX, el termalismo en España había dejado de ser una práctica marginal para convertirse en un fenómeno social asentado, con balnearios concurridos por todo tipo de públicos, incluidos los sectores cultos y acomodados[62]. Sin embargo, pese a la amplia demanda, no existía todavía un marco jurídico general que ordenase esta actividad. Las disposiciones premodernas sobre baños termales —como los fueros municipales o las ordenanzas locales como las de Graena— habían tenido un alcance limitado y una aplicación fragmentaria.

Este vacío normativo comenzaría a llenarse con el impulso de la legislación liberal. Las Cortes de Cádiz (1810–1814) sentaron un precedente fundamental al abolir los señoríos jurisdiccionales sobre

62 ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936,* cit., p. 28-29.

las aguas, incluidas las termales, desmontando los derechos feudales que las gravaban y abriendo paso a una concepción más pública y uniforme de estos recursos. En este clima de cambio, quedó abierto el camino para que el Estado asumiera un papel protagonista en la ordenación del termalismo desde la óptica de la salud pública[63].

El empuje decisivo vino de la mano del discurso médico-científico de la época. Así, en 1801, el médico ilustrado Ramón López Mateos[64] denunciaba enérgicamente el estado lamentable de muchos establecimientos balnearios: instalaciones vetustas, insalubres y abandonadas, donde los enfermos debían alojarse en condiciones precarias y compartir baños con pacientes de dolencias contagiosas, reduciendo los beneficios terapéuticos e incluso poniendo en riesgo su salud. López Mateos exaltaba las virtudes curativas de las aguas mineromedicinales, pero subrayaba que sin una intervención decidida estas no alcanzarían su verdadero potencial. Comparaba la grandeza de los *balnea* romanos con la precariedad de los baños españoles de comienzos del siglo XIX y exclamaba que los suntuosos baños romanos formarían un contraste muy llamativo, frente a lo que él mismo denominaba, las "mezquinas tabernillas" de su tiempo. En su obra proponía al gobierno medidas concretas para revertir esta

63 LARRINAGA RODRÍGUEZ, C., "Termalismo y turismo en la España del siglo XIX", en CARLOS BARCIELA (eds.): *La evolución de la industria turística en España e Italia*, Palma de Mallorca, Publicaciones de l'Institut Balear d'Economia, 2011, pp. 569-608.

64 RAMÓN LÓPEZ MATEOS, Médico del Real Colegio de esta Corte, Académico de número y primer Secretario de Gobierno de su Real Academia de Medicina, recogía estas ideas en su obra titulada *Pensamientos sobre la razón de las leyes derivada de las ciencias físicas, ó sea, sobre la filosofía de la legislación,* Madrid, Gómez Fuentenebro y Compañía, 1810, p. 258.

situación: asignar médicos especializados a las casas de baño, que examinasen científicamente los manantiales (mediante inspección y análisis químico) y registrasen metódicamente la evolución de los pacientes, todo ello con el fin de convertir aquellos lugares tristemente incómodos e insalubres en verdaderas estancias de comodidad, recreación y salud. Este alegato, pionero al aunar argumentos médicos y administrativos, evidenció la necesidad de una organización estructurada del termalismo y caló hondo en las autoridades sanitarias. De hecho, en 1815 la Junta Superior de Medicina elevó al rey Fernando VII[65] una petición formal para la creación de un cuerpo facultativo de médicos directores de baños, reconociendo implícitamente que la gestión de las aguas mineromedicinales debía quedar en manos de profesionales cualificados.

Fruto de estas inquietudes, el monarca promulgó poco después el Real Decreto de 29 de junio de 1816, un hito que marca el inicio de la institucionalización terapéutica del termalismo en España. Dicha norma estableció la obligatoriedad de contar con un director médico en los principales establecimientos de baños termales del reino. En el preámbulo[66] del decreto se invocaban explícitamente razones científico-sanitarias: se alababa la riqueza hidrotermal de España y el potencial terapéutico de sus manantiales para la salud de la población, pero acto seguido se advertía del "estado de abandono"

65 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. M., "Las Entradas Reales como elemento legitimador de la monarquía: el caso de Fernando VII", en *Revista Estudios Institucionales: Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, vol. 8, nº 15, 2021, pp. 43-61.

66 Publicado en la Gaceta de Madrid del 4 de julio de 1816, nº 83, pp. 701-702.

de muchos baños carentes de facultativos. El texto señalaba que la ignorancia y el descuido podían convertir fácilmente en veneno mortal los antídotos más eficaces, aludiendo a casos de enfermos que, buscando curación en aquellas fuentes de salud, solo hallaban un agravamiento de sus dolencias o incluso la muerte por un uso inadecuado de las aguas. Este diagnóstico severo venía acompañado de la solución: el Real Decreto justificaba que en "cada uno de los baños más acreditados del reino" se estableciese "un profesor de suficientes conocimientos de las virtudes de sus aguas", es decir, un médico competente que dirigiera el balneario. Se ponía fin así a la costumbre —hasta entonces común— de dejar la gestión de los baños en manos de personas sin formación científica (párrocos locales, propietarios bienintencionados e incluso miembros de la nobleza o de la familia real aficionados al termalismo), una práctica que según reconocía el decreto había acarreado graves inconvenientes. Tal y como apunta la historiografía[67], esta disposición de 1816 supuso el comienzo de la intervención administrativa sobre las aguas mineromedicinales, si bien con un alcance limitado en un primer momento. La medida se centraba en el aspecto sanitario-asistencial (la presencia de médicos y el buen uso terapéutico de las aguas) y no tanto en regular o proteger jurídicamente los manantiales en sí mismos.

La verdadera consolidación normativa llegaría apenas un año más tarde con el Reglamento de 28 de mayo de 1817[68], aprobado por

67 *Vid.,* en este sentido, BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, cit., p. 79.

68 *Reglamento, que á propuesta de la Real Junta superior gubernativa de medicina,*

Real Orden a propuesta de la Junta Superior Gubernativa de Medicina. Este estableció el primer marco jurídico general para "la inspección, gobierno y uso de todas las aguas minerales de España". Esta disposición, estructurada en 4 capítulos y 52 artículos, articuló de forma sistemática la tutela del uso terapéutico del termalismo por parte del Estado. En el Capítulo I se fijó una estructura de inspección encabezada por la Real Junta Superior de Medicina y Cirugía, que designaría delegados en cada provincia con baños termales para velar por el cumplimiento de la norma, convocar las oposiciones de médicos directores y publicar anualmente en la Gaceta el calendario oficial de las temporadas de baños. El Capítulo II definía las competencias de los directores médicos: cada balneario importante tendría un facultativo al frente, obligado a residir cerca del establecimiento y encargado de garantizar la higiene de las instalaciones, registrar los efectos observados en los pacientes en los casos más particulares[69] y remitir una memoria anual a la inspección central. Estos directores asumían asimismo funciones de "policía física y moral"[70] en los baños: por ejemplo, si en un establecimiento existía únicamente una sola piscina para ambos sexos, el director debía coordinar con la autoridad local los turnos de baño segregados para hombres y mujeres mientras no se habilitasen instalaciones

manda observar S. M. para la inspección, gobierno, uso y demás artículos convenientes y necesarios por el director é inspector general, los directores particulares, los enfermos y los sirvientes de todas las aguas y baños minerales de España, Imprenta de don Francisco de la Parte, Madrid 1817. Digitalizado en la Universidad Complutense de Madrid.

69 Reglamento que a propuesta de la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina (…), 1817, cit., capítulo II, artículo VIII.

70 Reglamento que a propuesta de la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina (…), 1817, cit., capítulo II, artículo XI.

diferenciadas. Junto a estas labores, se encomendó a los directores una faceta científica y divulgativa esencial[71]: debían estudiar las cualidades físico-químicas y médicas de cada agua, recoger datos precisos sobre sus efectos y aplicaciones, y compartir dicho conocimiento mediante tablas o cuadros para beneficio de la comunidad médica nacional e internacional.

El Reglamento de 1817 reguló también por primera vez[72] la relación médico-paciente en el contexto termal. Los usuarios de los baños –llamados entonces "enfermos" en la terminología oficial[73]– debían acudir provistos de una "papeleta"[74] o prescripción escrita expedida por el director médico, en la que se indicaba el tratamiento hidrotermal prescrito (tipo de baño, temperatura, duración, horarios, etc.), documento que debía entregarse al personal del balneario antes de iniciar la cura. Este sistema prefiguraba la receta médica moderna y aseguraba que la administración de las aguas se realizase estrictamente conforme a criterio médico. Además, se instituyó la gratuidad[75] de la asistencia para los agüitas pobres, eximiéndoles del pago de los honorarios, mientras que los concurrentes de mayor nivel

71 Reglamento que a propuesta de la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina (…), 1817, cit., capítulo III, artículo 3.

72 ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, cit., pp. 34-43.

73 Sirva de ejemplo la propia denominación del Reglamento: "Reglamento para la inspección, gobierno y uso y demás artículos convenientes y necesarios por el Director e Inspector General, los Directores particulares, los enfermos y los sirvientes de todas las aguas y baños minerales de España".

74 Reglamento que a propuesta de la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina (…), 1817, cit., capítulo II, artículo IX.

75 Reglamento que a propuesta de la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina (…), 1817, cit., capítulo II, artículo 2.

económico debían dar al médico una gratificación proporcional a sus medios y a los servicios recibidos.

Por último, el Capítulo IV del reglamento situó a los bañeros y demás empleados del balneario bajo la subordinación directa del director médico. De hecho, la contratación de los bañeros quedó supeditada al visto bueno del director, y se preveían sanciones si incumplían sus cometidos, estableciendo así una jerarquía clara donde el criterio terapéutico primaba por encima de cualquier otra consideración operativa. Para atraer y mantener a estos profesionales cualificados, el reglamento asignó a cada director un sueldo anual de ocho mil reales, coste que no recaería enteramente en el Estado central. Se dispuso que los municipios vecinos al manantial contribuyeran a sufragar parte de dicho salario con fondos propios, complementándolo con las aportaciones de los bañistas más pudientes, ya que recordemos los pobres, y también los militares, estaban exentos. Esta financiación local no solo aliviaba las arcas públicas estatal, sino que en la práctica reforzaba la idea de una titularidad comunitaria sobre las aguas mineromedicinales: al costear los ayuntamientos en parte el servicio médico, se legitimaba la percepción[76] de que estos manantiales eran parte del patrimonio vecinal de la localidad.

Cabe destacar que la intervención de la Administración en este ámbito se justificó[77] desde el inicio en función del interés sanitario

[76] ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, cit., p. 42.

[77] BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, cit., pp. 82-83.

colectivo. Las aguas termales, al destinarse a usos terapéuticos, fueron consideradas recursos cuya gestión correspondía a los poderes públicos en cuanto materia de salud pública. Por ello, dentro del organigrama estatal, las competencias sobre los baños mineromedicinales se adscribieron al recién creado Ministerio de la Gobernación (encargado de la policía sanitaria), si bien con una peculiaridad organizativa, las aguas mineromedicinales se ubicaron en la sección de Sanidad, Caridad y Beneficencia, mientras que las aguas comunes quedaron en la sección de Fomento (Correos, Caminos y Canales) del mismo Ministerio. Esta dualidad administrativa refleja la singularidad jurídica atribuida a las aguas terapéuticas frente al resto de recursos hidráulicos, y atisba lo que habría de marcar su tratamiento jurídico diferenciado durante mucho tiempo. Por otro lado, a lo largo del convulso siglo XIX español –con sus cambios de régimen, constituciones y vicisitudes políticas– el régimen jurídico de los balnearios se mantuvo estable[78]. Ni el Trienio Liberal, ni la Década Ominosa, ni los períodos subsiguientes alteraron sustancialmente la normativa inicial de 1817, salvo en aspectos técnicos o formales dictados por el progreso científico y la experiencia acumulada. Las disposiciones balnearias de 1817 siguieron vigentes, con ligeras revisiones en 1828, 1834 y años posteriores, pero conservando la esencia del modelo instaurado en la posguerra napoleónica.

78 ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, cit., pp. 34-56.

El Reglamento de 1828[79], promulgado el 9 de octubre de ese año, supuso de hecho una refundición que incorporó once años de práctica sin alterar los fundamentos establecidos en el de 1817. Amplió a 73 los artículos (distribuidos en 6 capítulos) y reafirmó la mayoría de las reglas previas, introduciendo solo algunos matices: por ejemplo, se dio prioridad a médicos cirujanos (especialistas)[80] sobre los de medicina general para ocupar las plazas de director, y se fijó por primera vez una tarifa[81] uniforme de consulta (diez reales de vellón por paciente pudiente) que el médico cobraría a través de la papeleta, ya que el Reglamento de 1817 no había estipulado una cuantía concreta, dejando el pago a la costumbre y a la condición económica de cada bañista. Igualmente, significativo fue que el Reglamento de 1828 dedicó un capítulo específico, concretamente el número IV, a "los dueños, administradores, mayordomos o arrendatarios de los establecimientos de baños y aguas minerales". Ello evidencia que hacia el segundo cuarto del siglo XIX los balnearios habían pasado a ser negocios en auge[82] —muchos en manos privadas o municipales— y que su explotación quedaba expresamente sometida a un régimen

79 Nuevo Reglamento general de todos los baños y aguas minerales de España: imprenta de Don Pedro Sanz, 1828. El nombre completo es "*Nuevo Reglamento que a propuesta de la Real Junta superior gubernativa de Medicina y Cirugía manda observar S.M. para la inspección, gobierno, uso y demás artículos convenientes y necesarios, por el director e inspector general, los directores particulares, los enfermos, dueños, administradores, mayordomos, o arrendatarios de los establecimientos, bañeros y demás sirvientes de todas las aguas y baños minerales de España*".

80 Nuevo Reglamento general de todos los baños y aguas minerales de España de 1828, capítulo I, art. 6.

81 Nuevo Reglamento general de todos los baños y aguas minerales de España de 1828, capítulo II, art. 5.

82 ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, cit., p. 50.

de control público de carácter sanitario: el director médico continuaba siendo la autoridad rectora en materia de salubridad y calidad de las aguas e instalaciones, por encima de la voluntad del propietario. De hecho, una de las notas características de la regulación era la "elevada intervención del Estado"[83] sobre este tipo de establecimientos, imponiendo estándares muy exigentes a los que muy pocos centros lograban llegar. Se cita la cifra[84] en una treintena de balnearios autorizados, de entre más de un centenar de manantiales en explotación por aquel entonces. Esto sugiere que los establecimientos mejor organizados —destino preferente de las élites— quedaron incorporados a la red reglada bajo supervisión médica, mientras que muchos otros baños tradicionales, frecuentados por las clases más populares, siguieron funcionando al margen de la normativa ya que no daban alcanzado las condiciones requeridas[85]. Pese a ello, el modelo legal implantado en 1817 había echado raíces y continuó perfeccionándose, sin retrocesos, en su ideario inicial.

La Real Orden de 3 de febrero de 1834[86], aprobada durante la regencia de María Cristina tras la muerte de Fernando VII, supuso otra actualización importante, orientada ya a afianzar la industria balnearia nacional. El Reglamento de 1834 conservó la estructura y

83 ALONSO ÁLVAREZ, L., "Los derechos de propiedad sobre las aguas termales y el desarrollo de la empresa balnearia en España, 1800-1931", *Minius: Revista do Departamento de Historia, Arte e Xeografía*, nº 23, 2015, p. 48.

84 LARRINAGA RODRÍGUEZ, C., "Termalismo y turismo en la España del siglo XIX", cit., p. 584-586.

85 ALONSO ÁLVAREZ, L., "Los derechos de propiedad sobre las aguas termales y el desarrollo de la empresa balnearia en España, 1800-1931", cit., p. 49.

86 Reglamento para la Dirección y gobierno de los baños y aguas minerales del Reino, Imprenta de D. Pedro Sanz, Madrid, 1834.

buena parte del contenido de sus predecesores de 1817 y 1828, pero reforzó aún más la autoridad de los médicos directores y clarificó la relación con otros actores. Así, reiteró que solo podrían ser directores quienes ostentaran el título de médico cirujano, seleccionados por riguroso concurso-oposición y bajo la tutela directa de la Real junta Superior Gubernativa de Medicina. El artículo 22 de esta norma definió taxativamente el estatus del director. Este sería el jefe inmediato del balneario, actuando exclusivamente bajo las órdenes de la Junta Superior, y en los asuntos propios de su dirección médico-política "no se mezclará la justicia del pueblo ni ninguna otra autoridad", salvo que el propio director la requiriese. En otras palabras, la gestión terapéutica de las aguas y del propio establecimiento quedaba fuera del alcance de las autoridades locales ordinarias, afirmándose la primacía de la autoridad científica y gubernativa central en todo lo relativo a su buen orden y gobierno.

Por su parte, el Reglamento de 1834 abordó de forma expresa el estatuto jurídico de las aguas y de los establecimientos balnearios. Aunque reconoció que los propietarios de manantiales o baños conservaban "el dominio de ellos y el goce de todas las prerrogativas del derecho de propiedad"[87], pero precisó que dicho dominio no les habilitaba para administrar o utilizar unas aguas consideradas "remedios salutíferos" en perjuicio del interés público. Con ese fin, se establecieron límites claros al ejercicio del derecho de propiedad, entre ellos la obligación de admitir únicamente a bañistas provistos

87 Reglamento de 1834, capítulo IV, art. 51.

de prescripción médica y de ejecutar las obras y reparaciones[88] que el director médico estimase necesarias para garantizar el correcto uso de las aguas, pudiendo este último exigir su cumplimiento incluso por vía judicial.

En la segunda mitad del siglo XIX, el régimen jurídico del termalismo nuevamente fue objeto de una serie de reajustes normativos que, sin alterar de manera sustancial el modelo asentado en 1834, dieron continuidad[89] a su ordenación. Tras la Ley de Sanidad de 1855, esta evolución se manifestó en diversas disposiciones aprobadas entre 1868 y 1874 —el Reglamento de 1868, las reglas provisionales de 1869 y los reglamentos de 1871 y 1874— que, aun con distinto alcance y vigencia, mantuvieron un hilo regulador común. En este período se reforzó su encuadre institucional dentro del ámbito sanitario del Estado y comenzó a perfilarse, de forma progresiva, la intervención del sector minero[90] en el estudio y control de los manantiales. Fue, concretamente, el Reglamento de 1868 el que incorporó de manera expresa la "declaración de utilidad pública[91] de los establecimientos de aguas minerales" con "destino a la curación de enfermedades", previsión que se mantuvo y consolidó en las normas posteriores. Este conjunto normativo, no exento de tensiones

88 Reglamento de 1834, capítulo IV, art. 52 y 53.

89 LARRINAGA RODRÍGUEZ, C., "Termalismo y turismo en la España del siglo XIX", cit., p. 579-ss.

90 BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., "Causas y Consecuencias jurídicas de la consideración como Recursos Mineros de las aguas minerales y termales", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad De La Rioja (REDUR)*, noviembre de 2002, pp. 9-36.

91 Reglamento orgánico para los establecimientos de aguas minerales, R.D. 11 de marzo de 1868, art. 12.

competenciales[92], contribuyó a afianzar un marco relativamente estable que serviría de base para la ordenación más sistemática que culminaría en el Estatuto de 1928.

Junto a este proceso, y como antecedente estructural de estas tensiones[93] posteriores, en el plano patrimonial ya se habían planteado problemas relativos a la titularidad de las fuentes desde las primeras reformas liberales que habían alterado el régimen tradicional de las aguas. En ese contexto, muchas fuentes pasaron a quedar bajo gestión municipal, mientras que otras fueron objeto de cesión o explotación privada, y en determinados supuestos quedaron sometidas a fórmulas de control o gestión por parte de la Administración del Estado. La carga económica asociada al mantenimiento de los manantiales y de sus instalaciones contribuyó decisivamente a esta diversificación[94], configurando a lo largo del siglo XIX un panorama plural de dominio y gestión que convivía con la regulación pública del uso terapéutico de las aguas.

92 BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., "Causas y Consecuencias jurídicas de la consideración como Recursos Mineros de las aguas minerales y termales", cit. 9-36.

93 ALONSO ÁLVAREZ, L., "Los derechos de propiedad sobre las aguas termales y el desarrollo de la empresa balnearia en España, 1800-1931", cit., p. 51.

94 De los establecimientos de baños que se abastecían con aguas termales, existentes a la en torno a 1851, más de la mitad (54) estaban ya en manos privadas. El resto (31), constituido por los cuatro pertenecientes a la nación y los dos del patrimonio real, junto con los de propiedad del clero y la beneficencia (3) y, sobre todo, por los municipales (21) y provinciales, resultaba teóricamente afectado. Consultado en: ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, cit., p. 97.

El protagonismo médico, consolidado desde las primeras décadas del siglo, no impidió que conforme avanzó el XIX comenzaran a incorporarse otros cuerpos técnicos de la Administración, llamados a asumir parte de las funciones que había ostentado este respecto al control de los manantiales. En particular, nos estamos refiriendo a los ingenieros de minas[95]. Estos últimos fueron adquiriendo progresivamente un papel relevante en relación con el estudio y la protección de los manantiales, en atención a sus conocimientos especializados sobre el subsuelo y los recursos naturales.

Esta incorporación no fue inmediata, sino progresiva. Fue a mediados de ese siglo cuando se advierte la conveniencia de contar con personal técnico cualificado para la delimitación y protección de los manantiales, en un contexto marcado por el interés creciente del Estado por conocer y ordenar las fuentes de riqueza del país[96]. Este proceso se plasmó normativamente en el Real Decreto de 1 de febrero de 1865, por el que se aprobó el Reglamento del Cuerpo de Ingenieros de Minas, cuyo artículo primero atribuía a dicho cuerpo el estudio, inspección y vigilancia de los manantiales de aguas minerales, tanto

95 BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., "Causas y Consecuencias jurídicas de la consideración como Recursos Mineros de las aguas minerales y termales", cit., pp. 9-36.

96 En la Gaceta de 20 de julio de 1849 se informó, a través del entonces ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, Juan Bravo Murillo, de la aprobación por la Reina del Real Decreto de 12 de julio de 1849, por el que se creó una comisión destinada a elaborar la carta geológica de Madrid y a recopilar y sistematizar la información necesaria para la confección de la carta geológica general del Reino. En ese contexto, varios países europeos —como Francia, Inglaterra, Alemania y Bélgica— contaban ya con cartas geológicas propias y con un conocimiento ampliamente desarrollado de sus recursos naturales.

explotados por cuenta del Estado como por particulares. Sin desplazar por completo a los médicos directores, los ingenieros de minas[97] pasaron a asumir funciones vinculadas[98] a la conservación del recurso, la protección de los manantiales y la recopilación de datos con fines estadísticos, abriéndose así un escenario de concurrencia competencial entre distintos cuerpos administrativos, no siempre resuelto de forma expresa por la normativa vigente.

Esta superposición funcional marcó el inicio de una etapa de tensiones[99] administrativas en la gestión del termalismo, derivadas de la coexistencia de una tutela sanitaria consolidada y de una intervención técnica orientada al aprovechamiento y protección del recurso, que también habría de proyectarse en la evolución posterior del régimen jurídico de estas aguas.

Así, a lo largo del siglo XIX se fue consolidando un modelo jurídico y sanitario del termalismo sentando las bases de su configuración contemporánea. Las prácticas balnearias dejaron de apoyarse exclusivamente en la tradición para quedar respaldadas por un entramado normativo y una estructura institucional específica —médicos directores, reglamentos y mecanismos de control público— orientados a garantizar el uso terapéutico de las aguas. En este contexto, las fuentes curativas pasaron a ser consideradas recursos

97 BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales,* cit., pp. 106-107.

98 Reglamento Orgánico del Cuerpo de Ingenieros de Minas de 30 de abril de 1886, at. 1.8 a art. 1.10.

99 BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., "Causas y Consecuencias jurídicas de la consideración como Recursos Mineros de las aguas minerales y termales", cit., pp. 9-36.

terapéuticos de interés general, administrados bajo criterios de utilidad pública y conocimiento médico, en un proceso que respondió a las necesidades administrativas, sanitarias y científicas propias del Estado liberal, aunque manteniendo determinadas preocupaciones ya presentes en etapas anteriores en relación con el aprovechamiento y la gestión de las aguas.

VI. El Estatuto de 1928 y la consolidación de la función pública del termalismo

Tras este escenario normativo heredado del siglo XIX, durante la dictadura de Primo de Rivera (1923–1930) se impulsó una importante reforma normativa de las aguas mineromedicinales. Por Real Orden de 7 de marzo de 1928 se creó una comisión interministerial encargada de compilar y unificar en un solo texto toda la legislación vigente sobre balnearios y aguas mineromedicinales. Fruto de esta labor fue el Estatuto sobre la explotación de manantiales de aguas mineromedicinales, aprobado por Real Decreto-Ley de 25 de abril de 1928[100]. Esta norma constituyó el último gran cuerpo legal general en la materia y, de hecho, permanece aun parcialmente vigente: solo algunos de sus preceptos (los Títulos I y III y el art. 77) fueron derogados por la Ley de Minas de 1973 en lo que fueran incompatibles con esta última. El Estatuto de 1928 nació con la finalidad, así lo recogía su exposición de motivos, de sistematizar la normativa existente, colmar lagunas y modernizar la regulación del

[100] Real Decreto-ley de 25 de abril de 1928, que aprueba el Estatuto sobre la explotación de manantiales de aguas minero-medicinales.

termalismo, en línea con la política intervencionista de la Dictadura que buscaba ordenar sectores estratégicos del país.

El contenido del Estatuto de 1928 consolidó el modelo de titularidad privada de los manantiales, a la vez que reconoció su especial interés público mediante un régimen administrativo específico. En su Título I, titulado "De la propiedad de las aguas mineromedicinales y de sus derechos y obligaciones", reconocía en su art. 1 que la propiedad de estas aguas es "de carácter especial" por el interés que revisten para la salud pública. A continuación, la norma definía el régimen de dominio distinguiendo dos supuestos para determinar la titularidad de los manantiales. Por un lado, si las aguas emergían espontáneamente en la superficie de un terreno, la propiedad de estas correspondía al dueño de ese predio[101], aplicando el clásico principio de la accesión propio del Derecho civil (anticipado ya en el Derecho romano[102]). Por otro lado, si las aguas mineromedicinales eran descubiertas mediante trabajos o investigaciones subterráneas realizados *ad hoc*, la titularidad se atribuía al descubridor[103] de estas. Este último criterio partía de considerar las aguas termales como *res nullius* (cosas sin dueño) hasta su hallazgo y ocupación, de modo análogo a la adquisición de otros recursos minerales. Conviene señalar que esta dualidad en la atribución de la propiedad no era realmente novedosa, sino continuista, ya que la Ley de Aguas de 1879 establecía en su art. 16

101 Art. 3º del Estatuto de 1928.

102 *Vid.* SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "La posesión y las leyes de la naturaleza en la civilización romana clásica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, Número 286, mayo-agosto 2023, pp. 413-444.

103 Art. 4º del Estatuto de 1928.

que la "propiedad de las aguas mineromedicinales" se adquiría igual que la de las aguas ordinarias —siendo del dueño del terreno donde nacen, o del descubridor que las pone en uso—, siempre con sujeción a los reglamentos sanitarios. Incluso el Código Civil, en su art. 418, recogía que "las aguas alumbradas, conforme a la Ley especial de Aguas, pertenecen al que las alumbró". Así que, el régimen de Primo de Rivera reafirmó y consolidó en 1928 la solución privatista tradicional en cuanto a la titularidad originaria de las aguas termales y minerales, alejando la idea de su dominio público directo. Ahora bien, esta consolidación del dominio privado vino acompañada de importantes matices destinados a garantizar el interés general en su aprovechamiento.

La clave del Estatuto de 1928 estuvo en compaginar la titularidad privada de estos recursos con una fuerte intervención administrativa orientada por razones de salud pública. Para poder explotar un manantial con fines terapéuticos se requería, como paso previo, que el agua fuese declarada de utilidad pública[104] por la autoridad competente. Solo mediante dicha declaración oficial se podía autorizar la explotación del manantial como establecimiento balneario, asegurando que el aprovechamiento privado redundase en beneficio colectivo y bajo supervisión del Estado. Declarada la utilidad pública de las aguas, el titular obtenía ciertos derechos administrativos específicos destinados a facilitar y proteger la explotación termal. En particular, el Estatuto reconocía al explotador del manantial el derecho a solicitar la expropiación forzosa de los

104 Art. 3º a 8º del Estatuto de 1928.

terrenos colindantes[105] necesarios para resguardar el manantial y construir las instalaciones balnearias, dada la implicación del interés salutífero en juego. La propia norma precisaba que esta expropiación especial tenía como finalidad salvaguardar el manantial y permitir la construcción de las instalaciones, subrayando la primacía del interés público en la explotación de las aguas curativas. Asimismo, el explotador del manantial tenía derecho a que se delimitase un perímetro de protección alrededor de la fuente, determinado caso por caso según criterios técnicos[106], dentro del cual se prohibirían actividades que pudieran perjudicar la calidad o el caudal del recurso. Dicho perímetro de protección —un concepto similar al de las servidumbres y concesiones mineras— se hacía constar en planos oficiales, otorgando seguridad jurídica al titular sobre el ámbito espacial de su aprovechamiento exclusivo.

El Estatuto impuso[107], además, obligaciones y límites derivados de esa función social de las aguas mineromedicinales ya que el propietario del terreno estaba obligado a tolerar investigaciones o labores encaminadas al descubrimiento de manantiales en su finca, siempre que se acordasen previamente las condiciones y se le indemnizara adecuadamente. Si el dueño y el investigador no llegaban a un acuerdo voluntario, la autoridad podía intervenir: la Dirección General de Sanidad, asistida por ingenieros de minas, evaluaría el proyecto de prospección y, si lo consideraba viable, autorizaría las excavaciones imponiendo un justiprecio para

105 Art. 8º y 9º del Estatuto de 1928.
106 Art. 13º del Estatuto de 1928.
107 Art. 4º del Estatuto de 1928.

compensar al propietario por los perjuicios causados. Incluso en terrenos de dominio público, la búsqueda de aguas termales requería autorización administrativa previa de la entidad titular del terreno (Estado o corporación pública), reforzando así el control público sobre estos recursos estratégicos. Todo este esquema partía del principio de que los manantiales mineromedicinales revestían una utilidad pública[108] objetiva —sus propiedades terapéuticas beneficiaban potencialmente a toda la colectividad—, lo que justificaba la injerencia de la Administración en aras del interés general. De hecho, la declaración de utilidad pública[109] tenía carácter impersonal y podía ser promovida por cualquier ciudadano, al entenderse que la salud pública trasciende la posición particular del propietario del agua.

De este modo, el Estatuto de 1928 consolidó un modelo mixto: por un lado, confirmó la titularidad privada de las aguas mineromedicinales (respetando los derechos preexistentes de los dueños de predios o de los descubridores) pero, por otro lado, instauró un régimen administrativo singular para su uso, reconociendo derechos y obligaciones de carácter público orientados a garantizar su explotación racional y sanitaria en favor de la comunidad. Impulsada en plena Dictadura de Primo de Rivera, esta normativa logró articular la propiedad privada de los establecimientos balnearios y de sus manantiales con la tutela y la supremacía del interés público, configurando un modelo jurídico que

108 Estatuto de 1928, Exposición de motivos.
109 Estatuto de 1928, título III, arts. 27 a 33.

continuó siendo el marco de referencia para la regulación de las aguas mineromedicinales durante las décadas siguientes.

VII. De la Ley de minas de 1973 a la Ley de aguas de 1985: un camino hacia el vacío normativo

Tras varias décadas sin modificaciones sustanciales en la materia, el régimen jurídico de las aguas mineromedicinales se vio afectado por dos importantes normas aprobadas en el tramo final del régimen franquista y el comienzo de la etapa democrática: la Ley de Minas de 1973 y la Ley de Aguas de 1985. La interacción de ambas disposiciones provocó un progresivo desajuste entre la normativa minera y la normativa de aguas, en relación con las aguas termales, desembocando en un preocupante vacío normativo a partir de 1985.

La Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas supuso una revisión integral de la legislación minera vigente (y continúa en vigor en la actualidad). Esta ley clasificó[110] todos los yacimientos y recursos geológicos en distintas secciones e incluyó expresamente a las aguas minerales y termales dentro de la Sección B. Dicha inclusión reflejaba una tendencia iniciada ya por su antecesora, la Ley de Minas de 1944[111], que por primera vez había mencionado a las aguas mineromedicinales como recurso minero cuya explotación podía requerir técnicas específicas de minería. Con la Ley de 1973 esta orientación se consolidó, las aguas mineromedicinales pasaron a considerarse formalmente recursos regulados por la legislación

110 Art. 23, Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas.
111 Ley de Minas de 19 de julio de 1944, art. 2.

minera, equiparándolas a otros bienes minerales a efectos de investigación y aprovechamiento.

Ahora bien, la propia Ley de Minas de 1973 matizó esa equiparación en lo relativo a la titularidad jurídica de las aguas. En su artículo 2º, tras declarar de dominio público todos los yacimientos naturales y demás recursos geológicos, la ley dispuso expresamente que "en cuanto al dominio de las aguas, se estará a lo dispuesto en el Código Civil y leyes especiales, sin perjuicio de lo que la misma Ley de Minas estableciese sobre su investigación y aprovechamiento". Esta cláusula venía a señalar que, pese a la nueva clasificación minera, la cuestión del dominio de las aguas minerales y termales continuaría rigiéndose por la legislación de aguas, su ley especial vigente en ese momento (la ya antigua Ley de Aguas de 1879 y sus normas derivadas, como el Estatuto de 1928). En consecuencia, no hubo un cambio inmediato en el régimen de propiedad: las aguas mineromedicinales siguieron considerándose esencialmente privadas (pertenecientes al dueño del predio donde nacen, o al descubridor que las pone en uso, según los casos previstos) y no pasaron automáticamente a ser de dominio público del Estado. No obstante, la normativa minera sí sometió a estas aguas[112], por primera vez de forma global, a las reglas y procedimientos propios de los

[112] GARRIDO FALLA, F., "Naturaleza y régimen de la propiedad de las aguas mineromedicinales", en *Revista Administración Pública*, nº 42, 1963, pp. 159-160. Este autor apunta que "lo que el legislador ha querido no es alterar el régimen de la propiedad de estas aguas (es decir, no ha querido convertir la propiedad privada sobre las aguas minero-medicinales en concesiones mineras), sino atribuir la competencia para vigilar tal régimen a los organismos técnicamente más capacitados, dado el tipo de labores y trabajos que predominan en el alumbramiento de las aguas subterráneas".

recursos mineros en lo referente a su investigación y explotación técnica, creando así un régimen jurídico híbrido. Se superponían dos lógicas distintas: por un lado, la lógica tradicional del Derecho de Aguas, que reconocía derechos dominicales privados sobre el recurso; y por otro, la lógica del Derecho Minero, que tendía a tratar estos recursos como bienes de dominio público sujetos a concesión administrativa para su aprovechamiento.

Este solapamiento normativo derivó pronto en controversias doctrinales y prácticas. Una de las cuestiones más debatidas fue si, a pesar de la titularidad privada reconocida por la ley civil, sería necesaria una concesión minera para explotar aguas mineromedicinales al estar ahora incluidas formalmente como recurso minero. En el plano doctrinal surgieron posturas divergentes, que se avivaron tras la reforma de 1973, cuando algunos autores[113] sostuvieron que todas las aguas minerales pasaban a integrar el dominio público minero del Estado, de modo que su aprovechamiento exigiría necesariamente una concesión administrativa, equiparándolas a los restantes recursos minero-

[113] En este sentido GUAITA MARTOREL sostenía que a su juicio la legislación de agua y el Código Civil se refieren más al derecho de aprovechamiento que hagan los propietarios de las tierras en las que nacen mientras éstas las recorren que, a la propiedad sobre éstas, que a su criterio es demanial, conforme a la normativa minera. *Vid.* GUAITA MARTOREL, A., *Derecho Administrativo. Aguas montes, minas,* Civitas, Madrid, 1982, pp. 340-344. También DE ARCENEGUI, postuló el carácter demanial de todos los recursos mineros, incluidas las aguas minerales y termales recogidas en la sección B. Se pueden consultar sus argumentos en: DE ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I. E., *El demanio minero: régimen jurídico-administrativo de las minas, los hidrocarburos y los minerales radioactivos*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 77-78.

demaniales. Otros[114], en cambio, defendieron que la Ley de Minas no alteró la naturaleza privada de las aguas termales cuando estas se hallasen en propiedad particular; por tanto, el dueño del manantial podría seguir usándolo amparado en su derecho, necesitando a lo sumo una autorización administrativa pero no una concesión demanial en sentido estricto.

Este debate no fue meramente teórico, pues las autoridades administrativas y los tribunales se vieron obligados a tomar postura. En general, la práctica administrativa y judicial de la época tendió a reafirmar la vigencia de la solución tradicional[115]: se consideró que en terrenos de propiedad privada no cabía otorgar concesiones mineras sobre aguas mineromedicinales a favor de terceros, puesto que dichas aguas seguían bajo el régimen del Código Civil y la Ley de Aguas de 1879.

Ya a finales del siglo XIX, el Gobierno había dejado sentado —mediante Real Orden del Ministerio de Gobernación de 8 de

114 Sin embargo, VILLAR EZCURRA, retoma la tesis tradicional dominante en la doctrina que consideró que tras la Ley de minas de 1973 se respetaba la propiedad de las aguas del dueño de las tierras conforme a lo que recogía la Ley de aguas de 1879, *vid.* VILLAR EZCURRA, J. L., *Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales*, Montecorvo, Madrid, 1980, pp. 27-37.

115 En este sentido ver sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1970, en el que el tribunal considera que es de aplicación la Ley de aguas de 1879, conforme a lo recogido en el art. 77 de la Ley de minas de 1944, ya que juzga conforme a derecho la resolución que otorga el aprovechamiento de las aguas en favor del titular, por ser éste el descubridor de ellas. En igual sentido se pronuncia el mismo órgano judicial en Sentencia de 14 de junio de 1972, ante la reclamación interpuesta por un ayuntamiento que conforme a la legislación de minas pretendía que se otorgara una concesión de aguas que no eran de su propiedad. Otras sentencias del Tribunal Supremo como las de 23 de enero de 1975, 12 de diciembre de 1975, 17 de enero de 1977, y 22 de diciembre de 1983 se pronuncian también en ese sentido.

noviembre de 1897— que la Administración no podía conceder aprovechamientos mineros de aguas (minerales ni comunes) ubicadas en predios particulares, recordando que tales aguas quedaban sometidas al ámbito del Derecho de Aguas y no al minero. Ese criterio histórico continuó influyendo en la interpretación tras 1973, y el propio Tribunal Supremo, en varias sentencias de la década de 1970 (por ejemplo, SSTS de 1972, 1975 y 1977), confirmó que las aguas mineromedicinales surgidas en fincas privadas conservaban su régimen jurídico privado y no podían ser objeto de una concesión minera a favor de un tercero sin derecho sobre el predio. En síntesis, durante la vigencia de la Ley de Minas de 1973 y hasta entrados los años ochenta coexistió un marco dual[116]: legalmente las aguas minerales se contemplaban en la normativa minera, pero en la práctica se seguía reconociendo la primacía de los derechos del propietario del terreno o del descubridor, conforme al anterior Derecho administrativo del agua. Esta situación prefiguraba ya un desajuste entre una normativa de minas más orientada al carácter público del recurso, y unos usos termales tradicionales apoyados en derechos particulares históricos.

El verdadero punto de inflexión llegaría con la aprobación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, durante el primer gobierno democrático de la etapa constitucional. Esta ley supuso una reforma radical del régimen de las aguas en España, inspirada en los principios de la nueva Constitución de 1978 y en la necesidad de una

116 MORENO REBATO, M, "El aprovechamiento de las aguas minerales y termales: el problema del título jurídico habilitante", en *Revista de administración pública*, nº 158, 2002, p. 412-428.

gestión unificada del agua. La Ley de Aguas de 1985 declaró que eran de dominio público estatal todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas (poniendo fin al tradicional dominio privado de las aguas subterráneas) y estableció un régimen concesional general para su aprovechamiento. Sin embargo, mantuvo un tratamiento especial —o más bien, una exclusión— para las aguas minerales y termales. En efecto, en su artículo 1.4 la ley dispuso que "las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica", separándolas así del nuevo régimen común. Esta remisión a una "legislación específica" implicaba reconocer que las aguas mineromedicinales continuarían con un estatuto propio al margen de la Ley de Aguas general.

El problema fue que dicha legislación específica no existía como norma nueva y completa ya que la única referencia posible seguía siendo el antiguo cuerpo normativo heredado (el Estatuto de 1928 y la normativa minera aplicable), ya desfasado y en parte derogado. Además, la nueva Ley de Aguas de 1985 derogó expresamente la vieja Ley de Aguas de 1879 –que, recordemos, contenía las disposiciones sobre la titularidad privada de estas aguas–, dejando un vacío en cuanto a reglas sustantivas sobre el dominio de los manantiales mineromedicinales. Se generó así un vacío normativo, a partir de 1985, ya que la legislación de aguas remitía a una hipotética legislación especial de aguas termales que no había sido promulgada, mientras que la legislación minera de 1973 seguía remitiendo, para la cuestión del dominio, a unas "leyes especiales" en materia de aguas que acababan de ser derogadas. Como puso de manifiesto la

doctrina[117], la cuestión de la titularidad de las aguas minerales y termales quedó entonces desplazada de un marco normativo a otro: la legislación minera la remitía a la normativa de aguas, mientras que la Ley de Aguas la reconducía a una legislación especial inexistente.

Tras la aprobación de la Ley de Aguas de 1985, la ausencia de una definición legal clara dio lugar a interpretaciones divergentes y a una progresiva pérdida de la especificidad jurídica que tradicionalmente había caracterizado a las aguas termales. Parte de la doctrina[118] sostuvo que, a la vista del giro conceptual introducido en 1985 —orientado a la afirmación de la dominicalidad pública de todas las aguas— y ante la inexistencia de una normativa especial vigente, las aguas mineromedicinales debían entenderse sometidas al régimen común de las aguas continentales, pasando a integrarse en el dominio público como el resto de las aguas subterráneas. Desde esta perspectiva, se entendió superada cualquier contradicción previa y se afirmó el carácter demanial estatal de las aguas termales, cuyo aprovechamiento quedaría sujeto, con carácter general, al régimen concesional propio de los recursos naturales *extra commercium*.

Sin embargo, otros autores[119] defendieron que, a falta de una nueva ley especial, subsistía el régimen jurídico anterior que permitía

117 LÓPEZ RAMÓN, F., "En el debate sobre la titularidad de las aguas minerales y termales", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 138, 2008, p. 174.

118 MENÉNDEZ REXACH, A., GALLEGO ANABIARTE, A., DIAZ LEMA, J, *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Secretaría General Técnica, Madrid, 1986, pp. 523 y ss. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *Aguas comunes, minerales y termales*, editorial Comares, Granada, 2007 pp. 116-120. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley de aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 185 y ss.

119 Postura liderada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de aguas*,

la propiedad privada de las aguas mineromedicinales en ciertos supuestos. Según esta corriente, la remisión de la Ley de Minas al Código Civil y a las antiguas leyes de aguas conservaba vigencia en lo que no contradijera la Ley de Aguas de 1985, y dado que esta última expresamente se excluyó de regular las aguas minerales, seguirían aplicándose las reglas previas del Código Civil que amparaban la posibilidad de propiedad privada de las mismas. De ese modo, habría casos en que los manantiales termales continuarían considerándose aguas privadas, especialmente aquellos ya explotados por titulares legítimos, aunque su uso efectivo requiriese obtener las preceptivas autorizaciones o concesiones administrativas según correspondiera (autorización si el titular es dueño del predio; concesión si se trata de aguas en terreno público). Esta posición enlazaba con la tradición jurídica anterior a 1985 y con el respeto a los derechos adquiridos, enfatizando que nada en la nueva ley había derogado directamente esa posibilidad de dominio privado.

En resumen, la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985[120] dejó las aguas termales en un espacio normativo incierto. La regulación singular y centenaria de la que habían sido objeto quedó en suspenso, a la espera de una clarificación legislativa que restableciese la coherencia del sistema. Un vacío que puso de relieve la urgencia de reordenar este ámbito del Derecho de Aguas y del Derecho Minero para restablecer la coherencia perdida.

Civitas, Madrid, 1997, pp. 185 y ss.

120 Regulación recogida actualmente en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de aguas.

VIII. Conclusiones

El recorrido histórico-jurídico desarrollado a lo largo de este trabajo pone de manifiesto que el aprovechamiento de las aguas termales no ha sido una práctica meramente empírica, sino que ha estado acompañado, desde épocas tempranas, por distintas formas de regulación dirigidas a ordenar su uso, proteger el recurso y delimitar responsabilidades. A lo largo del tiempo, estas disposiciones evolucionaron desde soluciones fragmentarias hacia marcos normativos más articulados. Sin embargo, la doble naturaleza de las aguas termales —como recurso hídrico y mineral— ha generado tensiones competenciales y problemas interpretativos que, en gran medida, continúan presentes en el ordenamiento jurídico actual.

Desde el modelo romano pueden identificarse antecedentes relevantes en relación con la ordenación jurídica del uso del agua y de determinados espacios vinculados a su aprovechamiento. Las termas no constituían únicamente infraestructuras destinadas al ocio o a la higiene, sino también espacios sometidos a una regulación que atendía a su dimensión social y terapéutica. Aunque no puede hablarse de una continuidad normativa directa entre el mundo romano y las etapas posteriores, sí es posible apreciar la persistencia de determinadas preocupaciones relacionadas con el uso, la gestión y la protección de estos recursos.

En la Edad Media, aunque se produjo un retroceso generalizado en el uso de los baños, persistieron prácticas sociales y usos populares que mantuvieron viva la cultura termal en contextos concretos, bajo

el prisma moralizante que acompañaba a menudo a estos establecimientos. En algunas zonas conservaron además una función terapéutica reconocible, amparada por fueros y normativas locales orientadas principalmente al control moral y al mantenimiento del orden, más que a la protección sanitaria o técnica del recurso.

A partir del Renacimiento, la revalorización científica y cultural del agua y de sus propiedades dio paso a los primeros intentos de ordenación sistemática, que en los siglos XVII y XVIII se tradujeron en reglamentos de ámbito local y en una creciente atención por parte de las autoridades sanitarias y políticas. En este contexto, la función terapéutica de las aguas adquirió progresivamente relevancia como elemento justificativo de una regulación diferenciada.

El siglo XIX supuso una etapa de especial relevancia en la configuración jurídica del termalismo. Se consolidaron normativas generales sobre casas de baños, se reforzó el vínculo entre termalismo y medicina científica y se integró progresivamente el aprovechamiento de las aguas termales en estructuras institucionales estables. En este contexto, especialmente desde la segunda mitad del siglo, se incorporaron nuevos cuerpos técnicos de la Administración al control de los manantiales, en particular los ingenieros de minas, circunstancia que favoreció una aproximación creciente de la normativa minera a los recursos termales. Este proceso contribuyó a configurar las posteriores tensiones competenciales derivadas de la concurrencia de perspectivas sanitarias, administrativas y técnicas sobre un mismo recurso.

La aproximación del Derecho minero al ámbito termal culminó en el siglo XX con la inclusión expresa de las aguas minerales y termales como recursos mineros en la Ley de Minas de 1944, orientación que fue confirmada por la Ley de Minas de 1973. Por su parte, el Estatuto de 1928 consolidó los baños termales como servicios de utilidad pública sometidos a un régimen administrativo específico, reflejo de la importancia institucional atribuida a su función social y terapéutica. Sin embargo, estas soluciones normativas no lograron articular de forma plenamente coherente las distintas dimensiones jurídicas del recurso, cuestión que continuaría proyectándose sobre la regulación posterior.

Finalmente, el tránsito desde la legislación minera hasta la Ley de Aguas de 1985 pone de manifiesto que la especificidad jurídica de las aguas termales no ha encontrado una solución plenamente satisfactoria. La dificultad para armonizar su carácter hídrico y mineral ha contribuido a un vacío normativo en aspectos esenciales de su régimen jurídico, así como a la persistencia de incertidumbres competenciales, lo que evidencia la necesidad de un marco normativo más coherente e integrado.

Este análisis permite apreciar que la función terapéutica de las aguas termales ha constituido un elemento recurrente en las distintas formas de valoración jurídica y social del recurso. Aunque su reconocimiento normativo ha variado significativamente según los contextos históricos, dicha función ha influido de manera constante en las soluciones normativas adoptadas para ordenar su aprovechamiento y justificar su protección.

En conjunto, este recorrido permite comprender que el termalismo, lejos de ser un fenómeno meramente cultural o de salud, ha tenido una dimensión jurídica relevante desde sus orígenes. La tradición normativa que arranca en el Derecho romano ha dejado una huella que, aunque transformada por los contextos históricos, sigue planteando retos actuales en cuanto al régimen jurídico, la ordenación competencial y la conservación de estos bienes de valor colectivo. Su valor terapéutico, reconocido desde tiempos antiguos, constituye un argumento central para promover una regulación específica, coherente y duradera.

Bibliografía

- ABELENDA, V., *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

- ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae),* Dykinson, Madrid, 2002.

- ALFONSO LIMÓN MONTERO, *Espejo cristalino de las aguas de España: hermoseado y guarnecido con el marco de variedad de fuentes y baños cuyas virtudes, excelencias y propiedades se examinan, disputan y acomodan a la salud, provecho y conveniencias de la vida humana*, Francisco García Fernández, Alcalá de Henares, 1697. Disponible en:

https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=156435

- ALONSO ÁLVAREZ, L.; VILAR RODRÍGUEZ, M.; LINDOSO TATO, E., *El agua bienhechora. El turismo termal en España 1700-1936*, Observatorio Nacional del Termalismo, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Universidad de A Coruña, 2012.

- ALONSO ÁLVAREZ, L., "Los derechos de propiedad sobre las aguas termales y el desarrollo de la empresa balnearia en España, 1800-1931", *Minius: Revista do Departamento de Historia, Arte e Xeografía*, nº 23, 2015.

- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J.; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fuentes del derecho romano online: fuentes jurídicas, literarias y de la recepción «online» para la investigación del Derecho de Roma a la actualidad*, Madrid, Boletín Oficial del estado, 2022. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2022-266

- BAEZA RODRÍGUEZ-CARO, J.; LÓPEZ-GETA, J. M.; RAMÍREZ ORTEGA, A. (eds.), *Las aguas minerales en España: visión histórica, contexto hidrogeológico y perspectiva de utilización*, Instituto Geológico y Minero de España, Madrid, 2001.

- BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., "Causas y Consecuencias jurídicas de la consideración como Recursos Mineros de las aguas minerales y termales", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad De La Rioja (REDUR)*, noviembre de 2002.

- BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006.

- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *Aguas comunes, minerales y termales*, editorial Comares, Granada, 2007.

- BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, J. M.ª, "La administración del agua en la Hispania romana", *Symposium de arqueología romana*, Barcelona 1977.

- BOUZA VILA, J., "Difusión de la innovación científica y el desarrollo de la balneoterapia: la incorporación de los procesos de la química", en *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 69, año 2000.

- DE ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I. E., *El demanio minero: régimen jurídico-administrativo de las minas, los hidrocarburos y los minerales radioactivos*, Civitas, Madrid, 1979.

- DEL VAL VALDIVIESO, M.ª I., *El agua en las ciudades castellanas durante la Edad Media: fuentes para su estudio*, Ediciones Universidad de Valladolid, 1998.

- FERNÁNDEZ CASADO, C., *Ingeniería hidráulica romana*, Editorial Empúries, Madrid, 1983. Escarpa, A., Historia de la ciencia y de la técnica, tecnología romana, Akal, Madrid, 2000.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., *Derecho Público Romano*, 24ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2021.

- GARRIDO FALLA, F., "Naturaleza y régimen de la propiedad de las aguas mineromedicinales", en *Revista Administración Pública*, nº 42, 1963.

- GEREZ KRAEMER, G. M., *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid, 2008.

- GIRÓN IRUESTE, F. "Uso médico del agua en el mundo hispánico bajomedieval (siglos XII–XV)", en MARAVER EYZAGUIRRE, F., (coord.), *Balnea. Establecimientos balnearios: historia, literatura y medicina*, Anejo I, Serie de Monografías, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley de aguas*, Civitas, Madrid, 1997.

- GONZÁLEZ SOUTELO, S., "Los orígenes del termalismo. Los establecimientos termales en el mundo clásico", Parte II, *Tribuna Termal*, nº 6, 2007.

- GONZÁLEZ SOUTELO, S., *El valor del agua en el mundo antiguo. Sistemas hidráulicos y aguas mineromedicinales en el contexto de la Galicia romana*, Colección Galicia Histórica, Fundación Barrié, A Coruña, 2011.

- GUAITA MARTOREL, A., *Derecho Administrativo. Aguas montes, minas*, Civitas, Madrid, 1982.

- LALINDE ABADÍA, J., "La consideración jurídica de las aguas en el derecho medieval hispánico", en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, IV, 1965.

- LARRINAGA RODRÍGUEZ, C., "Termalismo y turismo en la España del siglo XIX", en CARLOS BARCIELA et al. (eds.): *La evolución de la industria turística en España e Italia*, Palma de Mallorca, Publicaciones de l'Institut Balear d'Economia, 2011.

- LÓPEZ MATEOS, R., *Pensamientos sobre la razón de las leyes derivada de las ciencias físicas, ó sea, sobre la filosofía de la legislación*, Madrid, Gómez Fuentenebro y Compañía, 1810.

- LÓPEZ RAMÓN, F., "En el debate sobre la titularidad de las aguas minerales y termales", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 138, 2008.

- MALAVÉ OSUNA, B., *Régimen jurídico financiero de las obras públicas en el Derecho Romano tardío: los modelos privado y público de financiación*, Dykinson, Madrid, 2007.

- MALISSARD, A., *Los romanos y el agua: la cultura del agua en la Roma antigua*, Herder, Barcelona, 1994.

- MARTÍNEZ MOURE, O., "Análisis sociológico de las tendencias recientes del turismo de salud y reposos: origen, evolución histórica y tendencias de futuro", *Revista de ciencias sociales (Aposta)*, nº 52, 2012.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1997.

- MENÉNDEZ REXACH, A., GALLEGO ANABIARTE, A., DIAZ LEMA, J, *El Derecho de aguas en España, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo*, Secretaría General Técnica, Madrid, 1986.

- MERCADO BLANCO, J.; MOYA BENITO, M.ª J.; HERRERA CASADO, A., *Historia de Sacedón. Patrimonio y costumbres*, Guadalajara, 2003.

- MIRÓ ALAIX, C.; PEREX AGORRETA, M.ª J., "Las termas medicinales de época romana: arquitectura al servicio de la salud y el culto", en AA.VV. (Coords. MIRÓ ALAIX, C.; PEREX AGORRETA, M.ª J., *Vbi Aqvae Ibi Salvs. Aguas mineromedicinales, termas curativas y culto a las aguas en la Península Ibérica (Desde la Protohistoria a la Tardoantigüedad),* UNED, Madrid, 2018.

- MORENO REBATO, M, "El aprovechamiento de las aguas minerales y termales: el problema del título jurídico habilitante", en *Revista de administración pública*, nº 158, 2002.

- MOSSO ROMEO, M.ª A.; DE LA ROSA JORGE, M.ª C., "Historia de las aguas mineromedicinales en España", en *Observatorio medioambiental*, nº 7, 2004.

- ORÓ FERNÁNDEZ, E., "Las aguas mineromedicinales en la medicina de la Antigüedad", en AA.VV. (Coords. PÉREX AGORRETA, M.ª J.), *Termalismo antiguo (I Congreso Peninsular. Actas)*, Casa de Vélazquez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997.

- PÉREZ VALCÁLCER, J.; PÉREZ PALMERO, V., "La orientación de las iglesias románicas en la Península Ibérica", en *Anuario de estudios medievales,* Vol. 49, nº 2, 2019.

- QUINTANA ORIVE, E., "Sobre el régimen administrativo de los baños públicos romanos", en AA.VV., (Coords.: FERNÁNDEZ DE

BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.; GEREZ KRAEMER, G. M.; MALAVÉ OSUNA, B.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Dykinson, Universidad Cardenal Herrera CEU, 2011.

- SÁNCHEZ FERRÉ, J., "Historia de los balnearios en España. Arquitectura-Patrimonio-Sociedad" en AA.VV. (Coords. LÓPEZ GETA, J. A.; PINUAGA ESPEJEL, J. I.), *Panorama actual de las Aguas Minerales y Mineromedicinales de España*, Instituto Tecnológico Geominero de España, Madrid, 2000.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. M., "Las Entradas Reales como elemento legitimador de la monarquía: el caso de Fernando VII", en *Revista Estudios Institucionales: Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, vol. 8, nº 15, 2021.

- SANDOVAL PARRA, V., "Derecho local medieval de aguas", en *Ius Fvgit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 20, 2017.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Roma: edificación en altura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "Parámetros históricos y jurídicos, romanos y medievales, para la protección universal de los recursos naturales", *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 90, 2020.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ G., "De la res publica a la personalidad jurídica corporativa abstracta, romano–cristiana, del "Rey – reino" visigodo", en *AHDE*, XCII, 2022.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., "La posesión y las leyes de la naturaleza en la civilización romana clásica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, Número 286, mayo-agosto 2023.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., "Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen", en *Anuario de historia del derecho español*, 1975.

- VALLEJO PÉREZ, G., "Regulación medioambiental: salus per aquam", en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., (dir.), ESCUTIA ROMERO, R. y GEREZ KRAEMER, G. M., (coeds.), *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano*, IV, vol. I, Dykinson, Madrid, 2021.

- VILLA-AMIL Y CASTRO, J., *La policía balnearia según nuestros Fueros Municipales*, Imprenta, Estereotipia y Galvanoplastia de Aribau y Cª, Impresores de Cámara de S. M., Madrid, 1882.

- VILLAR EZCURRA, J. L., *Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales*, Montecorvo, Madrid, 1980.

- ZAMORA MANZANO, J. L., *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de las aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Edisofer, Madrid, 2003.

Universidad de Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
04/05/2026	26/09/2026
Palabras clave: *Mutuum; Derecho romano; contratos reales; obligatio; fuentes clásicas; condictio.*	**Keywords:** *Mutuum; Roman Law; real contracts; obligatio; classical sources; condictio.*

CC BY NC ND

THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE MUTUUM CONTRACT: AN ANALYSIS OF THE CLASSICAL SOURCES

Miguel Ferreira Oliveira
Guest Assistant Professor
Portucalense University
https://orcid.org/0000-0002-8067-8422

(FERREIRA OLIVEIRA, Miguel. *The historical evolution of the mutuum contract: an analysis of the classical sources*. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp. 424-469. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

Este artículo examina el desarrollo histórico del contrato de *mutuum* en el Derecho Romano mediante fuentes clásicas y su reconstrucción dogmática. Se analiza la formación de la *obligatio* y la clasificación del mutuo como contrato real, destacando el papel de la *datio rei* en la constitución del vínculo obligatorio. El estudio rastrea la evolución de la institución desde sus raíces en la solidaridad social hasta su consolidación como instrumento vital para la circulación de riqueza y el crédito. Se presta especial atención a sus elementos constitutivos, características y remedios procesales. Finalmente, se argumenta que el mutuo fue fundamental para organizar el sistema crediticio romano y el desarrollo del Derecho de Obligaciones.

Abstract:

This article examines the historical development of the *mutuum* contract in Roman Law through classical sources and dogmatic reconstruction. It analyzes the formation of the *obligatio* and the classification of mutuum as a real contract, emphasizing the role of *datio rei* in establishing the obligatory bond. The study traces the institution's evolution from its roots in social solidarity to its role as a vital instrument for wealth circulation and credit. Key focus is placed on its constitutive elements, essential characteristics, and legal remedies. Ultimately, the article argues that mutuum was fundamental to organizing the Roman credit system and shaping the broader Law of Obligations.

Contents: 1. Introduction. 2. The Roman Legal *Context and the Formation of Contracts. 3. The Development of the Mutuum* contract. 3.1. The Origin of the *Obligatio* and the Emergence of the Contract. 3.2. Formalism and Contractual Categories in Ancient Rome. 3.3. The Evolution of the Contract over Time. 4. The Development of Real Contracts. 4.1. Constitutive Elements of the *Mutuum* contract. 4.2. Characteristics of the *Mutuum* contract. 4.3. Legal Protection of the *Mutuum* contract. *5.* Conclusions. Bibliography.

1. Introduction

The *mutuum* contract occupies a position of particular significance in the history of obligations law. This relevance derives not only from its practical utility within the everyday economic life of Roman society, but also from its role in the dogmatic consolidation of contractual categories that would later shape the Western legal tradition. Among the various contractual forms recognised in Roman law, *mutuum* stands out as the paradigmatic example of a real contract, insofar as its formation depended upon the delivery of the thing (*datio rei*), from which arose the obligation to return an equivalent quantity of the same kind and quality.

The centrality of this institution may be explained on several levels. First, the *mutuum* contract responded, from an early stage, to a fundamental need within the organisation of social and economic life, allowing individuals to address immediate requirements of subsistence and, later, facilitating the circulation of wealth, financing, and credit. Second, its legal regulation illustrates, with particular

clarity, the structural logic of the Roman legal system, grounded in formalism, the typification of obligatory relationships, and the distinction between the different modes through which obligations could arise. Third, the historical development of *mutuum* reflects, in an exemplary manner, the broader transformation of Roman legal thought, from an approach centred on the objective element of the *datio rei* and the rigidity of *ius strictum*, towards a gradual recognition of agreement and the will of the parties.

The present study aims to examine the historical development of the *mutuum* contract in Roman law, drawing on the classical sources, in order to understand its origin, structure, and evolution. More specifically, it seeks to show that this institution should not be regarded merely as a technical mechanism for the loan of fungible goods, but rather as a legal institution reflecting significant economic, social, and doctrinal transformations.

To that end, the analysis begins by situating *mutuum* within the broader framework of contract formation in Roman law, examining the relationship between *obligatio*, contract, formalism, and the various contractual categories. It then turns to the specific development of *mutuum*, considering its function within Roman economic life and the manner in which its legal contours were progressively shaped by jurisprudence and practice. Finally, attention is given to its constitutive elements, its defining characteristics, and the legal remedies available to the lender.

An examination of the sources supports the view that *mutuum*, although originally rooted in a primitive framework of trust and solidarity, gradually acquired greater technical and legal refinement

as Roman society became increasingly complex. This transformation did not, however, eliminate the institution's original structure, which remained anchored in the requirement of the delivery of the thing and in the obligation to return the *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. It is precisely this balance between formal tradition and practical adaptation that underlies the dogmatic interest of the Roman *mutuum* and explains why its study remains essential for understanding the historical foundations of key institutions in contemporary private law.

2. The Roman Legal Context and the Formation of Contracts

As is widely acknowledged, modern Western law has its roots in the Roman legal system. Over time, this system extended far beyond the boundaries of the ancient Roman Empire and came to exert a profound influence on the development of Western legal orders, particularly in the field of civil law.

In fact, since Roman law constitutes the origin of most of the legal institutions that form part of the Western legal tradition, an understanding of Roman legal culture becomes essential for a clearer comprehension of the structure and historical development of contracts.

In this context, it becomes necessary to examine the origins of the *mutuum* contract through an analysis of its historical development, with the purpose of identifying its distinctive features and the transformations it has undergone since its earliest forms to the present day. Such an approach makes it possible to better

understand the sources of current law and the foundations of contemporary legal institutions, particularly in relation to legal relationships that were already central in antiquity, such as the *mutuum* contract.[1]

The *mutuum* contract can in fact be traced back to very early times, emerging as a practice grounded in reciprocity and, above all, in solidarity. In situations of surplus food production, individuals would provide others with goods exceeding their own needs, later receiving, once circumstances had changed, products of equivalent quantity and quality in return.

This early model can be identified in several ancient civilizations, such as Egypt and ancient Greece, where this type of arrangement was commonly used for the loan of grain. Only at a later stage did loan agreements begin to involve money as their object, a development that can be observed, for example, in Egypt.[2]

---

1 On the *mutuum* contract, see: CUNHA GONÇALVES, *Contratos*, pp. 247, ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, pp. 761, ss., sub arts. 1142 e ss.; MENEZES CORDEIRO, A. *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 623, ss.; REDINHA, J. *Contrato de mútuo*, in MENEZES CORDEIRO A. (org.), *Direito das Obrigações*, III, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 1991, pp. 185-262; DE ALMEIDA, F. *Contratos*, II, cit., pp. 141, ss.; ABRANTES, J. J. *Algumas notas sobre o contrato de mútuo*, in Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. FERRER CORREIA, ORLANDO DE CARVALHO e Vasco LOBO XAVIER, II – Vária, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 1057-1068; MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de direito civil*, XII, cit., pp. 181, ss.; MENDES CORREIA, F. *Contrato de mútuo: questões antigas e desenvolvimentos recentes*, in MENEZES CORDEIRO A. (org.), *Código Civil. Livro do Cinquentenário*, I – Homenagem ao Professor Doutor Fernando PESSOA JORGE, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 527-563.

2 MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil XII - Contratos em Especial* (Segunda parte, p. 185). Coimbra: Almedina.

A particularly significant presence of *mutuum*-type arrangements can be observed in maritime transactions, later referred to as maritime loans, in which the lender's profit was directly linked to the success of the venture. Under this arrangement, if the enterprise proved successful, the lender would obtain the expected return, if it failed, the lender bore the risk of loss.[3]

In Roman society, particularly during the monarchical period and the early Republic, the *mutuum* contract developed more gradually. Given the predominantly agrarian character of Roman society at that time, no clear distinction initially existed between different forms of loans.

Such agreements were initially concluded within the family circle and only later extended to neighbours. These contractual relationships were founded primarily on the trust established between the parties, as they typically concerned loans of consumable goods and were concluded without remuneration. In other words, the lender did not derive any profit from the transaction, which allows these arrangements, in many cases, to be understood essentially as acts of giving. [4,5]

For a considerable part of Roman history, loans for use, safekeeping, and consumption, generally concerning basic goods,

---

3 This form of *mutuum* would go on to play a fundamental role in the commercial economy of Mediterranean civilizations. MENEZES, M. (2023). *Dos perigos aos riscos: génese e evolução das práticas e discursos dos seguros marítimos (séculos XIII-XVII). História. Revista da FLUP, IV Série,* 13(1), 75-95.

4 MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil XII - Contratos em Especial (Segunda parte)* (p. 186). Coimbra: Almedina.

5 FERREIRA, B. (2011). *Contratos de créditos bancários e exigibilidade antecipada* (p. 27). Coimbra: Almedina.

were not clearly distinguished from one another. Only toward the end of the Republic, or at the beginning of the Principate, did *mutuum* emerge as a distinct legal institution within the praetorian notion of *credere*. At that stage, the praetor introduced *actiones in factum* in order to provide legal protection for arrangements such as *commodatum* and *pignus*.[6]

Despite the slow process through which *mutuum* was consolidated as a legal institution in ancient Rome, it ultimately came to assume a structure largely consistent with that which would later be adopted, over time, in various legal systems.

In this respect, the Portuguese legal system is no exception. In its current formulation, the *mutuum* contract is legally defined in Article 1142 of the Portuguese Civil Code (CC) as: "*o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade.*"[7,8,9]

If one considers the wording of the law, it becomes clear that the essential structure of the *mutuum* contract remains, to a large

---

6 MORAES MOTA, M. (2019). *As raízes romanas do contrato.* Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado.

7 Our translation: "t*he contract by which one party lends to another money or another fungible thing, the latter being obliged to return an equivalent amount of the same kind and quality*."

8 As noted by PIRES DE LIMA, J., & ANTUNES VARELA, M. (1997). *Código Civil anotado* (4ª ed., Vol. II, p. 761). Coimbra: Coimbra Editora: the concept set out in this provision corresponds, in essence, to the definition of *mutuum* contained in Article 1813 of the Italian Civil Code.

9 As noted by VASCONCELOS RAPOSO, J. (2016). *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira – A "dação potestativa" como solução?* (p. 14). Coimbra: Almedina: this definition introduced by the civil legislator in 1966, at first glance, appeared to move away from the contractual type of loan as established in the Seabra Code, which, in social terms, continues to persist, even in everyday language.

extent, faithful to the model outlined in Roman law. In that context, *mutuum* consisted in the transfer of ownership of fungible goods from the lender to the borrower, who thereby assumed the obligation to return the *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, that is, an equivalent amount of the same kind and quality. It was precisely around this model of *datio* that Roman jurisprudence consolidated the notion of the real contract, giving rise to sustained doctrinal interest over the centuries.[10]

In these terms, and from an etymological perspective, it remains appropriate, following the words of *Gaius*, to describe this contract as it is called, *mutuum* because what is thus given to you by me becomes, from mine (*meum*), yours (*tuum*). In turn, *mutuum* is related to the root *mov*, from which *movere* and *mutare* derive, conveying the idea of exchange or change of place. In *mutuum*, accordingly, one observes the exchange of fungible things for others that are likewise fungible.[11]

2. The Development of the Mutuum contract

3.1. The Origin of the Obligatio and the Emergence of the Contract

In light of the foregoing, it becomes necessary to examine the historical development of the contractual figure over time. Particular attention must be given to the fact that, although the *mutuum* contract forms part of obligations law, this does not mean that its existence

10 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 5 e ss.). G. Giappichelli Editore.

11 SANTOS JUSTO, A. (2011). *O mútuo no Direito Romano - Algumas notas romanas no Direito Português* (p. 74). Coimbra: Almedina.

coincided with, or preceded, the emergence of the concept of obligation. In fact, the notion of *obligatio*, predates the abstract elaboration of the concept of contract.[12]

In the *Institutes* of the Justinianic period, *obligatio* was defined as a legal bond by which we are necessarily bound to render something in accordance with the law of our city.[13,14]

By contrast, the concept of *contractus* appears in Roman law through the writings of the jurists already in the classical period, as a way of expressing what had been concluded through formulations such as *res contracta* (a contracted matter or the object of a contract), *contrahenda* (that which is to be contracted), and *negotium actum* or *contractum* (a transaction concluded or a contract entered into), used to describe legal transactions that gave rise to obligations.[15]

---

12 MORAES MOTA, M. (2019). *As raízes romanas do contrato.* Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado. From the original: "*a noção de obligatio, ou obrigação, é anterior à elaboração abstrata da figura contratual*".

13 From, PANERO GUTIÉRREZ, R. (2004). *Derecho Romano* (3ª ed., p. 456). Valencia: Tirant Lo Blanch: Where it states that *obligatio* was defined as "*el vínculo jurídico – iuris vinculum – por el que, necesariamente, somos constreñidos – quo necessitate adstringimur – a pagar alguna cosa – alicuius solvendae rei – según los derechos de nuestra ciudad – secundum nostrae civitate iur-*". Our translation: the legal bond (*iuris vinculum*) by which we are necessarily bound (*quo necessitate adstringimur*) to pay or perform something (*alicuius solvendae rei*), according to the law of our city (*secundum nostrae civitatis iura*).

14 The parallelism and similarity between this definition and that found in Article 397 of the Portuguese Civil Code are evident, where it is stated that: "*obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*". Our translation: an obligation is a legal bond by virtue of which one person is bound towards another to render a prestation.

15 MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil – VII Direito das Obrigações* (p. 62). Coimbra: Almedina.

This understanding is also confirmed by the way in which *mutuum* was treated in the classical sources. As can be seen in the work of *Gaius*, *mutuum* was regarded as a paradigmatic instance of an obligation arising from the delivery of a determinate thing, forming part of the system of restitutionary actions based on typical grounds for recovery. It does not, therefore, appear as a contract endowed with an autonomous legal regime, but rather as the cause justifying restitution. The absence of a separate title devoted specifically to *mutuum* in the *Digest*, unlike what occurs with other contractual figures, reinforces this interpretation, since issues relating to *mutuum* were addressed mainly within the framework of the *condictio certae rei* (the action for the recovery of a specific thing). This approach suggests that the practice of *mutuum* preceded the systematic formulation of the contract as a technical legal category, and that its relevance lay primarily in its concrete function as a transfer of ownership accompanied by an obligation of restitution.[16]

In this sense, in Roman law the contract was not merely an agreement of wills, but rather a legally recognised instrument that, in accordance with the schemes characteristic of classical law, gave rise to an obligatory relationship.[17]

This interpretation is particularly evident in the case of *mutuum*, whose central place within the legal system is reflected in its prominent treatment in the *Institutiones* of Gaius and of Justinian. In

16 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, 426–464.

17 TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano*. *Revista Internacional de Derecho Romano,* RIDROM, *26, 550-574.*

these didactic works, *mutuum* appears as a distinct legal figure, even though, as noted above, classical legal doctrine did not grant it a fully autonomous systematic treatment in the *Digest*.[18]

3.2. Formalism and Contractual Categories in Ancient Rome

In the archaic period, a mere agreement of wills was insufficient for the formation of a contract. Roman law adopted a far more restrictive conception of contracts than that found in modern legal systems, recognising as contracts only those agreements intended to create obligations and which also satisfied an objective requirement. This requirement consisted in compliance with the ritual formalities necessary for the contractual act, since only through the observance of such formalities could obligations effectively arise.

The jurists of the classical period, rather than conceiving contracts as a general and unified category, instead recognised certain specific contractual types endowed with autonomous legal regimes, in which the corresponding obligation arose not from the subjective element (*pactum*, *conventio*), but as a consequence of an objective element, expressed in the observance of formalities or in the delivery of the thing (*forma*, *datio rei*).[19]

---

18 Also, SACCOCCIO, A. argues that this absence reveals the antiquity and ancestral character of the *mutuum*, whose origin goes back to a phase of Roman law prior to the strict delimitation between legal categories, when it was understood as a typical cause of the obligation of restitution rather than as an autonomous contract. *Cfr.* SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

19 ALMEIDA COSTA, M. J. (2022). *Direito das Obrigações* (12ª ed., p. 215). Coimbra: Almedina.

Roman law was profoundly formalistic, requiring the observance of rituals and rigid procedural schemes for the validity of contracts. As a result, contracts acquired legal effectiveness only if they complied with specific forms, such as those concluded *verbis*, *litteris*, or *re*. Formalism thus constituted an essential feature of the system, ensuring legal protection for creditors.[20]

Thus, given the objective character of Roman law, little inclined toward abstraction and largely focused on concrete situations, formal requirements, and ritualised acts, contracts could not be recognised unless they were expressed through a form, falling within one of the following three categories:

a) *verbis*, which had both a religious and a practical function, and required the formulation of strict oral declarations, according to a predetermined wording;

b) litteris, which consisted in obligations created through a written entry in the creditor's accounts, such as the *transcriptio*, whereby the debt was recorded in the creditor's ledger; and

c) *re*, in which the essential element for the formation of the contract was the delivery (*traditio*) of the thing.[21]

This requirement of the effective delivery of the thing, as a constitutive element of the obligation reflects a deeply objective conception of the contractual bond. In this framework, *traditio*, or *datio rei*, was not merely a moment of performance, but rather the

[20] SILVA, A. F., & ROCHA, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3*(2), 1-22.

[21] MORAES MOTA, M. (2019). *As raízes romanas do contrato.* Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado.

fundamental legal act from which the *obligatio* arose. The delivery of the thing functioned as a clear and observable criterion for the existence of the legal bond, reflecting a concern for legal certainty and evidentiary reliability in judicial proceedings, within a system in which the will, abstractedly considered, had not yet acquired sufficient autonomous value to produce binding legal effects.[22]

The contract was not confined to mere consensus, since an obligation arose only when the legal order recognised the relationship as a valid juridical source, requiring the observance of formalities in order to ensure the effectiveness of obligatory bonds.[23]

Accordingly, contracts did not arise from the mere expression of the parties' will, but from compliance with solemn forms and strict requirements, the observance of which was essential for the creation of legally recognised obligations.[24]

The contract was, therefore, a formally recognised legal act that produced obligatory effects, only when concluded in accordance with the forms prescribed by the legal order.[25]

For the *obligatio* to arise, an additional element beyond the mere agreement of wills was required. This element emerged when the

22 BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II.

23 TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano*. *Revista Internacional de Derecho Romano, 26*, 550-574.

24 SILVA, A. F., & ROCHA, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno*. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3*(2), 1-22.

25 ZIMMERMANN, R. (2016). *Direito romano e cultura europeia*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo, 7, 1-30.*

agreement (*consensus*) became associated with solemn acts such as the *stipulatio* and the *nexum*.[26]

The *stipulatio* was a formal verbal contract consisting in the pronouncement of solemn words, formulated according to a predetermined sequence of question and answer, the completion of which brought the contract into existence. The formalism required for its conclusion was regarded as essential, as it made clear to the parties that the creditor's expectations were legally protected, through the explicit articulation of a serious consequence for the debtor in the event of non-performance of the agreement.[27]

It constituted one of the principal contractual models of ancient Rome, distinguished by its formal and verbal character. This type of contract required a specific exchange of solemn words between the parties and functioned as a flexible legal instrument capable of serving various purposes, including guarantees, sales, and promises of payment.[28]

For its part, the *nexum* was a contract concluded *per aes et libram*, that is, a formal act performed before witnesses with the use of copper and scales. Under this arrangement, the debtor, or a member of the debtor's family, became subject to the creditor's power in the event of non-performance. The *nexum* may be understood as a form of loan

---

26 NOVAES HIRONAKA, G. M. F. (1990). *Contratos reais e o princípio do consensualismo.* Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 84(84-85), 79-91.

27 SILVA, A. F., & ROCHA, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno*. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3*(2), 1-22.

28 TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano*. *Revista Internacional de Derecho Romano,* RIDROM, *26*, 550-574.

endowed with executory force, since it allowed the creditor, in case of default, to reduce the debtor or the debtor's relative to a condition of servitude.[29]

This contract operated as a form of security for a loan, and until the debt was discharged, or until the *solutio per aes et libram*, corresponding to the formal act of releasing the debt, took place, the debtor remained in a condition comparable to that of a slave. During this period, the creditor could keep the debtor in chains or compel him to work, benefiting from his labour until the obligation was satisfied.[30]

Another relevant example of a formal legal act concluded *per aes et libram* was the *mancipatio*, an early form of the contract of sale. Although it shared with the *nexum* the same ceremonial formalism and the solemn words pronounced before witnesses, its purpose was the transfer of ownership. It was a transaction that required the purchaser to recite specific solemn formulas, and to make a symbolic payment with a piece of bronze, which, when struck against one of the scales, represented the weighing corresponding to the price to be paid.[31]

---

29 MORAES MOTA, M. (2019). *As raízes romanas do contrato.* Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado.

30 DA CUNHA LOPES, T. M. G., & Chavira Villagómez, R. (2018). *De las obligaciones del contrato en derecho romano*. Revista Internacional de Ciencias Jurídicas.

31 SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa* (pp. 353-354). Lisboa: Petrony.

3.3. The Evolution of the Contract over Time

Subsequently, during the time of *Gaius*, a further contractual category was added to those previously identified, *verbis*, *litteris*, and *re*, that was based on *consensus*. As a result, four types of contracts came to be recognised, each requiring compliance with specific formalities that were legally defined and typified. These formalities were to be interpreted strictly, since the obligation arose from the objective element of the contract, while the will of the parties was still not regarded, at that stage, as an independent source of the obligation.[32]

> *"Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu."*[33]

Thus, up to that period, the prevailing view was that the obligation was constituted on the basis of the objective element of the transaction. Only in the Justinianic era did a conceptual shift occur that allowed, at least partially, the unification of the notions of

---

[32] According to MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil – VII Direito das Obrigações* (p. 64). Coimbra: Almedina: obligations contracted *re* (through the thing) arose from the delivery or transfer of the object, as in the case of *mutuum*. Obligations contracted *verbis* (through words) derived from the *stipulatio*, structured as a question and answer. Obligations contracted *litteris* (in writing) were typically financial in nature, sometimes involving arrangements such as instalment payments. Finally, obligations contracted *consensu* (by mere agreement) gave rise to various *bonae fidei* contracts, such as sale, lease, partnership, and mandate.

[33] GAI. 3.90. Our translation: "Let us first consider those [obligations] that arise from contract. These, in fact, are divided into four kinds: either the obligation is contracted by thing (*re*), or by words (*verbis*), or by writing (*litteris*), or by consent (*consensu*)."

contract and agreement. In this context, the Justinianic compilation brought about a reformulation of the concept of contract, and *conventio* came to be regarded as the essence of the obligatory relationship, allowing consensus to assume a central role as the criterion for contractual validity.[34,35]

Byzantine jurists departed from the earlier classical view that obligations arose from an objective element, and moved away from the traditional contractual categories, *re*, *verbis*, *litteris*, and *consensu*, placing primary importance on the will of the parties. The prevailing understanding became that an obligation no longer resulted from the objective element itself, but from the agreement of wills between the parties, which constituted the common basis of the various obligations. These would then be completed through a specific material act, whether by the delivery or transfer of the thing, or by the observance of the formalities required for their validity.[36]

In fact, this transition from the objective element to the primacy of consensus did not occur abruptly, but rather resulted from a gradual doctrinal and practical evolution. As legal scholarship has emphasised, the shift from the formal rigidity of the classical categories to a more flexible system grounded in the agreement of the

---

34 TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano, 26*, 550-574.

35 Thus, the essence of contracts came to lie in *consensus*, that is, in agreement or convention. However, consensus was sufficient for contractual formation only in certain cases; in others, the law still required the completion of a final material act. ALMEIDA COSTA, M. J. (2022). *Direito das Obrigações* (12ª ed., p. 216). Coimbra: Almedina.

36 MOREIRA ALVES, J. C. (1998). *A formação do contrato obrigatório - suas raízes romanas.* Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 93, 3-24.

parties must be understood in light of the social, economic, and cultural transformations that marked the end of the Republic and, above all, the post-classical period. The original formalism of *mutuum* as a *re* contract, founded upon the delivery of the thing, was progressively reconfigured, not only with regard to its economic function but also in its legal framework. This development reflects a broader transformation in the Roman law of contracts.[37]

This development, particularly evident in the post-classical and Byzantine periods, reflects a departure from the earlier objectivist structure, as consensus gradually came to assume primacy in the formation of obligatory bonds. The agreement of wills thus became, even when still subject to certain formal requirements, the true generating element of the *obligatio*, including in contracts that had traditionally been classified as real contracts.

Although, in the case of *mutuum*, even after consensus had been reached, the obligation arose only upon the effective delivery of the thing, the so-called *datio mutui*, which transferred ownership of a fungible good and generated the obligation to return an equivalent in kind and quality. The figure of *mutuum* thereby emerged as the archetype of the real contracts, requiring for its completion both consensus and a material act of performance, without which no obligatory bond came into existence.

The criterion of full consensuality only emerged at a later stage, and even then, reservations remained regarding its application to real contracts. The legal regime governing loans reflected this initial

37 BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II.

rigidity, in which the mere agreement of wills was insufficient to create an autonomous obligatory bond. As illustrated by the rules concerning the stipulation of interest (*foenus*), the validity of the agreement often depended on compliance with prescribed forms, revealing the persistence of contractual formalism. Moreover, the regulation of interest rates and the sanctions associated with non-performance, demonstrates a growing concern for balance within obligatory relationships, thereby reinforcing the social function of *mutuum* within the Roman legal order.[38,39]

In practice, the Roman contractual system underwent a gradual process of opening, in which *conventio* increasingly gained prominence as an expression of private autonomy, even where the contract still required a material element for its completion. This development led to a growing recognition of the obligatory bond as a projection of the common will of the parties, allowing contractual

---

38 MARTÍN, P. (2017). *Intereses de préstamos de dinero: Limitaciones legales y efectos jurídicos en la experiencia romana*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, (39), 387–414.

39 The granting of *mutuum* with an interest stipulation (*stipulatio usurarum*) was subject to various limitations throughout the Roman legal experience, reflecting concerns with the protection of debtors and with the moral regulation of lending practices. Legislation alternated between the complete prohibition of interest and the establishment of maximum percentage limits, as occurred with the *Lex Genucia* (342 BC), which sought to curb abuses in the charging of excessive *foenus*.

Later, Emperor Justinian introduced a more uniform regulation of permissible interest rates, establishing different limits according to the category of lender, ranging from 6% per year for ordinary citizens to 12% for bankers (*mensarii*), thereby reflecting an emerging functional and professional differentiation within the credit market. For further discussion on this matter, see LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, 426–464.

relations to expand beyond the rigid frameworks of the classical tradition.

4. The Development of Real Contracts

Among the contracts that were not considered perfected on the basis of *consensus* alone, requiring instead an additional material act for their constitution, were the so-called real contracts. In Roman law, this category included the *mutuum* contract, the contract of *commodatum*, the contract of *pignus*, and the contract of *depositum*.

However, these contracts did not share the same legal nature. In fact, the contracts of *commodatum*, *pignus*, and *depositum* were regarded as *bonae fidei* contracts, meaning that, in the event of litigation, the judge was entitled to assess the transaction between the parties in accordance with equity and good faith in the performance of the obligations. By contrast, *mutuum* was classified as a contract of *ius strictum*.[40]

In fact, among the real contracts, *mutuum* early distinguished itself by its practical relevance and its close connection with Roman economic and social life, which justifies a more detailed examination of its historical development. Although the precise historical moment of the emergence of the *mutuum* contract is unknown, it is generally accepted that it is a legal institution of very remote origin. Its presence was already essential and deeply rooted in archaic Rome, responding, as noted earlier, to a basic need for subsistence and being frequently

40 TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano,* RIDROM, *26,* 550-574.

used to address temporary shortages within agricultural and pastoral contexts.

In a society lacking a structured financial system, marked by scarcity of resources and dependence on natural cycles, *mutuum* functioned as an instrument of solidarity, grounded in values such as *fides* (good faith), trust, and friendship. The loan for consumption, informal and devoid of formal guarantees, rested on the moral expectation that what had been received would be returned in an equivalent quantity and quality.[41]

In reality, although the *mutuum* contract originally emerged as an act of solidarity between individuals bound by close and trust-based relationships, intended to address temporary needs without any expectation of remuneration, it gradually evolved as these relationships expanded.[42]

With Rome's expansion across the Mediterranean, particularly from the third century BC onward, together with its gradual opening to international trade and the influx of wealth, *mutuum* underwent a process of functional transformation and began to play a role in the financing of economic activities. Urban growth, the expansion of commercial exchange, and the emergence of a new mercantile and

---

41 The central element of the contract was the *datio*, that is, the delivery of a fungible thing, usually seeds, foodstuffs or small sums of Money, which transferred ownership of the good to the borrower and gave rise to the obligation of restitution. The very etymology attributed to the term *mutuum*, although today rejected by linguistic scholarship, reflected this idea of transfer: "*ex meo tuum fiat*". **SACCOCCIO, A.** (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

42 FERREIRA, B. (2011). *Contratos de créditos bancários e exigibilidade antecipada* (p. 27). Coimbra: Almedina.

financial class, made the use of *mutuum* increasingly common as a means of access to credit for entrepreneurs and traders. The figure of the simple lender gave way to that of the professional banker, who not only lent his own capital, but also received deposits and carried out more complex financial operations.[43]

This new economic context, grounded in the growing importance of banking activity and monetary circulation, led to the increasingly frequent use of *mutuum* with interest. This development required the legislator to impose normative limits on interest rates and to establish consequences for cases of usury. Although interest-bearing loans were not prohibited, the perception of disproportion between the amount lent and the repayment demanded in certain situations prompted regulatory restrictions in the name of the public interest and the protection of debtors, anticipating concerns that would later assume a central place in modern legislation on credit.[44]

In fact, the *mutuum* contract did not remain confined to its original function. From this initial informal model based on trust, it gradually underwent transformations until it became a typified contract, protected by the legal order and consolidated as a unilateral contract of *ius strictum*, subject to legal mechanisms ensuring its enforcement.[45]

---

43 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

44 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464.

45 SILVA, A. F., & Rocha, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno*. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3*(2), 1-22.

The increasing sophistication of the Roman economy gave rise to a functional duality in the use of *mutuum*, which came to operate both as an instrument of consumption and as a means of investment. Alongside the traditional *mutuum pauperum*, typical of the economically weaker strata and intended to meet immediate needs, a new form of *mutuum* emerged, directed toward the financing of commercial and entrepreneurial activities. This development was closely connected with the growth of banking activities, marked by the appearance of *argentarii* and *coactores argentarii*, professionals who intermediated credit operations and advanced sums for acquisitions at public and private auctions. These agents, comparable in some respects to modern banks, operated with instruments such as bills of exchange, systems of guarantee, and increasingly sophisticated accounting techniques. This evolution shows that, even while retaining its structure as a real contract based on the *datio rei*, *mutuum* became compatible with a wide range of financial transactions, responding to the expanding demands of Roman economic life.[46]

Its regulation ultimately led to the creation of specific actions by the praetor to ensure the restitution of the thing lent, among which the *condictio* was particularly significant. This procedural remedy allowed the lender to demand from the borrower the return of the loaned property, on the basis that the defendant held a thing which, under the law, he was bound to restore to the claimant. Accordingly, the *condictio* must be understood within the framework of contracts of *ius strictum*, where the judicial decision was confined to the

[46] SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

application of the formally established rule, without recourse, unlike in other real contracts, to considerations of equity.[47,48]

As *mutuum* became increasingly frequent in commercial and financial transactions, a growing tension emerged between the rigidity of its structure as a real contract, dependent on the *datio rei*, and the new practical demands of commerce, which required more rapid and effective solutions. Roman law never formally recognised a consensual *mutuum*, yet the sources reveal a gradual enhancement of the role of the parties' will, particularly through the use of legal devices such as the *stipulatio*, which made it possible to reinforce the obligatory bond even before the delivery of the thing. Thus, although the traditional model based on the *datio mutui* continued to prevail, a clear doctrinal tendency developed toward overcoming the limitations imposed by *realitas*, paving the way for more flexible legal formulations, better suited to the expanding financial practice. This tension between formal structure and the autonomy of the parties' will, therefore, characterises the final stage in the development of *mutuum* within the Roman legal system, while, at the same time,

47 ZIMMERMANN, R. (2016). *Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo, 7, 1-30.*

48 According to WATSON, A. (1971). *Roman Private Law around 200 B.C.* (pp. 126-127). Edinburgh, it is also important to highlight the introduction of the *legis actio per condictionem*, which established a specific mechanism for the restitution of sums of money through the *lex Silia*; subsequently, the *lex Calpurnia* extended the application of the *condictio* to cover the return of other defined objects. This implies that the *lex Silia* must have been prior, as the need for a specific law regarding money would otherwise have been redundant.

foreshadowing later doctrinal debates concerning the concept of contract.[49]

At this final stage in the development of the Roman *mutuum*, one can observe a tension between the traditional formalism centred on the requirement of *datio rei* and the gradual acceptance of more flexible contractual mechanisms grounded in the autonomy of the parties' will. In this context, *stipulatio* came to play a significant role as a means of reinforcing obligations arising from prior agreements, making it possible to anticipate obligatory effects even before the delivery of the thing.

As can be observed in the later legal experience of the Roman Empire, *mutuum* remained a central institution in the granting of credit, but gradually became more permeable to flexible practices and interpretations, particularly in a context of increasing commercial complexity. This coexistence between formal structure and the will of the parties reveals the hybrid character of Roman *mutuum*, as an institution situated between the model of *ius strictum* and the principles of modern contractual consensualism, thereby anticipating foundations that would later be consolidated within the Western legal tradition.[50]

4.1. Constitutive Elements of the Mutuum Contract

As noted above, the *mutuum* contract was a unilateral contract through which one party received ownership of a certain *pecunia* or

[49] SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

[50] C*fr.* BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II.

of another fungible thing, thereby assuming the obligation to return an equal quantity of the same kind and quality. It may therefore be considered that the contract was constituted by three fundamental elements: the *conventio*, the *datio rei*, and the object.[51]

The *conventio* consisted in the agreement by which the borrower undertook the obligation to return an equivalent amount of *pecunia* received or goods of the same nature and quality as the *res* that had been lent. Accordingly, it was essential that the agreement established the borrower's duty to restore an equal quantity of money or goods of the same kind and quality as those that had been the object of the loan.

Legal scholarship has recognised that, although *mutuum* was originally based on the delivery of the thing, the agreement of wills soon came to assume a decisive role, influencing the very scope of the obligation arising from the *datio* and allowing the parties to determine elements such as the place and time of restitution.[52]

In fact, the increasing relevance of *conventio* as an autonomous normative element within *mutuum* is also attested by the Roman sources, which show how the mere agreement between the parties

---

51 SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa* (pp. 353-354). Lisboa: Petrony.

52 This recognition of the autonomy and relevance of the *conventio* was further reinforced by Roman banking practice, particularly in transactions involving the *argentarii*, where the place of restitution, and even clauses concerning the possible charging of interest, were often stipulated from the outset. Although *mutuum* remained a contract of *ius strictum*, the praetor allowed ancillary agreements which, without altering the legal structure of the contract, could modulate the terms of restitution, thereby illustrating the growing influence of the parties' contractual will within the framework of the obligations law. BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II.

could determine not only ancillary aspects but also decisive elements of the obligatory bond, such as the *locus solutionis*, even where this did not result from a formal stipulation.[53]

For its part, an understanding of *datio rei* requires a prior analysis of the general structure of *mutuum* as a real contract, whose completion depended upon the delivery of the thing lent. In the Roman legal context, *mutuum* was regarded as a real contract whose perfection required the delivery (*datio*) of the object. From that moment, ownership of the fungible goods was transferred to the borrower, giving rise to the obligation to return an equivalent in kind and quality.

This structure implied that the lender had to be the owner of the thing lent and possess the legal capacity to transfer it. Roman jurisprudence addressed this reality under the designation *datio mutui*, an expression that emphasised the material character of delivery as the constitutive condition of the obligatory relationship. The borrower became the owner of the thing lent, assumed the risk of its loss (*periculum*), and was free to dispose of it, provided that restitution was ensured, generally within the agreed period. Restitution could be claimed through the action *condictio*, which was based on the equivalence between the thing delivered and that which had to be returned, reflecting the logic characteristic of unilateral contracts and of *ius strictum*.

This essential requirement of the transfer of ownership through delivery distinguished *mutuum* from *depositum*. Although both were

53 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 40 e ss.). G. Giappichelli Editore.

real and gratuitous contracts, *mutuum* differed from *depositum* not only because it was a unilateral contract, but above all because its fundamental legal effect consisted in the transfer of ownership between the parties.[54]

This distinction could, however, become blurred when the deposit concerned fungible goods, since, if the depositary was permitted to use the thing, the relationship would in fact correspond to a *mutuum* rather than to a true deposit:

> "*Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*"[55]

In fact, this fragment shows that, once the depositary was authorised to use the fungible goods delivered, even if they had not been physically moved, the jurists Nerva, Proculus, and Marcellus considered that the situation should be treated as a *mutuum*. This was because the depositary came to possess the goods *animo domini*, that is, with the intention of acting as their owner. Such a change in the

54 SANTO JUSTO, A. (2009). *O Depósito no Direito Romano – Algumas marcas romanas no Direito Português* (p. 28). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*.

55 D.12.1.9.9, PAUL. 2 ad Ed. Our translation: "I deposited ten [coins] with you; afterwards, I allowed you to use them. Nerva and Proculus maintain that, even before they are moved, they may be claimed as though it were a loan for consumption (*mutuum*), and this is correct, as it also appears to Marcellus, since he began to possess them with the intention [of using them as his own]. Thus, the risk passes to the one who requested the loan, and against him the action *condictio* may be brought."

nature of possession therefore entailed the transfer of the risk (*periculum*) and made it possible to demand restitution through the action *condictio*, thereby confirming the transformation of the deposit into a *mutuum* from a legal standpoint.

Thus, for example, the figure known as *depositum irregularis* was, in reality, a disguised *mutuum*, since the delivery accompanied by *animus transferendi dominii* and the fungible nature of the thing entailed the transfer of ownership and the replacement of the duty of custody with an obligation to restore an equivalent.[56]

In Roman banking practice, the *depositum irregularis* was common in dealings with the *argentarii*, where the depositary was allowed to dispose of the deposited property, undertaking only to return an equivalent amount. This practice effectively produced an assimilation between deposit and *mutuum*, revealing the permeability between juridical categories that were formally distinct but functionally convergent.

This distinction between *mutuum* and *depositum*, centred on the transfer of ownership effected through the *datio rei*, prepares the ground for the analysis of the third essential element of *mutuum*: the *res*.

In fact, the nature of the object lent played a decisive role in the legal configuration of the contract. Historiography has shown that, in the early Roman conception, it was precisely the *res*, as the object of delivery, that possessed sufficient obligatory value to justify, in itself, the emergence of the obligation. This understanding was consistent

56 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 71 e ss.). G. Giappichelli Editore.

with the logic underlying other obligatory situations arising from the delivery of a thing, such as the payment of what was not owed (*solutio indebiti*) or the *datio ob causam*.[57]

Finally, the object of the loan, the thing lent, had to be fungible in nature, since the essence of the transaction laid in the borrower's obligation to return to the lender a thing identical in kind to that which had been lent. Consequently, if the object delivered were non-fungible, restitution in those terms would be impossible, and the relationship could not be classified as a *mutuum* contract.[58]

The requirement of fungibility did not, however, prevent certain goods, though not traditionally fungible, from being treated as such by the parties where there was an intention to restore an equivalent rather than the very same thing. This conceptual flexibility allowed *mutuum* to be adapted to a wider range of practical

---

57 However, the same historiography also shows that the delivery itself could be carried out by a third party, without affecting the attribution of the obligation to the designated lender, provided that the intention manifested at the moment of *traditio* pointed in that direction. Such a situation, far from undermining the real structure of *mutuum*, rather revealed a certain functionalisation of *traditio*, allowing it to be performed *sub nomine* of another, so that the action could be acquired for the benefit of the person in whose name the thing was delivered. This interpretation, grounded in texts attributed to Paulus and Scaevola, confirms that the will of the lender could, in certain circumstances, prevail over the purely material aspect of delivery, giving it a guiding function that made it possible to determine the active subject of the obligatory relationship, even when that person had not physically carried out the *datio*. SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 40 e ss.). G. Giappichelli Editore.

58 The fungibility of the thing lent constituted one of the structural elements of *mutuum*, since the borrower's obligation consisted exclusively in the restitution of an equivalent good, rather than of the very same thing considered individually. TORRENT, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano*. *Revista Internacional de Derecho Romano,* RIDROM, *26*, 550-574.

situations, bringing it closer to other legal figures such as *datio ob causam* and *condictio*, with which it shared the logic of restitution by equivalence. Roman jurisprudence, in addressing these related institutions, confirmed that the transfer of ownership accompanied by an obligation of equivalent restitution could also occur outside the strict framework of *mutuum*, demonstrating how the model of *mutuum* broadly influenced the development of obligations arising from the delivery of a thing.[59]

4.2. Characteristics of the Mutuum Contract

Although, in its origins, the *mutuum* contract was essentially gratuitous, the charging of interest was gradually admitted, albeit always subject to an additional degree of formalism. In classical Roman law, interest (*usura*) did not arise automatically from the nature of the loan; rather, it required an express supplementary agreement, generally concluded through an autonomous *stipulatio*, distinct from the mere *datio rei*. *Usura* was thus understood either as the price for the use of money (*usus aeris*) or as compensation for the risk borne by the lender (*sortis periculum*), as reflected in fragments attributed to Paulus and Papinian. Only with the development of the Justinianic system did the charging of interest come to be recognised more broadly in law, even in the absence of a prior written agreement.

[59] LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464.

In its primitive form, *mutuum* was essentially gratuitous, a characteristic that resulted not only from technical or procedural considerations but also from ethical foundations deeply rooted in Roman legal thought. This gratuitous nature reflected a clear moral stance, as profit derived from lending was viewed with suspicion by jurists and legislators. This attitude is evidenced by the severe penalties established in the Twelve Tables against the *feneratores*, whose activity was equated with that of manifest thieves and punished with particularly harsh sanctions. The early system of remedies for non-performance, relied on strict actions, such as the *actio sacramenti* and, later, the *condictio*, both aimed at securing the simple restitution of what had been delivered.[60]

This aversion to unjustified profit was also reflected in strict measures such as the *senatusconsultum Macedonianum*, which prohibited the judicial enforcement of debts contracted by *filii familias*, precisely in order to prevent abuses by creditors. Roman legislation thus sought to distinguish between legitimate loans and usurious practices, tolerating *foenus* only when previously stipulated, at defined rates and within certain legal limits.[61]

Moreover, the *mutuum* contract displayed a clearly unilateral structure, as it originated from a legal relationship that was itself strictly unilateral, in which the only obligation rested with the

60 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 23 e ss.). G. Giappichelli Editore.

61 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464.

borrower, consisting in the duty to return to the lender a thing of the same kind and quantity.

This configuration reinforced the gratuitous character of the contract, implying that the value of the thing delivered by the lender determined the maximum amount to be restored, although nothing prevented the restitution of a lesser amount. Only the upper limit of the prestation was fixed by the value of the thing lent, since the absence of an agreement on interest excluded any increase in the amount to be returned.[62]

The distinction between the various ways in which obligations could arise in Roman law was already the subject of reflection in the classical period, as evidenced by Ulpian when citing Labeo in the context of the *edictum praetoris urbani*. According to this doctrine, certain situations are regarded as "done" (*agantur*), others as "carried out" (*gerantur*), and others as "contracted" (*contrahantur*). The term *actum* thus designates, in a general sense, any act capable of producing legal effects, whether verbal or real, as occurs in the *stipulatio* or in the *numeratio*. By contrast, *contractum* refers to a bilateral obligation arising from an agreement of wills, as in sale, lease, or partnership. The term *gestum*, in turn, denotes an act performed without verbal formalisation, as occurs in certain real contracts. This tripartite distinction helps to clarify the unilateral structure of *mutuum*, which, not being a bilateral *contractum* but

62 However, according to SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa (p. 354)*. Petrony, the borrower's obligation to pay interest may derive from another legal relationship initially created through a formal contract (ordinarily a stipulatio usurarum and, later, probably through a literal contract).

rather a contract of *ius strictum*, was closer in nature to *gestum*, even though it was formalised through the *datio rei* and could be reinforced by verbal mechanisms such as the *stipulatio*.[63]

Despite this, the principle of gratuitousness admitted several exceptions. Notable among these were loans of goods, loans granted by cities, loans provided by banks, and maritime loans to shipowners or merchants (*foenus nauticum*). In fact, within the Roman society, the activity of granting loans with interest developed considerably and came to be clearly regulated by law.[64]

This activity, however, was not free from controversy. The excessive charging of interest, the so-called *foenus excessivum*, was subject to significant legal restrictions, particularly concerning the maximum permissible rate (*usurae legitimae*), the requirement of written stipulation, and the possible nullity of the loan where such limits were exceeded. The repression of excessive profit was grounded in an ethical conception of *mutuum* as an instrument of assistance rather than exploitation. This approach was also reflected in the regulation of *foenus nauticum*, which was permitted only in specific contexts, such as the financing of maritime ventures, where the high level of risk justified the additional premium.

---

63 D. 50.16.19 (Ulp. 11 ad edictum).

64 According to SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa*. Petrony, at the time of the Law of the Twelve Tables, interest amounted to 8.33% per month. Subsequently, several laws reduced and even prohibited this practice: by the end of the Republic, the maximum limit had been fixed at 12% per year, and Justinian later reduced it to 6%, with certain exceptions. For example, interest on loans granted to owners of workshops could not exceed 8%, and where the debtor was a person of high rank the limit was set at one third of 1% per month. From the third century onwards, imperial legislation also established the principle that the total amount of accrued interest could not exceed the capital.

Roman jurisprudence expressly recognised the validity of *mutuum* with interest, provided that the interest was properly stipulated and did not exceed the authorised rates. Such stipulations could take the form of ancillary clauses attached to the principal contract or be formalised through a *stipulatio usurarum*, a separate verbal contract that fixed the amount and duration of the interest. This solution made it possible to reconcile the unilateral and originally gratuitous structure of the traditional *mutuum* with the practical need to remunerate credit in economic activities, particularly through the *foenus nauticum*, in which the creditor assumed the risk associated with the maritime voyage.[65]

Moreover, Roman *mutuum* was, above all, a real contract, whose completion depended on the effective delivery of the thing, without which no obligation of restitution arose. This structural characteristic was reflected, for example, in the requirement of *numeratio*, that is, the actual delivery of the sum lent to the debtor, in the absence of which no enforceable legal bond came into existence.[66]

---

65 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464.

66 The informality of the *mutuum* and the trust between the parties thus proved incompatible with the figure of a promise to lend, the admission of which would run counter to the very nature of the transaction. The later practice of preceding the delivery of the money with a verbal stipulation, giving rise to the figure of the *non numerata pecunia*, called into question the validity and enforceability of such promises when the borrower had not yet received the sum. Although the *stipulatio* could, in the abstract, generate a formally enforceable obligation, Roman jurists recognised that it would be unjust to require the restitution of sums that had never been delivered, and therefore admitted the possibility for the debtor to defend himself through specific remedies such as the *exceptio doli* and, later, the *exceptio non numeratae pecuniae*. SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 107 e ss.). G. Giappichelli Editore.

The requirement of *numeratio* was so central that, in the absence of proof of delivery, the existence of a *mutuum* was not admitted, even where a prior agreement between the parties could be established. This rigidity shows that, within the Roman model, the material completion of the contract preceded any legal effect, thereby excluding the possibility of a purely consensual *mutuum*.[67]

Nevertheless, the conditions required for the validity of *mutuum* were the following: a) The object of the loan had to consist of things capable of being weighed, counted, or measured, such as wine, grain, oil, among others; b) The things delivered to the borrower had to be transferred with the title of ownership (*mutui datio*). The transfer of ownership was effected through *traditio*; c) There had to be an agreement of wills between the parties concerning the loan, an agreement between creditor and debtor whereby the debtor undertook to repay what had been received within the agreed period, in the same quantity and quality. This agreement did not allow the borrower to return more than had been received, since the obligation arose from the delivery of the thing itself.

4.3. Legal Protection of the Mutuum Contract

In the event of non-performance by the borrower, the lender, although not protected by a specific action created exclusively for

[67] BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II.

mutuum, could rely on one of two actions to assert his right: the *actio certae creditae pecuniae* or the *condictio triticaria* (or *condictio certae rei*).[68]

Where the object of the *mutuum* consisted of a sum of money, the lender could bring the *actio certae creditae pecuniae*, an action aimed at recovering a specific amount of money owed to the creditor. By contrast, the *condictio triticaria* (or *condictio certae rei*) was the action used to recover an equivalent quantity and quality of fungible goods previously delivered by the lender to the borrower, where the object of the loan consisted of fungible things other than money.[69,70,]

The *actio certae creditae pecuniae* and the *condictio triticaria* were both typical actions of the formalistic Roman system of justice, structured according to rigid procedural models and suited to the protection of purely patrimonial interests. These actions, grounded in the restitution of fungible goods, were limited to the proof of the *datio* and of the precise amount of the obligation to restore, leaving no room for equitable or discretionary assessment by the judge.

They followed the logic of contracts of *ius strictum*, being confined to the application of formally established rules, without regard to considerations of equity, unlike what occurred in contracts of *bonae fidei*. This procedural rigidity in the treatment of *mutuum*

---

68 SILVA, A. F., & ROCHA, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno*. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3(2)*, 1-22.

69 SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa*. Petrony

70 ZIMMERMANN, R. (2016). *Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo, 7, 1-30*, clarifies that the *actio certae creditae pecuniae* and the *condictio triticaria* were the actions used to ensure the restitution of borrowed values, functioning as procedural mechanisms through which lenders were protected in Roman law.

within Roman law was consistent with its character as a unilateral and formal contract, whose legal protection rested exclusively on the verification of the delivery (*datio rei*) and of the corresponding obligation.[71,72]

This same rigidity is confirmed by the legal sources themselves, particularly in D.12.1.11, §1, where Ulpian, citing Proculus, states that if ten coins are delivered to the borrower under an agreement that only nine are owed, the borrower cannot be compelled, as a matter of strict law, to pay more than nine. Conversely, if it is stipulated that, for ten received, eleven are to be repaid, the lender may not claim more than the amount actually delivered:

> "*Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*".[73]

In other hand, in D.45.1.68, the view is reinforced that, even where a prior agreement exists, the effects of the promise are strictly

---

71 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464.

72 In fact, *mutuum* occupied a singular position in Roman law, since the borrower's obligation was determined exclusively by the contract itself, leaving no room for judicial consideration of possible difficulties or personal circumstances affecting the debtor. The judge could not modify the terms of the contract, but was required to decide solely on the basis of the strict observance of the obligation undertaken by the borrower. TORRENT, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano,* RIDROM, *26*, 550-574.

73 D.12.1.11.1, ULPIANUS. 26 ad Ed. Our translation: "If I give you ten [coins] so that you must owe nine, Proculus says, rightly, that you do not owe, as a matter of strict law, more than nine. But if I give them to you in such a way that you must owe eleven, Proculus maintains that it is not possible to claim from you more than ten."

delimited, and protection may extend only to obligations that are certain and precisely determined:

> "*Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: "pecuniam te mihi crediturum spondes?", incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*"[74]

These texts illustrate the rigorous application of *ius strictum* to the *mutuum* contract, focusing the protection of the lender on the effective delivery of the thing and on the exact identity of the obligation undertaken.[75]

However, despite the rigidity of the protection afforded by the actions available to the lender, namely the *actio certae creditae pecuniae* and the *condictio triticaria*, Roman commercial practice occasionally sought to circumvent the strict requirements of the real contract through the use of the *stipulatio*. The formal promise to grant a *mutuum*, although initially viewed with reservation by the legal tradition, was known and admitted in classical Roman law, particularly when accompanied by a penal clause.

As the jurist Paulus observed in D.45.1.68, where a penalty was stipulated for the non-performance of a promise to grant a *mutuum*, such a stipulation could give rise to a definite and enforceable

---

74 D.45.1.68, PAUL. 2 ad Ed. Our translation: "If I have stipulated a penalty in the event that you do not grant me the *mutuum*, the *stipulatio* is certain and valid. But if I have stipulated in this way: "Do you promise that you will grant me the loan?", the *stipulatio* is uncertain, because what enters into the *stipulatio* is that which is of interest to me (*id quod mea interest*).'"

75 SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 136 e ss. e 149 e ss.). G. Giappichelli Editore.

obligation, otherwise, only the actual loss suffered by the promisee, *id quod interest*, could be recovered.[76]

The *stipulatio* thus emerged as a useful instrument for anticipating the obligatory effects of *mutuum*, enabling the creditor to secure the performance of the agreement even before the effective delivery of the thing. Although characterised by its verbal formalism, this device helped to mitigate the rigidity of *mutuum* as a real contract, bringing it closer to more flexible forms of contractual arrangement.

This flexibility introduced through the *stipulatio*, although exceptional, reveals an attempt by the Roman system to adapt to the demands of commercial practice, particularly in situations where the delivery of the thing had not yet taken place. In the context of *mutuum*, this development reflects a certain openness of the Roman legal system to forms less dependent on the materiality of the *datio* and more oriented toward consensuality.

5. Conclusion

The analysis undertaken allows the conclusion that the *mutuum* contract represents one of the most significant institutions of Roman law within the field of obligations, not only because of the frequency of its practical use, but above all, due to the doctrinal importance it

[76] This legal solution reaffirms the distinction between the real contract of *mutuum* and its mere promise, the protection of which did not allow the promisor to be compelled to deliver the sum, but only to compensate for the loss caused by the breach. Roman jurisprudence thus recognised limits to the possibility of coercive protection of the lender when the *numeratio* had not yet been carried out, thereby reinforcing the centrality of tradition and delivery of the thing as a requirement for the obligation of restitution. SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale* (pp. 145 e ss.). G. Giappichelli Editore.

assumed in the historical formation of Western contractual thought. *Mutuum* illustrates particularly clearly the logic of the Roman legal system, characterised by a typified structure of the sources of obligations, by strong formalism, and by the central role of the *datio rei* as the constitutive element of the obligatory bond.

It was observed that the origin of *mutuum* precedes its conceptual autonomy as a contract. Before emerging as a technically defined legal institution, *mutuum* existed as a social practice of assistance, grounded in trust and reciprocity, particularly within agricultural contexts and situations of scarcity. Only gradually, and in connection with the economic and commercial development of Rome, was this practice absorbed into the legal order, becoming integrated within the category of real contracts and benefiting from its own procedural protection.

From a structural perspective, *mutuum* established itself as a unilateral, real contract of *ius strictum*. Its completion depended on the delivery of a fungible thing and the transfer of the corresponding ownership to the borrower, from which arose the obligation to return an equivalent in kind and quality. This configuration shows that, in the classical Roman model, the mere agreement of wills was insufficient to generate the obligatory bond, clearly distinguishing *mutuum* from modern conceptions based on the predominance of consensus. Nevertheless, the evolution of the sources reveals a growing recognition of the importance of *conventio*, as well as the use of complementary instruments, such as *stipulatio*, capable of reinforcing or anticipating obligatory effects.

The functional transformation of *mutuum* constitutes another central aspect of its development. From a primitive instrument of solidarity and subsistence, *mutuum* came to play a significant role in financing economic activity, accompanying the commercial, urban, and banking expansion of Rome. This change contributed to its increasing legal sophistication and to the emergence of new tensions between the rigidity of the contract's formal structure and the practical demands of an expanding economy. The regulation of interest, the limitations imposed on *foenus*, and the normative intervention against usury further demonstrate that *mutuum* also lay at the centre of ethical, social, and political concerns.

From a procedural standpoint, the legal protection afforded to *mutuum* confirms its classification within the framework of *ius strictum*. The *actio certae creditae pecuniae* and the *condictio triticaria* reflected a form of protection based on proof of delivery and on the precise determination of the prestation owed, leaving little room for considerations of equity. This regime reveals an internal coherence between the nature of the contract and the legal mechanisms available for its enforcement, reinforcing the idea that *mutuum* was conceived in Roman law as a strictly defined institution, albeit one capable of functional adaptation.

In summary, the study of Roman *mutuum* shows that this institution played a decisive role in the formation of the dogmatics of obligations, constituting a fundamental link between archaic economic practices and the construction of legal categories that continue to structure private law today. Its development reveals not only the capacity of Roman law to respond to the concrete needs of

social and economic life, but also the depth of its influence on the European legal tradition. The *mutuum* contract should therefore be understood as a historically dynamic, legally sophisticated institution that is doctrinally central to the understanding of obligations law.

Bibliography

A. Sources of Roman and Historical Law

A1. Pre-Justinian Sources

- Gaius Institutiones

3.90 — *remission:* note n.º 33.

A2. Justinianic Sources (Corpus Iuris Civilis)

- Digesta

12.1.9.9 (*Paulus 2 ad Ed.*) — *remission:* note n.º 55.

12.1.11.1 (*Ulp. 26 ad Ed.*) — *remission:* note n.º 73.

45.1.68 (*Paulus 2 ad Ed.*) — *remission:* note n.º 74.

50.16.19 (*Ulp. 11 ad Ed.*) — *remission:* note n.º 63.

B. Doctrinal Sources and Monographs

- ALMEIDA COSTA, M. J. (2022). *Direito das Obrigações* (12.ª ed.). Coimbra: Almedina.

- BRAMANTE, M. V. (2008). *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*. Università degli Studi di Napoli Federico II. Available at: http://www.fedoa.unina.it

- DA CUNHA LOPES, T. M. G., & Chavira Villagómez, R. (2018). *De las obligaciones del contrato en derecho romano*. Revista Internacional de

Ciencias Jurídicas. Available at: https://revistainternacionalcienciasjuridicas.org

- FERREIRA, B. (2011). *Contratos de créditos bancários e exigibilidade antecipada*. Coimbra: Almedina.

- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2018). *Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho romano*. Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, 426–464. Available at: https://www.ridrom.uclm.es

- MARTÍN, P. (2017). *Intereses de préstamos de dinero: Limitaciones legales y efectos jurídicos en la experiencia romana*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, (39), 387–414. Available at: https://doi.org/10.4067/S0716-54552017000100387

- MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil – VII: Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina.

- MENEZES CORDEIRO, A. (2021). *Tratado de Direito Civil XII: Contratos em Especial* (*Segunda parte*). Coimbra: Almedina.

- MENEZES, M. (2023). *Dos perigos aos riscos: génese e evolução das práticas e discursos dos seguros marítimos (séculos XIII–XVII). História.* Revista da FLUP, IV Série, 13(1), 75–95. Available at: https://doi.org/10.21747/0871164X/hist13_1e1

- MORAES MOTA, M. (2019). *As raízes romanas do contrato.* Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado. Available at: https://www.cidp.pt

- MOREIRA ALVES, J. C. (1998). *A formação do contrato obrigatório - suas raízes romanas.* Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 93, 3-24. Available at:https://revistas.usp.br

- NOVAES HIRONAKA, G. M. F. (1990). *Contratos reais e o princípio do consensualismo.* Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 84(84-85), 79-91. Available at: https://revistas.usp.br

- PANERO GUTIÉRREZ, R. (2004). *Derecho Romano* (3.ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- PIRES DE LIMA, J., & ANTUNES VARELA, M. (1997). *Código Civil anotado* (4.ª ed., Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.

- SACCOCCIO, A. (2020). *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale*. Torino: G. Giappichelli Editore. Disponível em: https://www.giappichelli.it

- SANTO JUSTO, A. (2017). *Manual de Contratos Civis – Vertentes Romana e Portuguesa*. Lisboa: Petrony.

- SANTO JUSTO, A. (2009). *O Depósito no Direito Romano – Algumas marcas romanas no Direito Português* (p. 28). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*.

- SANTO JUSTO, A. (2011). *O mútuo no Direito Romano - Algumas notas romanas no Direito Português*. Coimbra: Almedina.

- SILVA, A. F., & ROCHA, M. V. (2017). *O contrato no Direito Romano à contemporaneidade: Uma análise evolutiva do sistema contratual moderno.* Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 3(2). Available at: https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0243/2017.v3i2.2517

- TORRENT RUÍZ, A. (2021). *La noción de contrato en Derecho Romano.* Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM, (26), 550-574. Available at: http://www.ridrom.uclm.es

- VASCONCELOS RAPOSO, J. (2016). *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira – A "dação potestativa" como solução?* Coimbra: Almedina

- WATSON, A. (1971). *Roman Private Law around 200 B.C.* Edinburgh.

- ZIMMERMANN, R. (2016). *Direito romano e cultura europeia.* Revista de Direito Civil Contemporâneo, (7). Available at: *https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com*

Universidad de Oviedo

RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción: 25/06/2026	Fecha de aceptación: 17/10/2026
Palabras clave: *dos; res uxoria; repudium; divortium; pacta dotalia; pactos en previsión de la crisis familiar.*	**Keywords:** *dos; res uxoria; repudium; divortium; pacta dotalia; prenuptial agreements.*

CC BY NC ND

'UXORES DOTATAE'. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: DE LOS *PACTA DOTALIA* EN EL DERECHO ROMANO A LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ITALIANO Y ESPAÑOL

'UXORES DOTATAE'. LIMITS TO SPOUSAL AUTONOMY UPON DISSOLUTION OF MARRIAGE: FROM THE *PACTA DOTALIA* IN THE ROMAN LAW TO PREMARITAL AGREEMENTS IN THE ITALIAN AND SPANISH LEGAL SYSTEMS

Fausto Giumetti
Profesor Asociado de Derecho Romano y Fundamentos del Derecho Europeo.
Universidades de Nápoles Federico II.
https://orcid.org/0009-0005-0875-8734

(GIUMETTI, Fausto. 'Uxores dotatae' límites a la autonomía de los cónyuges en caso de disolución del matrimonio: de los *pacta dotalia* en el derecho romano a los acuerdos prematrimoniales en los ordenamientos jurídicos italiano y español. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970. Pp. 470-546. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

El trabajo combina una perspectiva diacrónica y otra sincrónica. En la primera, busca en el derecho romano los antecedentes de los actuales pactos en previsión de la crisis familiar, especialmente en los *pacta dotalia*, acuerdos sobre el importe y la restitución de la dote. En la segunda, compara las experiencias italiana y española para mostrar cómo dos ordenamientos de matriz romanista responden de modo diverso a demandas similares. Las conclusiones destacan continuidades y rupturas y promueven una armonización jurídica en materia de crisis conyugal ante nuevas realidades familiares.

Abstract:

The paper follows two trajectories: a diachronic one, tracing in Roman law the antecedents of modern agreements anticipating family breakdown – especially the *pacta dotalia*, which regulated the amount and restitution of the dos – and a synchronic one, comparing Italian and Spanish contemporary legal systems. This contrast shows how two romanist based jurisdictions respond differently to similar demands. The conclusion highlights continuities and ruptures with the past and promotes legal harmonization in the sensitive field of marital breakdown amid new family realities.

SUMARIO: I. Premisa. II. *Dos* y *res uxoria*. ¿A quién pertenecen los bienes dotales? III. Autonomía negocial y repetición de la dote. IV. Modelos ejemplificativos de *pacta dotalia*. V. Los cierres del derecho italiano y las aperturas del derecho español a los acuerdos prematrimoniales. VI. Conclusiones: de los *pacta dotalia* a los pactos en previsión de la crisis familiar.

I. PREMISA.

En Europa, la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges ha seguido trayectorias a menudo divergentes, aun partiendo de un sustrato común propio de la tradición civilista que deriva del derecho romano.

Los distintos ordenamientos han atribuido al matrimonio una función compuesta (institucional, económica y, en medida variable, negocial), generando modelos que oscilan entre una orientación marcadamente publicista y una mayor valorización de la autonomía privada[1].

En Alemania ha prevalecido una concepción del matrimonio como acuerdo civil flexible, en el que la libertad de los cónyuges para

[1] Vid. SCHLIPFINGER, D., *Patti prematrimoniali attraverso il prisma pubblicistico o negoziale: uno studio comparatistico*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 24 febrero 2026, pp. 504-545; BARBA, V., *Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán*, en *Anuario de Derecho Civil*, 74, 2021, pp. 21-82.

definir anticipadamente la configuración patrimonial se combina con mecanismos destinados a proteger a las partes más vulnerables.
La experiencia francesa, aunque arraigada en una sólida tradición civilista, ha atravesado fases alternas: desde períodos caracterizados por formalismo y fuerte intervención estatal hasta momentos de progresiva apertura a la negociación privada, alcanzando en la actualidad un equilibrio entre autonomía contractual y tutela de los derechos fundamentales.

España, históricamente orientada hacia una lectura publicista del matrimonio y un control estatal intenso de las relaciones conyugales, ha ido atenuando gradualmente dicha perspectiva, reconociendo a los cónyuges espacios significativos para la planificación preventiva de sus relaciones económicas.

El ordenamiento italiano[2] – como veremos en la segunda parte del presente estudio – por el contrario, partiendo de premisas marcadamente conservadoras, ha negado sustancialmente la admisibilidad de tales acuerdos, confinando la intervención negocial de los cónyuges a la regulación de aspectos circunscritos y marginales[3]; si bien la Corte di Cassazione italiana, con la sentencia

[2] Conviene recordar que con la reforma de 1975, junto con un modelo denominado verticalista de familia, se suprime también la dote. En efecto, mediante el art. 166 bis del Código civil («Divieto di costituzione di dote»), la reforma de 1975 eliminó del ordenamiento el instituto de la dote y prohibió su constitución, limitando así, en este punto, las convenciones matrimoniales. Las dotes y los patrimonios familiares constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley n.º 151 de 1975 continúan rigiéndose, conforme a la propia ley (art. 227), por las normas anteriores.

[3] Vid. OBERTO, G., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 1999; PATTI,

n.º 20415 de 21 de julio de 2025, ha reconocido la validez de un acuerdo patrimonial estipulado en previsión de una futura separación, siempre que no esté causado por la crisis de la relación, marcando así un giro hacia una forma de privatización controlada del derecho de familia italiano.

Esta evolución, sin embargo, se ha acompañado del mantenimiento de un núcleo de valores esenciales (protección de los sujetos vulnerables, salvaguardia de la solidaridad conyugal) que continúa orientando la disciplina vigente.

En estas experiencias jurídicas, los acuerdos prematrimoniales aparecen como consecuencia de la moderna *contractualización del derecho de familia* y, por tanto, se entienden como fenómenos característicos de la contemporaneidad.

Esta impresión se debe a que el análisis histórico se concentra con frecuencia casi exclusivamente en los dos últimos siglos, a partir de la Revolución francesa y del *Code Napoléon*, dejando en segundo plano las tradiciones jurídicas anteriores. En una perspectiva tan limitada, la contractualización aparece como una innovación reciente; sin embargo, constituye el resultado de un proceso evolutivo mucho más prolongado, en el que ya el derecho romano, junto con las prácticas medievales y renacentistas, reconocía amplios márgenes de

S., *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, en ZATTI, P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, III, *Regime patrimoniale della famiglia*², Milano, Giuffrè, 2012, pp. 3-27; BARBA, V., *Los pactos prematrimoniales*, op. cit., 21-82.

autonomía en la configuración de las relaciones patrimoniales y de las formas de unión familiar.

Por consiguiente, la investigación partirá de la experiencia jurídica romana, deteniéndose en particular en los *pacta dotalia*[4] y en su función y eficacia en los supuestos de disolución del matrimonio, para pasar después a comparar esta experiencia con la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en los ordenamientos italiano y español.

Pues bien, la comparación diacrónica, que permite al intérprete moderno, aún más si se combina con la comparación sincrónica, superar cualquier cerco especializado, demuestra que la resolución negocial de la conflictividad de matriz patrimonial derivada de la disolución del matrimonio es una circunstancia nada reciente y que nació precisamente del esfuerzo por disciplinar la dote. Basta pensar que ya desde mediados del siglo III a. C. y posteriormente en los siglos sucesivos, legisladores, juristas, abogados, jueces y profesores de derecho se ocuparon, cada uno dentro de su propio ámbito de actuación, del problema relativo al destino de los bienes conferidos a título dotal en caso de ruptura del vínculo conyugal.

II. *DOS* Y *RES UXORIA*. ¿A QUIÉN PERTENECEN LOS BIENES DOTALES?

4 SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., *The Principle of not Lessening the Rights of the Wife in the Pacta Dotalia*, en BERG, R., (ed.), *The Material Sides of Marriage. Women and domestic economies in antiquity*, *Acta Instituti Romani Finlandiae*, 43, 2016, pp. 123-131.

Antes de detenernos en el tema de su repetibilidad, resulta útil aclarar cómo la dote ha modificado a lo largo de los siglos su naturaleza jurídica, aun conservando intacta su altísima relevancia social, hasta el punto de gozar de tutela pública[5]; y de ello se encuentra testimonio en su misma denominación, que pasó de *dos* a *res uxoria*[6].

La evolución terminológica refleja, en este sentido, una transformación más profunda de la función y de la configuración jurídica de la dote, que resulta imprescindible reconstruir antes de abordar su restitución y, más ampliamente, la cuestión de la titularidad de los bienes dotales.

El término originario *dos* estaba etimológicamente vinculado al verbo *dare*, en razón de que la dote se entendía como una o varias cosas o derechos[7] que el *pater familias* de la *nubenda* (en cuyo caso se habla de

5 D. 23, 3, 2 (Paul. 60 *ad ed.*): *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.*

6 CANNATA, C.A., s.v. *Dote (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, 14, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 1-8, spec. 1. En lo que concierne al término *dos*, si se quisiera remitir a una función originaria de la dote entendida como donativo con ocasión de las nupcias, podría suponerse una conexión con el mundo griego, en el cual – según algunos autore – los orígenes de la dote deberían buscarse en el intercambio de dones propio de la época homérica entre el padre de la novia y el esposo; acto que, a su vez, constituiría un vestigio del matrimonio por compra. HARRISON, A.R.W., *Il diritto ad Atene. La famiglia e la proprietà*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2001, p. 47.

7 Conviene precisar que la dote era considerada por los juristas romanos como una *universitas*, un patrimonio contemplado en su globalidad y que, como tal, podía estar sujeto a incrementos o disminuciones de su valor. Precisamente a la luz de ello, se reconocía a la mujer, en sede de restitución de la dote, el derecho a reclamar también aquello que hubiera determinado un aumento del patrimonio dotal; vid. D. 3, 4, 1, 4 (Ulp. 90 *ad Sab.*). En la doctrina CARBONE, M., *Il rescritto dei Severi a Gemina (C. 5.18.1): una risposta apparentemente dissonante*, en *ΚΟΙΝΩΝΙΑ*, 44/1, 2020, pp. 223-234; VARVARO, M., *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei*

dos profecticia), o la propia *nubenda* (si estaba emancipada), o un tercero (en estos dos últimos supuestos se habla de *dos adventicia*), conferían al marido expresamente como dote[8].

Por otro lado, el sintagma *res uxoria* indica «la dote in quanto oggetto di un obbligo di restituzione da parte del marito, sorgente con lo scioglimento del matrimonio»[9], denotando, por tanto, un cambio conceptual mediante el cual la dote adquiere la función distintiva de sostén de la mujer, como precisará Justiniano, para quien ella la posee *ad suos victus suasque alimonias*[10].

De una lectura conjunta de fuentes situadas en épocas muy distantes entre sí emerge, a nuestro juicio, un dato significativo: las diversas

uxoriae, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 167 ss. Las fuentes nos atestiguan la existencia de *servi dotales*: así se denominaban los esclavos que acompañaban a la esposa a la familia del marido y custodiaban la dote (por ejemplo, Plaut., *Asin*. 85–88). Sin embargo, el atributo *dotalis*, referido a la palabra *servus*, podía emplearse también para designar a cualquier esclavo que formara parte de los bienes de la dote, como parece indicar D. 23, 3, 65 (Pomp. 5 *ad Q. Muc*.): *Si legato aut hereditate aliquid servo dotali obvenit, quod testator noluit ad maritum pertinere, id soluto matrimonio reddendum est mulieri.* En la doctrina vid. CSILLAG, P., *I rapporti patrimoniali fra coniugi all'epoca di Augusto*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, IV, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 303–323; SPINA, A., *The heritage dowry in greek-roman practice*, en *RIDROM* [on line], 16, 2016, pp. 38-70.

8 Vid. MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, Palumbo, 2006, p. 225: «Il termine indicava anche una possibile causa di negozi astratti, potendo questi venire impiegati […] appunto *dotis causa*, per la costituzione in dote di beni e diritti».

9 CANNATA, C.A., s.v. *Dote (dir. rom.)*, op. cit., p. 1.

10 C.I. 8.17[18].12.3: *Imp. Iustinianus A. Ihoanni pp. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non dote muliebri, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet, vel a semet ipsa data vel pro ea ab alio.* […]. *D. V k. Dec. Costantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv.cc.* [a. 531].

hipótesis formuladas acerca de la naturaleza de la dote contienen todas «qualche frammento di verità, offuscata dalle imprecisioni»[11], imprecisiones imputables al influjo ejercido por el dogma sistemático sobre sus corifeos, inclinados a encuadrar el proteiforme fenómeno jurídico romano dentro de un sistema que margina las "fuerzas vivas del derecho"[12], las cuales irradian la acción del ser humano a través de una pluralidad de planos. En realidad, si se habla de "sistema" cada vez que se hace referencia al derecho privado romano —sobre todo en relación con institutos dotados de una fuerte connotación social—, es necesario remitirse no a un sistema monolítico articulado mediante una organización axiomático-deductiva, sino a un ordenamiento viviente. Desde esta perspectiva, resultan plenamente compartibles las siguientes palabras de Jakob Fortunat Stagl: «eine Vielzahl mehr oder minder intensiv verknüpfter Einzelsysteme unterschiedlicher Dichte»[13].

Un solo dato es explicitado con absoluta firmeza por Ulpiano: no puede existir dote sin matrimonio, y la *appellatio dotis* no puede aplicarse a aquellas uniones que carecen de los requisitos necesarios para constituir un *matrimonium* válido:

11 LAURIA, M., *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1952, p. 66.

12 NADER, L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, *passim*.

13 STAGL, J.F., *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, p. 236.

D. 23, 3, 3 (Ulp. 63 *ad ed.*): *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest, ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*[14].

La estrecha vinculación entre la dote y la vida conyugal se manifiesta, en sentido inverso, también en aquellas uniones que no podían identificarse legítimamente como matrimonios. En efecto, «questa ragione, come attestano alcuni papiri egiziani, si ricorreva talora ad alcuni espedienti diretti a far conseguire al marito una somma di denaro che avesse la stessa funzione della dote»[15]. El mismo jurista aclara que la validez de una eventual *stipulatio* realizada *propter causam dotis* lleva implícita la condición *si nuptiae fuerint secutae*, de modo que dicha condición se considera incumplida cuando interviene una ruptura formal del compromiso matrimonial:

D. 23, 3, 21 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc 'si nuptiae fuerint secutae', et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae constat: quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur*.

Ulpiano confirma que el destino matrimonial de los bienes prometidos en dote se exterioriza en el hecho de que su exigibilidad se fija a partir del momento mismo de la celebración del vínculo.

---

14 Principio reiterado en varios pasajes del Digesto: D. 12, 4, 8 (Ner. 2 *membr.*); D. 23, 2, 52 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 23, 2, 61 (Pap. 32 *quaest.*); D. 23.3.39.1 (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 41, 9, 1, 3-4 (Ulp. 31 *ad Sab.*); D. 42, 5, 17, 1 (Ulp. 63 *ad ed.*).

15 VARVARO, M., *Studi sulla restituzione*, op. cit., 153 nt. 399; FADDA, C., *Diritto delle persone e della famiglia*. *Corso di diritto romano 1909-1910*, Napoli, Jovene, 1910, p. 374.

De tales bienes el marido, o quien ejerciera potestad sobre él, se convertía en un primer momento en titular exclusivo.

Esta titularidad inicial, sin embargo, no permite por sí sola explicar la compleja posición jurídica que posteriormente se configuró en torno a los bienes dotales, pues el desarrollo histórico del instituto muestra una progresiva limitación de las facultades del marido y una creciente consideración de los intereses de la mujer.

Como ya hemos señalado, el sintagma más tardío *res uxoria*, que con el tiempo sustituyó al vocablo *dos*, contenía ya en su formulación una idea distinta: la de que la mujer permanecía titular de los bienes dotales, con el consiguiente derecho a su restitución en caso de disolución del matrimonio[16]. Y ello porque, si originariamente la función de la *dos* debía ponerse en relación con los matrimonios *cum manu*[17], y era, por tanto, funcional a compensar a la mujer por la pérdida de sus expectativas hereditarias respecto de la familia

16 MARTÍN MORO, M., *Matrimonio, familia y riqueza: la dote como mecanismo de consumación social del vínculo*, en *RIDROM* [on line], 26, 2026, pp. 346-380.

17 El marido adquiría, a título de dote, todo el patrimonio de la esposa *conventa in manu*; al respecto, BECHMANN, A., *Das Römische Dotalrecht*, 1, Erlangen, A. Deichert, 1863, p. 102, excluía que pudiera hablarse de dote en los matrimonios con *conventio in manum*; contra, GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. I – La tradición romanística*, Barcelona, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1982, p. 46: «[…] nada impide afirmar la existencia de la dote en el régimen patrimonial de la *conventio in manum*, que parece, por otra parte, configurar los caracteres primitivos del instituto dotal»; ID., *Ius uxorium. el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 1958, *passim*; sobre el punto, SOLAZZI, S., *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello, Editore Lapi, 1899, pp. 125 ss., quien concluye en sentido afirmativo.

paterna, al pasar a formar parte *loco filiae* de la del marido, posteriormente la *res uxoria*, vinculada a los matrimonios *sine manu* y desaparecida la antigua función, representaba la contribución de la esposa destinada a afrontar los gastos de la vida en común *ad substinenda onera matrimonii*.

El vínculo entre *dos* y *onera matrimonii*, aclara Ulpiano, se ajusta a un principio dictado por la *aequitas*, según el cual, cuando la *res uxoria* fuese fructífera, los frutos correspondían al marido[18], precisamente porque los *onera matrimonii* recaían íntegramente sobre él:

D. 23, 3, 7 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere*[19].

La transición de la *dos* a la *res uxoria* pone así de manifiesto un cambio en la propia función económica y jurídica de la institución: de un patrimonio vinculado a la estructura familiar y sucesoria se pasó progresivamente a concebir la dote como una contribución

18 En la ingente bibliografía sobre el tema, remito —por la atención prestada al régimen dotal de la *uxor cum manu*— a LOBRANO, G., "*Uxor quodammodo domina*". *Riflessioni su Paul. D. 25.2.1*, Sassari, Seminario di diritto romano - Facoltà di Giurisprudenza di Sassari, 1989, pp. 87 ss.

19 Así, cuando se ha conferido en dote un usufructo, los *prudentes* se preguntan si los frutos deben ser restituidos o no. Celso, según refiere Ulpiano, considera que debe atenderse a la convención celebrada y que, en ausencia de una estipulación distinta, la dote se identifica con el derecho de usufructo en sí mismo, y no con los frutos que se perciben: D. 23, 3, 7, 2 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si usus fructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt nec ne. et Celsus libro decimo digestorum ait interesse, quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se ius ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur*.

patrimonial estrechamente relacionada con las necesidades de la vida matrimonial y con los intereses de la mujer.

En razón de esta evolución estructural, diversas han sido las hipótesis sobre la titularidad del patrimonio dotal: algunos autores han supuesto una titularidad exclusiva de la esposa (Salvatore Riccobono[20]; Carlo Alberti Maschi[21]); otros han conjeturado una situación dominical del marido progresivamente debilitada con el paso del tiempo (Emilio Albertario[22]; Vincenzo Arangio-Ruiz[23]); para otros aún, la dote habría constituido un patrimonio marital vinculado a las necesidades de la mujer (Pietro Bonfante[24]; Hans Julius Wolff[25]).

Hubo también quien, como Alfred Söllner[26], sostuvo que la dote habría sido un *Sondervermögen*, es decir, un "patrimonio particular",

---

20 RICCOBONO, S., *Formulae ficticiae a normal means of creating new law*, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis,* 9, 1929, pp. 26-29.

21 MASCHI, C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Giuffrè, 1937, pp. 519 ss. La misma opinión sostiene últimamente FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Coemptio* y *status* de la mujer en el arcaico *ius civile*, en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Tomo VI, 2ª ed. 2025, Ediciones BOE, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-63141301424 y también en *Familia de cognados, familia de agnados e igualdad de sexo*, SCDR 38, 2025, 281-345.

22 ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano* I. *Persone e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1933, pp. 297 ss.

23 ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*[11], Milano, Giuffrè, 1952, pp. 455 ss.

24 BONFANTE, P., *Corso di diritto romano.* I. *Diritto di famiglia, Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò con aggiunta degli indici delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 319 ss.

25 WOLFF, H.J., *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en *ZSS*, 53, 1933, pp. 297-371.

26 SÖLLNER, A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, Böhlau, 1969, pp. 11-70.

una masa de bienes que, aun ingresando en el patrimonio del marido, no se confundía con él (y prueba de ello sería el hecho de que la dote no se computaba en la estimación censitaria del hombre); y quien, como Stagl[27], defendió una cotitularidad (*Konkurrenz*) del mismo derecho por parte de ambos cónyuges sobre los bienes dotales.

La diversidad de estas reconstrucciones doctrinales demuestra que la cuestión de la titularidad no puede resolverse mediante la aplicación retrospectiva de categorías modernas de propiedad. Por el contrario, exige atender a la función concreta que la dote desempeñaba en cada etapa de su evolución y a los mecanismos jurídicos que fueron configurando la posición respectiva de marido y mujer.

En cuanto a los testimonios antiguos sobre la naturaleza de la dote, resulta iluminadora una página de Aulo Gelio (*Noct. Att.* 4, 3)[28],

[27] STAGL, J.F., *Favor dotis*, op. cit. pp. 249 ss. En efecto, existen textos jurisprudenciales clásicos y postclásicos de los que resulta que el marido, aun siendo considerado propietario de la dote, se hallaba imposibilitado para enajenarla si no concurría también el consentimiento de la mujer. Gayo (2.62–63) intenta demostrar que la facultad de enajenar no coincide necesariamente con el derecho de propiedad, y como ejemplo de tal situación aduce precisamente el caso del marido dotatario de un fundo cuya enajenación le está prohibida por disposición legislativa. Esta prohibición aparece aún más claramente si se lee conjuntamente con las *Pauli Sententiae* (2.21.2), donde se afirma que la *lex Iulia de adulteriis coercendis* imponía al marido una prohibición expresa de enajenar el fundo itálico constituido en dote sin el consentimiento de la esposa; de modo que el acto de enajenación realizado por el marido sin la voluntad expresa de la mujer habría sido nulo, y del mismo modo habría sido nulo si quien se hubiera sustituido a la mujer hubiera sido su padre (vid. D. 23, 5, 12, 1 [Pap. 1 *de adult.*]).

[28] Sobre la fiabilidad del *antiquarius* como fuente de conocimiento jurídico, pueden consultarse: D'ALESSIO, R., *Note su Gellio, diritto e giurisprudenza*, en *Seminario Complutense de Derecho Romano*, 27, 2014, pp. 447-475; ID., *Il diritto di Gellio*, en *Index*, 49, 2021, pp. 56-63; ATORINO, A., BALESTRA, G.,

donde el escritor narra la célebre historia[29] de Spurio Carvilio Ruga, quien introdujo en el ordenamiento jurídico romano las *cautiones rei uxoriae* (quizá de derivación griega) destinadas a garantizar la recuperación total o parcial de la dote en caso de *repudium*[30]. Se trataba, entre otras cosas, de un *repudium* del todo inusual, por no ser imputable a una causa típica: en efecto, Spurio Carvilio Ruga, ante la esterilidad de su esposa, habiendo debido declarar bajo juramento que tomaba a aquella mujer *liberorum quaerendorum gratia*, se valió de

---

D'ALESSIO, R. (curr.), *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo. Gellio, Notti Attiche 12.7*, Lecce, Grifo editore, *passim*.

29 Vid. WATSON, A., *The Divorce of Carvilius Ruga*, en *TJD*, 33, 1965, pp. 38-50; AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en en Roma*, en *REHJ*, 30, 2018, pp. 37-46. En este contexto se asistió a un recurso abusivo al *consilium domesticum*, utilizado (mediante un auténtico sofisma, ya ilustrado por Friedrich Carl von Savigny, *Ueber die erste Ehescheidung in Rom*, en *Vermischte Schriften*, I, Berlin, Veit. Und Comp., 1850, pp. 81-93) para expulsar de la *familia* a una mujer *in manu*, estéril pero carente de culpas típicas. Las fuentes que tratan el episodio son: Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.25; Gell., *Noct. Att.* 4.3; Val. Max. 2.1.3–4; Plut., *Rom.* 14; Tertull., *De monog.* 9; *Apol.* 6.6.

30 A partir de mediados del siglo III a. C., y cada vez más en los siglos sucesivos, la consistencia patrimonial femenina, expresada en la dote, pero también en bienes de disponibilidad duradera de la propia esposa, representaba un atractivo objetivo para quienes contaban con tales recursos para resolver sus precarias condiciones económicas; a título meramente ejemplificativo, baste pensar en Terencia, que aportó a Cicerón una dote considerable de la cual el orador tomó mucho para la construcción de su *cursus honorum*. A este respecto no debe olvidarse que fue la propia Terencia quien actuó como intermediaria de su marido en la negociación y gestión de los préstamos durante los momentos de dificultad; véase TREGGIARI, S., *Terentia, Tullia and Publilia: The Women of Cicero's Family*, London – New York, Routledge, 2007, pp. 30 ss. y p. 49. Al final de la República, por lo demás, la influencia de la riqueza femenina en la vida ciudadana era equivalente a la masculina, de modo que una restitución inesperada, incluso parcial, de la dote podía representar para el marido una causa de profundísimas dificultades económicas. Resulta emblemático al respecto el caso narrado por Polibio relativo a Escipión Emiliano, quien, al restituir a las hijas de Escipión Africano —hermanas de su padre adoptivo— en un único pago la totalidad del importe de la dote, despertó el asombro popular, probablemente en consideración de las frecuentes solicitudes de dilación (Polyb. 31, 27, 1).

dicho juramento – que le había sido impuesto por los censores – para repudiar a su esposa, a la que, sin embargo, amaba profundamente:

Gell., *Noct. Att.* 4, 3, 1–2: *Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiamtunc matrimoniis divertentibus.* 2 *Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum.*

En el pasaje se alude a garantías (*cautiones*) que debían ser prestadas por el marido en previsión de una eventual disolución del vínculo conyugal, fuera de los casos tipificados por los *mores*[31] (adulterio, confección de venenos y consumo de vino)[32]. La introducción de tal

31 CREMADES, I., PARICIO, J., *«Dos et virtus». Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 55 ss.; EHMER, M., *Mores im klassischen römischen Recht. Eine funktionale Betrachtung. Band 1: Methodische, sprachliche und ideengeschichtliche Grundlagen; mores mit Bindungswirkung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2025, pp. 89 ss.

32 Cfr. Plut., *Rom.* 22, 1, 3, sobre cuya configuración del supuesto delictivo se ha abierto en la doctrina un vivo debate acerca de si se trata de una venta de la mujer, fruto de un abuso de la *manus*, o, precisamente, de un repudio injustificado; en efecto, es dudoso el significado del verbo ἀποδιδοσθαι utilizado por Plutarco, sobre el cual se remite a FIORI, R., *Homo sacer. Dinámica político-constitucional de una sanción jurídico-religiosa*, Napoli, Jovene,

práctica evidencia la aparición de cuotas dotales indisponibles para el marido, anticipando una posterior ampliación del poder dispositivo de la mujer (y de quien ejerciera potestad sobre ella) sobre la dote, de la cual habría llegado a ser titular de un *dominium* sustancial y no meramente formal, y respecto de la cual el marido habría asumido la posición un «gestore fiduciario» de la dote – para utilizar una expresión de Francesca Lamberti – que representaba dentro de su patrimonio ni más ni menos que un «patrimonio speciale»[33].

Más allá de la concreta reconstrucción de la titularidad, este episodio resulta especialmente significativo para el objeto de la presente investigación porque muestra la utilización de instrumentos jurídicos destinados a anticipar y garantizar las consecuencias patrimoniales de una eventual ruptura matrimonial. En este sentido, constituye un antecedente histórico que permite establecer un primer punto de

1996, pp. 195 ss.; Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2, 25, 6. Pues bien, si el historiador de Queronea indica entre los comportamientos femeninos sancionados por la *lex Romuli* el envenenamiento de los hijos, la sustracción de las llaves y el adulterio, el Alicarnense (sobre el cual DI TROLIO, G., *Le leges regiae in Dionigi d'Alicarnasso. Volume I. La monarchia latino-sabina*, Napoli, Jovene, 2017, p. 70 n. 135; p. 109 y n. 229; p. 113 n. 239; 116 n. 243; 141; 199 n. 8; 225 n. 78) habla de comercio erótico indebido y de consumo de vino por parte de la mujer; sobre la interpretación de ambos pasajes, GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 318; p. 17 n. 24; p. 95 n. 78; p. 175 n. 219; p. 252 n. 89; p. 279; p. 312.

33 Como considera LAMBERTI, F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, en URSO, G., (dir.) *Moneta mercanti banchieri. I precedenti romani dell'euro. Atti del Convegno Internazionale Cividale del Friuli 26-28 settembre 2002*, Pisa, Edizioni ETS, 2003, pp. 301-320 [= EAD., *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 103-132]; véase la reseña GUERRERO. M., en *RIDROM* [on line], 16, 2016, pp. 331-342].

contacto entre la experiencia romana y los actuales pactos en previsión de la crisis familiar.

Y ello hasta que el patrimonio dotal fue reconocido en época justinianea como perteneciente íntegramente a la mujer; aunque quizá ya antes, como probaría un pasaje del jurista severiano Trifonino, en el que se afirma solemnemente la conexión entre dote y *onera matrimonii*[34]:

D. 23, 3, 75 (Tryph. 6 *disp.*): *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.*

El caso es el de una mujer que confiere en dote un fundo respecto del cual se celebrò una *stipulatio in duplum* en caso de evicción. Si el marido es demandado precisamente por la evicción, Trifonino responde que también la mujer está legitimada para ejercitar la acción derivada de la estipulación, a fin de evitar que el fundo dotale resulte

34 La conexión entre dote y *onera matrimonii* no es pacífica en la doctrina; entre quienes la sostienen PETRONI, G., *La funzione della dote romana*, Napoli, Jovene, 1897, pp. 54 ss.; FADDA, C., *Diritto delle persone e della famiglia*, op. cit., pp. 374 ss.; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, op. cit., pp. 392 ss.; *contra* BECHMANN, A., *Das Römische Dotalrecht*, 1, Erlangen, A. Deichert, 1863, pp. 22 ss.; CZYHLARZ, C., *Das Römische Dotalrecht*, E. Roth., Giessen, 1870, pp. 23 ss.

evicto. En efecto, según el jurista, también la esposa sufre un perjuicio, al igual que el marido, obligado a soportar los *onera matrimonii*.

Puede, por tanto, inferirse, a partir de la legitimación activa de la mujer, que el derecho clásico reconoció una forma de pertenencia de la dote a la esposa; pero para justificar esta forma de pertenencia no parece posible recurrir a los esquemas dogmáticos tradicionales, pues solo se explica en el marco del régimen «fluido» del sistema dotal[35].

La posición de la mujer respecto de la dote no aparece, por tanto, como una categoría estática, sino como el resultado de una progresiva construcción jurídica en la que confluyen la función económica del instituto, las exigencias de protección de la mujer y la intervención de la jurisprudencia y del legislador.

Una reconstrucción del derecho de propiedad sobre la dote que aspire a la mayor fiabilidad posible no puede, por tanto, desligarse de los intentos de reconstrucción sistemática en un plano atemporal, como si se tratara de un problema puramente lógico-jurídico; debe necesariamente concebirse como un instituto en evolución, profundamente marcado por la dimensión histórica, en el cual se asistió a un proceso de inversión respecto de sus orígenes.

35 Vid. MAGAGNA, M., *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Padova, Cedam, 2002, p. 195 nt. 71.

Desde esta perspectiva, la evolución de la dote no constituye un mero dato histórico, sino una clave de lectura para comprender cómo el ordenamiento fue articulando progresivamente instrumentos destinados a conciliar la autonomía patrimonial, la protección de la mujer y las exigencias derivadas de la relación matrimonial. Y dicho proceso encontró plena expresión en la creación jurisprudencial, pretoria y legislativa de una serie de mecanismos destinados a conferir consistencia y tutela al derecho de la mujer.

III. AUTONOMÍA NEGOCIAL Y REPETICIÓN DE LA DOTE.

La naturaleza jurídica oscilante de la dote tuvo repercusiones relevantes en la compleja disciplina relativa a su restitución: de una originaria irrepetibilidad se pasó a una práctica restitutoria posterior, garantizada primero mediante las *cautiones* descritas por Aulo Gelio[36] y, más tarde, a través de una negociación privada destinada a regular los tiempos y los modos de la repetición de los bienes dotales[37].

Esta evolución resulta especialmente relevante para el objeto de este estudio, pues muestra cómo la autonomía negocial fue adquiriendo progresivamente un espacio propio en la regulación de las consecuencias patrimoniales derivadas de la disolución del matrimonio.

---

36 Gell., *Noct. Att.* 4, 3, 1-2.

37 Hasta llegar a las intervenciones legislativas de época justinianea, que sancionaron la restitución legal de la *res uxoria* vid. PEZZATO, E., *Sit sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, Bologna, Bologna University Press, 2022, pp. 181 s.

Es indiscutible que, en el período arcaico, la previsión de una restitución de la dote era incompatible con la disciplina de la irrevocabilidad de la propiedad quiritaria; en caso de muerte del marido, por tanto, sus herederos sucedían también en los bienes dotales, y si había tenido lugar la *conventio in manu*, la esposa era contada entre los *heredes sui*, concurriendo así a una cuota viril del patrimonio hereditario.

La situación de la mujer dependía, por tanto, de la estructura jurídica del matrimonio y de las reglas sucesorias aplicables, de modo que la restitución de la dote no podía concebirse todavía como un efecto autónomo de la disolución del vínculo.

Si, por el contrario, la *manus* no se había constituido, entonces la mujer no habría recibido nada; pero, en este último caso, para evitar que la esposa cayera en condiciones de indigencia, el marido disponía de diversos instrumentos destinados a protegerla, como el *praelegatum dotis*, una disposición mediante la cual el testador atribuía a la esposa, sustrayéndolos a los herederos, los bienes dotales[38].

[38] Si el marido se encontraba bajo *potestas*, para evitar el eventual peligro de que, a la muerte del *pater familias*, la dote constituida con ocasión del matrimonio de la nuera fuese percibida íntegramente por terceros, puesto que el marido no sucedía, se procedía del modo siguiente: el *pater* dejaba la dote en forma de legado al hijo, marido de la *uxor dotata*. Es evidente que el objeto del *legatum dotis* era, por tanto, la dote, que de este modo se dejaba a la mujer que la había aportado vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria. Donazione*², Milano, Giuffrè, 1955, pp. 267 s.; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*², Milano, Giuffrè, 1963, pp. 755 ss.; ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, 1, Padova, Cedam, 1964, pp. 127 ss.; PALAZZOLO, N., *Dos prelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, Giuffrè, 1968, pp 25 ss.

Estos mecanismos muestran que, incluso antes de la consolidación de una verdadera acción restitutoria, el ordenamiento conocía instrumentos capaces de asegurar a la mujer una posición patrimonial tras la muerte del marido.
A pesar de ello, ya en las comedias de Plauto[39] pueden encontrarse – pocos, pero significativos – indicios de la restitución de los bienes dotales.

En un pasaje del *Miles Gloriosus*, el reservado Palestrión aconseja a la cortesana Acroteleucio fingir que la casa en la que habita le pertenece a título de dote (*esse aedis dicas dotalis tuas*) y que el anciano propietario se vio obligado a abandonarla tras el divorcio:

Plaut., *Mil. gl.* 1166: (...) *hasce esse aedis dicas dotalis tuas, / hinc senem aps te abiisse, postquam feceris divortium*[40].

También en la literatura no jurídica, puede leerse en la *Apologia*[41] de Apuleyo la *condicio* con la que fue contraído el matrimonio:

---

39 Sobre Plauto como fuente jurídica: VENTURINI, C., *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi*, en L. AGOSTINIANI, P. DESIDERI (curr.), *Plauto testimone della società del suo tempo*, Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 126 ss.; y, más recientemente, los trabajos reunidos en DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, M., (dir.), *Dramaturgia, derecho y sociedad en la comedia de Plauto*, Madrid, Ediciones Complutense, 2025, passim.

40 Vid. SOLAZZI, S., *La restituzione*, op. cit., pp. 358 ss.

41 La *Apologia* de Apuleyo, la única oración conservada de época imperial, publicada con el título *Pro se de magia liber*, representaría, según Theodor Mommsen, una de las descripciones más vívidas de la realidad judicial provincial durante la época del Principado; vid. MOMMSEN, TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, p. 239 nt. 2. Vid. AMARELLI, F., *Il processo di Sabrata* en *SDHI*, 54, 1988, pp. 110-146; ID., *Apuleio: la testimonianza di un laico del diritto*, en *Index,* 18, 1990, pp. 93-100; AMARELLI,

Apul., *Apol.* 91, 7–8: *iam primum mulieris locupletissimae modicam dotem neque eam datam, sed tantum modo promissam* (...)[42].

En otras palabras, si Pudentila, prometida esposa de Apuleyo, hubiera premuerto al marido sin haber tenido hijos con él, la dote habría permanecido en manos de los dos hijos del primer matrimonio, Ponciano y Pudente, que, tras la muerte del padre, habían caído bajo la potestad del abuelo; si, en cambio, un eventual hijo o hija nacido del matrimonio con Apuleyo hubiera sobrevivido a la madre, la mitad de la dote materna correspondería al hijo del segundo matrimonio, y la otra mitad a los hijos del primero.

El episodio pone de manifiesto, por tanto, que la dote podía adquirir una dimensión patrimonial que trascendía la relación inmediata entre marido y mujer y proyectaba sus efectos sobre la sucesión y sobre los distintos grupos familiares.

F. y LUCREZI, F., *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli, Jovene, 1997, pp. 99 ss.; LAMBERTI, F., *'De magia' als rechtsgeschichtliches Document*, en HAMMERSTAEDT, J. y HABERMEHL, P. y LAMBERTI, F. y RITTER, A.M. y SCHENK, P. (coord.), *'Apuleius de magia'*, Darmstadt, Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 2002, pp. 321-350; PELLECCHI, L., *L'accusa contro Apuleio: linee retoriche e giuridiche*, en MANTOVANI, D. y PELLECCHI, L. (coord.), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione dei governatori di provincia (II sec. a.C. – II d.C.)*, Pavia, Pavia University Press, 2020, pp. 171-334; MARTINI, R. y PROCCHI, F. *Alcuni aspetti di tecnica retorica nell'Apologia di Apuleio*, en *SDHI*, 79, 2013, pp. 819-835.

42 Vid. STUCCHI, S., *Sulla dote di Pudentilla nell'Apologia di Apuleio*, en *Erga – Logoi*, 7, 2019, pp. 137-146; PELLECCHI, L., *L'accusa contro Apuleio*, op. cit., pp. 238 ss.; LAMBERTI, F., *Ricchezze*, op. cit., pp. 125 ss.

El episodio de Pudentila parecería confirmar, según Lamberti[43], que las mujeres podían reclamar la devolución de dotes de valor muy considerable. Más allá de la particularidad del caso, este testimonio resulta significativo porque permite apreciar cómo la cuestión de la restitución de la dote podía adquirir una relevancia económica considerable y generar, en consecuencia, la necesidad de establecer anticipadamente sus condiciones.

Con el fin de evitar litigios relativos a la restitución de la dote a la mujer, con el tiempo se consolidó la costumbre de estipulaciones mediante las cuales el marido se comprometía a la restitución de la dote – salvo el régimen de las *retentiones* – en caso de que el matrimonio cesara por cualquier causa, como se lee en el siguiente pasaje de los *Digesta* justinianeos.

La estipulación se convierte así en un instrumento mediante el cual las partes podían anticipar la regulación de una eventual crisis matrimonial, determinando previamente las consecuencias patrimoniales de su disolución.

D. 50, 16, 240 (Paul. 1 *Imp. sent. i.C.P.*): *Cum quaerebatur, an verbum " soluto matrimonio dotem reddi" non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est an de hoc quoque casu contrahentes sentirent, et multi putabant hoc sensisse, et quibusdam aliis contra videbatur: secundum: hoc*

43 Vid. LAMBERTI, F., *Ricchezze*, op. cit., pp. 126 ss.

motus imperator pronuntiavit id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.

La interpretación imperial fue asumida por Paulo en el siguiente fragmento, que constituye un eficaz módulo hermenéutico:

D. 24, 3, 56 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si quis sic stipuletur a marito: " si quo casu titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis?" hac generali commemoratione et ab hostibus capta ea committetur stipulatio vel etiam si deportata fuerit vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur. plane quantum veniat in stipulatione, utrum quasi mortua sit an quasi divortium fecerit? humanius quis id competere dixerit, quod propter mortem convenit*[44].

En el pasaje se examina el caso de un sujeto que constituye la dote y vincula al marido a su restitución mediante una estipulación condicionada al hecho de que Ticia deje de ser esposa. El jurista precisa que la estipulación operará tanto si la mujer cae prisionera del enemigo, como si es objeto de *deportatio in insulam*[45] o incluso si se convierte en esclava. La formulación de la condición se interpreta de manera extensiva, no limitándola al solo divorcio, en conformidad con el pronunciamiento imperial recogido en D. 50, 16, 240.

---

44 MASI DORIA, C., *Tracce del Senatusconsultum Claudianum nella legislazione di Giustiniano*, en PIRO, I. (dir.), *Scritti per Alessandro Corbino*, 4, Tricase, Libellula edizioni, 2016, pp. 597-617.

45 SCHIAVONE, A., '*Matrimonium*' *e* '*deportatio*'. *Storia di un principio*, en *AAN*, 78, 1967, pp. 421-483; SANTALUCIA, B., *La situazione patrimoniale dei* '*deportati in insulam*', en '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, Napoli, Jovene, 2001, pp. 173-190; RAVIZZA, M., *Sui rapporti tra matrimonio e* '*deportatio*' *in età imperiale*, en *RDR*, 14, 2014, pp. 1-10.

Pero hay más: al interpretar el porcentaje de bienes que debía restituirse según la estipulación, Paulo considera más equitativo (*humanius*) hacer exigible la cantidad prevista para el caso de muerte de la mujer, y no la relativa a un eventual divorcio.

La solución muestra, por tanto, que la interpretación de los pactos no podía desvincularse de consideraciones de equidad y de la función protectora atribuida a la restitución de la dote.

Sin embargo, pese a las interpretaciones más o menos amplias de los *verba stipulationis*, el régimen jurídico de la restitución de la dote pactado en las *cautiones rei uxoriae* dependía esencialmente de su estructura; y si ninguna cláusula había sido introducida en la *stipulatio*, entonces la dote, en el momento de la disolución del matrimonio[46], se volvía inmediatamente exigible *illico et in solidum*, como se lee en una constitución imperial del año 530 d. C.[47]

La evolución descrita permite observar, en definitiva, una progresiva articulación de la autonomía privada en torno a la restitución de la dote: las partes podían intervenir sobre sus modalidades, pero dentro

46 Vid. C.I. 5, 14; 5, 18.

47 C.I. 5, 13, 1, 7: *Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori ilico et in solidum fieri iubebat, rei uxoriae autem annua bima trima die in his quae pondere numero mensura consistunt exactionem pollicebatur, et non in solidum, sed quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut, si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret.* (a. 530 *d. K. Nov. Lampadio et Oreste conss.*).

de un marco jurídico que continuaba imponiendo límites destinados a preservar la función propia del patrimonio dotal.

IV. MODELOS EJEMPLIFICATIVOS DE *PACTIA DOTALIA*.

Las fuentes antiguas atestiguan la existencia de diversas formas de acuerdos que permitían regular *ex ante* múltiples problemas que podían surgir en relación con el destino de los bienes dotales ante una eventual crisis conyugal. Su estudio resulta particularmente significativo porque permite identificar, más allá de la concreta disciplina de la dote, algunas técnicas jurídicas de anticipación de la crisis que presentan evidentes puntos de contacto con los modernos pactos en previsión de la ruptura familiar.

Los *pacta dotalia* constituían un tema espinoso y complejo, sometido continuamente al examen de juristas y jueces, y que, debido a su amplísima articulación negocial, requirió una estricta disciplina normativa, como demuestra la compilación justinianea, que dedica al tema el título *De pactis dotalibus* (D. 23, 4), en el cual se recogen acuerdos heterogéneos estipulados en el acto de constitución de los bienes en dote acerca del tiempo y del modo de su restitución.

La variedad de los supuestos conservados demuestra que estos acuerdos no respondían a un único modelo, sino que podían proyectarse sobre distintos aspectos de la relación patrimonial: el sujeto legitimado para reclamar la restitución, el momento en que esta debía producirse, su modalidad de ejecución e incluso las

consecuencias económicas de determinadas formas de disolución del matrimonio.

La normativa de referencia es emblemática, pues refleja la necesidad de evitar una conflictividad probablemente muy extendida en el momento de la disolución del matrimonio y que, a juzgar por el detalle con el que se intenta prevenir cualquier tipo de controversia, resultaba con frecuencia aleatoria en sus resultados.

El dato resulta relevante desde la perspectiva de la autonomía privada: cuanto mayor era la incertidumbre acerca de las consecuencias de la disolución del matrimonio, mayor era también la utilidad de los acuerdos destinados a anticiparlas y a reducir el espacio de la controversia posterior.

Los *prudentes* emplean, desde el punto de vista terminológico, expresiones como *pactum conventum ante nuptias* o *post nuptias*[48], entre los cuales podemos incluir aquel en virtud del cual la restitución della dote derivada del divorcio debía efectuarse al suegro, en lugar de a la ex esposa; producida, sin embargo, la hipótesis (no prevista) de la muerte del marido, se concluyó que el derecho a reclamar a los herederos del difunto la restitución de la dote correspondería a la viuda, y no al padre de esta.

48 D. 23, 4, 28 (Paul. 5 *quaest.*): (…) *si pacta sit mulier vel ante vel post nuptias* (…).

El supuesto es particularmente ilustrativo porque demuestra que el contenido del pacto podía quedar circunscrito a una determinada causa de disolución, sin que ello permitiera extender automáticamente sus efectos a situaciones distintas de aquella expresamente contemplada por las partes.

Y viceversa, en el caso de que el pacto hubiera previsto la *dotis restitutio* a favor del suegro únicamente para el supuesto de muerte del marido y, en cambio, se hubiera producido la disolución del vínculo por divorcio:

D. 24, 3, 22 pr. (Ulp. 33 *ad ed*.): *Si, cum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium vel in mortem, dicendum est eum in casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.*

La solución se enmarcaba, por lo demás, en el principio general según el cual los pactos referidos al momento del divorcio no tendrían aplicación si el divorcio no se producía, como se lee en el siguiente pasaje de Paulo:

D. 23, 4, 3 (Paul. 3 *ad Sab*.): *Pacta conventa, quae in divortii tempus collocata sunt, non facto divortio locum non habent.*

La disolución del vínculo conyugal por divorcio se diferenciaba además de la producida por muerte de uno de los cónyuges también en relación con las cláusulas destinadas a excluir por completo la obligación de restitución de la dote en presencia de hijos: la validez

de tales acuerdos se admitía únicamente en caso de divorcio (además de la muerte de la esposa) y se negaba en caso de muerte del marido, como refiere Ulpiano respecto de una respuesta de Papiniano al *pretor Iunianus*:

D. 23, 4, 2 (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Si convenerit, ut, quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret. Papinianus Iuniano praetori respondit morte mariti finito matrimonio neque convenisse videri dotem remanere, et, si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit*[49].

También estaban dentro de la disponibilidad negocial de los cónyuges las modalidades concretas con las que debía efectuarse la restitución de la dote. Así, en caso de constitución en dote de bienes determinados, las partes podían acordar previamente el valor que habría de atribuirse a estos si la restitución *in natura* no pudiera realizarse, como en el siguiente caso transmitido por Javoleno y referido a un *responsum* de Labeón:

D. 23, 4, 32 (Iav. 6 *ex post. Labeo.*): *Uxor viro fundum aestimatum centum in dotem dederat, deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut divortio facto eodem pretio uxori vir fundum restitueret: postea volente uxore vir eum fundum ducentorum vendiderat, et divortium erat factum. labeo putat viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta vel fundum reddere, neque ei pactum conventum remitti oportere. idcirco puto hoc labeonem respondisse,*

[49] Vid. C.I. 5, 13, 2 y 5, 13, 6.

quoniam voluntate mulieris fundus veniit: alioquin omnimodo fundus erat restituendus.

Algunos *pacta conventa ante nuptias* servían además para determinar el momento en que la restitución de los aportes dotales debía efectuarse una vez disuelto el matrimonio, estableciendo, por ejemplo, que el derecho a la repetición solo nacería transcurrido un cierto plazo desde la fecha del divorcio, computado este como *dies a quo*. Con referencia a este caso, se precisaba que el plazo convencional no podía exceder el legal: regla de la que parece emerger un principio de tutela de la esposa, considerada, a nuestro juicio, como el "cónyuge débil"; según Proculo, en efecto, la situación de la mujer solo puede verse mejorada y no empeorada, y ello sucede incluso cuando es la propia mujer quien presta su consentimiento

D. 23.4.17 (Proc. 11 *epist.*): *Atilicinus Proculo suo salutem. Cum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit, ut quibus diebus dos data esset, isdem divortio facto redderetur, post quinquennium quam nuptiae factae sunt uxor viro dotem dedit: divortio facto quaero, utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet an statuto legibus tempore. proculus respondit: quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem condicionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse: itaque si cautum est, ut propiore tempore, quam legibus constitutum est, reddatur, stari eo debere, si ut longiore, nec valere id pactum conventum. Cuius sententiae conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, ut quanto serius quaeque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur, si*

propiore, quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere pactum conventum, si longiore, non valere".

El principio restrictivo enunciado valía únicamente para los acuerdos antenupciales, en conformidad con los celebrados *manente matrimonio*. A este propósito, Juliano afirma que, en constancia de matrimonio, no puede convenirse entre marido y mujer que la dote sea restituida en un plazo más largo; *post divortium tamen, si iusta causa conventionis fuerit, custodiri id pactum debet*. En ese momento, en efecto, la dote ya no es funcional al matrimonio y, por consiguiente, dejan de operar las prohibiciones necesarias para mantener firme tal distinción, esto es, la existencia o no de la vida conyugal:

D. 23, 4, 18 (Iul. 18 *dig*.): *Licet manente matrimonio non possit inter virum et uxorem conveniri, ut longiore dos reddatur, post divortium tamen si iusta causa conventionis fuerit, custodiri id pactum debet*.

A pesar de la dificultad de atribuir un significado preciso a la expresión *si iusta causa conventionis fuerit*, no parece arbitrario identificar en este pasaje las huellas de posibles acuerdos entre los cónyuges en el momento de la disolución del vínculo, acuerdos cuyo contenido (al menos en algunos aspectos) sería incluso más amplio que el de los *pacta conventa ante nuptias*:

D. 23, 4, 19 (Alfen. 3 *dig. a Paulo epit*.): *Aliud est, si pater pro filia dotem promisit, ut annua bima trima quadrima quinto anno dos a se redderetur, et convenit, ut isdem diebus dos soluto matrimonio redderetur: hoc enim*

pactum ita valet, si patri filia heres exstitisset et interveniente ea pactum conventum fuerit.

El mismo *favor* mostrado hacia las estipulaciones concluidas en previsión de la disolución del matrimonio puede advertirse, leyendo a Paulo, en relación con los acuerdos de carácter (evidentemente) transaccional celebrados respecto de los bienes donados, sustraídos y en razón de los gastos soportados durante el matrimonio[50]

D. 23, 4, 20 (Paul. 35 *ad ed*.): *Ob res quoque donatas vel amotas vel impensas factas tunc facta pactio valebit, id est post divortium*.

Resulta especialmente interesante observar cómo el ordenamiento valoraba positivamente las estipulaciones convenidas tras las nupcias como instrumentos de liquidación global de las cuestiones pendientes en fase de divorcio, hasta el punto de permitir una excepción al principio de prohibición de donaciones entre cónyuges (como quedaría confirmado en varios pasajes)[51].

50 GUIZZI, F., *La restituzione della dote e le spese utili*, en *Labeo*, 3, 1957, pp. 245-250.

51 D. 24, 1, 11, 10 (Ulp. 32 *ad Sab*.): *Si maritus uxori donaverit mortis causa eaque diverterit, an dissolvatur donatio? iulianus scripsit infirmari donationem nec impendere*; D. 24, 1, 26, 1 (Paul. 7 *ad Sab*.): *Ex quibus causis inter virum et uxorem concessae sunt donationes, ex isdem et inter socerum et generum nurumve concessas neratius ait. ergo socer genero mortis vel divortii causa donabit, sed et gener socero mortis suae vel divortii causa*; D. 24, 1, 53 pr. (Pap. 4 *resp*.): *Mortis suae causa genero vel nurui socerum frustra donare convenit, quia mortuo socero nuptiae non solvuntur: nec interest, an pater filium vel filiam exheredaverit. divortii species eadem ratione diversa est*; D. 24, 1, 60, 1 (Hermog. 2 *iuris epit*.): *Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt: saepe enim evenit, uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem*.

Sin embargo, parece más plausible que el principio especial en materia de donaciones se limitara a reiterar el canon general que las prohibía entre cónyuges, habida cuenta del riesgo de que un acto de liberalidad no efectuado *sub ipso divortii tempore* encubriera una atribución ajena a la disolución del vínculo.

En efecto, la restitución de la dote antes de la disolución del matrimonio no solo habría contravenido la finalidad de sostener los *onera matrimonii*, sino que habría vulnerado la prohibición de donación entre cónyuges[52], como se lee en el siguiente pasaje paulino:

D. 23, 4, 28 (Paul. 5 *quaest*.): *Quaeris, si pacta sit mulier vel ante nuptias vel post nuptias, ut ex fundi fructibus quem dedit in dotem creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum eoque modo minorem dotem constitutam: post nuptias vero cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur ut dimittat creditorem, et erit mera donatio*.

El jurista se pregunta si la esposa puede pactar que un acreedor suyo sea satisfecho mediante los frutos del fundo dotale. Paulo, con el fin de ofrecer una respuesta satisfactoria a la cuestión, utiliza un criterio temporal relativo al momento de estipulación del pacto: en efecto, si este se ha celebrado antes de contraer matrimonio, entonces el acuerdo es válido (valet), puesto que la mujer ha aportado en dote un

[52] Sobre la prohibición de donación entre cónyuges y sobre sus múltiples implicaciones BUONGIORNO, P., *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana I*, Lecce, Grifo 2018, pp. 209 s.

bien de menor valor; si, por el contrario, el pacto se ha alcanzado después de las nupcias, el acuerdo no puede considerarse eficaz, ya que se trataría de una mera *donatio*, pues el tercero acreedor sería satisfecho con bienes sobre los cuales recaen intereses del marido. Situación que no cambiaría ni siquiera en ausencia de estipulaciones, dado que igualmente se realizaría una donación prohibida. Así se lee en una constitución del año 294 d. C., según la cual el marido que hubiera permitido a la esposa percibir frutos no para su sustento, sino por espíritu de liberalidad, dispone, coherentemente, de una acción dentro de los límites del enriquecimiento contra la mujer[53].

Algunas fuentes parecen transmitir casos en los que existe posibilidad de restitución de la dote (*solvere dotem*)[54] *manente matrimonio*[55]:

D. 11, 7, 27, 1 (Ulp. 25 *ad ed*.): *Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est*.

En el pasaje, la *restitutio* espontánea de la dote se presenta como una excepción al principio general y, en efecto, Marcelo la admite únicamente en aquellos casos en los que exista una previsión

53 C.I. 5, 12, 20: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus dotis totius esse, quos ipse cepit, vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum locupletior facta est posse agere manifestissimi iuris est*. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Tiberio [a. 294].

54 Sobre el uso justinianeo de dicha expresión en relación con la restitución de la dote, cfr. VARVARO, M., *Studi sulla restituzione*, op. cit., p. 82 nt. 199.

55 Sobre tal posibilidad: JOUSSERANDOT, L., *L'édit perpétuel restitué et commenté*, I, París, A. Marescq Ainé, 1883, pp. 440-443; D'ANCONA, R., *Il concetto della dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1972, pp. 128 ss.; VARVARO, M., *Studi sulla restituzione*, op. cit., pp. 245 s.

legislativa (*legibus permissum est*). Se trata de una derogación de la disciplina ordinaria que podría justificarse en atención a un presunto interés prioritario de la familia. Así, Cervidio Escévola nos relata el caso en el que un padre había dado un fundo en interés de su hija a título de dote; la misma hija, convertida en heredera del padre, ante las pretensiones de los acreedores de este último, considera más ventajoso para sí enajenar uno de los fundos paternos menos fructíferos, pero que también había sido dado en dote

D. 23, 3, 85 (Scaev. 8 *dig*.): *Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse creditoribus urguentibus patris utilius videtur potius fundum qui dotalis est distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere: maritus consentit, si nulla in ea re ca tio sit futura. quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur. respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.*

El marido de la mujer consiente en la enajenación *si in nulla in ea re captio sit futura,* es decir, siempre que de tal operación no se derive perjuicio alguno. El jurista responde que, si el precio obtenido por la venta del fundo realizada por la mujer se entrega en pago al acreedor, entonces el pago es correcto (*recte solutum*). El hecho de que el marido haya prestado su consentimiento bajo la condición *si in nulla in ea re captio sit futura* significa que el asentimiento marital depende de que el importe de la dote inicial sea reintegrado mediante un inmueble de valor idéntico y, en cualquier caso, no inferior al del fundo enajenado. La *ratio* justificadora de este caso de restitución espontánea de la dote

manente matrimonio parece confirmar la naturaleza de la dote como un verdadero "*Sozialrecht*"; en efecto, se considera válida la enajenación a terceros del bien dotal por parte de la mujer en cuanto está destinada a facilitar su posición deudora. Lo que resulta determinante es que el precio obtenido de la venta se destine a extinguir las deudas frente a los acreedores hereditarios; de lo contrario, la venta quedaría viciada, por cuanto invalidaría la *restitutio* del fundo[56].

El texto testimonia, más que otros, el ingenioso mecanismo en virtud del cual se admitían aquellas donaciones en las que el donante, simplemente decidiendo no enriquecerse, tampoco se empobrecía.
También Paulo, en el séptimo libro del comentario a Sabino, parece devolver a la dote una semejante función social como justificación de su restitución *manente matrimonio*. Se trata del caso en que la mujer, durante el matrimonio, haya recibido del marido la dote con el fin de proporcionar apoyo económico a los hijos que ella misma había generado en un matrimonio anterior, o a sus hermanos o ascendientes en condiciones de indigencia, o, asimismo, con el fin de rescatar a dichas personas de la cautividad entre los enemigos:

56 Resulta de interés, en relación con una tutela integral de los intereses de la mujer, un pasaje del Digesto justinianeo relativo a los intereses que un tercero deudor debe a la mujer acreedora. Papiniano afirma, en efecto, que si, en el momento del compromiso de entregar la dote, una mujer ha indicado, como formando parte de ella, el dinero que Seio le debía, junto con los intereses futuros, parece razonable (*rationis est*) que también esos intereses, si han vencido después de las nupcias, formen parte de la dote. Así, D. 23, 3, 69, 1 (Pap. 4 *resp*.): *Mulier pecuniam sibi debitam a seio cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit: eas quoque dotis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis est*; RASCÓN GARCÍA, C., *Los intereses de la dote (D. 23,3,69,1)*, en *RIDA*, 12, 1976, pp. 203-222.

D. 24, 3, 20 (Paul. 7 *ad Sab*.): *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur*.

Como señala Renzo Lambertini, es de notar que «la causa moralmente giusta e da approvarsi relativa ai benefici per i congiunti fa sì che, stando alle parole del giureconsulto, la donna 'non riceva male' la dote, il che dimostra di nuovo il carattere eccezionale di tale concessione»[57].

Se encuentra plena correspondencia de ello en un texto paulino, que se perfila como un verdadero catálogo de causas lícitas que justifican la restitución de la dote durante el matrimonio, y en el cual se pasa de necesidades de sustento personal y familiar (*sese suosque alat*) a la ayuda al padre relegado en una isla (*in insulam relegato parenti*):

D. 23, 3, 73, 1 (Paul. 2 *sent*.): *Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat.*

[57] LAMBERTINI, R., *In tema di volontaria restituzione della dote in costanza di matrimonio*, en PIRO, I. (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino,* 4, Tricase, Libellula, 2016, pp. 191-209, espec. p. 198.

V. LOS CIERRES DEL DERECHO ITALIANO Y LAS APERTURAS DEL DERECHO ESPAÑOL.

Después de haber ofrecido algunos apuntes sobre la autonomía negocial de los cónyuges en el derecho romano en relación con la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio, se procederá ahora a examinar cómo el ordenamiento italiano y el español —que hunden ambos sus raíces en aquel antiguo derecho— han respondido de manera sensiblemente diversa a la cuestión, igualmente compartida, relativa a la posibilidad de que los cónyuges regulen, durante el matrimonio, los aspectos económicos de una eventual crisis familiar mediante acuerdos prematrimoniales.

Se precisa, de manera preliminar, que con esta última expresión –acuerdos prematrimoniales— se suele hacer referencia, en el uso común, a aquellos acuerdos mediante los cuales los futuros cónyuges – o incluso quienes ya han contraído matrimonio – fijan de manera anticipada la configuración de las relaciones patrimoniales destinadas a operar en caso de que el vínculo atraviese una situación de crisis.

Se trata de instrumentos afines a los *prenuptial* y *postnuptial agreements* propios de los ordenamientos anglosajones (los cuales están subordinados solo a requisitos de transparencia, ausencia de coacción y razonabilidad económica) cuya singularidad no radica tanto en el momento de su celebración cuanto en la función preventiva que desempeñan: su objetivo es, en efecto, establecer de antemano la

regulación de los derechos y obligaciones económicos recíprocos, articulando un marco operativo llamado a producir efectos cuando sobrevengan circunstancias futuras, inciertas y de carácter patológico.

Hoy en Italia los acuerdos celebrados entre los futuros cónyuges relativos a la gestión del matrimonio y a su eventual crisis se consideran nulos, dado que el ordenamiento italiano no permite la disposición de derechos que surjan en un momento posterior a la contracción del vínculo conyugal y, más precisamente, a raíz de la solicitud de separación o de divorcio[58].

Ello en cumplimiento de diversas normas, como la prevista en el art. 143 del Cod. civ. (*Diritti e doveri reciproci dei coniugi*), que debe leerse en relación con el art. 160 del Cod. civ., la cual, al establecer los derechos y deberes entre los cónyuges, sanciona la inadmisibilidad de un acuerdo que modifique la regla de igualdad de los efectos del matrimonio, o que excluya incluso uno solo de los derechos y deberes conyugales, tales como el deber recíproco de fidelidad, de asistencia moral y material, de colaboración en interés de la familia y de cohabitación.

Existen además las disposiciones dedicadas al denominado régimen patrimonial secundario de la familia (arts. 159 [*Del regime patrimoniale*

58 BORTOLU, T., *Prenuptial agreements e cohabitation contracts nel prisma della comparazione*, en *Archivio Giuridico Sassarese,* 25, 2020-1, pp. 382-408, espec. p. 396.

legale tra i coniugi] y ss. del Cod. civ.) que, si bien por un lado conceden a los cónyuges un margen relevante de discrecionalidad al establecer los regímenes patrimoniales posibles, aunque tipificados, por otro fijan los límites de su derogabilidad; bajo este perfil, resulta útil recordar, por ejemplo, el art. 166 bis del Cod. civ. (*Divieto di costituzione di dote*), que prohíbe toda convención orientada a la constitución de bienes en dote.

La jurisprudencia italiana, al menos hasta 2025, ha mostrado solo algunas aperturas tímidas y esporádica, aperturas que involucrarían no solo a la familia mononuclear tradicionalmente entendida, sino que debería, en cualquier caso, ser inclusiva también de ese complejo familiar más amplio «archipiélago familiar»[59] que comprende también las convivencias de hecho[60].

---

59 Evoco aquí la sugerente metáfora sobre la realidad prismática de la familia contemporánea, acuñada por uno de los civilistas italianos más autorizados y sensibles a las temáticas del derecho de familia actual, BUSNELLI, F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, en *Rivista di diritto civ*ile, 1, 2002, pp. 509-529.

60 La orientación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia italiana y española tiende a diferenciar de manera nítida las relaciones patrimoniales entre cónyuges de las propias de la familia de hecho. En cuanto a la experiencia italiana, vid. Corte Costituzionale, 14 de abril de 1980, n.º 45, cuya motivación afirma: «la convivenza "more uxorio" è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 c.c., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione, infatti, del convivente "more uxorio" può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria». Vid. también C. Cost. 10 junio 1988, n. 644; C. Cost. 26 mayo 1989, n.º 310; C. Cost. 6 julio 1994, n.º 281; C. Cost. 18 enero 1996, n.º 8; C. Cost. 20 julio 2000, n.º 313; C. Cost. 27 marzo 2009, n.º 86. La aprobación en 2016 de la Ley n.º 76 (la llamada *Ley Cirinnà*) sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo y, sobre todo, sobre las convivencias de hecho, ha puesto de relieve la necesidad de afrontar la cuestión de la previsión de las consecuencias patrimoniales del eventual naufragio de una relación afectiva

Esta resistencia contrasta, sin embargo, con la progresiva expansión de la autonomía privada en el ámbito de las relaciones familiares y con la transformación de los modelos familiares que el propio ordenamiento ha reconocido.

también en el ámbito de aquellas uniones que las partes no desean formalizar desde el punto de vista personal, sin excluir que puedan plantearse un día cuestiones de orden patrimonial. A diferencia de los cónyuges, los convivientes pueden acordar la vida en pareja mediante un contrato específico previsto y regulado por la *Ley Cirinnà*, incluyendo en él también las consecuencias del fin de la convivencia, con el único límite de que las finalidades perseguidas sean dignas de tutela para el ordenamiento. Sobre este punto resulta iluminadora la lectura de BARBA, V., *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 8, 2020, pp. 407-466. En cuanto al ordenamiento español, vid. STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436), que declaró la inconstitucionalidad de la *Ley Foral de Navarra* 6/2000, de 3 de julio. Para Vincenzo Barba: «sotto questo profilo non è possibile istituire una differenza o negare una che una coppia di fatto possa validamente pattuire le condizioni personali ed economiche susseguenti alla crisi. Questa è una ragione in più che indice a preferire al nome di "patti prematrimoniali", quello di "patti in previsione della crisi familiare" o "patti in previsione della rottura familiare", dal momento che si tratta di patti che debbono trovare applicazione nell'ambito di qualunque modello familiare, avendo la funzione di regolare preventivamente i rapporti personali ed economici dei componenti della coppia per il tempo successivo alla crisi»: BARBA, V., *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, en *Rivista di diritto civile*, 1, 2023, pp. 16–47, esp. p. 25. Vid. también RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad*, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 38, 2018, pp. 99-132, esp. p. 100: «Dos son las notas características de estos acuerdos. Así, son prospectivos, esto es, se planean antes de la celebración del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una eventual y futura ruptura matrimonial. La segunda nota característica de estos pactos es su carácter previsor, es decir, se anticipan a los problemas que pudieran surgir con la posible crisis, y buscan dar soluciones en el presente a conflictos que todavía no existen entre los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de su celebración».

Ello se debe a la concepción publicística tanto del matrimonio como de los procedimientos de separación y divorcio, que impide su admisibilidad, a pesar de que la reforma de 1975 del derecho de familia haya otorgado espacio a la autonomía conyugal y negado la existencia misma de un interés superior de la familia distinto del de cada uno de sus miembros[61].

A obstaculizar el reconocimiento de este tipo de acuerdos ha contribuido la orientación conservadora adoptada por la Corte di Cassazione en la conocida sentencia n.º 3777/1981[62], convertida en una auténtica *milestone* en la materia, hasta el punto de que toda la jurisprudencia posterior, aunque no siempre lo mencione expresamente, retoma los principios allí afirmados y emplea los mismos argumentos.

Esto se refleja en todas las sentencias más relevantes de la Corte di Cassazione en la materia, que, con algunas diferencias, se suceden en los años 1985[63], 1992[64], 2000[65], 2006[66], 2012[67], 2020[68] y 2021[69].

61 Pensemos, por ejemplo, en la introducción, junto al régimen legal de la comunidad de bienes, de la posibilidad de que los cónyuges opten por la separación de bienes.

62 Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n.º 3777.

63 Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1985, n.º 3080.

64 Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n.º 6857.

65 Cass. civ., sez. I, 1° dicembre 2000, n.º 15349; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2000, n.º 8109.

66 Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2006, n.º 5302.

67 Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n.º 23713.

68 Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2020, n.º 28649.

69 Cass. civ., sez. I, 26 aprile 2021, n.º 11012.

La sentencia piloto de 1981 se refería a un acuerdo que reconocía al marido separado el derecho a mantener, durante un determinado período, el importe del subsidio debido a la esposa para su mantenimiento y el de los hijos, con independencia de un eventual divorcio.

La Corte di Cassazione, tras negar la disponibilidad del *assegno divorzile* en lo relativo a su componente asistencial, estableció que, si se concluyen antes de la sentencia, los acuerdos sobre el subsidio de divorcio son en todo caso nulos, incluso cuando se refieren únicamente a sus componentes resarcitoria y compensatoria. Cuatro años más tarde, la misma Corte di Cassazione reiteró que la inoperatividad de tal negocio debe vincularse a la razón más radical de su nulidad por ilicitud de la causa, dado que: «gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunziato hanno sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto, di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno status, limitandone la libertà di difesa»[70].

Desde esta perspectiva, todos los acuerdos celebrados en sede de separación consensual pueden asumir, como máximo, respecto del posterior procedimiento de divorcio, el valor de mero indicio de lo que los cónyuges consideran justo y equitativo para ellos; estipulados en un momento ajeno al rencor y la acritud que caracterizan la

70 Vid. Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1985, n.º 3080.

ruptura matrimonial, parecen más objetivos, hasta el punto de resultar plausible su empleo por el juez.

Jurisprudencia y buena parte de la doctrina mayoritaria coinciden, por tanto, en considerar nulos los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales por ilicitud de la causa, «avendo sempre l'effetto e lo scopo di condizionare il comportamento processuale delle parti in un giudizio concernente uno *status,* in un campo in cui la libertà di scelta e il diritto di difesa devono essere indeclinabilmente garantiti […]. Vi è, dunque, il rischio che la finalità economica dell'operazione sia quella, non di disciplinare i rapporti patrimoniali conseguenti alla crisi coniugale, ma quella di realizzare una mercificazione dello *status* coniugale, contrattualizzando una scelta inviolabile e personalissima circa la chiusura o meno del rapporto affettivo, fissando il c.d. prezzo del consenso al divorzio»[71].

Este tipo de acuerdos se considera también contrario al art. 160 del Código civil, que impide a los cónyuges derogar los derechos y deberes impuestos por la ley como efecto del matrimonio, así como al principio de indisponibilidad de los derechos que de él nacen.
Sin embargo, una doctrina autorizada no comparte tales planteamientos y sostiene que la prohibición en cuestión se refiere única y exclusivamente a los actos de disposición de los derechos y deberes nacidos del matrimonio, y no a la determinación autónoma

[71] Vid. Cass. civ., sez. I, 11 agosto 1992, n.º 9494; vid. GOLA, C., *Diritto di famiglia e autonomia negoziale, un ossimoro apparente: la questione dell'ammissibilità dei patti in vista del divorzio*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 17/2, pp. 160-189.

de las relaciones patrimoniales durante el divorcio[72]. Se ha llegado incluso a hablar de una «mística de la indisolubilidad»[73] que favorece una concepción anacrónica del matrimonio como acto situado por encima de la voluntad de los individuos, en evidente contraste con el pensamiento dominante.

Acogiendo estas posiciones, con el tiempo se han registrado algunas tímidas aperturas jurisprudenciales, como la ofrecida por la sentencia n.º 2997/2009[74], en la que la Corte di Cassazione declaró cumplido tempestivamente lo pactado convencionalmente por un cónyuge hacia el otro en un documento privado firmado por ambos para regular sus relaciones económicas en situación de crisis conyugal.

La Corte di Cassazione atribuyó así relevancia a los acuerdos celebrados por los cónyuges, que pueden incluso regular cuestiones económicas relativas a los hijos mayores de edad, en la medida en que operan en un plano distinto al de la separación personal, tanto desde el punto de vista de la causa como del objeto. Sentencias posteriores han mostrado una mayor apertura a las novedades. En efecto, con la sentencia n.º 23713/2012, la Corte di Cassazione declaró la nulidad ya no absoluta, sino «relativa»[75], de un contrato por el cual la futura esposa se comprometía a transferir la propiedad de un inmueble al

72 Vid. DORIA, G., *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 184 ss.

73 Vid. Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 1976, n. 40; Cass. civ., sez. I, 6 novembre 1976, n.º 4034.

74 Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 2009, n.º 2997.

75 Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 2012, n.º 23713.

cónyuge para indemnizarle por las sumas gastadas por este en la reforma de la vivienda conyugal. Con esta decisión se abrió una brecha en la rígida orientación jurisprudencial previa sobre la admisibilidad de acuerdos celebrados en previsión de la disolución del matrimonio.

El argumento central reside en que, en tales circunstancias, no se está ante un acuerdo en el que la disolución del matrimonio constituya la causa del negocio, sino ante un contrato atípico en el que el evento previsto constituye una mera hipótesis condicional.

La Corte di Cassazione sugiere así que los acuerdos preventivos en vista del fin del matrimonio «siano validi ed efficaci qualora il contratto stesso non abbia la funzione di provvedere a regolare gli effetti complessivi della cessazione del matrimonio, ma di regolare singoli rapporti patrimoniali tra i coniugi per l'eventualità della sua verificazione»[76].

Otra apertura se encuentra en la decisión de 2013 de la misma Corte di Cassazione, relativa a un acuerdo perfeccionado *manente matrimonio* en virtud del cual el marido, habiendo recibido una suma de dinero de la esposa, se obliga a restituirla en caso de separación personal. Ello sería posible porque no existe norma imperativa que impida a un cónyuge, antes o durante el matrimonio, reconocer la

76 MAIETTA, A., *Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi*, en *Comparazione e Diritto Civile*, 2019, 1, pp. 1-17.

existencia de una deuda hacia el otro y subordinar su restitución a una futura y eventual separación[77].

En el marco de esta evolución progresiva, se distingue entre acuerdos en previsión del divorcio y acuerdos con ocasión del divorcio: los primeros deben considerarse sin duda nulos, mientras que los segundos se reputan válidos, a la luz del art. 1322 del Código civil, puesto que en tales casos el divorcio no constituye elemento causal del contrato, sino que incide únicamente en sus efectos[78]. Desde esta óptica, el divorcio se interpreta casi como una condición suspensiva de un acuerdo cuyo objeto es distinto del propio divorcio y que producirá efectos solo si este llega a producirse.

El reciente auto n.º 20415 de 21 de julio de 2025 representa un punto de inflexión[79].

La Corte Suprema di Cassazione ha reconocido la plena licitud de los acuerdos patrimoniales estipulados entre cónyuges durante el matrimonio en previsión de una futura separación, siempre que no incentiven la crisis, respeten los derechos inderogables y que la patología de la relación (la separación y el divorcio) no constituya la

77 Vid. Cass. civ., sez. I, 21 agosto 2013, n.º 19304, vid. el comentario de TAGLIASACCHI, E., *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2014, 2, pp. 94-103.

78 SPADAFORA, A., *L'incedere della causa familiare sul terreno della negozialità,* en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, 4, pp. 1788-1810.

79 MINEO, J., *Gli accordi in previsione della crisi coniugale: nuovi equilibri tra autonomia privata e limiti ordinamentali*, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2025, pp. 1115-1135.

causa del contrato. Esta decisión sitúa nuestro ordenamiento en una trayectoria de mayor apertura y de privatización controlada, en continuidad con instrumentos como el divorcio breve y la negociación asistida para la separación de mutuo acuerdo. Fundamental para la decisión ha sido la distinción entre causa y condición suspensiva. La Corte di Cassazione ha subrayado que la condición suspensiva vinculada a la futura separación o divorcio es lícita: no constituye la causa del acuerdo, sino que representa un acontecimiento condicional e incierto que determina su eficacia. De este modo, se garantiza la legitimidad de la autonomía privada sin incentivar la crisis matrimonial. Al mismo tiempo, la Corte ha reiterado que los acuerdos pueden prever obligaciones económicas de manera equitativa y proporcionada, representando una aplicación concreta de la autonomía negocial reconocida a los miembros de la familia. L'auto n.º 20415 de 2025 ofrece una fotografía de la situación actual, confirmando una apertura jurisprudencial (no total ni absoluta) hacia acuerdos entre cónyuges subordinados a la futura crisis matrimonial, con contenido patrimonial o incluso personal, siempre bajo el control del juez y en respeto del principio del interés superior del menor. En esta perspectiva, la crisis conyugal se considera una condición suspensiva lícita, puesto que el acontecimiento de la separación no genera por sí mismo las prestaciones, sino que determina únicamente su eficacia futura, sin constituir la causa genética de las atribuciones pactadas. En consecuencia, aun subsistiendo la nulidad general de los pactos prematrimoniales destinados a regular en su totalidad el futuro régimen económico, resultan válidos los acuerdos de dar-recibir entre

futuros contrayentes o cónyuges, siempre que prevean concesiones recíprocas equilibradas y no incidan sobre derechos indisponibles. Tales instrumentos representan la expresión concreta de la autonomía negocial reconocida progresivamente a los miembros del núcleo familiar.

Por su parte, la jurisprudencia española ha logrado superar, con notable coherencia sistemática, los mismos argumentos que en Italia se han considerado insuperables, abriendo así la vía a la admisibilidad de los pactos prematrimoniales.

La trayectoria española en materia de acuerdos prematrimoniales marca una transformación profunda del derecho de familia[80]: del matrimonio concebido como una institución rígidamente pública se pasa, en el curso de pocas décadas, a un modelo de carácter más privatístico, abierto a la iniciativa negocial de los futuros cónyuges. En este proceso, la autodeterminación individual adquiere una centralidad progresiva, sostenida por el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (Constitución de 1978) y por el impulso reformador de la Ley 11/1981.

Hasta los años setenta, el vínculo conyugal se configuraba como una estructura eminentemente estatal: la capacidad de incidir en las relaciones personales y patrimoniales resultaba fuertemente limitada,

80 Vid. GARZÓN y M. DOLORES, C., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2018.

especialmente para las mujeres, y cualquier intervención reguladora requería autorización judicial. La idea misma de que los futuros esposos pudieran definir anticipadamente los efectos económicos del matrimonio o de su eventual crisis era ajena a un sistema que privilegiaba la tutela del orden familiar frente a la libertad negocial.

Durante largo tiempo, la esposa permaneció sometida a restricciones significativas, y la pareja carecía de cualquier margen para determinar autónomamente la gestión económica o personal de la vida común, y mucho menos los efectos de una eventual ruptura. En un contexto semejante, la noción misma de un acuerdo preventivo resultaba extraña a la cultura jurídica, marcada por una concepción marcadamente publicista del vínculo conyugal, en la que el interés colectivo prevalecía sobre la libertad contractual de los individuos.
La disciplina de la materia se había fundado, de hecho, en el presupuesto de que la familia constituye un pilar esencial del orden social, que debe protegerse incluso a costa de limitar las decisiones individuales de sus miembros.

El primer cambio significativo se registra solo en la segunda mitad de los años setenta: la ley de 2 de mayo de 1975 n.º 14 suprime las restricciones a la capacidad de la mujer casada, inaugurando una etapa de progresiva expansión de la autonomía de los cónyuges. Este proceso se consolida con la ley de 13 de mayo de 1981 n.º 11 (de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) que reconoce a los cónyuges plena libertad para celebrar entre sí cualquier negocio jurídico, y con

la ley de 7 de julio de 1981 n.º 30, que introduce el *convenio regulador*, permitiendo a la pareja disciplinar consensualmente los efectos de la separación o del divorcio una vez surgida la crisis[81].

Estas reformas marcan el paso de un modelo centrado en la dimensión pública del matrimonio a una configuración más cercana al derecho privado, en la cual la intervención estatal se concentra en la tutela de los derechos fundamentales y de la función social del instituto, dejando a los cónyuges un espacio más amplio de autodeterminación en la gestión de su relación, también en el plano patrimonial.

La Ley 15/2005 representa un avance ulterior: el matrimonio puede disolverse sin necesidad de alegar causa, una vez transcurridos tres meses desde su celebración, y los cónyuges obtienen la posibilidad de definir convencionalmente los efectos de la separación. En este nuevo escenario, instrumentos tradicionales como las *capitulaciones matrimoniales* adquieren una función más amplia, permitiendo regular de antemano aspectos que en el pasado estaban rígidamente fijados por el legislador[82].

La disciplina del régimen económico matrimonial, contenida en el Código Civil (Libro III, Título VII), ofrece diversas configuraciones — sociedad de gananciales, separación de bienes, participación en las

81 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Principi cardine del diritto di famiglia nella prospettiva dell'esperienza giuridica spagnola*, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2025, pp. 1297-1343.

82 SCHLIPFINGER, D., *Patti prematrimoniali*, op. cit., pp. 529 ss.

ganancias— y permite a los cónyuges celebrar acuerdos tanto antes como durante el matrimonio, siempre que respeten los límites del orden público y de los derechos indisponibles. La validez de los pactos prematrimoniales queda, en todo caso, supeditada a un atento control de legitimidad, destinado a evitar desequilibrios entre las partes o restricciones de derechos fundamentales.

La jurisprudencia española mantiene una línea prudente: si bien reconoce la licitud de los acuerdos, vigila que estos no se conviertan en instrumentos capaces de favorecer la ruptura del vínculo ni de comprometer la función social atribuida al matrimonio. De este modo, la autonomía privada se amplía, pero siempre dentro de un marco de garantías que preserva el equilibrio de la relación y la protección de los sujetos más vulnerables.

En el plano aplicativo, la libertad negocial de los cónyuges se expresa mediante un conjunto articulado de instrumentos, cada uno dotado de una función específica, que en su conjunto evidencian la notable elasticidad del modelo español. Las *capitulaciones matrimoniales* (art. 1325 Código Civil) constituyen el núcleo histórico de la autonomía patrimonial: permiten elegir o modificar el régimen económico de la pareja e incluir cláusulas relativas a la gestión de los bienes o a eventuales compensaciones.

Los *convenios reguladores* (art. 90 Código Civil), introducidos con la reforma de 1981 y destinados a ser incorporados en la resolución judicial de separación o divorcio, permiten a los cónyuges definir los

efectos de la crisis una vez que esta se ha manifestado. El juez verifica la conformidad del acuerdo con los principios fundamentales del ordenamiento, prestando particular atención a la tutela de los hijos y a la protección del cónyuge más vulnerable.

Junto a estos instrumentos, la práctica ha reconocido eficacia a los *pactos privados de separación de hecho*, acuerdos extrajudiciales que regulan la separación de hecho sin incidir en el régimen patrimonial, y que una parte significativa de la jurisprudencia considera vinculantes[83].

Desde los años dos mil, especialmente tras la Ley 25/2010, se observa una creciente difusión de los acuerdos prematrimoniales (*acuerdos prenupciales*), destinados a disciplinar de antemano las consecuencias de una futura ruptura. Aunque carecen de una tradición consolidada en el derecho español, estos pactos han encontrado reconocimiento progresivo mediante la cláusula general de autonomía contractual del art. 1255 Código Civil y a través de los arts. 1323 y 1325 Código Civil, que permiten a los cónyuges regular preventivamente aspectos económicos y personales de su unión.

En el plano práctico, doctrina y jurisprudencia han señalado en diversas ocasiones la dificultad de trazar una línea nítida entre *capitulaciones matrimoniales* y acuerdos prematrimoniales,

[83] Para la jurisprudencia que se ha pronunciado de este modo, véase SCHLIPFINGER, D., *Patti prematrimoniali*, op. cit., p. 532 nt. 74.

evidenciando su frecuente superposición. Para evitar tal confusión, se considera que los pactos familiares que contienen cláusulas relativas a una posible ruptura (siempre que no incidan en el régimen económico) pueden celebrarse libremente, sin formalidades particulares.

Por el contrario, cuando dichas previsiones afectan directamente a la estructura patrimonial del matrimonio, deben insertarse en el marco de las capitulaciones, garantizando así la coherencia entre forma y contenido.

Los acuerdos prematrimoniales pueden abarcar una amplia gama de aspectos, también gracias al último inciso del art. 1325 Código Civil, que permite incluir en las capitulaciones no solo disposiciones económicas, sino "cualquier otra previsión relativa al mismo". La doctrina dominante interpreta esta fórmula en sentido extensivo, comprendiendo la totalidad de la relación conyugal: obligaciones recíprocas, efectos económicos de la separación, eventuales indemnizaciones por violación de deberes y la propia disciplina del régimen patrimonial.

La eficacia de los pactos familiares encuentra, sin embargo, límites constitucionales precisos.

El art. 14 CE, leído en combinación con el art. 1328 1325 Código Civil, impone el respeto del principio de igualdad entre los contratantes, excluyendo cláusulas que generen un desequilibrio injustificado. No

se exige una igualdad material automática: lo relevante es que eventuales asimetrías estén sustentadas por razones válidas y que el consentimiento sea plenamente informado. La valoración de la lesividad no se agota en el análisis de los efectos económicos, sino que requiere verificar la voluntad real de las partes y la conciencia de la elección realizada. Esta comprobación forma parte de la verificación del consentimiento conforme al art. 1261 CC, aunque la jurisprudencia la vincula a menudo al principio constitucional de igualdad entre los cónyuges.

Un segundo límite deriva del art. 32 CE, que garantiza a hombres y mujeres el derecho a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad. De ello se desprende la prohibición de introducir pactos que, en caso de terminación de la relación, puedan condicionar u obstaculizar la libertad de decidir si casarse. Cláusulas que hagan excesivamente onerosa la finalización del vínculo —tanto matrimonial como de convivencia— y que incidan en la libertad de disolverlo resultan incompatibles con dicho principio y deben considerarse inconstitucionales.

Finalmente, todos los acuerdos deben respetar las normas imperativas del Código Civil: las relativas al régimen patrimonial, a los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, a la asistencia familiar y a la protección de los menores. La violación de tales obligaciones puede determinar la invalidez o la lesividad del pacto, incluso cuando ambas partes hayan prestado su consentimiento.

Hoy el ordenamiento español combina la salvaguardia de los valores fundamentales del matrimonio con una marcada flexibilidad privatística. Capitulaciones matrimoniales, convenios reguladores, pactos privados y acuerdos prematrimoniales forman un conjunto orgánico de instrumentos que permite a los cónyuges programar de antemano los efectos económicos y personales de su relación, equilibrando autonomía contractual y función social del instituto.

La evolución normativa —desde las restricciones anteriores a 1975 hasta las reformas estatales y las regulaciones autonómicas— testimonia un proceso de apertura progresiva. Las legislaciones regionales, como la catalana (arts. 231-208 y ss. del Código Civil de Cataluña, 2010) y la valenciana (Ley 10/2007, posteriormente derogada), han reconocido expresamente los pactos prematrimoniales, aunque con alcance diverso, contribuyendo a consolidar un modelo matrimonial más flexible y atento a las necesidades de la pareja. Este itinerario marca la transición de un esquema rígidamente publicista a un matrimonio estructurado según criterios civilísticos, en el cual la autonomía negocial puede expandirse sin afectar los principios esenciales del instituto.

La lógica subyacente a esta transformación reside en la necesidad de conciliar dos exigencias: por un lado, la protección de los valores que históricamente han justificado la intervención pública en la disciplina familiar; por otro, la creciente demanda de autodeterminación de los cónyuges, alimentada por la evolución social, la igualdad de género y la complejidad de los patrimonios familiares y profesionales.

A partir de finales de los años setenta, el legislador ha reconocido que una ampliación de la libertad negocial no compromete la estabilidad del matrimonio, siempre que vaya acompañada de transparencia, plena información y equilibrio entre las partes. En esta perspectiva, la flexibilidad civilística permite adaptar los instrumentos patrimoniales y personales a las necesidades específicas de la pareja, favoreciendo una gestión preventiva de los riesgos, una tutela más eficaz del cónyuge vulnerable y una reducción significativa del contencioso.

Queriendo dirigir la atención de manera más específica y detallada hacia la jurisprudencia española, la primera sentencia que ha considerado válidos los pactos prematrimoniales ha sido la STS 392/2015[84], posteriormente confirmada por la STS 315/2018[85] y la STS 569/2018[86].

Un papel especialmente relevante corresponde, sin embargo, a la STS 217/2011, que, aunque no se refiera estrictamente a pactos en previsión de la crisis familiar, reconoce por primera vez, con una

84 STS 392/2015 (ECLI: ES:TS:2015:2828). QUICIOS MOLINA, M.S., *El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, 101, pp. 191-208.

85 STS 315/2018 (ECLI: ES:TS:2018:1925). RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 109, 2019, pp. 261-277.

86 STS 569/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3845). CERVILLA GARZÓN, M.D., *Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018*, en *Diario La Ley*, 9301, 2018, pp 1-12.

motivación articulada luego retomada por las sentencias posteriores, la validez de un acuerdo celebrado tras el surgimiento de la crisis conyugal[87].

Los temas en torno a los cuales se ha desarrollado el debate sobre la admisibilidad de los pactos en previsión de la crisis familiar en el derecho español son conocidos: la posible configuración de una renuncia a la ley (art. 6.2 Código Civil) o a un derecho futuro (art. 1328 Código Civil); su eventual contrariedad a la ley, a la moral o al orden público; el riesgo de atribuir a uno de los cónyuges un poder discrecional arbitrario; la compatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 CE); la disciplina aplicable en caso de cambio radical de las circunstancias.

Cada uno de estos argumentos ha sido superado por la jurisprudencia española mediante un razonamiento sólido y plenamente convincente, bien sintetizado por la doctrina[88]. En primer lugar, se ha excluido la existencia de una renuncia a la ley o a un derecho futuro, puesto que «lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio

87 Es muy importante leer el tercer motivo de la sentencia citada, titulado «La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas», ya que recoge la jurisprudencia en la materia hasta la fecha y constituye la base de la posterior sentencia STS 392/2015, en la que se admite por primera vez la validez de los pactos prenupciales. Véanse las consideraciones de QUICIOS MOLINA, M.S., *El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa*, op. cit., pp. 191 ss.

88 BARBA, V., *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, op. cit., pp. 34 s.

posterior a la crisis del matrimonio». En segundo lugar, se ha negado que tales pactos sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público, señalando que los cónyuges «se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal», solución ya acogida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y coherente con los arts. 1323 y 1325 Código Civil. En tercer lugar, se ha excluido que el pacto esté sometido al arbitrio de un cónyuge, pues resulta negociado y no orientado a incentivar la crisis familiar, ni estipulado en condiciones de desequilibrio económico. En cuarto lugar, no se aprecia violación del principio de igualdad, al faltar cualquier perjuicio o abuso de posición dominante; es más, la falta de medios podría, en hipótesis, afectar negativamente al orden público, imponiendo la intervención del erario, circunstancia excluida en el caso concreto por la holgura de recursos de ambos.
Finalmente, si sobrevienen circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hagan excesivamente oneroso el pacto, resulta aplicable la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*[89].

A estos argumentos, sustancialmente confirmados por las decisiones posteriores, la STS 569/2018 añade otro, ampliando el posible contenido de los pactos prematrimoniales: estos pueden incluir

[89] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidariedad*, op. cit., p. 110: «la admisión legal de tales pactos se ha apoyado tanto en el artículo 1323 Código civil, que consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges y que no es maás que una concreción del artículo 1255 Código civil (admisión del juego de la autonomía de la voluntad contractual y señalamiento de sus límites: la ley, la moral y el orden público), como en el artículo 1325 Código civil».

medidas relativas a los hijos menores, siempre que respeten el interés superior del menor.

La comparación entre la jurisprudencia italiana y la española demuestra, sin posibilidad de refutación, que la decisión sobre la admisibilidad de los pactos en previsión de la crisis familiar no depende tanto del dato normativo cuanto de su interpretación sistemática.

En ambos ordenamientos rigen el principio de igualdad entre los cónyuges, la prohibición, dentro de ciertos límites, de disponer de derechos futuros y la prioridad del interés del menor.

Y, sin embargo, mientras en Italia sigue prevaleciendo la discutible idea de que el *assegno di mantenimento* tiene naturaleza asistencial y que todo acuerdo anticipatorio puede limitar la libertad de las partes o afectar a derechos indisponibles, en España se ha afirmado una orientación más razonable y acorde con la realidad social, que excluye que el pacto prematrimonial pueda limitar la libertad de los cónyuges.

Esta divergencia pone de relieve, por un lado, la fuerza propulsora de la interpretación jurídica como motor del ordenamiento; por otro, la imposibilidad de una lectura «pura» del derecho, pues toda interpretación refleja un determinado horizonte ideológico. Y confirma, finalmente, que la disciplina de las relaciones patrimoniales

familiares solo puede comprenderse a la luz de los principios y valores que estructuran el sistema en su conjunto.

En el debate sobre la admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales en Italia, algunos señalan que su introducción podría debilitar la institución matrimonial, alentando a las parejas casadas a poner fin al vínculo al saber que no deberán afrontar un procedimiento doloroso y a menudo degradante; otros, en cambio, consideran que la valorización de la autonomía negocial, al conferir certeza y previsibilidad a la relación incluso en la fase de crisis, podría incentivar su difusión, tranquilizando a los cónyuges al menos desde el punto de vista patrimonial.

Lo cierto es que en la legislación italiana vigente no parecen existir motivos insuperables que impidan reconocer a los futuros cónyuges la posibilidad de estipular acuerdos preventivos sobre la crisis conyugal.

Como ha escrito el jurista italiano Vincenzo Barba[90]: «credo che i patti in vista di una crisi familiare si possano convertire in uno strumento molto utile […] non si può dimenticare che il loro fondamento può rinvenirsi negli stessi principi costituzionali di libertà della persona e libero svolgimento della sua personalità». Según la opinión de Barba (una de las voces italianas de mayor autoridad en la materia), el

90 BARBA, V., *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, op. cit., p. 47

derecho civil, en cuanto derecho de las personas[91], no puede sustraerse a la responsabilidad de afrontar esta cuestión, que incide directamente en la esfera individual y en la configuración concreta de la autonomía privada.

Es, por tanto, deseable que también la jurisprudencia italiana, a la luz de la experiencia española, pueda orientarse progresivamente hacia soluciones más coherentes con el sistema normativo y más respetuosas de los derechos de la persona.

Dada, además, la relevancia que el tema asume en todos los ordenamientos europeos, resulta oportuno plantearse la posibilidad de una disciplina uniforme o, al menos, armonizada a nivel supranacional.

Una regulación europea de los pactos en previsión de la crisis familiar contribuiría no solo a garantizar mayor certeza del derecho y previsibilidad de las decisiones, sino también a reforzar la tutela de

91 RUBIO, G. y PAZ, M., *Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos*, en *Revista de Derecho Civil*, 1, 2022, pp. 233-245: «Desde una determinada óptica, el Derecho civil constituye un legado histórico y cultural, que resulta ser, sobremanera, poso y cobijo de las opciones éticas básicas de una sociedad. Desde otro punto de vista, cualquier jurista reconoce que en el Derecho civil se halla la matriz de buena parte de los conceptos que en nuestra tradición cultural sustentan las bases de los ordenamientos jurídicos modernos. Finalmente, el Derecho civil es el Derecho de la vida cotidiana, el que alcanza, en una u otra medida, a todas las personas. Estas perspectivas dotan al Derecho civil de una singularidad que no comparte con ninguna rama del Derecho, ni de las tradicionales, ni de aquellas otras que pueden ser consideradas más o menos nuevas».

la persona y de su autonomía en un contexto familiar cada vez más móvil y transnacional.

VI. CONCLUSIONES: DE LOS *PACTA DOTALIA* A LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE LA CRISIS FAMILIAR.

El recorrido realizado permite situar la cuestión de los pactos en previsión de la crisis familiar dentro de una perspectiva histórica más amplia. La experiencia romana demuestra, en efecto, que la utilización de instrumentos de autonomía privada para anticipar y ordenar las consecuencias patrimoniales de la disolución de la relación conyugal no constituye una novedad de los ordenamientos contemporáneos.

Los *pacta dotalia* representan, desde este punto de vista, una experiencia particularmente significativa, aunque no puedan ser considerados un antecedente directo de los actuales pactos de previsión de ruptura.

La dimensión diacrónica permite apreciar, ante todo, la progresiva transformación de la propia función de la dote.

De un instituto estrechamente vinculado a la estructura familiar y sucesoria del matrimonio *cum manu*, la dote pasó a desempeñar, en el desarrollo del matrimonio *sine manu*, una función cada vez más relacionada con el sostenimiento de los *onera matrimonii* y con la protección de los intereses patrimoniales de la mujer.

Paralelamente, la posición jurídica del marido sobre los bienes dotales fue objeto de una progresiva limitación, mientras se reforzaban los mecanismos destinados a garantizar la conservación y restitución del patrimonio dotal.

En este proceso adquirió particular importancia la posibilidad de anticipar convencionalmente las consecuencias de la disolución del matrimonio. Desde las primeras *cautiones rei uxoriae* hasta la más elaborada disciplina de los *pacta dotalia*, la experiencia romana muestra cómo la autonomía negocial pudo intervenir sobre aspectos concretos de la restitución de la dote: su destinatario, el momento de la restitución, las modalidades de ejecución, la valoración de determinados bienes y las consecuencias patrimoniales de las distintas causas de disolución del matrimonio.

La autonomía privada no actuaba, por tanto, al margen del ordenamiento, sino dentro de un sistema que reconocía su utilidad al mismo tiempo que imponía límites destinados a preservar la función económica y protectora de la dote.

Desde esta perspectiva, la experiencia romana permite identificar una continuidad funcional con los actuales pactos en previsión de la crisis familiar. En ambos casos, las partes recurren a instrumentos negociales para reducir la incertidumbre inherente a una eventual disolución de la relación y para determinar anticipadamente determinadas consecuencias patrimoniales.

La continuidad no debe, sin embargo, confundirse con identidad: los *pacta dotalia* se insertaban en una estructura matrimonial y patrimonial profundamente diferente de la contemporánea, mientras que los acuerdos actuales se desarrollan en un sistema fundado en la igualdad jurídica de los miembros de la pareja, en la autonomía personal y en una concepción plural de las relaciones familiares.
Precisamente esta evolución histórica permite comprender mejor el cambio de perspectiva que se ha producido en torno a la autonomía privada. En el derecho romano, la negociación se concentraba fundamentalmente en torno a la conservación, administración y restitución de un patrimonio funcionalmente vinculado al matrimonio.

En los ordenamientos contemporáneos, en cambio, la cuestión se desplaza hacia la posibilidad de que los propios miembros de la pareja anticipen la regulación de las consecuencias económicas de una eventual crisis. El objeto de la autonomía se amplía, pero también se hace más compleja la determinación de sus límites, porque entran en juego principios relativos a la igualdad, la solidaridad familiar, la protección de los hijos y la indisponibilidad de determinadas situaciones jurídicas.

La comparación entre Italia y España confirma esta transformación desde una perspectiva sincrónica.

Ambos ordenamientos se enfrentan a problemas sustancialmente comunes y comparten principios fundamentales, pero han atribuido

un peso diferente a la autonomía privada. La experiencia española ha reconocido progresivamente la legitimidad de los pactos en previsión de la ruptura, sometiéndolos a controles destinados a evitar situaciones de abuso, desequilibrio o lesión de intereses indisponibles. La jurisprudencia italiana, por el contrario, ha mantenido una posición predominantemente restrictiva, aunque no hayan faltado decisiones capaces de reconocer eficacia a determinados acuerdos cuando su objeto y su causa no coinciden con la regulación global de los efectos de la crisis matrimonial.

El dato comparado permite, por tanto, formular una conclusión que se proyecta sobre la dimensión diacrónica del estudio: ni la progresiva expansión de la autonomía privada en materia familiar constituye una ruptura radical con la tradición jurídica, ni los límites que actualmente se le imponen pueden considerarse inmutables.

La historia de la dote demuestra que la relación entre autonomía, protección patrimonial y estructura familiar ha sido objeto de una continua adaptación, en la que jurisprudencia, legislación y práctica negocial han contribuido conjuntamente a redefinir el espacio de actuación de los particulares.

Por ello, la cuestión contemporánea no debería plantearse exclusivamente en términos de admisibilidad o prohibición general de los pactos en previsión de la crisis familiar. El problema central consiste, más bien, en determinar las condiciones bajo las cuales tales acuerdos pueden considerarse válidos y eficaces. La categoría de los

pactos en previsión de la crisis o ruptura familiar resulta, en este sentido, preferible a la más limitada expresión pactos prematrimoniales, porque permite comprender tanto los acuerdos celebrados antes del matrimonio como aquellos concluidos durante la relación y, en una concepción más amplia de la familia, los pactos celebrados por quienes se encuentran unidos mediante formas de convivencia distintas del matrimonio.

La principal enseñanza que cabe extraer del recorrido histórico y comparado es, por tanto, que autonomía privada y protección de los intereses familiares no constituyen principios necesariamente antagónicos. La experiencia romana muestra que la autonomía negocial pudo desarrollarse incluso dentro de una institución fuertemente condicionada por intereses familiares y sociales; la experiencia contemporánea demuestra, a su vez, que la ampliación de la autonomía no elimina la necesidad de límites jurídicos destinados a proteger a las partes y a los terceros especialmente vulnerables.

Los pactos en previsión de la crisis deben concebirse, por ello, como instrumentos de autonomía privada cualificada: acuerdos legítimos de planificación patrimonial cuya eficacia debe quedar subordinada al respeto de la libertad y de la información de las partes, de la igualdad entre los miembros de la pareja, de la protección de los hijos y de las exigencias de solidaridad familiar. La función del ordenamiento no debería consistir necesariamente en excluir estos

acuerdos, sino en establecer criterios suficientemente claros para controlar su formación, su contenido y sus efectos.

Desde esta perspectiva, la comparación con los *pacta dotalia* adquiere un significado que trasciende la mera reconstrucción histórica. La experiencia romana permite observar, en una perspectiva de larga duración, cómo el derecho ha afrontado reiteradamente el mismo problema estructural: determinar hasta dónde puede llegar la autonomía privada cuando se proyecta sobre una relación que es simultáneamente personal, patrimonial y familiar. La respuesta ha cambiado con la transformación de la familia, de la posición de la mujer y de la concepción de la autonomía individual; pero la tensión entre autodeterminación y protección de los intereses familiares permanece.

De ahí que una eventual intervención legislativa en los ordenamientos contemporáneos no deba limitarse a reconocer o excluir en abstracto la validez de estos pactos, sino que debería definir sus presupuestos, sus límites y sus mecanismos de control.
Una regulación clara contribuiría a reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad de las relaciones patrimoniales familiares, sin sacrificar las exigencias de solidaridad y protección que justifican la intervención del ordenamiento.

En esta dirección, la experiencia comparada – y, en particular, el contraste entre Italia y España – puede ofrecer elementos útiles para

una futura evolución legislativa y, eventualmente, para una progresiva armonización de la materia en el ámbito europeo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano* I. *Persone e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1933.

AMARELLI, F. y LUCREZI, F., *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli, Jovene, 1997.

AMARELLI, F., *Apuleio: la testimonianza di un laico del diritto*, en *Index,* 1990, 18, pp. 93-100.

AMARELLI, F., *Il processo di Sabrata* en *SDHI*, 54, 1988, pp. 110-146.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*, en *REHJ*, 30, 2018, pp. 37-46.

ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*[11], Milano, Giuffrè, 1952.

ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, 1, Padova, Cedam, 1964.

ATORINO, A., BALESTRA, G., D'ALESSIO, R. (curr.), *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo. Gellio, Notti Attiche 12.7*, Lecce, Grifo, 2021.

BARBA, V., *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, en *Rivista di diritto civile*, 1, 2023, pp. 16–47.

BARBA, V., *Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán*, en *Anuario de Derecho Civil*, 74, 2021, pp. 21-82.

BARBA, V., *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 8, 2020, pp. 407-466.

BECHMANN, A., *Das Römische Dotalrecht*, 1, Erlangen, A. Deichert, 1863.

BIONDI, B., *Successione testamentaria. Donazione*[2], Milano, Giuffrè, 1955.

BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*. I. *Diritto di famiglia, Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò con aggiunta degli indici delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1963.

BORTOLU, T., *Prenuptial agreements e cohabitation contracts nel prisma della comparazione*, en *Archivio Giuridico Sassarese,* 25, 2020-1, pp. 382-408.

BUONGIORNO, P., *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana* I, Lecce, Grifo 2018.

BUSNELLI, F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, en *Rivista di diritto civ*ile, 1, 2002, pp. 509-529.

CANNATA, C.A., s.v. *Dote (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 14, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 1-8.

CARBONE, M., *Il rescritto dei Severi a Gemina (C. 5.18.1): una risposta apparentemente dissonante*, en *ΚΟΙΝΩΝΙΑ*, 44/1, 2020, pp. 223-234.

CERVILLA GARZÓN, M.D., *Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018*, en *Diario La Ley*, 9301, 2018, pp 1-12.

CREMADES, I., PARICIO, J., *«Dos et virtus». Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona, Bosch, 1983.

CSILLAG, P., *I rapporti patrimoniali fra coniugi all'epoca di Augusto*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, IV, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 303–323.

CZYHLARZ, C., *Das Römische Dotalrecht*, E. Roth., Giessen, 1870.

D'ALESSIO, R., *Note su Gellio, diritto e giurisprudenza*, en *Seminario Complutense de Derecho Romano*, 27, 2014, pp. 447-475.

D'ALESSIO, R., *Il diritto di Gellio*, en *Index*, 49, 2021, pp. 56-63.

D'ANCONA, R., *Il concetto della dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1972.

DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, M., (dir.), *Dramaturgia, derecho y sociedad en la comedia de Plauto*, Madrid, Ediciones Complutense, 2025.

DI TROLIO, G., *Le leges regiae in Dionigi d'Alicarnasso. Volume I. La monarchia latino-sabina*, Napoli, Jovene, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Principi cardine del diritto di famiglia nella prospettiva dell'esperienza giuridica spagnola*, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2025, pp. 1297-1343.

DORIA, G., *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996.

EHMER, M., *Mores im klassischen römischen Recht. Eine funktionale Betrachtung. Band 1: Methodische, sprachliche und ideengeschichtliche Grundlagen; mores mit Bindungswirkung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2025.

FADDA, C., *Diritto delle persone e della famiglia. Corso di diritto romano 1909-1910*, Napoli, Jovene, 1910.

FIORI, R., *Homo sacer. Dinámica político-constitucional de una sanción jurídico-religiosa*, Napoli, Jovene, 1996.

FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Coemptio y status de la mujer en el arcaico ius civile*, en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*², VI, Sevilla, Ediciones BOE, 2025, pp. 1-16.

FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Familia de cognados, familia de agnados e igualdad de sexo*, en *SCDR*, 38, 2025, pp. 281-345.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujere casada en derecho romano*, Madrid, Cuadernos Istituto Juridico Espanõl, 1958.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. I – La tradición romanística*, Barcelona, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1982.

GARZÓN y M. DOLORES, C., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, Giuffrè, 1990.

GOLA, C., *Diritto di famiglia e autonomia negoziale, un ossimoro apparente: la questione dell'ammissibilità dei patti in vista del divorzio*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17/2, 2022, pp. 160-189.

GUERRERO. M., *FRANCESCA LAMBERTI, La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica, Giappichelli Editore, Torino, 2014, 208 págs.*, en *RIDROM* [on line], 16, 2016, pp. 331-342.

GUIZZI, F., *La restituzione della dote e le spese utili*, in *Labeo*, 3, 1957, pp. 245-250.

HARRISON, A.R.W., *Il diritto ad Atene. La famiglia e la proprietà*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2001.

LAMBERTI, F., *'De magia' als rechtsgeschichtliches Document*, en HAMMERSTAEDT, J. y HABERMEHL, P. y LAMBERTI, F. y RITTER, A.M. y SCHENK, P. (coord.), *'Apuleius de magia'*, Darmstadt, Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 2002, pp. 321-350.

JOUSSERANDOT, L., *L'édit perpétuel restitué et commenté*, I, París, A. Marescq Ainé, 1883.

LAMBERTI, F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, en Urso, G. (dir.) *Moneta mercanti banchieri. I precedenti romani dell'euro*. *Atti del Convegno Internazionale Cividale del Friuli 26-28 settembre 2002*, Pisa, Edizioni ETS, 2003, pp. 301-320.

LAMBERTI, F., *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, Giappichelli, 2014.

LAMBERTINI, R., *In tema di volontaria restituzione della dote in costanza di matrimonio*", en PIRO, I. (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino,* 4, Tricase, Libellula, 2016, pp. 191-209.

LAURIA, M., *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1952.

LOBRANO, G., "*Uxor quodammodo domina*". *Riflessioni su Paul. D. 25.2.1*, Sassari, Seminario di diritto romano - Facoltà di Giurisprudenza di Sassari, 1989.

MAGAGNA, M., *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Padova, Cedam, 2002.

MAIETTA, A., *Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi*, en *Comparazione e Diritto Civile*, 1, 2019, pp. 1-17.

MARTÍN MORO, M., *Matrimonio, familia y riqueza: la dote como mecanismo de consumación social del vínculo*, en *RIDROM* [on line], 26, 2026, pp. 346-380.

MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, Palumbo, 2006.

MARTINI, R. y PROCCHI, F. *Alcuni aspetti di tecnica retorica nell'Apologia di Apuleio*, en *SDHI*, 79, 2013, pp. 819-835.

MASCHI, C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Giuffrè, 1937.

MASI DORIA, C., *Tracce del Senatusconsultum Claudianum nella legislazione di Giustiniano*, en PIRO, I. (dir.), *Scritti per Alessandro Corbino*, 4, Tricase, Libellula edizioni, 2016, pp. 597-617.

MINEO, J., *Gli accordi in previsione della crisi coniugale: nuovi equilibri tra autonomia privata e limiti ordinamentali*, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2025, pp. 1115-1135.

MOMMSEN, TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.

NADER, L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

OBERTO, G., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 1999.

PALAZZOLO, N., *Dos prelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, Giuffrè, 1968.

PATTI, S., *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, en ZATTI, P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*[2], III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, 3-27.

PELLECCHI, L., *L'accusa contro Apuleio: linee retoriche e giuridiche*, en MANTOVANI, D. y PELLECCHI, L. (coord.), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione dei governatori di provincia (II sec. a.C. – II d.C.)*, Pavia, Pavia University Press, 2020, pp. 171-334.

PETRONI, G., *La funzione della dote romana*, Napoli, Jovene, 1897.

PEZZATO, E., *Sit sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, Bologna, Bologna University Press, 2022.

QUICIOS MOLINA, M.S., *El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 101, 2016, pp. 191-208.

RASCÓN GARCÍA, C., *Los intereses de la dote (D. 23,3,69,1)*, en *RIDA*, 12, 1976, pp. 203-222.

RAVIZZA, M., *Sui rapporti tra matrimonio e 'deportatio' in età imperiale*, en *RDR*, 14, 2014, pp. 1-10.

RICCOBONO, S., *Formulae ficticiae a normal means of creating new law*, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis,* 9, 1929, pp. 26-29.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad*, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 38, 2018, pp. 99-132.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 109, 2019, pp. 261-277.

RUBIO, G. y PAZ, M., *Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos*, en *Revista de Derecho Civil*, 1, 2022, pp. 233-245.

SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., *The Principle of not Lessening the Rights of the Wife in the Pacta Dotalia*, en Berg, R., (ed.), *The Material Sides of Marriage. Women and domestic economies in antiquity*, *Acta Instituti Romani Finlandiae*, 43, 2016, pp. 123-131.

SANTALUCIA, B., *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, en *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, 2001, Napoli, Jovene, pp. 173-190.

SAVIGNY (VON), F.C., *Über die erste Ehescheidung in Rom,* en *Vermischte Schriften*, I, Berlin, Veit. Und Comp., 1850, pp. 81-93.

SCHLIPFINGER, D., *Patti prematrimoniali attraverso il prisma pubblicistico o negoziale: uno studio comparatistico*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 24 febrero 2026, pp. 504-545.

SCHIAVONE, A., *'Matrimonium' e 'deportatio'. Storia di un principio*, en *AAN*, 78, 1967, pp. 421-483.

SOLAZZI, S., *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello, Editore Lapi, 1899.

SÖLLNER, A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, Böhlau, 1969.

SPADAFORA, A., *L'incedere della causa familiare sul terreno della negozialità,* en *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2021, pp. 1788-1810.

SPINA, A., *The heritage dowry in greek-roman practice*, en *RIDROM* [on line], 16, 2016, pp. 38-70.

STAGL, J.F., *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien–Köln–Weimar, Böhlau, 2009.

STUCCHI, S., *Sulla dote di Pudentilla nell'Apologia di Apuleio*, en *Erga – Logoi*, 7, 2019, pp. 137-146.

TAGLIASACCHI, E., *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata, 2*, 2014, pp. 94-103.

TREGGIARI, S., *Terentia, Tullia and Publilia: The Women of Cicero's Family*, London – New York, Routledge, 2007.

VARVARO, M., *Studi sulla restituzione della dote*. I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, Giappichelli, 2006.

VENTURINI, C., *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi*, en AGOSTINIANI, L., DESIDERI, P., (curr.), *Plauto testimone della società del suo tempo*, Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 114-127.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano*², Milano, Giuffrè, 1963.

WATSON, A., *The Divorce of Carvilius Ruga*, en *TJD*, 33, 1965, pp. 38-50.

WOLFF, H.J., *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, en *ZSS*, 53, 1933, pp. 297-371.

Universidad de Oviedo

RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 | Octubre-2026 Full text article | https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

Fecha de recepción:	Fecha de aceptación:
26/08/2026	17/10/2026
Palabras clave:	**Keywords:**
Lex (P)Laetoria, protección del *minor viginti quinque annis*, edad y capacidad de obrar, *circumscriptio adulescentium*, fuentes literarias	*Lex (P)Laetoria, protection of minor viginti quinque annis, age and legal capacity to act, circumscriptio adulescentium, roman literary and legal sources.*

CC BY NC ND

LA PROTECCIÓN DEL *MINOR* Y LA *LEX (P)LAETORIA DE CIRCUMSCRIPTIONE ADULESCENTIUM*: CONTENIDO, ALCANCE Y PROYECCIÓN EN LAS FUENTES

THE PROTECTION OF *MINORS AND THE LEX (P)LAETORIA DE CIRCUMSCRIPTIONE ADULESCENTIUM: CONTENT, SCOPE AND ITS RECEPTION IN ROMAN LEGAL AND LITERARY SOURCES*

María del Pilar Pérez Álvarez
Catedrática de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-3399-3566

(PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. La protección del *minor* y la *lex (p)laetoria* de c*ircumscriptione adulescentium*: contenido, alcance y proyección en las fuentes. RIDROM [on line]. 37-2026.ISSN 1989-1970 .Pp. 547- 594. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Resumen:

La reconstrucción del contenido y alcance de la Lex (P)Laetoria presenta dificultades significativas, ya que el texto original no se ha conservado. Nuestro conocimiento de esta disposición deriva de referencias indirectas, conservadas en fuentes jurídicas y literarias, que permiten percibir tanto su finalidad protectora como su proyección en la tradición jurídica romana. A partir de dichos testimonios es posible delinear los rasgos esenciales de una norma que representa uno de los primeros intentos del Derecho romano de ofrecer tutela a los menores de veinticinco años frente a los abusos derivados de su inexperiencia en sus asuntos jurídicos. El presente trabajo examina dichas fuentes con el objetivo de reconstruir, en la medida de lo posible, el contexto, el contenido, el alcance y la evolución de esta disposición en la tradición jurídica romana.

Abstract:

Reconstructing the content and scope of the Lex (P)Laetoria poses significant challenges, since the original text has not survived. Our knowledge of this statute therefore derives from indirect references preserved in literary and legal sources, which allow us to discern both its protective purpose and its historical development within the Roman legal tradition. On the basis of these testimonies, it is possible to outline the essential features of a statute that represents one of the earliest attempts in Roman law to provide protection for persons under twenty-five years of age against abuses arising from their inexperience in legal and economic affairs. This study examines the available sources with the aim of reconstructing, as far as possible, the context, content, scope and function of this statute, as well as its subsequent development within the Roman legal tradition.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las fuentes primarias 3. La *lex (P)Laetoria de circumscriptione adulescentium*. 3.1. Denominación y datación del plebiscito; 3.2 Contexto histórico y finalidad protectora de la ley; 3.3. Ámbito de aplicación de la ley; 3.4. Contenido de la norma; 3.5. Naturaleza jurídica de la *actio legis Laetoriae*. 4. Ampliación de la protección del menor. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas físicas pueden encontrarse en situaciones que, sin afectar a su capacidad jurídica, limitan la posibilidad de ejercitar sus derechos. En tales circunstancias, se dice que el individuo carece de capacidad de obrar o, lo que es lo mismo, de la autonomía necesaria para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Entre los factores que inciden en la capacidad de obrar destaca la edad, pues la celebración de negocios jurídicos exige un grado suficiente de discernimiento y madurez.

En el antiguo Derecho romano, el varón s*ui iuris* que había alcanzado la pubertad -a partir de los catorce años- era considerado plenamente capaz para realizar toda clase de actos jurídicos[1]. Esta regla pudo resultar adecuada para una economía sencilla de escasa complejidad, pero se volvió problemática cuando las condiciones económicas se transformaron. En un contexto de creciente actividad

[1] Mientras que la mujer s*ui iuris*, que no se hallaba bajo la *patria potestas* o la *manus*, estaba sometida a la *tutela mulierum*.

comercial y financiera, la inexperiencia del joven mayor de catorce años lo hacía particularmente vulnerable.

El primer indicio conocido de la protección que Roma ofreció a los menores de veinticinco años se encuentra en la *Lex Laetoria* (o *Plaetoria*), promulgada en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Púnica, coincidiendo con la expansión romana hacia Oriente y el aumento de la circulación monetaria.

En este contexto, caracterizado por el desarrollo de una economía de mercado y la necesidad de regular el crédito y los intercambios entre particulares, se aprobaron diversas normas destinadas a limitar la actividad de los usureros[2]. Entre ellas se encontraba la *Lex (P)Laetoria* destinada a proteger las operaciones crediticias de los menores de veinticinco años.

La presente contribución tiene por objeto la reconstrucción del contenido y alcance de esta última disposición a partir del examen de las fuentes jurídicas, literarias, epigráficas y papirológicas con el propósito de analizar no solo su contenido originario, sino también

[2] Desde la época decenviral se votaron varias leyes y plebiscitos para frenar la actividad de los usureros y se iniciaron procedimientos públicos contra los acreedores que no respetaban el interés legal. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., "Remedios legales, coercitivos y procesales frente a los *faeneratores* en el período tardorrepublicano". En *Dramaturgia, derecho y sociedad en la comedia de Plauto*, dir. María del Pilar Pérez Álvarez, Madrid: Ediciones Complutense, 2025. https://dx.doi.org/10.5209/arte.002.21, pp. 473-499. Sobre las posibles reformas adoptadas antes de la época predecenviral, *vid.* RONCERO NÚÑEZ, Javier, "La reforma del crédito en época monárquica: DION. HAL., IV.9.6-7", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* XLVII (2025), pp. 49 y ss.

su proyección en las distintas fuentes que testimonian su aplicación y pervivencia en la tradición jurídica posterior.

A lo largo de este trabajo se utilizará la denominación de *Lex Laetoria* por ser la designación predominante en las fuentes primarias, sin perjuicio de que posteriormente examinemos el debate doctrinal suscitado por la variante *Plaetoria.*

II. LAS FUENTES PRIMARIAS

La reconstrucción de la *lex Laetoria* debe partir necesariamente de las fuentes conservadas pues el texto original no ha llegado hasta nosotros. Los testimonios disponibles, de naturaleza y procedencia diversa, abarcan un amplio arco cronológico desde comienzos del siglo II a. C. hasta el siglo VI d. C. Entre estos testimonios se encuentran tanto alusiones directas a la propia norma como otras de carácter indirecto que reflejan su reinterpretación en distintas etapas históricas.

A continuación, se enumeran las fuentes atendiendo a un criterio cronológico.

Las menciones más antiguas a esta ley se hallan en Plauto[3], concretamente en el *Rudens* (vv. 1380-1382) y en el *Pseudolus* (vv. 303–304), ambas obras fechadas por la doctrina mayoritaria en el período de madurez de Plauto, (ca. años 200 y 191 a. C.)[4]. Siguen las referencias de Cicerón[5], *De natura deorum* 3,30,74, compuesto en el año 45 a.C., y *De officiis* 3,15,61, del año 44 a.C. A ellas se añaden dos textos epigráficos: la *Tabula Heracleensis*, ll. 111-112[6], tradicionalmente

3 Los textos de Plauto están citados por TITIUS MACCIUS PLAUTUS, *Comoediae,* Ed. W.M Lindsay, 2, Oxford Classical Text, Oxford: Clarendon Press, 1904-1905.

4 La fecha más aceptada por la *communis opinio* para el *Rudens* es el año 192 a.C. *Vid*. LÓPEZ Y LÓPEZ, M., "Cronología, tipología, ideología y prosoponimia plautinas", *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos.* 43 (2023) 2, pp. 228 y 234-235 y la bibliografía citada por este autor. En cuanto a *Pseudolus* se puede fechar en el 191 a. C. atendiendo a una didascalia del palimpsesto Ambrosiano, en virtud de la cual esta comedia se representó por primera vez con ocasión de los *Ludi Megalenses*, celebrados durante el gobierno del pretor urbano Marco Junio Bruto, es decir, pocos años antes de la muerte de Plauto (acaecida probablemente en el 184 a. C.). Si bien los juegos megalenses fueron llevados a Roma en el año 204 a. C., no se introdujeron producciones dramáticas hasta el 191 a. C. (Liv. 36,36). Además, se puede aducir como prueba de que *Pseudolus* pertenece a la vejez del sarsinate el pasaje de Cicerón (*Cato*, 50), en que, a propósito de los placeres literarios más asequibles en una edad avanzada, el arpinate hace referencia a la satisfacción que experimentaba cuando creaba obras nuevas y dice: *quam [se gaudebat] Truculento Plautus, quam Pseudolo!*

5 Los textos de Cicerón están citados por MARCUS TULLIUS CICERO, Biblioteca Loeb Classical Library, Harvard University Press, XXI, 1913.

6 *Vid.* RICCOBONO, S., *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani I. Leges,* Firenze: G. Barbèra, 1941-1942 (en adelante, FIRA).

fechada en los años 45-44 a.C.[7],y la *Lex Irnitana*[8], promulgada en el año 91 d.C.[9].

De época imperial proceden la denominada *Oratio Claudii de aetate recuperatorum* II. 2-7, conservada fragmentariamente en BGU II 611[10] y fechada entre los años 41 y 54 d. C.[11], y otros documentos

7 La datación y la naturaleza jurídica de la *Tabula Heracleensis* ha sido objeto de una amplia controversia. La identificación de la *Tabula* con la *Lex Iulia municipalis* fue durante mucho tiempo la opinión dominante. En la actualidad, la posición mayoritariamente aceptada rechaza esa identificación. *Vid,* por todos, CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes,* I, London: Institute of Classical Studies, 1996, pp. 359 y ss., seguido, entre otros autores, por LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., "La Tabula Heracleensis: organización municipal, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, Vol. 7, nº. 1 (ene-dic), 2010 (Ejemplar dedicado a: Temas de Direito Privado: uma homenagem ao Professor Agerson Tabosa), pp. 335 y ss. Sobre el carácter complejo del texto y su composición a partir de materiales de distinta procedencia y función, *vid.* SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C, *s.v. Tabula Heracleensis, The Encyclopedia of Ancient History,* 1st edic., Ed. Roger S. Bagnall *et al.,* Blackwell Publishing, 2013, p. 6505. En defensa de la tesis tradicional *vid.,* más recientemente, GIOVANNINI, A., "Die Tabula Heracleensis: Neue Interpretationen und Perspektiven. Teil II: Die lex Iulia municipalis", *Chiron*, 38 (2008) pp. 53-57.

8 El Bronce de Irni constituye un testimonio indirecto sobre la *Lex Laetoria,* pues no se conserva el nombre de la ley en el bronce, pero el contexto del capítulo 84 permite una reconstrucción de *Laetoria*, adoptada por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, "The *Lex Irnitana.* A new copy of the Flavian Municipal Law", *Journal of Roman Studies,* 76 (1986), pp. 208-210.

9 La datación es segura y deriva de la *epistula* de Domiciano, incorporada al final de la tabla X, fechada en el consulado de *Manius Acilius Gabrio* y *Marcus Ulpius Traianus. Vid.,* entre otros, TORRENT, A., "La política municipalista flavia en Hipania: El edicto de Vespasiano Universae Hipaniae Latium Tribuit; la Epístola de Domiciano promulgadora de la Lex Irnitana", *RIDROM*, 19 (2017), pp. 153 y ss., y, sobre todo, pp. 211-219.

10 *Vid.* BGU II 611=ChLA X 418. *Vid.* BGU II 611 en KREBS, F., -KROLL, F. W. (eds.), *Berlinier Griechische, Urkunden,* vol. II, Berlin, George Reiner, 1898.

11 La mención en el texto de las cinco decurias judiciales, por una parte, y el hecho de que en la segunda parte del fragmento no se tenga en cuenta el

papirológicos —*P. Oxy.* XVII 2111, datado hacia el año 135 d.C.[12]; BGU II 378, del año 147 d.C.[13] y *P. Oxy.* X 1274, perteneciente al último tercio del siglo III d.C.[14]—. Estos documentos testimonian la presencia de la *Lex Laetoria* en la práctica jurídica de las provincias orientales en la época imperial[15].

Al período postclásico pertenecen la Constitución de Constantino, conservada en el CTh. 8,12,2 (año 316 d.C)[16], el *Fragmentum de formula Fabiana*(4), atribuido a Paulo y conservado en una obra jurídica que suele fecharse en la segunda mitad del siglo IV

Senadoconsulto Turpiliano, apunta a que la *oratio* debe fecharse en el período comprendido entre el reinado de Calígula y los últimos años de Nerón. Los primeros editores supusieron que el fragmento era de época de Claudio sobre la base de los dispuesto en la segunda parte del fragmento donde se establece que los libertos no deben influir en el desarrollo de las causas criminales ya iniciadas. En favor de Calígula está el hecho de que fue bajo su reinado cuando a las cuatro decurias judiciales, existentes desde Augusto, se añadió una quinta. *Vid.* BRASSLOF, S., "Aetas legitima", *ZSS,* 22 (1901), p. 169, n. 3.

12 P. Oxy XVII 2111 en GRENFELL, B.P. y HUNT, A.S. (eds.), en *The Oxyrhynchus Papyri,* vol. XXVII, London, 1927.

13 BGU II 378 en KREBS, F., y KROLL, F.W. (eds.), en *Berliner griechische Urkunden,* vol. II, 1898.

14 Vid. P. Oxy. X. 1274, líneas 13-14. Edición y reconstrucción del papiro en la *editio princeps* publicada por GRENFELL, B. P., y HUNT, A.S. en *The Oxyrhynchus Papyri… cit*.

15 Sobre la datación de los papiros Vid. ERDŐDY, J., "*Lex Laetoria*: Why so difficult», *Poznań Legal Studies Working Papers*, 4, (2020), pp. 99 y ss.; ERDŐDY, J., "A *lex Laetoria* jogi forrásai", *Iustum Aequum Salutare*, 4 (2024), pp. 8-9.

16 El *Codex Theodosianus* se cita por la edición crítica de MOMMSEN, T., y MEYER, P., *Codex Theodosianus*, Berlin: Weidmann, 1905. El texto ofrece un testimonio normativo relevante para comprender la evolución del régimen jurídico de los *minores XXV annis*.

d.C.[17], la *Historia Augusta* (*Marc.* 10,12)[18], obra generalmente situada a finales del siglo IV d.C. y los pasajes transmitidos por Prisciano (*Instit. gramm.* 8,21 y 18,149), datados en torno al 526 d.C.[19].

Este conjunto heterogéneo de fuentes —literarias, jurídicas, epigráficas y papirológicas— proporciona información diversa para la reconstrucción de la *lex Laetoria.* Los testimonios literarios republicanos ofrecen el principal punto de apoyo para aproximarse a su cronología, denominación y contenido originario; las fuentes epigráficas reflejan su aplicación en el ámbito municipal y algunas de las consecuencias vinculadas a la condena fundada en la ley; las fuentes papirológicas ponen de manifiesto su presencia en la práctica jurídica de las provincias orientales durante el Alto Imperio; y, finalmente, las fuentes postclásicas evidencian la pervivencia de la memoria de la ley y su vinculación con la protección de los menores de veinticinco años mucho después del período republicano.

El examen detallado de estas fuentes se abordará en los apartados correspondientes, atendiendo a la específica aportación de cada uno de ellos.

17 Sobre la datación de esta fuente, *Vid.* PFAFF, L., y HOFMAN, F., *Fragmentum de formula Fabiana,* Wien, Aus der K.K Hof- und Staatsdruckerei, 1888, pp. 10-11.

18 Los pasajes de la *Historia Augusta* se citan según la edición de HOHL, E., *Scriptores Historia Augustae,* Leipzig, Teubner, 1927-1932.

19 *Vid.* PRISCIANUS, *Institutiones Grammaticae,* Ed. Martin HERTZ, vol. I, Leipzig: G.B. Teubner, 1855-1859, pp. 388-389 (VIII,21); vol. II, pp. 275 (XVIII,149).

III. LA *LEX LAETORIA DE CIRCUMSCRIPTIONE ADULESCENTIUM*

3.1. Denominación y datación del plebiscito.

De este *plebiscitum*[20] resulta controvertida hasta su propia denominación, pues las fuentes jurídicas y literarias la designan tanto *Plaetoria* como *Laetoria*. En las fuentes republicanas que mencionan la ley, en concreto, Cicerón (*De of.* 3,15,61 y *De nat. deor.* 3,30,74) y la *Tabula Heracleensis*, la denominación generalmente aceptada por los distintos editores es *Plaetoria*[21].

[20] La doctrina considera mayoritariamente que fue muy probablemente un plebiscito al igual que la mayoría de las leyes votadas tras la equiparación de los plebiscitos y las leyes con la promulgación de la *Lex Hortensia* del año 286 a. C. *Cfr.* ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim, Georg Oms, 1962, p. 271 y SÁNCHEZ COLLADO, E., "*Lex Laetoria*: aspectos procesales de la cura minorum". En *El Derecho de familia. De Roma al Derecho actual*, coordinado por López Rosa y Del Pino Toscano. Huelva: Universidad de Huelva, 2004, p. 711. Esta interpretación se ve reforzada porque no nos consta ningún *Laetorius* que hubiera desempeñado el consulado, por lo que resulta verosímil que la ley tomase su nombre de un tribuno de la plebe. *Vid.* KNOTHE, H.G., *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschischtlicher Entwicklung,* Frankfurt am Main-Bern, Perter Lang, 1983, p. 54; THOMAS, Y., "Loi *Laetoria* (pl. sc.) sur le crédit aus mineurs de vingt-cinq ans", En *Lepor. Leges Populi Romani*, dirigido por Ferrary y Moreau. París: IRHT-TELMA, 2007, disponible en la web: http://telma.irht.cnrs.fr/outils/lepor/notice595/ (fecha de consulta 30 de julio de 2026).

[21] En opinión de Yan Thomas, cuando los editores de Cicerón corrigen *Laetoria* por *Plaetoria* lo hacen por la influencia de la Tabla de Heraclea. *Vid*. THOMAS, Y., "Loi *Laetoria… cit.*", http://telma.irht.cnrs.fr/outils/lepor/notice595/ (fecha de consulta 30 de julio de 2026)

En el primer texto de Cicerón se afirma que el dolo malo ya estaba perseguido por las leyes y, entre ellas, menciona el engaño a los jóvenes reprimido por esta ley– *circumscriptio adulescentium lege Plaetoria*-. En el segundo texto, se refiere a un juicio público por delitos privados según la Ley Plaetoria –*inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria*-. Por su parte, en la *Tabula Heracleensis*, ll 111-112, descubierta en 1732 en los alrededores de Ugento (antigua *Uxentum*), en Apulia (Sur de Italia), la restitución del nombre no es completamente segura, pues existe incertidumbre sobre si originalmente debía leerse *Plaetoria* o *Laetoria*[22]. Las ediciones críticas suelen leer: *{P}Laetoria ob eamue rem, quod aduersus eam legem fec<i>t fecerit, condemnatus est erit*[23].

No obstante, la denominación *Laetoria* es la que más se repite en las fuentes primarias y es la forma constante en las evidencias de época imperial[24]. Este apelativo remite a una *gens* plebeya, de la que se

22 CIL I², 593; FIRA I, 112: *queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit.*

23 Tras el descubrimiento de la *lex Irnitana,* Crawford entiende que la grafía *Plaetoria* de la *Tabula Heracleensis* responde a un error de grabado, *Vid.* CRAWFORD, M. H. et al., *Roman Statutes… cit.* , pp. 386. La misma reconstrucción, siguiendo a Crawford, ofrece CABALLOS RUFINO, A. y COLUBÍ FALCÓ, J.M., "Referentes genéticos de los estatutos municipales hispanorromanos: la *lex munícipes Tarentini* y la *Tabula Heracleensis*", en *Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas en Occidente,* Ed. J.F. Rodríguez Neila y E. Melchor Gil, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2006, p. 47.

24 Los demás textos, tanto jurídicos como literarios se refieren a la Ley como *Laetoria*: *Fragmenta de formula Fabiana* 4; *B.G.U.* II.611 ll. 6 y 7, BGU II 378; P. Oxy X 1274 y P. Oxy XVII 2111; *Cod. Theod*. 8,12,2.; PRISCIANO *Gramm.* 8,21 y 18,149. Hay fuentes que se refieren a la ley de forma indirecta, sin hacer referencia a su nombre, como el caso de PLAUTO, *Pseud.,* 303 y *Rud.*, 1380-1382. Sobre la protección de los menores de 25 años, *cfr.* Ulp. *Ep.,* 12.4; GAYO 2,163; GAYO 4,57; *Dig*. 4,4,24,3 (Paul. L. 1 sent.) y D. 46,2,19 (Paul. L. 69 ad ed.).

conocen dos representantes a finales del siglo III y comienzos del siglo II a.C.: uno como pretor en el año 210 a. C y otro como edil de la plebe en el año 202 a. C.[25] Tras el hallazgo y publicación de la *Lex Irnitana* (a. 91 d. C.) en 1981[26], la doctrina ha reconsiderado la grafía tradicional de la ley, concluyendo que en la época imperial *Laetoria* era la denominación más correcta y generalmente aceptada[27]. En consecuencia, aunque la tradición republicana parece haber designado la ley preferentemente como *Plaetoria*, la continuidad y predominio de la denominación *Laetoria* en las fuentes de época imperial justifican que esta última sea la empleada en el presente trabajo.

---

25 DI SALVO, S., *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C*, Camerino, Jovene, 1979, pp. 57-62; THOMAS, Y., "Loi Laetoria... cit."

26 Publicada por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J., «The *Lex Irnitana… cit.,* pp. 208-210.

27 El Bronce de Irni no conserva esta palabra, pero el complemento [*lege Laetoria*] fue restituido por conjetura (*Vid.* GONZÁLEZ*, The Irnitana… cit.,* p. 209*).* Su contexto Flavio confirma que en época imperial la forma *Laetoria* era ya la corriente, quizá incluso la oficial. Por ello, buena parte de la doctrina posterior la adopta como denominación preferente, reservando *Plaetoria* para la tradición republicana. Vid., WACKE, A., "Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen". *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*, 48 (1980) 3, 205; D´ORS, A., *Derecho privado romano,* 2ª ed., Pamplona, 1987, pp. 72 ss; ANKUM, H., «Le *minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique». En *Etudes offertes à Pierre Jaubert. Liber amicorum,* Bordeaux. Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, p. 36, n. 1; DUPLÁ MARTIN, M.T., y BAJARDÍ, M. D., «El fundamento último de la protección del menor consumidor: la experiencia en el ámbito patrimonial», *Anuario da Facultade de Dereito da Univerisidade da Coruña,* 11 (2007), p. 213 n.1; GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección del minor uiginti quinque annis en Derecho Romano*, Madrid, Universidad Complutense, 2008, 57**;** ERDŐDY, J., "*Lex Laetoria*… cit.", pp. 99 y ss.

Tampoco existe un criterio unánime en relación con su datación. El testimonio más antiguo de la protección que el Derecho romano dispensó al menor de veinticinco años parece coincidir con esta ley, cuya referencia más remota se encuentra en dos comedias de Plauto, *Pseudulus* y *Rudens.* Los pasajes del comediógrafo no mencionan nominativamente la ley ni describen su contenido sino que aluden a una *lex annorum quinavicenaria* -una "ley de los veinticinco años"-. Su principal utilidad para nuestro estudio está en la información cronológica que aportan para la datación del plebiscito. Los versos son los siguientes:

> *Pseud*. 303:
>
> Ca. *Perii! Annorum lex me perdit quinauicenaria;*
> *metuont credere omnes.*
> `Calidoro: ¡Ay de mí! La ley de los veinticinco
> años es mi perdición, todos tienen miedo de
> darme crédito´.
>
> *Rud*. 1380-1382:
>
> La. *Cedo quicum habeam iudicem,*
> *ni dolo malo instipulatus sis niue etiamdum siem*
> *quinque et uiginti annos natus*
> `Lábrax. Venga un árbitro con quien tratar,
> si es que no has hecho tú una estipulación con dolo malo
> y yo no tengo menos de veinticinco años´. (Trad. Román
> Bravo)[28].

En el primer pasaje del *Pseudulo*, Calidoro, *adulescens*

[28] BRAVO DÍAZ, J.R., *Comedia latina. Obras completas de Plauto y Terencio*, Madrid: Cátedra, 2012.

enamorado de la cortesana Fenición, esclava del alcahute Balión, no puede reunir veinte minas para pagar el precio de venta de la joven. Entonces Balión le pregunta si no tiene a nadie a quién solicitar un préstamo (v. 294: *Nullus est tibi quem roges / mutuum argentum?*). A lo que Calidoro responde que la palabra «préstamo» ha desaparecido (v. 295: *Quin nomen quoque iam interiit* «*mutuum*»). El proxeneta le aconseja que compre aceite al fiado y lo venda al contado, operación con la que podía obtener hasta doscientas minas (vv. 301-302: *Eme die caeca hercle oliuom, id uendito oculata die: Iam hercle uel ducentae fieri possunt praesentes minae*). Calidoro replica que está perdido por la ley de los veinticinco años (denominada por Plauto *quinauicenaria*) ya que todos temen concederle crédito.

En los versos del *Rudens* se recoge la respuesta del lenón Lábrax al esclavo Gripo, cuando este le pide que le entregue el talento de plata prometido, si le facilitaba la posesión del baúl que se había perdido en un naufragio. Lábrax le insta a designar un representante para comparecer ante el juez —pues el esclavo no tiene capacidad procesal— quien deberá decidir «si tu estipulación fue hecha con dolo malo o si yo tengo ya veinticinco años».

Estos versos plautinos permiten fijar un *terminus ante quem* para la promulgación de la ley en torno al año 191 a. C., fecha en la que se representó por primera vez *Pseudolus*[29]. A partir de este dato,

[29] *Pseudolus* se representó por primera vez con ocasión de los *Ludi Megalenses*, celebrados durante el gobierno del pretor urbano Marco Junio Bruto, es decir, pocos años antes de la muerte de Plauto. Estos juegos fueron llevados a Roma

diversos autores —entre ellos Di Salvo[30], Duplá Marín y Bardají Gálvez[31] o García Gérboles[32]— sitúan la promulgación de la ley en la primera década del siglo II a. C., entre los años 200 y 191**.** Por su parte, Costa[33], seguido por otros autores[34], propone una datación más precisa, situándola a finales del año 193 o comienzos del 192 a.C.[35].

Aunque Plauto utiliza la referencia a la ley con una finalidad estrictamente dramática y sin propósito jurídico, el hecho mismo de que presuponga su conocimiento por parte del público romano demuestra que la norma ya debía encontrarse vigente y ser suficientemente conocida cuando se representaron sus comedias.

---

en el año 204 a. C. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se introdujeron producciones dramáticas hasta el 191 a. C. (Liv. 36,36). *Vid supra* n. 4.

30 DI SALVO, S., *Lex Laetoria...cit.,* p. 41.

31 DUPLÁ MARIN, M.T., y BAJARDÍ, M.D., «El fundamento último… *cit*.», p. 214.

32 GARCÍA GÉRBOLES, L., «BGU II 611. Notas sobre la minoría de edad» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12 (2008), pp. 59 y ss.

33 COSTA, E., «Dalla data della *lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*», *BIDR*, 2 (1889), pp. 72-89; COSTA, E., *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, pp. 200-205.

34 ROTONDI, G., *Leges publicae... cit.*, p. 271; WOYTEK, E., «Sprach- und Kontextbeobachtungim Diensteder Prioritätsbestimmung bei Plautus: Zur Datierung von Rudens, Mercator und Persa», *Wiener Studien,* 114 (2001), pp. 119-142.

35 Véase COSTA, E., "Dalla data della *lex Plaetoria... cit.*", pp. 72-89. COSTA, E., *Il diritto privato romano… cit.*, pp. 200-205. Este autor llega a la conclusión de que las comedias escritas antes de *Pseudolus* y *Rudens* presentan jóvenes menores que realizan todo tipo de actos de disposición sin que haya indicio de límite alguno. Por ello, opina que en el momento en que se escribieron *Mercator* (195 a. C.), *Asinaria* (193 a. C.) y *Trinummus* —que se consideran obras de madurez de Plauto, (véase LÓPEZ GREGORIS, R., *Plauto. Comedias. El gorgojo. El ladino cartaginés. Las Tres monedas. Truculento*, Madrid, Akal Clásica, 2004, p. 239)—, todavía no se había promulgado la *Lex Laetoria*, ya que Plauto, fiel pintor de las costumbres, se habría abstenido de retratar algo demasiado contrario a la realidad social del momento. Igualmente, Costa observa que en ninguna de las comedias posteriores al *Rudens* y *Pseudolus*, como en *Truculentus* (188 a. C.) o en *Mostellaria*, hallamos retratado a ningún menor que contraiga normalmente obligaciones.

Esto convierte a Plauto en la fuente más antigua y determinante para datar la aparición de la ley.

3.2. Contexto histórico y finalidad protectora de la ley

En cuanto al contexto en el que se promulgó la ley, conviene recordar que, en Roma, los jóvenes impúberes, tanto varones como mujeres, estaban sujetos a la asistencia de un tutor. A partir de la pubertad[36], las mujeres continuaban sometidas a la *tutela mulierum*, mientras que los varones *sui iuris,* mayores de catorce años, adquirían la plena capacidad de obrar y podían celebrar todo tipo de negocios jurídicos con el consiguiente riesgo que su inexperiencia suponía para la conservación de su patrimonio.

Por otra parte, era habitual que los hijos de familia, sometidos todavía a la *patria potestas* -fueran menores o no-, contrajeran obligaciones confiando en poder satisfacerlas tras la muerte del *paterfamilias*. Esa expectativa de heredar, como reflejan las fuentes de distintas épocas[37] y los propios versos de Plauto, hacía que la muerte

36 Sabinianos y proculeyanos mantuvieron posiciones distintas en cuanto a la fijación del momento en que se alcanzaba la pubertad. Los primeros eran partidarios de fijarlo caso por caso a través de la *inspectio corporis*. Los segundos la fijaban en los 14 años para los varones y en los 12 para las mujeres (véase GAYO 1,191 e I. 1,22,pr., donde el Emperador Justiniano se declara partidario de la segunda postura).

37 No olvidemos que, mucho tiempo después, en la época de Alejandro Severo, se promulgó el *Senatus consultum Macedonianum* que, según nos informan las fuentes (D. 14,6,1 pr.; I,4,7,7; Theoph., *Paraph.* 4,7,7), fue consecuencia del crimen de un tal Macedón que asesinó a su padre para poder hacer frente a sus deudas. La norma ordenaba a los magistrados jurisdiccionales que no reconociesen eficacia a los préstamos concedidos a los hijos de familia, ya fueran mayores o menores de veinticinco años. Entonces, los pretores

del *paterfamilias* apareciera con frecuencia como la solución que permitía a los jóvenes saldar sus deudas:

> *Bacch*. 731-732
>
> Mn. *Quid scribam? Ch. Salutem tuo patri uerbis tuis.*
>
> Pi. *Quid si potius morbum, mortem scribat? Id erit rectius.*
>
> `Mnesíloco: ¿Qué he de escribir? Crísalo. Desea salud a tu padre.
>
> `Pistoclero: ¿Y no es mejor que le deseara una enfermedad o la muerte?
>
> [Sería preferible.´ (Trad. R. Bravo)[38].
>
> *Most*. 233
>
> Philol. *Vtinam meus nunc mortuos pater ad me nuncietur*
>
> `¡Filólaques: ¡Ojalá se me anunciara ahora mismo la muerte de mi padre!´ (Trad. Román Bravo)[39].

A finales del siglo III y comienzos del siglo II a. C., el mundo romano experimentó profundos cambios económicos y sociales derivados de su política expansionista[40], lo que provocó un notable incremento de las transacciones comerciales y puso especialmente de manifiesto la inexperiencia del *adulescens* menor de veinticinco años, así como la necesidad de establecer algún tipo de remedio jurídico

---

otorgaron una *exceptio* que no anulaba el mutuo ni extinguía la obligación, pues, si el mutuario llegando a *paterfamilias* pagaba, *non repetit*. Sobre la interpretación y el alcance de este Senadoconsulto, véase DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., «Acerca del fin y régimen del senadoconsulto Macedoniano», *Anuario de Historia del Derecho Español,* 53 (1983), pp. 78-107.

38 BRAVO, J.R., *Comedia latina… cit.*

39 BRAVO, J.R., *Comedia latina... cit.*

40 Sobre el contexto histórico y los cambios económicos y sociales del período en el que se produjo la promulgación de la *Lex Laetoria*, véase GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección del minor… cit.*, pp. 45-56.

para su protección. No falta, sin embargo, quien ha defendido que la medida legislativa tuvo una intención moralizante, orientada a disuadir a los jóvenes de involucrarse en los negocios y el comercio y fomentar su regreso a las actividades agrícolas, en consonancia con las transformaciones socioeconómicas producidas tras la segunda Guerra Púnica[41].

En nuestra opinión, resulta más convincente entender que la finalidad principal de la ley fue proteger la inexperiencia de los menores de veinticinco años, antes que responder a una finalidad exclusivamente moralizadora o establecer una prohibición general para determinados negocios jurídicos[42] . Ulpiano indica que el motivo de esta protección radica en que el joven es, por lo general, frágil y débil de juicio *(fragilis et infirmi consilii est)* [43]. La idea aparece ya en Plauto quien, siglos antes de Ulpiano, ofrece en el *Trinummus* el ejemplo paradigmático del joven Lesbónico, un *admodum adulescentulus* que vende la casa en la que vive, recibe en el acto el dinero, entrega la propiedad por *mancipatio* y contrae obligaciones de todas las maneras posibles hasta quedar reducido a la indigencia[44].

41 DI SALVO, S., *Lex Laetoria... cit.*, pp. 53 ss y 77 y ss. En contra de esta opinión, véase DUPLÁ MARÍN, M.T., y BARDAJÍ GÁLVEZ, M.D., "El fundamento último… *cit.*", p. 218.

42 DI SALVO considera que la ley protegía frente a determinados negocios jurídicos celebrados por el menor de veinticinco años, lo que se deduce del significado que se da a las palabras *credere* y *stipulari* que figuran en *Pseudulus* y *Rudens,* así como en Prisciano, *Gramm,* 8,21 y 18,149. *Vid.* DI SALVO, S., *Lex Laetoria… cit.,* pp. 86 y ss.

43 *Dig*. 4,4,1. pr. (Vlp. l. 11 ad ed.)

44 Plauto, *Trin.,* vv. 108-114; 131-132; 403-411; 417-418; 1080-1085; 1093.

Estos testimonios muestran que el problema de la inexperiencia del *adulescens* era una realidad social bien conocida por los contemporáneos de la promulgación de la ley.

3.3. Ámbito de aplicación de la ley.

En cuanto al ámbito de aplicación de este plebiscito, parece generalmente admitido que la protección dispensada por la *Lex Laetoria* alcanzaba a los menores de veinticinco años que, tras llegar a la pubertad, quedaban expuestos a los riesgos derivados de su inexperiencia en la contratación. Las fuentes permiten afirmar que esta protección no establecía diferencias por razón de sexo. Así lo demuestra el testimonio de Claudia Zósima, conservado en P. Oxy XVII. 2111, donde una litigante invoca expresamente la protección de la *Lex Laetoria* (**"***ὑπὸ τοῦ Λαιτωρίου νόμου***"**), al sostener que todavía debía ser considerada entre los menores[45]. Además, la ley se aplicaba con independencia del *status* jurídico de los menores, alcanzando tanto a los *sui iuris* como a los *alieni iuris,* con tutor o sin él[46].

La principal controversia doctrinal no está, por tanto, en determinar quiénes podían acogerse a la ley, sino cuál era la edad

45 P. Oxy XVII 2111, ll. 15-18 en GRENFELL, B. P., y HUNT, A. S., en *The Oxyrhynchus Papyri … cit*. Este es el testimonio, hasta donde alcanzan las fuentes conservadas, que nos ofrece la evidencia más clara de la aplicación de la protección de la *lex Laetoria* a una mujer.

46 *Vid.* SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 191; CROOK, J. A., *Law and life of Rome*, New York: Cornell University Press, 1967, p. 117; CANDY, P., *s.v. Lex (P)laetoria. Oxford Classical Dictionary*, Oxford: University Press., 2018, p. 2.

exacta en que esta dejaba de aplicarse, discutiéndose si cesaba al iniciarse el vigésimo cuarto año de edad o únicamente cuando el menor cumplía los veinticinco años. Este debate surge porque, aunque la práctica totalidad de las fuentes mencionan los veinticinco años, el papiro berlinés BGU II.611, denominado *Oratio Claudii de decuriis iudicum et de accusatoribus coercendis*[47], alude expresamente a los veinticuatro años:

> (*BGU* II.611. ll.6-7): *]aue. Uidetur. [q]ómica. Decuriis. In. iungi ……]d. certe. Face[r]e. ut. Caueatis. Nequis ……qu]attuor. Et. Ui[gi]nti. Annorum. Recipera- tor……]neque. Enim. [i]nicum. Est. ut. Puto. Hos ……]seruitutis. [li]bertatisque. Iudicare ……]tes suas ag[en]das. Nihil. Legis. Laetoriae……a]uxilio*[48]

Este papiro, redactado en latín y conservado de forma muy fragmentaria, recoge parte de una *oratio principis* pronunciada ante el Senado y generalmente atribuida a Claudio[49]. El fragmento contiene diversas reformas del procedimiento civil y penal. La primera reforma, que es la que nos interesa, consiste en reducir la edad mínima exigida para determinados jueces, con la excepción de los jueces recuperadores y los jueces de causas capitales que *no deben ser menores de veinticuatro años.*

A partir de este testimonio, algún autor interpretó que, en época

47 FIRA, p. 285 n. 44.

48 *Vid.* BGU II 611 en KREBS, F., y KROLL, W., (eds.), *Berlinier Griechische, Urkunden,* vol. II, Berlin, George Reiner, 1898.

49 Su datación no ha estado exenta de polémica y algunos autores la sitúan entre el reinado de Calígula y los últimos años del reinado de Nerón. *Vid supra* nota. 11.

imperial, la *aetas legitima* debió entenderse alcanzada al inicio del vigésimo quinto año de edad por aplicación del principio *annus coeptus pro completo habetur*, según el cual el año comenzado se considera completo[50]. Este principio, inicialmente formulado respecto a los honores y los cargos públicos en el ámbito del Derecho público[51], se habría extendido al ámbito del Derecho civil y explicaría la referencia de la *oratio* a los veinticuatro años como límite de edad. Sin embargo, otras fuentes sostienen que, desde el punto de vista civil, que es el que aquí nos interesa, se considera menor de veinticinco años a quien se encuentra en el transcurso del vigésimo quinto año de su edad[52], por lo que resulta plausible que en la época imperial la protección de la *lex Laetoria* siguiera aplicándose hasta los 25 años cumplidos[53].

Al margen de esta discusión doctrinal, los restantes testimonios papirológicos presentan, sin embargo, un interés diferente[54]. Aunque no permiten precisar el límite temporal de la protección dispensada

50 BRASSLOF, S., «Aetas legitima… cit.», p. 171-178.

51 D. 50,4,8 (Vlp. l. 11 ad ed.): *Annus autem uicesimus quintus coeptus pro pleno habetur, hoc enim in honoribus fauoris causa consitutum est, ut pro plenis inchoatos accipiamus…* y *D*. 36,1,74,1 (Paul. l. 2 decr.): *et recitabant Diui Hadriani Constitutionem, in qua, quantum ad munera municipalia, iusserat, eum annum, quem quis ingressus esset, pro impleto numerari…*

52 D. 48,5,15,6 (Vlp. l. II adult.): *Minorem uiginti quinque annis etiam eum accipimus, ut qui uicesimum quintum annum aetatis agit.* D.50,16,134 (*Paulo, l. II ad. Leg. Iul. Et Pap*): *Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimoquinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum ciuilter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.*

53 GARCÍA GÉRBOLES, L., «BGU II 611. Notas… *cit*», pp. 361-366 y sobre todo 365.

54 Sobre la interpretación de los papiros que hacen referencia a la ley, véase el reciente estudio de ERDŐDY, J., "*Lex Laetoria*… cit.", pp. 99-106.

por la ley, constituyen la evidencia más directa de la aplicación práctica de la *Lex Laetoria* en las provincias orientales durante el Alto Imperio. Estos documentos, redactados en griego, -Papiros BGU II, 378[55], P. Oxy. X.1274[56] y P. Oxy. XVII 2111[57]- se refieren a la ley con la expresión *Λαιτώριος νομος* (Laitórios nómos)[58]. El primero recoge la reclamación de un deudor que invoca la protección de la ley frente a un reconocimiento de deuda suscrito siendo menor; el segundo menciona incidentalmente la *Lex Laetoria* en el contexto de la administración de una herencia; y el tercero contiene la declaración ya mencionada de Claudia Zósima, quien solicita expresamente acogerse a la protección de la *Lex Laetoria* al encontrarse, por edad,

---

55 BGU II.378 en KREBS, F., y KROLL, F. W., en *Berliner griechische Urkunden,* vol. II, 1898. Se trata de una petición de Cayo Julio Agripino presentada al *iuridicus* provincial Calpurniano, con copia al prefecto Lucio Valerio Próculo, en la que se queja de un procedimiento de ejecución derivado de un reconocimiento de deuda (quirógrafo), redactado bajo coacción cuando el solicitante era aún menor de veinticinco años. La parte que más nos interesa es aquella en la que el solicitante afirma encontrarse todavía dentro del límite de edad protegido por la ley con la expresión griega: *ἔτι ὢν ἐντὸς τοῦ Λαιτωρίου νόμου* (*"aún estando dentro de la protección de la ley Laetoria")* en BGU II.378, líneas 13-14.

56 P. Oxy X 1274 en GRENFELL, B. P., y HUNT, A. S., en *The Oxyrhynchus Papyri... cit*. Recoge una declaración de una viuda, *Aurelia Aristous* en el que acuerda del nombramiento de un representante para administrar los asuntos de la herencia de *Dionysius Aurellius* ante un funcionario de Alejandría. En el texto la referencia a la Ley *Laetoria* es incidental, casi como una fórmula de estilo, indicándose que Aurelio Dionisio, también llamado Apolonio, sigue sujeto a la Ley *Laetoria.* P. Oxy X 1274, l. 13.

57 P. Oxy XVII 2111 en GRENFELL, B. P., y HUNT, A. S., en *The Oxyrhynchus Papiri… cit.* Recoge un documento en el que una mujer, declara acogerse a la protección de la Ley *Laetoria* **"*ὑπὸ τοῦ Λαιτωρίου νόμου*"**, mostrándose "más joven de la edad legal" y solicitando ser incluida "entre los menores" en P. Oxy XVII 2111, línea 15-18**.** ERDŐDY *considera que este papiro informa sobre una constitución imperial cuyo texto se insertó en D. 49,1,25 (Paul. l. XX resp.), vid***.** ERDŐDY**,** J., "*Lex Laetoria*… cit., p. 101.

58 BGU II 378.

entre los menores protegidos por la ley.

En general, todas estas referencias son accesorias, ya que no se utilizan como base del argumento general sino más bien como una cláusula de estilo que desempeña un papel secundario en el caso concreto. Mas sirven para acreditar que, al menos durante el siglo II d.C., la norma seguía utilizándose en la práctica jurídica ordinaria de las provincias orientales y evidencian, asimismo, la consolidación de la grafía "*Laetoria*" durante la época imperial.

Junto con los testimonios epigráficos, la importancia de estos documentos está en que permiten acreditar la efectiva recepción e invocación de la ley en la práctica jurídica municipal y provincial durante el Alto Imperio.

3.4. Contenido de la norma

La *Lex Laetoria* estaba destinada a proteger a los menores de veinticinco años frente a los abusos de terceros en el ámbito económico. La ley vino a poner freno a tales situaciones mediante la introducción de una acción (*actio legis Laetoriae*) para proteger a todos los menores frente a aquellos que los hubiesen engañado o inducido fraudulentamente *(circumscriptio*) a realizar un negocio jurídico o transacción abusando de su inexperiencia.

En este punto hay que examinar dos cuestiones fundamentales: por un lado, cuáles fueron los negocios jurídicos comprendidos en su ámbito de aplicación y, por otro, la conducta que daba lugar a la responsabilidad derivada de la ley, esto es, si era necesaria la

concurrencia de *dolus malus* o si bastaba la mera *circumscriptio adulescentium.* Aunque ambos aspectos han sido objeto de un intenso debate doctrinal, su análisis debe partir necesariamente del examen de las fuentes.

En cuanto a la primera cuestión, la ley tuvo importantes repercusiones, a juzgar por las palabras del joven Calidoro («todos tienen miedo de darme crédito debido a la ley de los veinticinco»). Esto podría sugerir una aplicación vinculada inicialmente al préstamo de dinero. Sin embargo, no hay razones suficientes para sostener que la protección legal se limitara únicamente a este tipo de negocios. Por el contrario, los términos *credere* y *stipulari,* empleados por Plauto en *Pseudolus* y *Rudens* y transmitidos por Prisciano[59], llevan a pensar que la protección de la *lex Laetoria* se extendía a todas las formas de contrato comprendidas en la amplia figura del *creditum* ya desde la época de Plauto[60].

Aun cuando se admita que el ámbito de aplicación originario de la ley pudo haber estado restringido, este debió extenderse de forma temprana hasta alcanzar al resto de negocios jurídicos, como

---

59 Prisciano (*Inst. Gramm.* 8,21 y 18,149) utiliza los pasajes de Plauto para ilustrar el empleo del verbo *stipulari* en sentido activo (formular la pregunta en la estipulación) y pasivo (ser requerido para responder). En este último pasaje conserva, además, el conocido fragmento de Suetonio, recogido en el libro IV de los *Praetores*: *Laetoria quae vetat minorem annis viginti quinque stipulari.* De manera que el menor de veinticinco años no puede participar en una *stipulatio* desde el lado del promitente.

60 COSTA, E., *Il diritto privato romano… cit.*, p. 198; ALBANESE, B., "Per la storia del creditum, *AUPA,* 32 (Palermo, Tipografia S. Montaina, 1971), pp. 14-17; DI SALVO, S., *Lex Laetoria… cit.,* pp. 86 y ss.; THOMAS, Y., «Loi *Laetoria*... cit., p. 7; CANDY, P., *s.v. Lex (P)laetoria...cit.,* p. 2.

pone de relieve un texto de Paulo, D.4,4,48,2, recogido en el título *De minoribus viginti quinque annis* en el que se reconoce la protección dispensada a una menor en relación con un pacto dotal perjudicial[61]. Aunque el pasaje se inserta ya en el régimen de la *restitutio in integrum propter aetatem,* confirma que la tutela jurídica de los menores terminó proyectándose sobre otro tipo de negocios distintos del préstamo de dinero.

Una vez examinado el alcance objetivo de la ley, pasamos a examinar la segunda de las cuestiones anunciadas: si la responsabilidad prevista requería la concurrencia de *dolus malus,* o si, por el contrario, bastaba con que el menor hubiera resultado objetivamente perjudicado por el negocio (*circumscriptio*)[62]. La noción de *circumscriptio adulescentium*, que -según Cicerón- define el objeto de la ley, constituye un adecuado punto de partida. En su acepción jurídica, *circumscriptio s*ignifica fraude, engaño o artificio (*fraus, fraudatio, ludificatio, imprimis in iure*)[63], lo que pone de manifiesto que

61 D.4.4.48.2 (Paul. l.I Sentent,).- *Mulier minor viginti quinque annis si pactione dotis deterior condicio eius fiat et tale pactum inierit, quod nunquam maioris aetatis consitutae pasciscerentur, atque ideo revocare velit: audienda est*.

62 Aunque la mayoría de las fuentes hacen referencia a la *circumscriptio* (CICERÓN, *De nat. deor*. 3,30,47 y *De off.* 3,15,61), no han faltado autores que, sobre la base del término *dolo malo* recogido en el *Rudens* 1380, han considerado que este vocablo técnico se recogía en la redacción originaria de la ley; véase DI SALVO, *Lex Laetoria… cit.*, pp. 42-49 y 227-289); *Cfr.* ANKUM, H., *Le minor captus… cit.,* pp. 45-46.

63 *Vid. Thesaurus Lingua Latinae,* v. III, Leipzig, B.G. Teubner, s.v. *Circumcriptio*, p. 1163, donde, tras definir el término, se cita, entre otros, a CICERÓN, *De off.* 3,15,61 *(Omnes insidiae circumscriptionesque adulescentium);* DIRKSEN, H. E., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. Thesauri latinitatis epitome, in usum tironum.* Berolini: Impensis Dunckeri et Hoblotii, 1837, *s.v. Circumscriptio*, p. 141.

el propio objeto de la *Lex Laetoria* presupone una conducta fraudulenta o engañosa dirigida a aprovecharse de la inexperiencia del joven y no el simple resultado dañoso del negocio. Desde esta perspectiva, se puede sostener que la controversia no reside tanto en si la *Lex Laetoria* exigió o no una conducta fraudulenta, pues el propio concepto de *circumscriptio* presupone un comportamiento engañoso o de aprovechamiento, como en determinar si era preciso acreditar un *dolus malus* en sentido técnico.

Las fuentes ponen de relieve una estrecha vinculación entre la *Lex Laetoria*, la *circumscriptio adulescentium* y el *dolus malus*. En primer lugar, Plauto, *Rud*. 1380-1382, utiliza la expresión *dolo malo* en relación con el verbo *stipulari;* posteriormente, Cicerón menciona la ley entre aquellas que reprimían el *dolus malus* (*De off.,* 3,15,61) y, en otro lugar, cita junto a la *mala fides,* las acciones de buena fe y la *actio de dolo* (*De nat. deor.*, 3,30,74). Asimismo, la *Tabula Heracleensis* y la *lex Irnitana* se refieren a la *actio legis Laetoriae* dentro de un contexto procesal próximo a otras acciones vinculadas al dolo. A la vista de estos testimonios, se puede afirmar que originariamente la acción prevista por la ley nació para reprimir el fraude doloso del tercero que contrató con el menor, de modo que resultaría esencial probar la intención de perjudicar al menor por parte de aquel[64]. Esta interpretación encuentra apoyo en un texto de Paulo:

> D.4,4,24,3 (*Paul., l.1 Sent.*).- *Si servus vel filius familias minorem circumscripserit, pater dominusve quod ad eum pervenerit*

[64] Esta interpretación coincide con la defendida por Ankum, quien considera que originariamente era necesaria la prueba del *dolus malus. Vid.* ANKUM, H., "Le *minor captus... cit.*", pp. 37 y 45-46.

> *restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio eorum praestare: si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit. sed et si filius familias hoc fecit, ob dolum suum condemnabitur*.

En el texto, el jurista, al contemplar el supuesto de que un esclavo o un *filius familias minorem circumscripserit,* vincula expresamente las consecuencias de dicha conducta con el *dolus* del sometido al *dominus* o al *paterfamilias*. Aunque el fragmento se conserva en el título *De minoribus viginti quinque annis,* la referencia a la responsabilidad noxal difícilmente puede explicarse en el ámbito de la protección pretoria del menor, de la que no deriva una acción propia, como confirma el propio Paulo en D.4,4,24,5 (*ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione*). Por tanto, el texto bien podría conservar el reflejo de la *actio legis Laetoriae.* La asociación que el jurista clásico establece entre *circumscribere* y *dolus* constituye, además, un indicio significativo de que la *circumscriptio* originariamente reprimida por la ley presuponía una conducta dolosa del autor del engaño.

Posteriormente, los remedios pretorios que complementaron la protección legal del menor de veinticinco años evolucionaron hacia una tutela mucho más objetiva, de modo que ya no era necesario acreditar la intención fraudulenta del c*ircumscriptor,* sino únicamente que el menor hubiese resultado objetivamente perjudicado por el negocio. En este contexto, los juristas posteriores distinguen entre la *circumscriptio,* que supone un engaño, y el menor *deceptus* o *captus*, términos que designan el hecho de que el menor haya sufrido objetivamente un perjuicio.

3.5. Naturaleza jurídica de la *actio legis Laetoriae*

La reconstrucción del régimen jurídico de la ley pasa necesariamente por examinar la naturaleza de la *actio legis Laetoriae*, instrumento procesal mediante el que la ley hizo efectiva la protección dispensada a los menores. En este sentido, son decisivos los textos de Cicerón, especialmente *De nat. deor.,* 3,30,74., donde la acción viene calificada como un *iudicium publicum rei priuatae lege Laetoria*. Precisamente esta expresión constituye el principal punto de discusión doctrinal. La dificultad radica en la aparente contradicción de los términos: *iudicium publicum* —que designa un juicio de naturaleza penal y pública— aplicado a una *res privata*, es decir, a un asunto propio del derecho civil[65].

Sobre la interpretación de esta fórmula, las distintas construcciones doctrinales pueden sistematizarse en función de la naturaleza jurídica atribuida a la *actio legis Laetoriae.* Desde esta perspectiva cabe distinguir tres grandes corrientes: Un primer sector doctrinal atribuye a la *actio legis Laetoriae* una naturaleza público-penal, interpretando la expresión *iudicium publicum* en sentido técnico como un procedimiento penal público destinado a reprimir el fraude

65 CRAWFORD destaca la interrelación entre ambas categorías: acciones que no solo protegen el interés privado sino también el interés general de la comunidad y, entre otros ejemplos, menciona, por ejemplo, las líneas 40-45 de la *Tabula Heracleensis*, donde un proceso privado se utiliza para el cobro de una deuda pública y, en las líneas 108-118, la condena en determinados *iudicia privata* conduce a la exclusión de las magistraturas y otros cargos locales. CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes… cit.* , pp. 6-7.

cometido contra los menores de veinticinco años, aunque el interés protegido fuera de carácter privado[66]. Otros autores afirman el carácter público-popular de la acción. El calificativo *publicum* derivaría no de la naturaleza del proceso, sino del interés general de la comunidad en proteger a los menores frente al fraude y de la legitimación concedida a *quivis ex populo*[67]. Finalmente, una tercera corriente sostiene la coexistencia de una acción penal pública y otra acción privada de carácter restitutorio[68].

---

66 En esta línea se sitúa Huschke y otros autores del siglo XX. Así, HUSCHKE, G. P. E. *Die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der mündigen Minderjährigen in ihrer geschichtlichen Entwickelung*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XIII, Weimar, Hermann Böhlau, 1878, pp. 319-320. Para este autor la ley Laetoria estableció una pena pecuniaria de carácter público perseguible a través de un *iudicium publicum*, que consiste en una multa que ingresaba en el *aerarium*. En su opinión, el procedimiento admitía la acusación popular porque el Estado reconoce en la protección del menor un interés público. *Vid.* MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humbolt, 1899, p. 180 y, sobretodo, p. 184 y ss.; **R**OTONDI, G., *Leges publicae… cit., p.* 272.

67 KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, C. H. Beck, 1962, p. 51-70 y, sobre todo, p. 53. Otros autores han defendido el carácter público de la acción, pero entendida como el interés de la comunidad en reprimir el fraude contra los menores y de la amplitud de su legitimación activa, sin que ello implique su identificación con el proceso penal público ordinario. *Vid.* KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2.ª ed., München, C. H Beck, 1971, pp. 276 ss y 370 ss.; D´ORS, A., *Derecho privado romano,* Pamplona, EUNSA, 1968, pp. 370 ss.; SANCHEZ COLLADO, E., "*Lex Laetoria… cit*", p. 711; GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección del minor… cit.*, 85 ss. y, sobre todo, pp. 105 ss.; CANDY, P., *s.v. Lex (P)Laetoria…cit.*, p. 2; ERDŐDY, J., "*Lex Laetoria… cit.*", p. 99 y ss.

68 Autores como Karlowa se basan en la *Tabula Heracleensis* (*Quive lege Plaetoria ob eamve rem quod adversus eum legem fecit fecerit condemnatus est erit*) y en la partícula distributiva *ve* para hablar de dos recursos legales contra el infractor de la ley: un *iudicium publicum*, probablemente un procedimiento criminal, que debió conducir a una multa pecuniaria y una acción para obtener la restitución de lo pagado. *Vid.* KARLOWA, O. von, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislactionem,* Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1872, pp. 352-353.

La interpretación del pasaje ciceroniano depende, en buena medida, del significado que haya de atribuirse a la expresión *iudicium publicum*. No existe plena seguridad sobre el sentido técnico de dicha expresión en época de Cicerón ni acerca del alcance con el que fue utilizada por el orador al referirse a la *actio legis Laetoriae*[69]. La sola presencia del adjetivo *publicum* no permite deducir, sin más, que se tratara de un procedimiento criminal público. Precisamente por ello, resulta necesario acudir al conjunto de las fuentes conservadas para determinar la naturaleza jurídica de esta acción.

Cicerón, *De nat. deor*., 3,30,74 y *De off.,* 3,15,61, enumera la *actio legis Laetoriae* entre las acciones de derecho privado. En el primero de los textos el orador, tras enumerar diversos procesos penales, pasa a mencionar una serie de acciones privadas entre las que incluye el *iudicium publicum rei privatae lege Laetoria*, citada inmediatamente después de las acciones de buena fe (*tutelae, mandati, pro socio, fiduciae,* etc.) [70].

---

[69] Sobre el significado de la expresión *iudicium publicum,* MOMMSEN entendió que designaba un procedimiento sancionador encaminado a imponer una pena pecuniaria o multa prevista en determinadas leyes públicas de la República tardía, sin identificarlo propiamente con un procedimiento criminal público. *Vid.* MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht… cit.*, p. 180 y, sobre todo, p. 184 y ss. KUNKEL rechazó esta interpretación y sostuvo que la expresión designaba un auténtico procedimiento público o criminal, aunque dudó de que Cicerón la hubiera empleado aquí en sentido técnico, inclinándose por entender que el orador quiso únicamente poner de relieve el carácter popular de la acción.*Vid.* KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, C. H. Beck, 1962, p. 51-70 y, sobre todo, p. 53. Esta interpretación ha sido seguida por buena parte de la doctrina posterior, que identifica el calificativo *publicum* con el ejercicio popular de la acción. *Vid. supra* los autores recogidos en la n. 67.

[70] *Vid.* GARCÍA GÉRBOLES, L., La protección procesal del *minor… cit.*, , pp. 86 y

> Cic., *De nat. deor.*, 3,30,74, *inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiducia, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod. C. Aquilius familiaris noster protulit*…

El segundo pasaje de Cicerón, *De off.*, 3,15,61, vuelve a mencionar la ley en un contexto privatista, junto a la tutela y los juicios de buena fe, lo que constituye un nuevo indicio de la estrecha vinculación de la ley con el ámbito privado.

> Cic., *De off.*,3,15,61, *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona*…

En esta misma línea, la *Tabula Heracleensis*, ll. 110-112, enumera la condena impuesta en virtud de esta ley tras las condenas derivadas de juicios como los de *fiducia, pro socio, tutela, mandatum* e *iniuria*, todos ellos pertenecientes al ámbito del derecho privado.

> *… [sententiam deicere ferre liceto, quei furtet, quod ipse fecit fecerit, condemnatus pactusve est erit;] queive iudicio fiducia pro socio tutelae mandatei iniurarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est erit;*

ss.

queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecet fecerit, condemnatus est erit[71].

Aunque estos pasajes no describen la naturaleza de la acción, su ubicación sistemática dentro de la enumeración de juicios privados se puede considerar un indicio favorable a su vinculación con este ámbito.

A nuestro juicio, las fuentes permiten interpretar *iudicium publicum rei privatae* como un juicio público en cuanto al interés protegido y al ejercicio de la acción**,** pero privado por su objeto, centrado en la tutela del patrimonio del menor[72]. En este sentido y a la vista de las fuentes de las que disponemos, la configuración de la *actio legis Laetoriae* como una acción popular de carácter infamante constituye la explicación que mejor armoniza la naturaleza jurídica de la acción con las consecuencias jurídicas derivadas de la condena. Según esta interpretación la *actio legis Laetoriae* constituye una acción penal de derecho privado, de ejercicio popular, pecuniaria, infamante y noxal.

La asociación que hace Cicerón entre la *lex Laetoria*, la *circumscriptio adulescentium* y el crimen del tutor sospechoso (Cic., *De off.,* 3.15.61) ha llevado a algunos autores a pensar en una pena

71 CIL I, 2[1], p. 482; FIRA[1], p. 149

72 CRAWFORD ya destaca las conexiones que existen entre el derecho público y el derecho privado y menciona la *Lex Laetoria* como ejemplo de esa conexión pues protege un interés privado, pero lo hace mediante un *iudicium publicum* que conlleva una sanción pública. *Vid.* CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes… cit.* , pp. 6-7.

pecuniaria e incluso en una condena al múltiplo[73]. Si bien nada impide pensar en este tipo de condena en beneficio de quien ejercitaba la acción, tampoco puede excluirse la opinión de aquellos autores que sostienen la sanción del pago de una multa a ingresar en el erario[74].

En cuanto al carácter infamante de la condena, las fuentes no afirman que la *actio legis Laetoriae* conllevara la infamia, por lo que esa conclusión descansa en una interpretación doctrinal deducida de la exclusión de las personas condenadas por infringir la ley de determinados cargos públicos. En este sentido, en la *Tabula Heracleensis* aparece mencionada la *lex Laetoria* en un largo pasaje dedicado a las causas de exclusión del desempeño de cargos municipales (ll. 108-125). En concreto, se establece que los condenados en virtud de la ley no podían formar parte del *ordo decurionum* ni ejercer determinadas magistraturas. Por su parte, la *Lex Irnitana*[75], menciona distintos supuestos que quedan excluidos de la jurisdicción de los duunviros, en concreto, las actuaciones cuyo objetivo sea eludir los límites de su competencia, los litigios relativos al estado libre de una persona, aquellos cuyo valor exceda de 1000 sestercios que deben tramitarse mediante *praeiudicium* y los asuntos comprendidos entre las acciones infamantes enumeradas por la ley, entre las que se recoge la *Lex Laetoria*. Es posible que la incorporación de la *actio legis Laetoriae* al elenco de las *actiones famosae* se produjera en un momento posterior a

73 *Vid.* GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal… cit.,* pp. 118-121 y la bibliografía citada por la autora

74 HUSCHKE, G. P. E. *Die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit... cit.,* pp. 319-320.

75 *Vid. Tabula Heracleensis*, l. 112; *Lex Irnitana* IX.ll 6-13.

su promulgación, probablemente durante el proceso de sistematización de la legislación municipal de época cesariana[76].

Para el caso en que el engaño fuese cometido por una persona *alieni iuris*, la *actio legis Laetoriae* era noxal. Así parece deducirse del *Fragmentum de Formula Fabiana*, donde se contine una referencia breve y fragmentaria a la ley: "*Laetoriae noxales sunt*". El fragmento, hallado en Hermópolis (Egipto), parece confirmar, por tanto, el carácter noxal de la acción cuando la *circumscriptio* hubiese sido cometida por un *filius familias* o un esclavo. Las acciones noxales, conocidas ya desde las XII Tablas, obligaban a quien ejercía la *potestas* a responder patrimonialmente por los actos de los sometidos a ella o a proceder a la *noxae deditio*[77]. Esta interpretación encuentra apoyo adicional en D.4.4.24.3., texto ya examinado en relación con la exigencia de *dolus,* en el que Paulo contempla precisamente el supuesto de que un esclavo o un hijo de familia hubiere engañado a un menor (*minorem circumscripserit*) y prevé, respecto del primero y bajo determinadas circunstancias, su entrega en *noxa*[78].

---

76 CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes… cit.,* p. 316. Este autor fundamenta su hipótesis en que el Fragmento de Este o *Fragmentum Atestinum*, que data en el año 67 a.C. (si bien la datación tradicional lo situaba en torno al 49 a.C.), no menciona las acciones de dolo ni *lege Laetoria* entre aquellas que conllevan la infamia del condenado.

77 La denominada Formula Fabiana, a veces citada en compilaciones modernas como fr. 4 y recogida en GIRARD, P. F., y SENN, F., *Textes de Droit Romain, I* , París, 1967, pp. 411-412, nos informa que la acción se dará a título noxal cuando el defraudador es *alieni iuris.* Vid. ROTONDI, G., *Leges publicae… cit.*, pp. 271-272.

78 D.4,4,24,3 (*Paul., l.1 Sent.*).- *Si servus vel filius familias minorem circumscripserit, pater dominusve quod ad eum pervenerit restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio eorum praestare: si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verboribus castigandus aut noxae dedendus erit. sed et si filius*

La ley era *minus quam perfecta*[79], en el lenguaje técnico de Ulpiano (Ulp., Ep. 1 y 2), puesto que el negocio jurídico celebrado con el menor en contra de lo establecido por la ley no devenía nulo, sino que la norma se limitaba a establecer una sanción consistente en una pena pecuniaria (o multa).

La *lex Laetoria* se limitó a sancionar la conducta fraudulenta del *circumscriptor* que se aprovechaba de la inexperiencia del menor. Por ello, la protección inicialmente dispensada por la ley fue pronto completada por el pretor mediante nuevos remedios que ampliaron la tutela del menor de veinticinco años.

IV. AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y PERVIVENCIA DE LA *LEX LAETORIA*

Los remedios de origen pretorio que completaron la protección dispensada por la *lex Laetoria* ya no exigían la prueba del engaño, pues bastaba con el hecho objetivo de que se haya producido un perjuicio para el menor[80]. El primero de ellos, introducido probablemente poco

familias hoc fecit, ob dolum suum condemnabitur.

79 *Vid.* WACKE, A., "Zum Rechtsschutz Minderjähriger…cit.", 205-206.Algunos autores consideraron que era *imperfecta*, porque habría introducido una *exceptio legis Laetoriae*, para permitir al menor defenderse en el caso de que él o ella fuesen demandados y quisieran alegar fraude. Sin embargo, no nos parece probable, pues en la época de Plauto todavía prevalecía el sistema de las acciones de la ley, y la *exceptio*, como medio jurídico procesal de defensa del demandado, se introdujo con el procedimiento formulario.

80 KASER, M., *Das römische Privatrecht*... cit., p. 277

después[81], fue la llamada *exceptio legis Laetoriae,* que permite al menor defenderse en caso de ser demandado y alegar fraude[82]. El segundo remedio amplió el alcance de la protección de la norma mediante la promesa del pretor en su edicto de conceder la *restitutio in integrum propter aetatem*, valorando cada caso concreto y restituyendo al menor solicitante perjudicado a su posición originaria, retrotrayendo las actuaciones al momento de celebración del negocio como si este nunca hubiese existido[83].

Estos remedios pretorios supusieron una ampliación progresiva de la protección del menor, pero no implicaron la desaparición de la *Lex Laetoria*. Así se pone de manifiesto en la persistencia de referencias a la ley en fuentes de cronología diversa. Esta continuó siendo un referente jurídico de la protección de los menores, aunque integrada ya en un sistema de amparo mucho más amplio.

Las fuentes tardoantiguas y las compilaciones legislativas posteriores confirman la larga pervivencia de la ley *Laetoria*. En concreto, la Constitución de Constantino demuestra que se siguió utilizando la referencia a la ley para fijar el umbral de la mayoría de edad.

81 Para COSTA, E., *Il diritto privato romano… cit.*, p. 199; en la época de Plauto, en la que todavía prevalecía el sistema de las acciones de la ley, la protección fijada más tarde en la *exceptio legis Laetoria*, se brindaba a través de una *sponsio preiudicialis*.

82 Véase D. 44,1,7,1 (*Paul. l. 3 ad. Plaut.*).

83 D.4,4,1,1 (*Vlp. l. 11 ad ed.*).

> CTh. 8.12.2. (*Const. a Aconio Catullino proconsuli Africae*)- *Si quis in emancipatum minorem, priusquam fari possit aut habere rei quae sibi donatur affectum, italicum sive stipendiarium fundum crediderit conferendum, omne ius compleat instrumentis ante praemissis et inductione corporaliter impleta. Quod propter adtestationem fidei per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, quie eo usque in statu suo permanebit, donec is, cuius facultatibus cesserit annos Laetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem, quo tunc demum, si eius integritas ac fides fuerit comprobata, si ita sederit possidentibus, libertatis praemium consequatur. (Dat. XII kal. mai. Serdicae Sabino et Rufino conss.* (316 [?] apr. 20).

Este rescripto, dirigido al procónsul de la provincia de África *Aconius Catullinus*, trata del supuesto en que, con ocasión de la emancipación de un menor impúber, alguien le dona un *fundus italicus* o un *fundus stipendiarius*. El donante debe cumplir determinados requisitos para que la donación sea válida. Uno de ellos es que la donación se realice con la intervención de un esclavo idóneo, que permanecerá en ese estado (como esclavo del donante) hasta que el menor alcance la edad fijada por la *Lex Laetoria*. En concreto, el texto conserva la expresión "*annos Laetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem*" (habiendo sobrepasado la edad prevista en la Ley Laetoria, habrá alcanzado la edad legal). La expresión *legitima aetas* se interpreta aquí como la edad superior a los veinticinco años[84]. En

[84] ARCHI, G.G., s.v Curatela en *Enciclopedia del Diritto,* vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962, p. 493; ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano,* Palermo, Tiprografia Montaina, 1979, pp. 514-515, n. 454; KNOTHE, H.G., *Die*

definitiva, el texto del rescripto demuestra que todavía en el Bajo Imperio se reconocía que la *Lex Laetoria* había fijado el umbral de la plena capacidad y que dicho límite seguía estando tan presente en la conciencia jurídica del siglo IV d. C. que bastaba con mencionar el nombre de la ley para la determinación de la mayoría de edad civil.

Mas la subsistencia de la *lex Laetoria* en las fuentes tardoantiguas no se limita a la legislación imperial. También la literatura histórica ofrece testimonios que permiten seguir la evolución de la protección dispensada a los menores. En este sentido resulta significativo el pasaje de la *Historia Augusta*:

> *Hist. Aug.* (Marc. Aurel) 10.12: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam daretur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.*

El pasaje se refiere expresamente a *lex Plaetoria* como uno de los supuestos en que, con anterioridad a Marco Aurelio, podía designarse un curador. Sin embargo, esta mención al *curator ex lege Plaetoria* se ha considerado una simplificación o incluso un anacronismo del autor de la *Historia Augusta*, ya que la *cura minorum* habría sido una creación del edicto del pretor y no de la propia ley

Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschischtlicher Entwicklung, Frankfurt am Main-Bern, Perter Lang, 1983, pp. 54-55

republicana[85].

Hecha esta salvedad, del texto se desprende que, con anterioridad a Marco Aurelio los curadores eran designados únicamente en determinados supuestos -*ex lege Plaetoria*, por prodigalidad o por demencia-, mientras que el emperador habría permitido que todos los *adulti,* púberes varones o mujeres (allí donde no intervenía la *tutela mulierum*[86]) que aún no habían cumplido los veinticinco años, pudieran recibir un curador *non redditis causis*, es decir, sin necesidad de alegar una causa específica y para cualquier acto, negocio o transacción[87]. A partir de este momento la práctica de que los menores actuaran asistidos por un *curator* dejó de ser excepcional para convertirse en un mecanismo ordinario de protección, donde la aceptación o consentimiento de ese curador constituiría una garantía de que el joven había actuado de manera razonable y bajo asesoramiento[88].

Finalmente, el recuerdo de la ley republicana se conserva

85 ERDŐDY, J., "*Quod cum minore gestum esse dicetur, animadvertum:* Bemerkungen zu den minores, denen im Rahmen der *lex Laetoria* Schutz gewährt wird", *Pázmány Law Review,* 7 (2019-20) 1, pp. 93-94.

86 La *tutela mulierum* subsiste hasta el final de la época clásica, pero existen dispensas o exenciones como, por ejemplo, las dispensas derivadas del *ius liberorum* y la progresiva desaparición de la tutela legítima, especialmente tras la reforma de Claudio. *Cfr.* KASER, M., *Das römische Privatrecht*... cit., p. 278.

87 *Hist. Aug*., *Marc. Aur*. 10. Este texto indica que, antes de la Constitución de Marco Aurelio, el curador era nombrado solo en casos determinados.

88 CROOK, J.A., *Law and life… cit*., 117-118.

igualmente en la tradición gramatical, como pone de manifiesto el conocido pasaje de Prisciano, *Inst. gramm.*,1 II.24-25, donde se conserva la cláusula *Laetoria, quae vetat minorem annis stipulari*.

> Prisciano, *Inst. gramm.*, II.24-25: *Quantam vis stipulare et protinus accipe, quid do, ut totiens illum pater audiat, subauditur 'a me stipulare'. Ecce hic active, Suetonius autem passive protulit in IIII praetorum: Laetoria quae vetat minorem annis viginti quinque stipulari. Ἐπερωτάσθαι. Livius in XXXIX ab urbe condita: nec alieni momentis animi circumagi stipularique irato consuli tribunum plebei*.

El gramático cita este pasaje con una finalidad puramente lingüística, al explicar el empleo del verbo *stipulari* en sentido activo (formular la pregunta de la estipulación) y pasivo (ser requerido para responder). En este contexto reproduce un fragmento atribuido a Suetonio, procedente del libro IV de su obra *Praetores*, del que parece desprenderse que el menor de veinticinco años no podía intervenir en la *stipulatio* desde la posición del promitente[89].

El alcance de este testimonio debe valorarse con cautela. Una parte de la doctrina consideró que la cláusula *Laetoria, quae vetat minores annis stipulari* no pertenece al texto originario de Prisciano,

[89] PRISCIANUS, *Institutiones Grammaticae... cit.*, p. 387-388; Priscianus, El gramático latino introduce incidentalmente la cláusula: *Laetoria, quae vetat minorem annis…* La referencia es inequívoca: la *lex Laetoria* prohibía o impedía determinadas actuaciones realizadas por un menor de edad, confirmando la finalidad protectora que ya se desprende de fuentes literarias republicanas (Plauto, Cicerón) y papirológicas (BGU II 378; P. Oxy. 2111).

sino que es una glosa jurídica tardoantigua incorporada por la tradición manuscrita a los escolios de las *Institutiones Grammaticae*[90]. Se acepte o no la modificación del texto original, el pasaje conserva un indudable interés histórico, pues revela que todavía en el siglo V d. C., la *lex Laetoria* seguía siendo recordada en la tradición jurídica y gramatical como una limitación de la capacidad negocial de los menores, especialmente en la *stipulatio.*

En conjunto, estos últimos testimonios permiten apreciar cómo la protección inicialmente articulada por la *lex Laetoria* fue evolucionando hasta integrarse en un sistema mucho más amplio de tutela de los menores. La evolución iniciada con los remedios pretorios culminó con la consolidación de la *cura minorum,* de modo que la función originaria de la ley fue siendo absorbida progresivamente por un sistema de protección cada vez más amplio. Ello no supuso, sin embargo, la desaparición de la *lex Laetoria:* las fuentes tardoantiguas muestran que continuó presente en la tradición jurídica, no solo como el fundamento histórico de la protección de los menores de veinticinco años, sino también como la norma que había fijado el umbral de la plena capacidad civil.

V. Conclusiones

90 *Vid.* LEWIS, C. T., y SHORT, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1879, p. 1761, *s.v. stipulari* en; SCHANZ, M., *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaiser Justinian,* III, München, C. H. Beck, 1899, p. 53; NEUE, F., *Formenlehre der lateinischen Sprache,* II, Leipzig, O.R. Reisland, 1892, p. 243. Los elementos fragmentarios aparecen en el *Corpus Glossariorum Latinorum, e*d. G. Goetz, III, Leipzig, Teubner, 1892. (*Laetoria… minor… annis XXV…stipulari*)

La *lex Laetoria* constituye la primera manifestación conocida de la protección jurídica dispensada a los menores de veinticinco años frente a la *circumscriptio adulescentium,* esto es, frente al engaño o aprovechamiento de terceros en el tráfico jurídico y la contratación. Su promulgación puede situarse, con toda probabilidad, en las primeras décadas del siglo II a. C., en un contexto de profundas transformaciones económicas derivadas de la expansión romana tras la Segunda Guerra Púnica. Los pasajes de Plauto proporcionan el *terminus ante quem* más seguro para su datación.

Aunque las fuentes republicanas transmiten preferentemente la denominación de *Plaetoria*, la forma *Laetoria* terminó imponiéndose durante la época imperial y postclásica. Los testimonios conservados muestran, además, que la proyección de la ley no quedó limitada a Roma: las fuentes epigráficas confirman la recepción de la ley en el ámbito municipal, mientras que los documentos papirológicos testimonian su efectiva invocación en la práctica jurídica de las provincias orientales durante el Alto Imperio.

La norma protegía a los menores de veinticinco años con independencia de su sexo y de su *status* familiar. Su finalidad originaria no fue limitar su capacidad de obrar ni excluirlos del tráfico jurídico, sino reprimir las conductas fraudulentas de quienes se aprovechaban de su juventud e inexperiencia. La relación que las fuentes establecen entre *circumscriptio* y *dolus malus,* reforzada por el testimonio de Paulo en D.4,4,24,3, permite considerar que, al menos originariamente, se exigió la la existencia de un engaño doloso y no

la mera constatación de un perjuicio patrimonial.

La protección establecida por la ley se articuló mediante una *actio legis Laetoriae,* sin privar de eficacia al negocio celebrado con el menor. De las fuentes se deriva que se trata de una acción penal de derecho privado, de ejercicio popular, naturaleza pecuniaria, infamante y de carácter noxal cuando el fraude hubiera sido cometido por una persona *alieni iuris.*

Esta protección inicial fue posteriormente ampliada por el pretor mediante la *exceptio legis Laetoriae* y la *restitutio in integrum propter aetatem.* Con estos remedios, la tutela del menor evolucionó desde la represión de la conducta fraudulenta del *circumscriptor* hacia una protección de carácter más objetivo, fundada en el perjuicio sufrido por el menor. La posterior consolidación de la *cura minorum* completó esta evolución.

La aparición de estos nuevos mecanismos no determinó, sin embargo, la desaparición de la *Lex Laetoria.* Las fuentes tardías muestran que la ley continuó siendo recordada durante siglos, aun cuando buena parte de su función originaria habría sido asumida por instituciones posteriores. La *lex Laetoria* permaneció así en la tradición jurídica romana no solo como fundamento de la protección jurídica de los menores de veinticinco años sino también como la ley que fijó la edad que, a lo largo de la evolución del Derecho Romano, se identificó con la plena capacidad civil.

VI. Bibliografía

ALBANESE, B., *Per la storia del creditum*, *Annali del Seminario Giuridico della Univeristà di Palermo,* Palermo, Tipografia S. Montaina, 1971.

ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano,* Palermo, Tiprografia Montaina, 1979.

ANKUM, H., "Le *minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique". En *Etudes offertes à Pierre Jaubert. Liber amicorum,* Bordeaux. Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 35-50.

ARCHI, G.G., s.v Curatela en *Enciclopedia del Diritto,* vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 489-503.

BRASSLOF, S., "Aetas legitima", *ZSS,* 22 (1901), pp. 167-198.

BRAVO DÍAZ, J.R., *Comedia latina. Obras completas de Plauto y Terencio*, Madrid: Cátedra, 2012.

CABALLOS RUFINO, A. y COLUBÍ FALCÓ, J.M., "Referentes genéticos de los estatutos municipales hispanorromanos: la *lex munícipes Tarentini* y la *Tabula Heracleensis*", en *Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas en Occidente,* Ed. J.F. Rodríguez Neila y E. Melchor Gil, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2006, pp. 17-54.

CANDY, P., *Oxford Classical Dictionary*, Oxford, University Press., 2018 *s.v. Lex (P)laetoria*,
https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8263

COSTA, E., "Dalla data della *lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*", *BIDR*, 2 (1889), pp. 72-89.

COSTA, E., *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890.

CRAWFORD, M. H. et al., *Roman Statutes,* I, London, Institute of Classical Studies, 1996.

CROOK, J. A., *Law and life of Rome*, New York: Cornell University Press, 1967.

DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., "Acerca del fin y régimen del senadoconsulto Macedoniano", *Anuario de Historia del Derecho Español,* 53 (1983), pp. 78-107.

DI SALVO, S., *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C*, Camerino, Jovene, 1979.

DIRKSEN, H. E., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. Thesauri latinitatis epitome, in usum tironum.* Berolini: Impensis Dunckeri et Hoblotii, 1837.

D´ORS, A., *Derecho privado romano,* 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1987

D´ORS, A., *Derecho privado romano,* Pamplona, EUNSA, 1968.

DUPLÁ MARTIN, M.T., y BAJARDÍ, M. D., "El fundamento último de la protección del menor consumidor: la experiencia en el ámbito patrimonial", *Anuario da Facultade de Dereito da Univerisidade da Coruña,* 11 (2007), pp. 211-230.

ERDŐDY, J., "*Quod cum minore gestum esse dicetur, animadvertum:* Bemerkungen zu den minores, denen im Rahmen der *lex Laetoria* Schutz gewährt wird", *Pázmány Law Review,* 7 (2019-20) 1, pp. 87-97. https://doi.org/10.55019/plr.2020.1.87-97

ERDŐDY, J., "*Lex Laetoria*: Why so difficult", *Poznań Legal Studies Working Papers*, 4, (2020), pp. 99-106.

ERDŐDY, J., "A *lex Laetoria* jogi forrásai", *Iustum Aequum Salutare*, 4 (2024), pp. 5-22. https://doi.org/10.69695/ias.2024.4.01

GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del minor uiginti quinque*

annis en Derecho Romano, Madrid, Universidad Complutense, 2008.

GARCÍA GÉRBOLES, L., "BGU II 611. Notas sobre la minoría de edad" *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12 (2008), 359-366.

GIRARD, P. F., y SENN, F., *Textes de Droit Romain, I,* París, 1967.

GIOVANNINI, A., "Die Tabula Heracleensis: Neue Interpretationen und Perspektiven. Teil II: Die lex Iulia municipalis aus", *Chiron*, 38 (2008) pp. 47–62, https://doi.org/10.34780/r712-ik1c

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J., "The *Lex Irnitana.* A new copy of the Flavian Municipal Law"*, Journal of Roman Studies,* 76 (1986), pp. 147-243.

GRENFELL, B. P. y HUNT, A.S., en *The Oxyrhynchus Papyri,* vol. XXVII, Londes, 1927.

HOHL, E., *Scriptores Historia Augustae,* Leipzig, Teubner, 1927-1932.

HUSCHKE, G. P. E. *Die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der mündigen Minderjährigen in ihrer geschichtlichen Entwickelung*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XIII, Weimar, Hermann Böhlau, 1878, pp. 311-359.

KARLOWA, O. von, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislactionem,* Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1872.

KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2.ª ed., München, C. H Beck, 1971.

KNOTHE, H.G., *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschischtlicher Entwicklung,* Frankfurt am Main-Bern, Perter Lang, 1983.

KREBS, F., -KROLL, W., (eds.), *Berlinier Griechische, Urkunden,* vol. II, Berlin, George Reiner, 1898.

KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, C. H. Beck, 1962

LEWIS, C. T., y SHORT, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1879, *s.v. stipulari* en A Latin Dictionary Lewis And Short : Lewis, Charlton T. : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive (Consulta: 29-07-2026)

LÓPEZ GREGORIS, R., *Plauto. Comedias. El gorgojo. El ladino cartaginés. Las Tres monedas. Truculento*, Madrid, Akal Clásica, 2004.

LÓPEZ Y LÓPEZ, M., "Cronología, tipología, ideología y prosoponimia plautinas", *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos.* 43 (2023) 2, pp. 223-257. https://dx.doi.org/10.5209/cfcl.92764

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., "La Tabula Heracleensis: organización municipal, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, Vol. 7, nº. 1 (ene-dic), 2010 (Ejemplar dedicado a Temas de Direito Privado: uma homenagem ao Professor Agerson Tabosa), pp. 335-356.

MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humbolt, 1899.

MOMMSEN, T., y MEYER, P., *Codex Theodosianus*, Berlin: Weidmann, 1905.

NEUE, F., *Formenlehre der lateinischen Sprache,* II, Leipzig, O.R. Reisland, 1892.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. "Remedios legales, coercitivos y procesales frente a los *feneratores* en el período tardorrepublicano". En *Dramaturgia, derecho y sociedad en la comedia de Plauto*, dir. María del Pilar Pérez Álvarez, Madrid: Ediciones Complutense, 2025., pp. 477-

503. https://dx.doi.org/10.5209/arte.002.21

PFAFF, L., y HOFMAN, F., *Fragmentum de formula Fabiana,* Wien, Aus der K.K Hof- und Staatsdruckerei, 1888.

PLAUTUS, T. M., *Comoediae,* Ed. W.M Lindsay, 2, Oxford Classical Text, Oxford: Carendon Press, 1904-1905.

PRISCIANUS, *Institutiones Grammaticae,* Ed. Martin HERTZ, vol. I y II, Leipzig: G.B. Teubner, 1855-1859.

RICCOBONO, S., *Fontes iuris romani anteiustiniani*, I. Florencia. Barberà, 1968.

RONCERO NÚÑEZ, Javier, "La reforma del crédito en época monárquica: DION. HAL., IV.9.6-7", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* XLVII (2025), pp. 49-75.

ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, Georg Oms, 1962.

SÁNCHEZ COLLADO, E. "*Lex Laetoria*: aspectos procesales de la cura minorum". En *El Derecho de familia. De Roma al Derecho actual*, coordinado por Lopez Rosa y Del Pino Toscano. Huelva: Universidad de Huelva, 2004, pp. 707-724.

SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C., *s.v. Tabula Heracleensis, The Encyclopedia of Ancient History,* 1st edic., Ed. Roger S. Bagnall, Kai Broderson, Craige B. Champion, Andrew Erskine and Sabine R. Huebner, *et al.,* Blackwell Publishing, 2013, pp. 6505-6507.
https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah13241

SCHANZ, M., *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaiser Justinian,* III, München, C. H. Beck, 1899.

SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press, 1951.

Thesaurus Linguae Latinae (TTL), Leipzig-München-Berlin, B. G.

Teubner, 1900-

THOMAS, Y., "Loi *Laetoria* (pl. sc.) sur le crédit aus mineurs de vingt-cinq ans", En *Lepor. Leges Populi Romani*, dirigido por Ferrary y Moreau. París: IRHT-TELMA, 2007, http://telma.irht.cnrs.fr/outils/lepor/notice595/ (Consulta: 30 de junio de 2026).

TORRENT, A., "La política municipalista flavia en Hipania: El edicto de Vespasiano Universae Hipaniae Latium Tribuit; la Epístola de Diocleciano promulgadora de la Lex Irnitana", *RIDROM*, 19 (2017), pp. 153-242.

WACKE, A., "Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen". *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*, 48 (1980) 3, pp. 203-225. https://doi.org/10.1163/157181980X00019

WOYTEK, E., "Sprach- und Kontextbeobachtung im Diensteder Prioritätsbestimmung bei Plautus: Zur Datierung von Rudens, Mercator und Persa", *Wiener Studien,* 114 (2001), pp. 119-142.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026
Full text article
https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

CC BY NC ND

Recensión a José Luis Zamora Manzano. Administración romana y lucha contra la piratería: del *hostis humani generis* a la jurisdicción universal contemporánea, Colex, A Coruña, 2026, ISBN 979-13-7065-014-8. 235 págs.

Beatriz García Fueyo
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-1373-9472

(GARCÍA FUEYO, Beatriz. Recensión a José Luis Zamora Manzano. Administración romana y lucha contra la piratería: del *hostis humani generis* a la jurisdicción universal contemporánea, Colex, A Coruña, 2026, ISBN 979-13-7065-014-8. 235 págs. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp.595-602. **https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)**

<<Pero la guerra ibérica no era la sola empresa que en aquel tiempo fatigaba a Roma, Mitríades revolvía de nuevo el Oriente; los piratas, envalentonados por la muerte de Sila, saqueaban las costas del mediterráneo (…). La piratería era la expiación de la servidumbre que Roma imponía al mundo.>>[1]

[1] Bertolini, F. (1889). *Historia de Roma desde los orígenes itálicos hasta la caída del Imperio de Occidente* (S. López Guijarro, Trad.; L. Pogliaghi, Ilus.). El Progreso

A través del estudio de abundantes fuentes, el autor realiza una notable reconstrucción histórico-jurídica de la piratería en Roma, entendida como un fenómeno estructural, *constituyendo una constante histórica*[2] que justifica la prolongación de su análisis en el Derecho castellano, codificación penal española y problemática en el ámbito internacional actual.

La obra que nos ocupa está estructurada en cinco capítulos -siendo el último las conclusiones-, suficientemente justificados en un esclarecedor proemio. A éstos les precede un prólogo del catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia, Juan Alfredo Obarrio Moreno. Después del listado bibliográfico y nutrido índice de fuentes consultadas -jurídicas, literarias, epigráficas, de Derecho intermedio y moderno-, la monografía cuenta con un apéndice sobre Ciencia Ciudadana, entendida como "un espacio privilegiado para la creación, circulación y democratización del conocimiento, en el que la ciudadanía actúa como colaboradora activa de la comunidad académica en la producción, contraste, validación de datos y formulación de propuestas interpretativas". Termina este apéndice explicando las actividades de divulgación científica sobre piratería realizadas en el marco de la Feria Internacional del Mar del año 2025, así como los resultados de la recogida de datos. En palabras del autor,

Editorial.

2 Cicerón, De Republica. II, 5, 10, trad. D'Ors <<Cómo pudo, pues, comprender Rómulo más inspiradamente las ventajas del mar, a la vez que evitar sus defectos, que al poner la ciudad a la orilla de un río perenne de curso constante y que desemboca anchamente en el mar? Para que por él pudiera la ciudad recibir del mar lo que necesitaba y exportar lo que le sobraba… de modo que me parece como si ya Rómulo hubiese adivinado que en el futuro esta ciudad iba a ser sede y domicilio de un gran imperio>>.

"el análisis presenta una innegable actualidad en el contexto geopolítico contemporáneo, como el Golfo de Guinea, las costas de Somalia o el estrecho de Malaca, donde confluyen factores de inestabilidad política, vulnerabilidad socioeconómica y elevada densidad del tráfico comercial internacional". El A. conoce bien estos agentes, pues el abordaje legal de la piratería en el orden internacional y estructuras de delincuencia organizada transnacional son objeto de examen al final del capítulo IV.

El primer capítulo, "Piratería marítima: delimitación conceptual, factores de expansión y estrategias iniciales de protección del comercio marítimo", comienza con una enumeración de los factores que explican la subsistencia de la piratería en tiempos presentes, como es la insuficiencia regulatoria, la precariedad económica vinculada a una cierta aceptación social o su instrumentalización como mecanismo de desestabilización. Si bien es difícil definirla, el A. encuentra un paralelismo entre el deber de cooperación recogido en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional -en inglés, ILC-[3] y los llamamientos a la cooperación aliada en Roma, como fue la *Lex de provinciis praetoriis*. En el seno del análisis conceptual se mencionan otros instrumentos jurídicos, como el Convenio SUA de 1988 -respuesta al mediático secuestro del

[3] El art. 38 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (1956) cristalizó en el art. 14 de la Convención sobre el Alta mar, que fue una de las cuatro convenciones adoptadas en la Conferencia de Ginebra de 1958 <<Todos los Estados deberán cooperar en la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado>>

crucero *Achille Lauro* frente a las costas de Egipto en 1985-, el nuevo Protocolo de 2005, que amplía el catálogo de ilícitos o la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 2011, entre otros.[4] Continúa con un extenso análisis filológico, aludiendo a terminología recogida tanto por autores griegos como latinos, distinguiendo entre piratería y bandidaje y haciendo especial hincapié en la generalización del término "pirata" por parte de Cicerón, quien los consideró *hostis humani generis*.

Los factores de desarrollo fueron múltiples, teniendo en cuenta que el *Mare Nostrum* fue eje vertebrador de la civilización antigua y escenario de constantes disputas. Como bien señala el autor, no se debe confundir las actividades estatales con los actos piráticos, puesto que el saqueo de los vecinos era una forma de comercio permitido, de vida lícita de los primitivos habitantes de la zona mediterránea que beneficiaba a toda la comunidad[5]. Tras un análisis pormenorizado del contexto helenístico-oriental, recoge medidas de contención y seguridad marítima. Mediante la elección de los *duumviri* navales, encargados de habilitar y reparar la flota, se reforzó la vigilancia marítima y se combinó, más adelante, con el empleo defensivo de arqueros embarcados, estableciendo un sistema mixto de defensa

4 La Asamblea enfatizó la necesidad de abordar las causas del fenómeno en tierra, reforzó la cooperación judicial y promovió la desarticulación de sus redes financieras, que van más allá de los meros ejecutores de los asaltos.

5 El autor contempla la clasificación de actividades económicas de Aristóteles, describe las circunstancias que rodearon la piratería en las costas áticas y presta especial atención a la piratería cilicia.

frente a actos cuyo desenlace, en ocasiones, era el hundimiento de la embarcación saqueada[6].

El capítulo II versa cobre conductas piráticas y su repercusión en la estabilidad del comercio y la navegación. En él, encontramos un estudio de los medios de comisión empleados, donde las embarcaciones utilizadas distaban mucho de las naves comerciales. Roma practicó una política de apropiación selectiva y optimización estratégica, como muestra la construcción de las naves, que seguía un patrón de origen helénico. Dentro de la tipología, que no se caracterizó por su homogeneidad, encontramos naves ligeras (*lemboi*), pensadas para incursiones rápidas, así como unidades de propulsión mixta para operaciones de corto alcance (*myoparon*), junto a las *hemioliai*, las *trihemiolia*, los *quadrirremes* y *quinquerremes*, que se diferenciaban por el tonelaje, capacidad y estabilidad o las *liburnae*, naves pequeñas maniobrables para el patrullaje marítimo y control de las rutas costeras, fruto de la transformación de la flota tras la instauración del Principado.

Bajo el epígrafe "el botín del mar", se recoge un *modus operandi* de tipo mercantil, comenzando por los esclavos, muy demandados para la explotación de los latifundios romanos y para el comercio

[6] Se dictaron una serie de disposiciones en el marco de los naufragios, tanto provocados como accidentales, circunstancia aprovechada por los piratas para cometer expolio. Asimismo, se permitió la recuperación de bienes naufragados por sus legítimos propietarios.

sexual, que incluía a menores de edad. En este contexto se sumaban falsas acusaciones de piratería para justificar la confiscación de mercancías valiosas, como telas, incienso o piedras preciosas, así como los rescates. Estas conductas se servían de una amplia red de espionaje en puertos, aduanas, lupanares o por parte de la propia tripulación.

En el marco de la tipificación de la *vis* como delito autónomo se sitúa la *lex Lutatia de vi* (77 a.C.), la lex *Plautia de vi* (70 a.C.), la lex *Pompeia de vi* (52 a. C) o la *lex Iulia de vi publica et privata* (19 y 16 a.C.), cuyo desarrollo jurisprudencial se contiene en el libro 48 del Digesto, títulos 6 y 7. Las penas variaban: para los casos de violencia pública, la *aquae et ignis interdictio* fue sustituida por la *deportatio*, mientras que la confiscación de un tercio del patrimonio y la inhabilitación de ejercicio de cargo público estaban reservadas para la *vis privata*. La sustracción de personas libres de la urbe o la compraventa de niños capturados exigía medidas represivas de mayor severidad, descritas al final de este capítulo.

El capítulo III contiene medidas extraordinarias de represión, como una respuesta militar y jurídica, donde la *lex de Provinciis Praetoriis* (100 a.C.) y la *lex Gabinia de piratis persequendis* (67 a.C.) son objeto de concienzudo análisis. Dentro de este ámbito se ubica el uso instrumental de los piratas en ciertos contextos, así como políticas de asentamiento -reubicación en núcleos poblacionales y entrega de

tierras para la transformación de prácticas bucaneras en actividades agrícolas-. El A. ofrece sugerentes hipótesis que podrían explicar la indulgencia hacia los piratas y contrarrestan la falta de claridad de las fuentes. Concluye este capítulo con la experiencia vándala en la evolución ulterior de la piratería, pues llegaron a convertirse en una seria amenaza desde la toma de Cartago, y cuyo régimen representa, según Procopio, <<una tiranía extractiva que desmanteló la estructura estatal romana>>.

En el capítulo IV, el A. hace un recorrido de la piratería y de la práctica del corso en el Derecho castellano, recopilando diversos textos donde se hace referencia de forma directa o indirecta, tales como el Fuero de Cartagena de 1246, Partidas, las leyes de Indias de 1680, la Ordenanza de 1801 y la Novísima Recopilación. En ellos se observa una regulación congruente con la romana, como ocurre en la Partida V, título IX, ley 12, donde se describe el apoderamiento de un navío con mercancías y tripulantes -y posterior rescate- como un caso de avería gruesa o común. Su regulación -si el rescate se reparte entre todos los rescatados o si la pérdida recae exclusivamente sobre los propietarios de los bienes robados- es compatible con el fragmento de Paulo en D. 14.2.2.3. La codificación penal española, desde el Código Penal de 1822 hasta el actualmente vigente -en el que se incorpora la rúbrica <<Delitos de piratería>>- y la dimensión internacional del fenómeno pirático, así como el llamado "terrorismo marítimo" pone punto final a este capítulo.

Como una suerte de eco recurrente, no quisiéramos terminar estas líneas sin traer a colación una reflexión del prologuista, contenida en una de sus obras y aplicable a su par académico: "en tiempos de visible penuria intelectual, en el que las ideas se empobrecen y se corrompen, reconforta saber que el Derecho de la Antigüedad sigue siendo objeto de desvelos y reflexiones por unos juristas que, al amparo de las locuciones latinas, nos hacen ver que nada de lo jurídico es ajeno, y menos aún el Derecho histórico, un *ius* que forma parte de nuestra cultura y de nuestro Saber más apreciado; de ahí que cuando leemos sus **encomiables trabajos**, sentimos que todo posee un denominador común: una erudición que conduce a la *dignitas* que hay en el ser humano, a su regreso a su mejor yo".[7]

[7] Obarrio Moreno, J. A. (2023). *En defensa de la cultura grecolatina (paideia versus utilitas):* (1 ed.). Dykinson. p. 137.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026
Full text article
https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom



Recensión a Francisco Cuena Boy. *De Servitute*. Estudios jurídicos sobre esclavitud en Roma, Castilla, Portugal y las Indias, Comares, Granada, 2024, ISBN 978-84-1369-873-1. 280 págs.

Gonzalo Jerez Romera
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
https://orcid.org/0009-0006-4581-6902

(JEREZ ROMERA, Gonzalo. Recensión a Francisco Cuena Boy. *De Servitute*. Estudios jurídicos sobre esclavitud en Roma, Castilla, Portugal y las Indias, Comares, Granada, 2024, ISBN 978-84-1369-873-1. 280 págs. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp.603-609. **https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)**

Esta obra se enmarca en la colección "Persona", dirigida por el profesor Bernardo Periñán Gómez, quien se encarga de presentar la obra y a su autor desde una perspectiva académica y personal. El libro en cuestión se divide en tres grandes bloques en que se analizará la institución jurídica de la esclavitud: Roma, Castilla y Portugal, y las Indias. A su vez, la primera parte se divide en tres capítulos y las restantes en dos, de lo que resulta una composición monotemática a partir de siete trabajos distintos. Vaya por delante la idoneidad de esta división, en tanto en cuanto el autor desgrana la esclavitud en tres épocas diferentes mediante ensayos sobre temáticas poco comunes. Como es habitual dentro de la colección "Persona", se acompaña de un sumario (pp. 7-8), un prólogo (pp. 9-13) y, en la parte final del libro, un epílogo a cargo del propio a. (pp. 257-259). Finalmente, se incluye un apartado dedicado a citar el origen de los ensayos que componen la presente obra (p. 261) y un apartado dedicado a enumerar las obras de la colección "Persona" (p. 263).

Entrando en materia, el primero de los trabajos se titula "Esclavos clérigos o asociados a monasterios" (pp. 3-28), en el que el autor realiza un análisis sobre la posibilidad de que el esclavo y el sujeto semilibre pudieran acceder al clericato u otra consideración análoga dentro de la Iglesia, lo que se encargará de ir poniendo de manifiesto a través del análisis diferentes concilios eclesiásticos que se irán desarrollando desde el siglo IV. Prosigue el autor mencionando al papa Leon I "Magno" y su apoyo a la tesis de que el sacerdocio del esclavo tiene que ir precedido de su manumisión, y al papa Gelasio I, quien continúa con la idea establecida por su

antecesor amenazando incluso a "cualquier obispo, presbítero, diácono o responsable de un monasterio" con la deposición de sus funciones o incluso con la excomunión, en el caso de que aceptaran a un esclavo que no hubiera sido manumitido anteriormente. Esta primera entrega finaliza con un análisis breve, pero suficiente, de las Novelas 5 y 123 de Justiniano, en las que se recoge un cambio significativo respecto a la situación anterior, más benigno en cuanto a la admisión como clérigos de quienes hubiesen sido esclavos.

El siguiente trabajo del primer bloque se titula "Esclavos cristianos y propietarios judíos" (pp. 29-45), en el que el autor analiza distintas constituciones imperiales. Es realmente interesante, a mi modo de ver, acercarse a cada una de esas constituciones para tener una idea global de que la regla implícita es impedir a los individuos de religión judía tener esclavos cristianos, extendiéndose a su vez dicha prohibición al resto de las religiones no cristianas. Entre esas constituciones imperiales, se debe subrayar la importancia de la recogida en CTh. 16,9,1, del año 335, atribuida a Constantino, en la que se permite al individuo de religión judía tener esclavos cristianos, pero sin circuncidarlo ni promover su conversión so pena de su liberación. Podemos citar también CTh. 16,9,4, donde se recoge una disposición en la que se castiga con la pena capital a quien imponga la ley judía al esclavo cristiano o intente comprar uno. Tras la división del Imperio, aparece una dualidad en la regulación de determinados hechos, por ejemplo, la constitución recogida en CTh. 16,8,22 (a. 415), o en CTh. 16,9,4 (a. 417) en oriente, y las que están en CTh. 16,9,3 (a. 415) o en C. Sirm. 6 (a. 425), en occidente. De manera muy acertada,

Cuena Boy dedica un epígrafe a resumir esquemáticamente las constituciones más relevantes. De igual manera, procede a revisar la regulación Justinianea en la que destacan tres constituciones: C. 1,10,1, C. 1,10,2 y C. 1,3,54,8-10, además de la Novela 37, dejando el camino abierto a la progresiva extinción de la esclavitud sobre cristianos por parte de judíos.

Tras este capítulo, el profesor Cuena Boy presenta el último ensayo que se enmarca en el bloque dedicado a Roma, con el título "*Famulus*, *Famulor*, *famulatus* en las fuentes jurídicas" (pp. 47-91), en los que el autor hace una comparación entre dichos términos usando para ello diferentes textos jurídicos y eclesiásticos que se enmarcan en distintos periodos. Pues bien, estamos ante un capítulo complejo en su redacción por lo que su lectura reclama la mayor de las atenciones. Cuenta con 43 páginas y hasta 190 notas al pie. Sin duda, es un trabajo muy reseñable que permite tener una idea global del uso de los referidos términos aplicados a según qué contextos.

El autor prosigue con un nuevo bloque en el que analiza textos jurídicos relacionados con *la servitus* en el marco de los reinos de Castilla y Portugal. Antes de proseguir, debo señalar que estamos ante un ejercicio de derecho histórico comparado de altísimo valor, por cuanto se maneja la terminología de los siglos XVI y XVII sin perder la cara al Derecho clásico. El primer ensayo de este nuevo bloque tiene como título "El destino de los esclavos cristianos de judíos y herejes condenados por la Inquisición. La interpretación jurídica y sus armas" (pp. 95-110), incluido en esta obra por el autor con gran acierto tras haber sido presentado anteriormente en la obra

coordinada por Amparo Montañana y Carmen Lázaro, *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal* (Madrid, B0E, 2023). En este texto, el autor analiza de forma impecable, la posibilidad de que los esclavos cristianos pudieran obtener su libertad como consecuencia de que la Santa Inquisición condenase a sus amos por herejes. Nos encontramos ante una dicotomía, en tanto hay voces que argumentan a favor de la libertad personal del que hasta ese momento era *servus* y otros que defienden que el individuo pasaría a formar parte del fisco. El autor vincula en gran parte su estudio a la obra de Esteban Fagúndez, jesuita del siglo XVI, así como al estudio de otros textos jurídicos relacionados con la temática analizada.

El siguiente capítulo lleva un título que no deja a nadie indiferente: "El infierno y las buenas intenciones. Derecho de gentes y esclavitud (siglos XVI y XVII)" (pp. 111-205). Con esta carta de presentación, el lector puede no tener una idea clara sobre el contenido del estudio. Es el apartado más extenso de la obra y, posiblemente, el más complejo, por lo que quizás hubiera sido oportuno ampliar el epígrafe de conclusiones para tener una visión más global del mismo. El a. realiza una crítica realmente constructiva sobre las ideas proyectadas al respecto por los exponentes más notorios de la Escuela de Salamanca y de la Segunda Escolástica. En concreto, hace referencia a determinados teólogos-juristas y analiza sus aportaciones. El a. cuestiona la razón por la que dichos autores califican a la esclavitud como una institución de derecho de gentes y no de derecho civil. Analiza pues la institución de la esclavitud para

poder rebatir su supuesta relación con el derecho de gentes desde dos fuentes diferentes. Entre los aspectos claves de este trabajo, también se encuentra el análisis de las Partidas de Alfonso X "el Sabio", que reflejan el modelo civil de la institución de la esclavitud con evidentes consecuencias: la preservación de la vida del prisionero (*captivos vendere ac per hoc servare nec occidere*) y el carácter ilimitado de la naturaleza del derecho sobre el esclavo.

De la Segunda Escolástica se analizan cinco figuras, en relación con el derecho de gentes y la esclavitud. En suma, el ensayo va desmontando lo que durante siglos han aceptado la mayor parte de la doctrina: la aceptación de que la institución de la esclavitud proviene del *ius gentium.* Ello pudo legitimar determinadas prácticas del todo cuestionables para con los indios americanos y la trata de personas en zonas de África controladas en gran parte por la Corona lusa. Para concluir este ensayo, el autor examina también las aportaciones de otros indianistas que tratan de escudriñar la justificación jurídica de la esclavitud.

Dejando a un lado este asunto, Cuena Boy abre un último bloque que se orienta concretamente a las Indias. En dicho bloque se incluyen dos capítulos, uno se centra en una reflexión crítica de Diego de Avendaño (pp. 209-237) y el otro en la obra de Solorzano Pereira (pp. 239-255).

Entrando en materia, con respecto al primero, al autor le interesa especialmente la obra *Thesaurus Indicus* en la que Avendaño viene a repasar los principales problemas morales que ve en la sociedad indiana y la aplicación de los criterios teológicos y jurídicos

que propugna la Escuela de Salamanca. Es realmente llamativo que pese a que Diego de Avendaño muestra una mirada crítica respecto a la legitimidad jurídica de la esclavitud que defienden distintos autores, acaba llegando a una conclusión muy próxima a todos ellos. Finalmente, dedica su último capítulo a una breve explicación de unas quince páginas sobre la doctrina de la esclavitud en Juan de Solorzano Pereira, jurista del siglo XVI. En ellas, Cuena Boy compara dos realidades opuestas: la situación de los etíopes esclavizados y la de la población indígena americana, que no lo está. Son dos escenarios diferentes, desde el punto de vista jurídico, dado que quienes pueblan los Virreinatos americanos son libres y vasallos de la Corona española.

En conclusión, la obra de Francisco Cuena Boy es de una calidad académica de gran nivel, con un vocabulario excelso, propio del estilo al que nos tiene acostumbrados. Se aconseja su lectura reposada y con una mentalidad abierta, pues no se trata de meros ensayos explicativos sino de aportaciones de gran complejidad. Esta obra viene a cubrir un hueco en la investigación y está orientada a hacer reflexionar al lector sobre verdades "indiscutidas", abandonado afirmaciones que creíamos como dogmas inatacables.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026
Full text article
https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

CC BY NC ND

Recensión a DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *Bases del Sistema Jurídico Continental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN: 979-13-7040-415-4, 192 pp.

María Dolores del Mar Monteagudo Sánchez
Abogada
Doctoranda en Derecho
Universidad de Murcia.
https://orcid.org/0009-0004-7605-8935

(DEL MAR MONTEAGUDO SÁNCHEZ, María Dolores. Recensión a DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *Bases del Sistema Jurídico Continental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN: 979-13-7040-415-4, 192 pp. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp. 610-625. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

1. Introducción y planteamiento metodológico

La aparición de la obra *Bases del Sistema Jurídico Continental*, del profesor Díaz-Bautista Cremades, supone una aportación de singular relieve en el panorama de la romanística y el Derecho Comparado actual. El autor, Profesor de la Universidad de Murcia, no propone un manual de instituciones al uso, sino que acomete una tarea mucho más ambiciosa y necesaria en el contexto de la progresiva armonización jurídica europea: la reivindicación del Derecho Romano como la gramática común y el ADN normativo sobre el que se asienta el sistema continental.

El punto de partida de la obra es una toma de postura epistemológica clara: el sistema jurídico europeo no puede comprenderse como un producto aséptico de la voluntad del legislador moderno, sino como el resultado de una evolución orgánica donde la *ratio iuris* clásica actúa como elemento vertebrador. En un momento en que los planes de estudio tienden hacia una especialización técnica que a menudo descuida la formación humanística y dogmática, este libro se erige como un dique de contención frente a la visión fragmentaria del Derecho.

Metodológicamente, la obra destaca por su carácter interdisciplinar. El profesor Díaz-Bautista maneja con soltura un triple registro: la exégesis de las fuentes primarias (con el *Digesto* como referente ineludible), la evolución histórica de las instituciones a través de la recepción medieval y moderna, y, finalmente, el análisis

crítico de los ordenamientos vigentes. No se limita a la comparación con el Código Civil español, sino que extiende su análisis al *Code* francés, al BGB alemán y, de manera muy acertada, al Derecho de la Unión Europea, al que califica de manera sugerente como un nuevo "Derecho Pretorio" o *neo-ius commune*.

Estructuralmente, el libro se organiza de forma que permite al lector —sea este alumno de grado, doctorando o profesional del Derecho— entender la lógica sistémica de la materia. Frente a la aridez que a veces presentan los textos de Derecho Romano puramente descriptivos, el autor apuesta por una fluidez narrativa que no sacrifica el rigor técnico. La obra está impregnada de una preocupación constante por la vigencia de las instituciones, analizando cómo conceptos romanos de hace dos milenios permiten dar respuesta a retos tan contemporáneos como la personalidad jurídica de entidades naturales, la digitalización de la contratación o la reforma de los sistemas de apoyo a la discapacidad.

Esta introducción sienta las bases de lo que el lector encontrará en los capítulos sucesivos: un viaje desde la *jurisprudentia* clásica hasta los tribunales de Estrasburgo y Bruselas, demostrando que, para ser un jurista completo en la Europa del siglo XXI, es imperativo seguir volviendo la mirada a las fuentes de la tradición continental.

2. El hilo conductor de la civilización jurídica: Historia y Persistencia del Derecho Romano

Entrando en el análisis material de la obra, los capítulos iniciales dedicados a la evolución histórica y la pervivencia del Derecho Romano constituyen un ejercicio de síntesis verdaderamente notable. El autor logra sortear el peligro habitual de esta materia —convertir la exposición en un árido catálogo de fechas y magistraturas— para centrarse en lo que verdaderamente importa al jurista moderno: la evolución de las fuentes del Derecho y la consolidación de la jurisprudencia como motor del sistema.

El profesor Díaz-Bautista expone con claridad meridiana el tránsito desde el rígido formalismo del *ius civile* arcaico hacia la flexibilidad del *ius honorarium*, destacando el papel del pretor no como legislador, sino como canalizador de las necesidades sociales. Esta idea de un Derecho forjado en la práctica, mediante edictos y respuestas de los juristas, sirve de contrapunto perfecto al exacerbado positivismo legalista contemporáneo. El análisis culmina, como es preceptivo, en la colosal obra compiladora de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, verdadero puente de plata por el que la sabiduría jurídica de Roma logró atravesar los siglos.

Sin embargo, donde la recensión debe detenerse con especial énfasis es en el tratamiento de la "Persistencia" (capítulo 3). Lejos de dar por concluida la historia en Bizancio, el libro acomete un estudio brillante de la Recepción del Derecho Romano en Europa. El autor traza el recorrido desde la Escuela de Bolonia, los glosadores y comentaristas, hasta llegar al momento estelar de la codificación decimonónica. Resulta especialmente ilustrativa la comparativa entre

los tres grandes modelos de codificación: el *Code* de Napoleón (hijo del racionalismo y la exégesis), el BGB alemán (fruto de la abstracción pandectística) y el Código Civil español, como paradigma de codificación tardía y ecléctica. El autor demuestra cómo, a pesar de sus diferencias sistemáticas, los tres códigos beben de la misma fuente justinianea.

El punto más innovador de este bloque histórico reside en su proyección hacia el futuro. El libro plantea una tesis de extraordinario valor para el Derecho Comparado: la construcción del moderno Derecho de la Unión Europea no es sino un retorno al *ius commune*. El autor establece un sugerente paralelismo entre la labor homogeneizadora de los textos de *Soft Law* europeo (como los Principios de Derecho Europeo de Contratos -PECL- o el Marco Común de Referencia -DCFR-) y la función que en su día tuvo el Derecho Romano recibido en las universidades medievales. Asimismo, asimila las directivas europeas y la jurisprudencia del TJUE a un "nuevo Derecho Pretorio" que, por encima de los *Iura civilia* nacionales (los códigos civiles de cada Estado), viene a corregir, suplir y armonizar el ordenamiento continental.

Con este enfoque histórico-dogmático, el alumno y el investigador comprenden que el Derecho no se inventa en cada legislatura, sino que es un continuo histórico donde las soluciones romanas siguen operando bajo el ropaje del moderno derecho europeo.

3. El nuevo paradigma del sujeto de derecho: persona y capacidad

El tercer bloque temático de la obra aborda uno de los aspectos dogmáticos que mayor transformación ha sufrido en los últimos años: el concepto de persona y la capacidad jurídica. Es en estos capítulos donde el planteamiento comparado del profesor Díaz-Bautista alcanza, probablemente, su máxima expresión, demostrando que el Derecho Romano proporciona las herramientas analíticas idóneas para comprender las convulsiones del legislador contemporáneo.

El análisis parte de la concepción romana de los *status* (*libertatis, civitatis, familiae*) y de la *capitis deminutio*, huyendo de la mera descripción arqueológica para centrarse en la evolución de la subjetividad jurídica. Resulta especialmente brillante la forma en que el autor disecciona el histórico desdoblamiento entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Históricamente, el sistema continental había heredado una visión proteccionista y sustitutiva, basada en la *tutela* y *curatela* romanas, que culminaba en la figura de la incapacitación. El libro somete este esquema clásico a una profunda revisión a la luz del cambio de paradigma operado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El autor explica con precisión cómo el ordenamiento español, impulsado por la Convención de Nueva York, abandona la incapacitación (el modelo de sustitución en la toma de decisiones)

para abrazar un modelo basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona mediante medidas de apoyo (esencialmente, la curatela moderna y las guardas de hecho). Lejos de presentar esta reforma como una ruptura absoluta con el pasado, el texto evidencia cómo las categorías jurídicas se readaptan; de hecho, el análisis detallado de la prodigalidad —y su transformación actual en un supuesto sujeto a medidas de apoyo patrimonial— es un claro ejemplo de este hilo conductor.

Junto a la persona física, la obra acomete el estudio de la persona jurídica, trazando su origen desde los *collegia*, *municipia* y *universitates* romanas hasta la teoría de la ficción medieval y moderna. Sin embargo, el texto no se detiene en las corporaciones clásicas o las sociedades mercantiles, sino que se adentra en la vanguardia del Derecho civil: el reconocimiento de personalidad jurídica a entes naturales. La inclusión del análisis de la Ley 19/2022, que dota de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, es un acierto formidable. El autor conecta magistralmente este hito, pionero en Europa, con la plasticidad de la técnica jurídica romana para crear ficciones (*personae fictae*) cuando la necesidad social, patrimonial o, en este caso, ecológica, lo demanda.

En definitiva, este bloque demuestra al lector que la dogmática sobre el sujeto de derecho está más viva que nunca, y que conceptos forjados en el *Latium* siguen siendo el sustrato técnico para dotar de derechos a ecosistemas amenazados o para reconfigurar la dignidad de las personas con discapacidad en pleno siglo XXI.

4. Teoría del Negocio Jurídico y la arquitectura del Proceso

Este cuarto bloque de la recensión se adentra en el núcleo técnico de la obra, donde el profesor Díaz-Bautista Cremades demuestra una especial maestría al conectar la abstracción pandectística con la realidad del foro. El autor aborda la categoría del "negocio jurídico" no como un concepto autoevidente, sino como una construcción doctrinal de gran calado que, partiendo de las soluciones de la jurisprudencia romana, alcanzó su depuración definitiva en la Alemania del siglo XIX.

Resulta de gran interés para el lector el análisis comparativo que el texto realiza sobre la recepción de esta figura. Mientras que el BGB alemán la eleva a categoría sistémica en su Parte General, el Código Civil español —fiel a su herencia del *Code* francés— carece de una regulación unitaria, obligando al jurista a espigar sus reglas entre la normativa de contratos y testamentos. El autor acierta al dotar de unidad a esta materia, explicando cómo la voluntad (*voluntas*), la causa y el objeto constituyen el triángulo esencial sobre el que se asienta cualquier acto de autonomía privada.

Especial mención merece el tratamiento de los vicios de la voluntad. El libro no se limita a definir el error, el dolo o la violencia (*metus*), sino que rastrea su génesis en las excepciones pretoria (*exceptio doli, exceptio metus*) y analiza su vigencia en la jurisprudencia moderna. Este enfoque permite comprender que la protección de la

libertad negocial es un valor constante en la tradición continental, que hoy se ve reforzado por el "neo-formalismo" del Derecho de consumo europeo, al que el autor califica sagazmente como una herramienta de protección de la voluntad del contratante débil.

De forma orgánica, la obra transita del negocio jurídico al ámbito procesal, rescatando la importancia del proceso civil romano para entender la organización judicial contemporánea. El profesor Díaz-Bautista acomete una original lectura de la dicotomía entre *iurisdictio* y *iudicatio*. Lejos de ser una reliquia del procedimiento formulario, el autor encuentra su pervivencia en la moderna división de funciones dentro de la oficina judicial. El paralelismo trazado entre el magistrado romano y figuras como el Letrado de la Administración de Justicia en España o el *Rechtspfleger* alemán resulta revelador y aporta una perspectiva histórica que a menudo se echa de menos en los estudios de Derecho Procesal.

Asimismo, el análisis de la *litis contestatio* y sus efectos —como momento de fijación de la controversia— sirve de base para explicar conceptos actuales tan fundamentales como la litispendencia o la cosa juzgada. En este sentido, el libro logra transmitir que el proceso no es solo un cauce formal, sino el escenario donde el Derecho sustantivo cobra vida, manteniendo una estructura lógica que ha permanecido esencialmente inalterada desde la época de los juristas clásicos.

5. La dogmática de los Derechos Reales y la protección de la apariencia jurídica

Adentrándonos en el ámbito netamente patrimonial, la obra destina un espacio primordial al estudio de los derechos sobre las cosas, un terreno donde el casuismo romano ha dictado las reglas de juego de casi todos los ordenamientos occidentales. El profesor Díaz-Bautista huye de la mera catalogación de figuras o de la repetición mecánica de los modos de adquirir, para centrarse en los grandes problemas dogmáticos que siguen ocupando en la actualidad a los tribunales civiles.

Especialmente lúcido es el tratamiento de la matriz conceptual que separa la propiedad de la posesión, esto es, la distancia entre el título jurídico inatacable y el señorío de hecho. El autor traza el recorrido evolutivo de la transmisión patrimonial, explicando cómo la superación de rituales arcaicos (como la *mancipatio*) en favor de la *traditio* (entrega basada en una justa causa) sentó las bases de la teoría del título y el modo, un sistema que hoy sigue consagrando el ordenamiento español frente al modelo puramente consensual francés.

Sin embargo, si hay un aspecto que merece ser subrayado en este apartado es la magistral asimilación que realiza la obra entre la protección pretoria y el moderno Derecho hipotecario y registral. El libro explica cómo la invención de la *actio Publiciana* —concebida originariamente por el pretor para proteger al adquirente de buena fe

que aún no había consumado la usucapión frente a terceros— constituye el germen dogmático de la protección de las adquisiciones a *non domino* y de la apariencia jurídica. De este modo, el lector comprende que la intrincada mecánica del moderno Registro de la Propiedad responde, en su esencia, a la misma exigencia de seguridad en el tráfico jurídico que ya resolvieron los juristas clásicos.

Asimismo, el tratamiento de los *iura in re aliena* (derechos reales en cosa ajena) se aborda con una gran clarividencia práctica. El análisis de figuras como el usufructo, que nació en Roma para garantizar el sustento vitalicio de la viuda sin desmembrar el patrimonio familiar, demuestra que estas instituciones mantienen intacta la arquitectura diseñada por la jurisprudencia romana, constituyendo hoy herramientas plenamente vigentes tanto para la planificación sucesoria como para la ingeniería fiscal. De igual modo, la exposición de las servidumbres evidencia cómo las reglas clásicas sobre fundos dominantes y sirvientes siguen siendo la principal respuesta del Código Civil a los conflictos de vecindad contemporáneos.

6. La modernidad del vínculo obligatorio: Contratos y Responsabilidad Civil

El penúltimo bloque temático de la recensión debe detenerse obligatoriamente en la teoría general de las obligaciones y los contratos. Es en este sector del ordenamiento donde la impronta romana resulta más indeleble, y el profesor Díaz-Bautista logra

transmitir esta realidad huyendo de concepciones estáticas, para presentar el derecho patrimonial como un organismo en constante evolución y diálogo internacional.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la obra traza un recorrido fascinante que arranca en la tipicidad de los *delicta privata* romanos —con especial y acertada atención a la *Lex Aquilia* de daño—, para desembocar en el moderno Derecho de Daños. El autor explica con claridad cómo el sistema continental ha transitado desde la exigencia estricta de la culpa aquiliana hacia la progresiva objetivación de la responsabilidad civil, impulsada por la asunción del riesgo inherente a las sociedades tecnológicas e industriales contemporáneas.

No obstante, uno de los puntos álgidos de la obra reside en el tratamiento dogmático de la compraventa (*emptio venditio*). El autor utiliza el clásico problema de la traslación de los riesgos (*periculum est emptoris*) como banco de pruebas para un brillante ejercicio de Derecho Comparado. No se limita a contrastar la solución romana con el sistema de título y modo español, el modelo consensual francés o el abstracto alemán, sino que eleva el debate incorporando referencias a reformas jurídicas internacionales de absoluta vanguardia, como la del Derecho de Obligaciones del Código Civil de Japón del año 2020. Esta amplitud de miras aporta a la obra un valor añadido incalculable para el investigador.

Igualmente destacable es la meticulosa revisión dogmática de la *laesio enormis*. El libro enmienda simplificaciones históricas habituales al rastrear su origen preciso en las constituciones imperiales de Diocleciano, explicando su generalización posterior por Justiniano. Pero el mayor mérito del autor radica en proyectar esta figura hacia la teoría general del contrato moderno. El texto evidencia cómo aquel remedio clásico, nacido para garantizar el equilibrio prestacional de los pequeños propietarios, ha mutado en la actualidad en la robusta normativa europea de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas.

A través del análisis de textos de *Soft Law* como los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) o el Marco Común de Referencia (DCFR), el autor demuestra que el Derecho de la Unión Europea actúa hoy como un auténtico derecho pretorio. Este "nuevo *ius commune*" interviene en las normativas nacionales imponiendo, por ejemplo, los modernos regímenes de garantía por "falta de conformidad" o consagrando un "neo-formalismo" contractual (obligaciones de información, derecho de desistimiento) que protege al contratante débil, de la misma forma que el pretor romano auxiliaba mediante sus *actiones in factum*.

7. El fenómeno sucesorio: de la familia agnaticia al Reglamento Europeo

El último gran bloque de la obra se adentra en el complejo y siempre fascinante mundo de la sucesión *mortis causa*. El profesor

Díaz-Bautista aborda esta materia huyendo del formalismo excesivo para centrarse en la verdadera tensión dogmática que subyace en el Derecho sucesorio: el equilibrio entre la libertad de testar (un pilar innegociable para el ciudadano romano republicano) y la protección del núcleo familiar.

El libro traza un clarificador recorrido sobre la evolución de la familia, desde la estricta agnación hasta el triunfo definitivo de la cognación (vínculos de sangre) consagrado en las Novelas de Justiniano. Es de destacar el análisis pormenorizado que el autor realiza sobre el origen de la legítima. Lejos de presentarla como una creación moderna, la obra explica su génesis en la *querella inofficiosi testamenti* y en el deber de *officium pietatis* (el deber moral hacia los allegados). El lector comprende así que las rígidas cuotas legitimarias del Código Civil español no son sino la petrificación de un remedio pretorio y jurisprudencial que nació para corregir testamentos injustos, pero no para anular la autonomía de la voluntad.

De nuevo, el mayor acierto de este capítulo es su enfoque comparado y de Derecho europeo. El autor no cierra el estudio con la codificación, sino que introduce un análisis crítico del impacto del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones *mortis causa*. La explicación de cómo la consagración de la *professio iuris* —la posibilidad de que el causante elija la ley de su nacionalidad para regir su sucesión— sirve en la práctica para sortear o flexibilizar las rígidas instituciones de derecho imperativo nacional (como las legítimas españolas o francesas), constituye una aportación de

altísimo valor. El Derecho Romano, con su secular vocación universalista, se revela aquí como el mejor prisma para entender un fenómeno sucesorio que hoy en día es, más que nunca, transfronterizo.

8. Conclusión final

Bases del Sistema Jurídico Continental contiene, en definitiva, un interesante planteamiento metodológico. El profesor Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades ha logrado condensar en estas páginas la esencia de dos mil años de evolución jurídica sin caer en la erudición estéril ni en la simplificación excesiva. La obra demuestra de forma fehaciente que la romanística contemporánea no está abocada a la mera investigación histórica o filológica, sino que tiene un papel capital que jugar en la construcción del moderno Derecho Privado Europeo.

En un momento de profunda transformación normativa, donde las leyes se suceden con rapidez y, a menudo, con deficiente técnica legislativa, volver a la *ratio iuris* clásica se torna indispensable. Este libro dota al lector —ya sea un estudiante que se inicia en la ciencia jurídica, un opositor o un investigador experimentado— del aparato conceptual necesario para no perderse en el laberinto normativo moderno. Comprender la Ley 8/2021, la personalidad jurídica del Mar Menor, o el *Draft Common Frame of Reference* resulta infinitamente más sencillo y lógico cuando se conocen los mimbres romanos con los que están construidos.

Por todo ello, estamos ante un trabajo de obligada lectura y consulta. Tirant lo Blanch acierta plenamente con esta edición, que sin duda está llamada a convertirse en una obra de referencia en el estudio del Derecho Comparado y del Derecho Romano, reivindicando este último como la auténtica "razón escrita" y el lenguaje común de todos los juristas del continente.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026
Full text article
https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom



Recensión a Barcia Lago, M., El candil de mi rincón. Opúsculos de un humanista, Bosch Editor, Barcelona, 2025, 285 págs.

Luis Rodríguez Ennes
Catedrático Emérito de Derecho Romano
Universidad de Vigo
https://orcid.org/0009-0006-4134-9200

(RODRÍGUEZ ENNES, Luis. Recensión a Barcia Lago, M., El candil de mi rincón. Opúsculos de un humanista, Bosch Editor, Barcelona, 2025, 285 págs. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp. 626-637. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Modesto Barcia Lago acaba de publicar su última monografía. Hay obras cuya aparición es una fiesta. Sólo cabe celebrarlas y más cuando ven la luz en una editorial que atesora un catálogo nutrido y selecto de clásicos y de grandes autores contemporáneos. No se trata de una mera antología de textos y mucho menos de lo que haciendo honor a su nombre denomina "opúsculos de un humanista". Por el contrario, es un libro apasionante y único, de lectura absorbente del que no cabe saltarse ni una nota -por cierto abundantes y providenciales-. Como bien dice Stefan Zweig[1]: "Los libros son compañeros silenciosos que nunca defraudan, siempre dispuestos a hablar o guardar silencio. Con tales amigos de todos los tiempos no puede haber veladas solitarias".

El autor que recensionamos es un autodidacta por excelencia que viene prestando atención a cuanto bulle a su alrededor[2]. Lo cierto es que no podemos señalar un maestro específico en su formación. Podría deciros que su aprendizaje consistió en estar atento al mundo y en no poner trabas a su despierto espíritu, una actitud que le permitió analizar los textos y asimilarlos y, a la vez, aproximarse a personalidades de amplia cultura.

Un buen libro actúa en dos direcciones simultáneas. Abre los ojos a la novedad de lo exterior y remueve en la conciencia y en la

1 ZWEIG, Stefan, *Momentos estelares de la humanidad*, trad. esp. Carmen Gauger, Alianza Editorial, Madrid, 2023, p. 17-18

2 La temática de sus veinticuatro libros y de sus centenares de artículos es realmente promiscua. Basta con remitirnos al catálogo parcial de su *corpus* publicístico recogido en DIALNET.

memoria lo que ya estaba dentro de uno olvidado o latente. Es una obra rigurosa y muy bien documentada que está hecha con una factura liviana, una riqueza de erudición y experiencia que, sin embargo, no pesa. La buena escritura se distingue porque se alza del suelo con una cierta ingravidez. Como un poema, que siempre parece estar en suspensión por encima de la página, sostenido en el aire.

Los diez capítulos que componen este libro abordan no sólo distintas cuestiones sino que lo hacen con metodologías diferentes. Esto aporta variedad a la obra, enriqueciendo el conjunto. Es digna de encomio, además, la labor del A. unificando el sistema de citas y abreviaturas pese a que los variados trabajos proceden de sedes publicistas dispares. Unos han sido impresos en revistas muy especializadas o en libros-homenaje a eminentes juristas, otros en prensa periódica; pero todos tienen por objeto el análisis de aspectos relevantes de la problemática jurídica en su devenir histórico. Meter en vereda los papeles dispersos, cuando los papeles son muchos y la dispersión no le va a la zaga, es tarea no fácil aunque quizá sí útil al menos para el lector curioso y cuidadoso o el historiador de aconteceres que entretejen la historia. Ese pluralismo temático siempre es un riesgo porque la realidad con la que se enfrenta el escritor no es exclusiva y monocorde, sino multiforme y diversa. A veces -esto es inevitable- su visión de las cosas puede ser incompleta; otras -debe decirse las más- Modesto Barcia se nos manifiesta con todo el rigor de un gran jurista y esa visión se tornaba honda y reveladora.

El primer capítulo lleva por título "La reincorporación de los militares de la UMD" y tiene su origen en un artículo publicado en el diario de mayor difusión, y por tanto va dirigido a un público que sólo sigue la actualidad cultural pero comparte con los que vieron la luz de la imprenta en sedes científicas de alto nivel una obsesión común: la pedagogía y claridad solidarias. Modesto Barcia critica sin ambages la sentencia condenatoria de un comandante y ocho capitanes como "autores de delito consumado de conspiración para la rebelión" que, pese a obtener la gracia del indulto, no alcanzó las accesorias militares previstas en el código castrense, quedando así excluidas de los ejércitos. Esta situación se mantuvo inalterable durante toda la transición democrática. Este artículo fue publicado en 1983 pero sólo tiempo después, en 1986, se les condonarían las penas accesorias de inhabilitación, pero ya con mero valor simbólico. Al tiempo se les premia con ascenso de uno o dos grados en el escalafón militar, pero entonces son personas que han sobrepasado la edad de jubilación, así que para todo fin práctico no vuelven nunca al servicio activo. También se les otorga la medalla al mérito militar con distintivo blanco y una serie de consideraciones honoríficas mientras se evita que vuelvan a tener el mando de unidades. Pero todo esto no dejaban de ser compensaciones simbólicas. Adicionalmente el Consejo de Ministros del 4 de diciembre de 2009 les hace un reconocimiento explícito por su participación "en la construcción de una sociedad democrática"[3].

[3] Para un exhaustivo análisis de este proceso y sus avatares posteriores, me remito a AGUILAR, Miguel Ángel, *No había costumbre. Crónica de la muerte de Franco*, publicado por Ladera Norte, sello editorial de Estudio Zac, S. L. Madrid, 2025, p. 25 a 70.

Los capítulos II, III y IV versan sobre la multifacética institución de la abogacía. Aquí, el A. de rienda suelta al magno acervo de saberes que agavilló durante su medio siglo de experiencia profesional plasmada, también, en su tesis doctoral en Derecho -lo es también en Filosofía- que me cupo el honor de dirigir y que -tras obtener la más alta calificación otorgada por un tribunal académico integrado por destacados juristas de Europa y América- se plasmó en letra impresa en una luminosa monografía[4]. Para el A. los orígenes griegos de la oratoria forense romana darían lugar a la profesión de la abogacía a través de una evolución en tres estadios delimitados: del *patronatus iudiciarius,* de la actividad liberal y del *romanus publicum* integrado en las *corporaciones togatorum*.

Concuerdo con Barcia Lago en que si bien los *responsa prudentium* forman parte principalísima en la creación del *Ius Romanum*, sólido cimiento de nuestros sistemas jurídicos, a su lado una pléyade de *patroni* y fundamentalmente de *oratores*, eran quienes en el foro abogaban por los intereses concretos de los ciudadanos cuyo patrocinio asumían. No eran propiamente expertos conocedores del Derecho, sino de la práctica procedimental y de los recursos emotivos de la oratoria y por eso solicitaban dictámenes y opiniones jurídicas de los *iurisprudentes*, los intérpretes del *ius*. Como he expuesto en un trabajo de mi autoría[5]: a lo largo de la Historia de

4 BARCIA LAGO, *La arena del foro*: *El mundo de la justicia ante el espejo de la sátira*, Dykinson, Madrid, 2020.

5 RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *La remuneración de la oratoria forense: del rechazo inicial a su "aceptación social y normativa*, en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, A. Giuffré, Milán, 1999, p. 347 ss.

Roma, los que ejercen profesión liberal, siempre son conceptuados como clase aparte. A las *operae* o artes iliberales, que consisten básicamente en trabajos manuales efectuados con fines a obtener una ganancia, se contraponen las artes liberales o *ingenuae* que conciernen al hombre realmente libre[6] y que se prestan, en principio, gratuitamente ya que sus funciones se consideraban demasiado elevadas y demasiado ligadas a la *amicitia* para que pudieran ser consideradas como un simple arrendamiento de servicios. Partiendo de esta concepción, no tiene nada de extraña la consideración del trabajo asalariado como "esclavitud temporal"[7]. El *patronus* al propio tiempo *orator* y *advocatus*, defendía *ex officio*, esto es, gratuitamente, como era propio de los *studia liberatia*. Sin embargo, en la práctica debieron ser pronto objeto de una retribución que espontáneamente abonaba el beneficiado por la ayuda y que los juristas denominan *honorarium*[8] que no privaba a la función de su carácter gratuito y que va a emplearse con preferencia a *merces* para designar la remuneración del *advocatus*. Bajo Nerón se permite a los abogados

6 Eran profesiones liberales, además de la de los *oratores* y *advocati*, la de los agrimensores, médicos, maestros y nodrizas. El calificativo de *ingenuae*, que se les asignaba, se explica paladinamente por el hecho de que cuando dichas tareas eran ejercidas por esclavos, dejaban de ser consideradas como *artes liberales*. En este sentido, en Cicerón se encuentran emparejados *liberales et ingenui* (*De fin*., 3, 17, 57).

7 "Zeifliche Sklaverei", cfr. ERDMANN, Walter, *Freie Berufe und Arbeitsverträge in Rom*, en ZSS (1948) p. 567.

8 La actividad intelectual de un ciudadano romano dirigida a favorecer a un conciudadano como ayuda en los asuntos de otro, fue considerada, según la concepción general de aquella época, como una obligación honrosa, un *honor*. Vid, a este respecto, SOLAZZI, Siro, *Il lavoro libero nel mondo romano*, *Discorso inaugurale letto nell'Aula Magna della R. Universitá di Macerata* il 12 de novembre de 1905, p. 18.

recibir por los pleitos un salario justo y determinado[9], con lo que este pago se llega a configurar como una verdadera obligación de los litigantes[10] de ahí que puede afirmarse sin ambages que desde mediados del siglo I d. C. nadie pone en duda la legitimidad de los honorarios[11]; cuestión distinta será la represión de hechos escandalosos.

Los capítulos V y VII acogen la nítida posición crítica del A. en punto a la candente cuestión del "género" como mediador de la representatividad de la mujer en el espacio público, por cuanto desemboca en un "feminismo de privilegio". Como he señalado recientemente: "La consecución de la no discriminación por razón de sexo es una lucha bimilenaria. Los logros obtenidos en Roma a finales de la época republicana se tradujeron en la llamada "emancipación de las mujeres. El derecho matrimonial clásico es, sin duda alguna, la aportación más impresionante del genio jurídico romano. Se trata de un matrimonio humano, concebido como unión libre y disoluble en el que ambos cónyuges viven en pie de igualdad, pudiendo cada uno de los disponer libremente de sus bienes. Durante la Edad Media esta concepción laica e igualitaria del matrimonio fue abandonada totalmente en la Europa occidental por el influjo de la Iglesia y solo volvió a renacer con el movimiento humanístico del siglo XVIII, impulsor de las codificaciones laicas decimonónicas. La ONU, en

9 SUETONIO, *Nero*, 17: *Ut litigatores pro patrociniis certam instamque mercedem dare*.

10 KLINGMÜLLER, Ernst, s. v. *Honorarium*, en PW, col 2274.

11 Acerca de la justicia y necesidades de los honorarios de los abogados, *vid*. Quintiliano, *Inst. orat*. 12, 7, 8.

primer lugar, y la Unión Europea, posteriormente, han asumido desde su inicio el compromiso de mejorar la situación de la mujer y, en particular, por lo que respecta a la materia socio-laboral. Por el contrario, y en relación con España, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, primer hito español en este bimilenario devenir histórico de la lucha por la emancipación femenina, va a constituir el hito inicial de una política legislativa cuya constitucionalidad puede ponerse en duda. Una cosa es fomentar el principio de igualdad dándole acceso a la mujer a todo tipo de trabajos en paridad con el hombre, abatiendo todas las barreras discriminatorias, incentivando incluso, su inserción en el mercado laboral y otra bien distinta es -en aras de esa protección- conculcar la igualdad jurídica"[12].

A la iusfilosofía de Thomas Hobbes le dedica Barcia Lago el capítulo VI. En su opinión, un pensador "maldito", porque no atendía, como nos dice él mismo, a "los ornamentos de la oración" sino a los fundamentos de la ciencia que no sólo son de hermoso aspecto, sino que incluso parecen humildes, áridos y casi deformes. Ello no obsta para que las obras de Hobbes permanezcan incólumes en el tiempo como seguro mojón que marca rumbos y límites[13]. Concuerdo con el A. en que el origen teórico del Estado moderno se encuentra en el pensamiento jurídico del sabio de Malmesbury, que se sustenta en la preeminencia del interés estatal en los derechos

12 RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Los orígenes romanos de la igualdad femenina*, en RGDR 44 (2025).

13 BARCIA LAGO, Modesto. Op. recensionada, p. 149.

subjetivos. En efecto, como precisa Rawls[14] "el *Leviathan* es la más grande obra de pensamiento político en lengua inglesa" concitando la explicable animadversión contumaz de los eclesiásticos, católicos y reformados -lo que es decir- y de importantes sectores de la clase universitaria. La cacería del *Leviathan* se convirtió inmediatamente en uno de los deportes favoritos de los clérigos e intelectuales capaces de sacar partido de las numerosas leyes judeocristianas en torno al monstruo diabólico así denominado. Pero no puede dejar de verse que el título hobbesiano -como subraya Carlos Moya[15]- "es la advertida desilusión del Reino de Dios sobre la Tierra"; pues si bien toda la potente artillería religiosa del *Leviathan* no es precisa para entender -según deduce Rawls- "el sistema político y moral laico" del libro, dado que "la religión y el pensamiento ortodoxo no cumplían función esencial alguna en el pensamiento de Hobbes" y, por ello, puede prescindirse de cualquier trasfondo teológico, por lo que su doctrina suponía una "ofensa magna a la ortodoxia de la época". Tanto más, claro, cuanto se sometía expresamente a la autoridad del Estado a las confesiones religiosas del territorio nacional ya que "gobierno temporal y espiritual no son sino dos palabras traídas al mundo para hacer que los hombres vean doble y confundan a su soberano legítimo"[16]. Hobbes va a desarrollar su larga trayectoria

14 RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, 2009, p. 53; Esperanza GUISÁN "Ética y política en Hobbes en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) 50 (1986) sugiere que "en cierto sentido habría que considerar a Hobbes como santo patrón de un empirismo no falaz, y a su *Leviathan* como su texto sagrado".

15 MOYA, Carlos: "Thomas Hobbes. Leviatán o la invención moderna de la razón", en C. Moya -A. Escohotado (eds.) *Thomas Hobbes. Leviatán*, Madrid, 1983, p. 58

16 *Lev*. XXXIX, p. 615, cito por la edición de Madrid, 2012, trad. y notas por

vital en paralelo con la guerra civil inglesa que culminó con la decapitación de Carlos I Estuardo, con la república puritana cromwelliana y con la restauración de Carlos II. Su vida, así, discurre por ese tiempo proceloso en que se hacían acuciantes los dolores del parto de la modernidad[17].

El penúltimo de los temas tratados en esta multifacética gavilla lleva como expresivo título: "Perspectiva Antropológico-cultural de la Tauromaquia"; se trata de una artículo periodístico en el que el A. destila una serie de líneas en las que pone de manifiesto no sólo los míticos orígenes de tan arraigada afición popular si no de su varias veces milenaria evolución posterior. Convengo con Barcia Lago y cito expresamente sus palabras en que "no es extraño que en estos tiempos de infantilización ideológica animalista ya no se comprenda por una progresía urbanista cada vez más ignorante y alejada del campo, cuando no es, simplemente, la pulsión divisoria de España la que late por debajo del rechazo intolerante de la "Fiesta Nacional", que halló campo extenso en las Indias de la epopeya civilizadora de Hispania[18].

Carlos Mellizo.

17 A las circunstancias dramáticas de su nacimiento alude el propio Hobbes con su insuperable vis descriptiva: "No hay motivo para avergonzarme de mi patria, pero lamento los tiempos adversos y los males que nacieron conmigo. Pues al correr el rumor de que una flota enemiga se aproximaba a nuestras costas, mi madre tuvo tanto miedo que parió gemelos: a mí y al miedo". Cfr. *Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury escrita por él mismo*, trad. y notas de José Rafael Fernández Arias (Madrid, 2012) p. 812.

18 BARCIA LAGO, M., *El candil de mi rincón*, cit., p. 235.

Tal argumentación, que descansa únicamente en un antiespañolismo furibundo, muy lejos de la pretendida defensa del animal que -como es sabido- es tratado salvajemente en muchos festejos "identitarios"; contrasta notoriamente con la consideración de la tauromaquia como egregia manifestación específica de la cultura española proclamada sin ambages por algunas de las mentes más lúcidas de la España contemporánea. Basta a título de ejemplo el respeto e incluso la devoción que ponen de manifestó hacia el "Arte de Cúchares" Ortega y Gasset[19], Pérez de Ayala[20], García Lorca[21] y José María de Cossío con su monumental enciclopedia *Los Toros*[22] y, ya en el ámbito de las artes plásticas el buril de Goya grabando su "Tauromaquia" o los pinceles de Zuloaga, Solana o Picasso.

Concluye el libro con un trabajo inédito acerca del candente tema: "Poder Judicial y Constitución". Un de los pilares fundamentales que sustentan el edificio político.

Parte Barcia del hecho de que en nuestro país, miméticamente a lo acaecido en Portugal y en Italia, coincidiendo con los estertores

19 ORTEGA Y GASSET, J., *La caza y los toros*, Editorial Deusto, reimpresión, pervivencia de la tauromaquia me remito al exhaustivo índice cronológico-temático recogido en el Tomo I de sus *Obras Completas*, Editorial Taurus, Madrid, 2024.

20 PÉREZ DE AYALA, Ramón, *Política y Toros*, Editorial Renacimiento, Madrid, 1925.

21 GARCÍA LORCA, F., *Llanto por Ignacio Sánchez Mejías*, Editorial No-Books, Madrid, 1935. Vid., sobre estos autores: MICHEL, Thomas: "Beauty from barbarity. The intellectual redemption of Tauromachi in Bergamin, Lorca and Pérez de Ayala", en *Hispanie Journal*, 1987, vol.8, nº 2 (1987) p. 89 a 101.

22 COSSÍO, José María de, *Los Toros*, Editorial. Espasa Calpe (Madrid), últ. reimpresión 2007.

del franquismo, surgió un activismo judicial de corte corporativo, con un ropaje de progresismo que fue penetrando en el Consejo General del Poder Judicial produciendo una intensificación creciente del protagonismo político partidista merced a la designación como competencia del Parlamento tanto de los Consejeros de origen judicial -sustrayéndolos a su elección directa por los Jueces y Magistrados- como de los no judiciales.

Pasan los años y la falta de patriotismo no se subsana. Para el A. en cualquier caso, con la perspectiva del trayecto recorrido, puede afirmarse que resultaría provechoso acometer una profunda revisión de la Ley Fundamental y de la Legislación de desarrollo que, por lo que hace a nuestro tema, habría de modularse la propia concepción y composición del Consejo y el modo de designación de sus miembros propiciándose el reforzamiento de su legitimidad y autoridad institucional[23].

Esfuerzo casi baldío supone intentar resumir en pocas letras un compendio majestuoso de datos ordenados en una exposición muy bien sistematizada. A mí me resta felicitar públicamente a Modesto Barcia Lago, en privado ya lo hice cuando este libro salió de la imprenta, y felicitarme por su magisterio constante.

[23] BARCIA LAGO, M., *El candil de mi rincón*, cit., p. 237, ss.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026
Full text article
https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom



Recensión a Francisco Cuena Boy. *De Servitute*. Estudios jurídicos sobre esclavitud en Roma, Castilla, Portugal y las Indias, Comares, Granada, 2024, ISBN 978-84-1369-873-1. 280 págs.

Gonzalo Jerez Romera
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
https://orcid.org/0009-0006-4581-6902

(JEREZ ROMERA, Gonzalo. Recensión a Francisco Cuena Boy. *De Servitute*. Estudios jurídicos sobre esclavitud en Roma, Castilla, Portugal y las Indias, Comares, Granada, 2024, ISBN 978-84-1369-873-1. 280 págs. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp.603-609. **https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)**

Esta obra se enmarca en la colección "Persona", dirigida por el profesor Bernardo Periñán Gómez, quien se encarga de presentar la obra y a su autor desde una perspectiva académica y personal. El libro en cuestión se divide en tres grandes bloques en que se analizará la institución jurídica de la esclavitud: Roma, Castilla y Portugal, y las Indias. A su vez, la primera parte se divide en tres capítulos y las restantes en dos, de lo que resulta una composición monotemática a partir de siete trabajos distintos. Vaya por delante la idoneidad de esta división, en tanto en cuanto el autor desgrana la esclavitud en tres épocas diferentes mediante ensayos sobre temáticas poco comunes. Como es habitual dentro de la colección "Persona", se acompaña de un sumario (pp. 7-8), un prólogo (pp. 9-13) y, en la parte final del libro, un epílogo a cargo del propio a. (pp. 257-259). Finalmente, se incluye un apartado dedicado a citar el origen de los ensayos que componen la presente obra (p. 261) y un apartado dedicado a enumerar las obras de la colección "Persona" (p. 263).

Entrando en materia, el primero de los trabajos se titula "Esclavos clérigos o asociados a monasterios" (pp. 3-28), en el que el autor realiza un análisis sobre la posibilidad de que el esclavo y el sujeto semilibre pudieran acceder al clericato u otra consideración análoga dentro de la Iglesia, lo que se encargará de ir poniendo de manifiesto a través del análisis diferentes concilios eclesiásticos que se irán desarrollando desde el siglo IV. Prosigue el autor mencionando al papa Leon I "Magno" y su apoyo a la tesis de que el sacerdocio del esclavo tiene que ir precedido de su manumisión, y al papa Gelasio I, quien continúa con la idea establecida por su

antecesor amenazando incluso a "cualquier obispo, presbítero, diácono o responsable de un monasterio" con la deposición de sus funciones o incluso con la excomunión, en el caso de que aceptaran a un esclavo que no hubiera sido manumitido anteriormente. Esta primera entrega finaliza con un análisis breve, pero suficiente, de las Novelas 5 y 123 de Justiniano, en las que se recoge un cambio significativo respecto a la situación anterior, más benigno en cuanto a la admisión como clérigos de quienes hubiesen sido esclavos.

El siguiente trabajo del primer bloque se titula "Esclavos cristianos y propietarios judíos" (pp. 29-45), en el que el autor analiza distintas constituciones imperiales. Es realmente interesante, a mi modo de ver, acercarse a cada una de esas constituciones para tener una idea global de que la regla implícita es impedir a los individuos de religión judía tener esclavos cristianos, extendiéndose a su vez dicha prohibición al resto de las religiones no cristianas. Entre esas constituciones imperiales, se debe subrayar la importancia de la recogida en CTh. 16,9,1, del año 335, atribuida a Constantino, en la que se permite al individuo de religión judía tener esclavos cristianos, pero sin circuncidarlo ni promover su conversión so pena de su liberación. Podemos citar también CTh. 16,9,4, donde se recoge una disposición en la que se castiga con la pena capital a quien imponga la ley judía al esclavo cristiano o intente comprar uno. Tras la división del Imperio, aparece una dualidad en la regulación de determinados hechos, por ejemplo, la constitución recogida en CTh. 16,8,22 (a. 415), o en CTh. 16,9,4 (a. 417) en oriente, y las que están en CTh. 16,9,3 (a. 415) o en C. Sirm. 6 (a. 425), en occidente. De manera muy acertada,

Cuena Boy dedica un epígrafe a resumir esquemáticamente las constituciones más relevantes. De igual manera, procede a revisar la regulación Justinianea en la que destacan tres constituciones: C. 1,10,1, C. 1,10,2 y C. 1,3,54,8-10, además de la Novela 37, dejando el camino abierto a la progresiva extinción de la esclavitud sobre cristianos por parte de judíos.

Tras este capítulo, el profesor Cuena Boy presenta el último ensayo que se enmarca en el bloque dedicado a Roma, con el título "*Famulus*, *Famulor*, *famulatus* en las fuentes jurídicas" (pp. 47-91), en los que el autor hace una comparación entre dichos términos usando para ello diferentes textos jurídicos y eclesiásticos que se enmarcan en distintos periodos. Pues bien, estamos ante un capítulo complejo en su redacción por lo que su lectura reclama la mayor de las atenciones. Cuenta con 43 páginas y hasta 190 notas al pie. Sin duda, es un trabajo muy reseñable que permite tener una idea global del uso de los referidos términos aplicados a según qué contextos.

El autor prosigue con un nuevo bloque en el que analiza textos jurídicos relacionados con *la servitus* en el marco de los reinos de Castilla y Portugal. Antes de proseguir, debo señalar que estamos ante un ejercicio de derecho histórico comparado de altísimo valor, por cuanto se maneja la terminología de los siglos XVI y XVII sin perder la cara al Derecho clásico. El primer ensayo de este nuevo bloque tiene como título "El destino de los esclavos cristianos de judíos y herejes condenados por la Inquisición. La interpretación jurídica y sus armas" (pp. 95-110), incluido en esta obra por el autor con gran acierto tras haber sido presentado anteriormente en la obra

coordinada por Amparo Montañana y Carmen Lázaro, *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal* (Madrid, B0E, 2023). En este texto, el autor analiza de forma impecable, la posibilidad de que los esclavos cristianos pudieran obtener su libertad como consecuencia de que la Santa Inquisición condenase a sus amos por herejes. Nos encontramos ante una dicotomía, en tanto hay voces que argumentan a favor de la libertad personal del que hasta ese momento era *servus* y otros que defienden que el individuo pasaría a formar parte del fisco. El autor vincula en gran parte su estudio a la obra de Esteban Fagúndez, jesuita del siglo XVI, así como al estudio de otros textos jurídicos relacionados con la temática analizada.

El siguiente capítulo lleva un título que no deja a nadie indiferente: "El infierno y las buenas intenciones. Derecho de gentes y esclavitud (siglos XVI y XVII)" (pp. 111-205). Con esta carta de presentación, el lector puede no tener una idea clara sobre el contenido del estudio. Es el apartado más extenso de la obra y, posiblemente, el más complejo, por lo que quizás hubiera sido oportuno ampliar el epígrafe de conclusiones para tener una visión más global del mismo. El a. realiza una crítica realmente constructiva sobre las ideas proyectadas al respecto por los exponentes más notorios de la Escuela de Salamanca y de la Segunda Escolástica. En concreto, hace referencia a determinados teólogos-juristas y analiza sus aportaciones. El a. cuestiona la razón por la que dichos autores califican a la esclavitud como una institución de derecho de gentes y no de derecho civil. Analiza pues la institución de la esclavitud para

poder rebatir su supuesta relación con el derecho de gentes desde dos fuentes diferentes. Entre los aspectos claves de este trabajo, también se encuentra el análisis de las Partidas de Alfonso X "el Sabio", que reflejan el modelo civil de la institución de la esclavitud con evidentes consecuencias: la preservación de la vida del prisionero (*captivos vendere ac per hoc servare nec occidere*) y el carácter ilimitado de la naturaleza del derecho sobre el esclavo.

De la Segunda Escolástica se analizan cinco figuras, en relación con el derecho de gentes y la esclavitud. En suma, el ensayo va desmontando lo que durante siglos han aceptado la mayor parte de la doctrina: la aceptación de que la institución de la esclavitud proviene del *ius gentium.* Ello pudo legitimar determinadas prácticas del todo cuestionables para con los indios americanos y la trata de personas en zonas de África controladas en gran parte por la Corona lusa. Para concluir este ensayo, el autor examina también las aportaciones de otros indianistas que tratan de escudriñar la justificación jurídica de la esclavitud.

Dejando a un lado este asunto, Cuena Boy abre un último bloque que se orienta concretamente a las Indias. En dicho bloque se incluyen dos capítulos, uno se centra en una reflexión crítica de Diego de Avendaño (pp. 209-237) y el otro en la obra de Solorzano Pereira (pp. 239-255).

Entrando en materia, con respecto al primero, al autor le interesa especialmente la obra *Thesaurus Indicus* en la que Avendaño viene a repasar los principales problemas morales que ve en la sociedad indiana y la aplicación de los criterios teológicos y jurídicos

que propugna la Escuela de Salamanca. Es realmente llamativo que pese a que Diego de Avendaño muestra una mirada crítica respecto a la legitimidad jurídica de la esclavitud que defienden distintos autores, acaba llegando a una conclusión muy próxima a todos ellos. Finalmente, dedica su último capítulo a una breve explicación de unas quince páginas sobre la doctrina de la esclavitud en Juan de Solorzano Pereira, jurista del siglo XVI. En ellas, Cuena Boy compara dos realidades opuestas: la situación de los etíopes esclavizados y la de la población indígena americana, que no lo está. Son dos escenarios diferentes, desde el punto de vista jurídico, dado que quienes pueblan los Virreinatos americanos son libres y vasallos de la Corona española.

En conclusión, la obra de Francisco Cuena Boy es de una calidad académica de gran nivel, con un vocabulario excelso, propio del estilo al que nos tiene acostumbrados. Se aconseja su lectura reposada y con una mentalidad abierta, pues no se trata de meros ensayos explicativos sino de aportaciones de gran complejidad. Esta obra viene a cubrir un hueco en la investigación y está orientada a hacer reflexionar al lector sobre verdades "indiscutidas", abandonado afirmaciones que creíamos como dogmas inatacables.

Universidad de Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026 Full text article https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

CC BY NC ND

María del Rosario de la Fuente Hontañón († 17-1-2026)

Francisco José Cuena Boy
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Cantabria
https://orcid.org/0000-0001-9969-5559

(CUENA BOY, Francisco José. María del Rosario de la Fuente Hontañón († 17-1-2026). RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp. 651-658. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Redactar la semblanza de una persona conocida con ocasión de su fallecimiento no es una tarea agradable. Si la persona en cuestión es discípula y amiga de larga data del redactor, a éste se le hace su labor aún más ingrata.[1] En fin, querida Charo, ¡va por ti!

En agosto de 1996 hice una estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (UDEP) ubicada en la ciudad peruana del mismo nombre. Allí, con permiso del entonces decano Antonio Abruña Puyol, mi contacto más cercano, natural y constante fue María del Rosario de la Fuente Hontañón, la romanista local que, con un entusiasmo admirable, defendía la causa de nuestra disciplina en las cálidas tierras del norte peruano. A la Universidad de Piura he vuelto después varias veces y en una de ellas, no recuerdo la fecha concreta, surgió el plan de doctorarse Charo bajo mi dirección en la Universidad de Cantabria. El proyecto se vio coronado por el éxito el 26 de noviembre de 2007, cuando ella defendió su tesis –titulada *Itinerario doctrinal y normativo de la herencia fideicomisaria desde sus antecedentes romanos hasta los códigos civiles peruanos*–, en la Facultad de Derecho de Santander.

[1] Agradezco a Antonio Abruña Puyol, exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura y exrector de dicha universidad, a Luz Imelda Pacheco Zerga, profesora ordinaria principal de derecho laboral de la Universidad de Piura y actual presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, y a María del Carmen de la Fuente Hontañón, hermana de María del Rosario y vicepresidenta de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica y de Paliativos sin Fronteras, la ayuda prestada para escribir esta nota.

¿Qué mejor sitio para doctorarse una santanderina de nacimiento? Porque Rosario de la Fuente Hontañón había nacido, en efecto, en Santander. Y como entonces la región montañesa pertenecía al distrito universitario de Valladolid, fue en esta universidad castellana donde cursó la Licenciatura en Derecho, que acabó en 1977, para trasladarse un año después a Perú a fin de colaborar en las iniciativas apostólicas de la Prelatura del Opus Dei en este país. Al poco de llegar a Lima convalidó su título de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la más antigua de América. En 1993 se licenció, ya en la UDEP, en Educación Secundaria con mención en Historia y Ciencias Sociales. En marzo de 1995 se vinculó a la Facultad de Derecho de la propia UDEP como profesora ordinaria principal del área de derecho romano y derecho civil, puesto que desempeñó hasta su defunción en enero pasado. Y hace apenas dos años, atacada ya por la enfermedad, obtuvo el Máster de Formación Permanente en Derecho Matrimonial y Procesal Canónico en la Universidad de Navarra.

La profesora De la Fuente era miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM) desde 2008. Pertenecía también a la Asociación Española de Canonistas y al Colegio de Abogados de Lima. Y formaba parte de los Consejos Científicos de sendas revistas de la UDEP: la *Revista de Derecho* y la revista electrónica *Ita ius esto*. También del Comité Científico Asesor Internacional de la Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM). En su momento, además, impulsó la constitución de la

Asociación (o Consorcio) Altamira, organización que une en red a las bibliotecas de un conjunto de prestigiosas universidades peruanas.

Como he adelantado, su actividad docente se desarrolló principalmente en la UDEP. Aquí llegó a mediados de los 90 para colaborar, como auténtica pionera, en los comienzos de la Facultad de Derecho ubicada en el precioso campus de Piura, donde durante varios años ejerció también como directora de la Biblioteca Central de la Universidad. Trasladada a Lima en 2016, en el campus capitalino de su *alma mater* siguió trabajando hasta el último momento con la misma dedicación que siempre la caracterizó. Su materia dilecta era, por supuesto, el Derecho romano, pero también enseñó Derecho civil (acto [negocio] jurídico, personas, contratos) y alguna materia más en la Facultad de Educación. Por cierto, importa subrayarlo, el Derecho romano lo concebía y lo enseñaba a la manera del profesor Álvaro d'Ors, a quien consideraba su maestro.

Unos apuntes manuscritos que he podido consultar gracias a la amabilidad de su hermana Carmen ofrecen datos interesantes acerca del modo en que Charo se planteaba la docencia: el derecho romano privado no es fruto de las disposiciones emanadas por el poder, sino un derecho elaborado por juristas que dictaminan la justicia o injusticia de posiciones concretas de particulares igualmente concretos; en consecuencia, el método de enseñanza debe ser casuístico y servir, de este modo, para poner en juego los conocimientos progresivamente adquiridos y aprender a pensar jurídicamente. El estudiante no debe aprender "para repetir el

contenido del manual", sino utilizar ese contenido "como base para la propia formación en el espíritu jurídico"; el estudio, por otra parte, debe ser asiduo y tener siempre presente la "*unidad* de toda la materia". Y lo que a mí me parece la clave de todo: "En la Facultad y en esta materia [el Derecho romano] lo importante es enseñar *Derecho* y no *legislación*".

Método casuístico para aprender a pensar jurídicamente, formación en el espíritu jurídico, consciencia de la unidad de la materia, enseñar derecho y no legislación: ¿qué romanista dejaría de suscribir este programa?

Además de enseñar, un profesor universitario investiga. Universitaria intachable, nuestra colega cuenta con publicaciones que van del derecho romano al derecho indiano y el derecho civil. Y con trabajos que, en más de una ocasión, arrancando de la experiencia jurídica antigua prolongan su recorrido hasta los problemas del presente. Éste es el caso, ante todo, del libro titulado *La herencia fideicomisaria: desde Roma hasta el Derecho peruano*, fruto de su tesis doctoral y publicado en 2012 por la editorial Palestra de Lima.[2] Y el

[2] Recensionado por el profesor Santiago Castán en *RIDROM*, 2013, 11, 617-637, y en *REHJ*, 35, 2013, 818-826. Con esta monografía en el centro, sucesivos artículos sobre el fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias configuran una fecunda línea de investigación encaminada a incidir en la actualidad jurídica peruana: "La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el derecho civil peruano", en *Revista de Derecho*, 1, 2000, 59-73; "El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz", en *Revista de Derecho*, 9, 2008, 65-79; "Recepción del fideicomiso de herencia en el derecho castellano y su expansión a Hispanoamérica", en *RGDR*, 11, 2008 (publicado también en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 22, 2010, 367-387);

caso igualmente del artículo "Tribunales permanentes como medio de control de la corrupción de los magistrados: *crimen pecuniarum repetundarum*. Desde Roma hasta el derecho penal peruano", dedicado al centenario de Álvaro d'Ors e incluido en el volumen *Estudios latinoamericanos de derecho romano* publicado en 2017 por la UNAM.[3] Distinto es el talante de otra obra igualmente notable, a saber, las "Concordancias entre las Institutiones de Justiniano y la legislación vigente peruana: principales remisiones", contribución de la autora al *Homenaje al profesor Armando Torrent* publicado por Dykinson en 2016. En el campo del derecho indiano, concebido como una rama nueva y original del *ius commune*, son de gran interés estudios como "Una *relectio* del jurista peruano Baquíjano y Carrillo sobre legados y fideicomisos (D. 32.39)", en *Revista de Derecho*, 6, 2005;[4] "Estudio del testamento y codicilos del Inca Garcilaso de la Vega: primer humanista peruano (a. 1616)", en *Revista de Derecho*, 11, 2010; y "*Occupatio*, *Usurpatio*, *Adsignatio*: una semejanza entre el régimen minero imperial y el de la América española", en *Direito romano: poder e direito*, Coimbra, 2013.[5]

"Algunas consideraciones sobre el reconocimiento y sanción jurídica de los fideicomisos", en *RGDR*, 16, 2011; "El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria en el Derecho peruano", en R. de la Fuente (coord.), *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, Lima, 2012, 37-59; "Fideicomiso bancario y trust anglosajón: ¿una acertada conjunción? Implicancias en el derecho familiar y sucesorio peruano", en Gaceta*civil & procesal civil*, 15, 2014, 192-206; "Algunas propuestas modificatorias al Libro IV de sucesiones. La introducción de la sustitución fideicomisaria en el Código Civil peruano de 1984", en *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 51, 2017, 187-195.

3 Accesible en Estudios latinoamericanos de derecho romano.

4 La profesora De la Fuente redactó también la voz "Baquíjano Carrillo" incluida en *Juristas Universales*, 2, Madrid, 2004, 760-763.

5 Publicado de nuevo en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 5:

Abundante también es la producción de la profesora De la Fuente en el área del derecho privado actual. Para no alargar demasiado esta nota me abstengo de referir sus aportaciones en ese amplio campo,[6] limitándome a subrayar la claridad de ideas que caracteriza a aquellos trabajos –los más numerosos– que versan sobre cuestiones controvertidas de derecho de personas y de familia y sobre algunos problemas de bioética. Los proyectos de investigación en los que la profesora De la Fuente ha participado siguen, en general, la misma orientación; mención aparte merece, en todo caso, el Proyecto Anillo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología chileno, liderado por ella con el profesor Patricio Carvajal, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, de 2014 a 2017.

No puedo terminar estas líneas sin destacar la naturalidad y la fortaleza de Charo frente a la enfermedad que finalmente se la llevó: "No quiero que mi vida gire alrededor de mi enfermedad. Soy *una persona* con una enfermedad y no *una enfermedad* con una persona", cuenta su colega Luz Pacheco que le dijo cuando la diagnosticaron a comienzos de 2025. Me permito reproducir, por último, unas palabras del doctor Paul Corcuera, actual rector de la UDEP, que resumen de forma insuperable el *ethos* de la profesora De la Fuente: Charo fue "una profesora ejemplar en muchos aspectos: sentido positivo de la vida, labor bien hecha, estudio a profundidad de sus temas de

Derechos reales, 2ª ed., Madrid, 2025, 1127-1152.

6 El lector interesado hallará la relación más completa de las publicaciones de María del Rosario de la Fuente Hontañón en 0000-0003-4065-1150

especialidad. Casi no se notaba su presencia porque sabía pasar a segundo plano con un trabajo escondido. Siempre trataba a sus compañeros y alumnos con delicadeza, buenas maneras, una voz suave y una sonrisa en los labios".

Querida Charo, descansa en paz.

Universidad de Oviedo
RIDROM
Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970 Octubre-2026 Full text article https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom

CC BY NC ND

Crónica del XXVII Congreso Internacional y XXX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano «Tramitación, ejecución y concurso en el proceso civil romano y su recepción» *in memoriam* del profesor Esteban Varela Mateos, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, los días 25, 26 y 27 de marzo de 2026.

Adrián Oliveira López
Doctorando en Derecho
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0009-0006-2177-7320

(OLIVEIRA LÓPEZ, Adrián. Crónica del XXVII Congreso Internacional y XXX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano «Tramitación, ejecución y concurso en el proceso civil romano y su recepción» *in memoriam* del profesor Esteban Varela Mateos, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, los días 25, 26 y 27 de marzo de 2026. RIDROM [on line]. 37-2026. ISSN 1989-1970. Pp. 659-674 . https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom)

Entre el 25 y el 27 de marzo de 2026, la Universidad Autónoma de Madrid acogió una nueva edición del ya tradicional foro anual de la romanística iberoamericana: el XXVII Congreso Internacional y XXX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, promovido por la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM) y organizado en esta ocasión por el área de Derecho Romano de la universidad madrileña. El encuentro contó con el patrocinio y la colaboración de la Universidad Autónoma de Madrid, su Facultad de Derecho, el Instituto de Ciencias de la Antigüedad de la UAM, la propia Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y la obra de referencia Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo[1].

Fiel a su vocación de continuidad, el encuentro centró su atención en el monográfico «Tramitación, ejecución y concurso en el proceso civil romano y su recepción», sirviendo además de marco para tributar un sincero homenaje *in memoriam* a quien fuera Catedrático y recordado maestro de esa Casa, el profesor Esteban Varela Mateos.

Como cada año, acudieron al encuentro miembros habituales de la asociación, docentes e investigadores procedentes de una nutrida representación de universidades iberoamericanas y europeas en número superior a 130. A lo largo de tres intensas jornadas, las discusiones discurrieron en torno a la arquitectura del proceso civil

[1] Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo.2ª ed. BOE, Madrid, 2025.

romano y a su innegable proyección en la tradición jurídica contemporánea.

La jornada inaugural dio comienzo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho con los actos de acreditación y la bienvenida a los congresistas. El acto institucional de apertura estuvo presidido por D. Domingo Jiménez-Valladolid L'Hotellerie-Fallois (Secretario General de la Universidad Autónoma de Madrid), D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho de la UAM), D. Alfonso Murillo Villar (Presidente de AIDROM), D.ª Carmen López-Rendo Rodríguez (Secretaria de AIDROM) y D.ª María del Pilar Pérez Álvarez (Directora del Congreso y Catedrática de la universidad anfitriona).

A continuación, se dio paso a la sesión *in memoriam* del profesor Esteban Varela Mateos, bajo la presidencia del Prof. Armando Torrent Ruiz, Presidente de Honor de la asociación. La lección inaugural corrió a cargo del Catedrático de la Universidad de Padua, Prof. Luigi Garofalo, quien disertó sobre «*Actio* e processo civile. Lasciti teorici della giurisprudenza romana». La intervención del profesor Garofalo suscitó un nutrido y enriquecedor debate abierto por el Prof. Torrent Ruiz, quien elogió la maestría con la que el ponente abordó el concepto de *actio*, pilar fundamental no solo del sistema procesal, sino de la propia arquitectura del Derecho romano en su conjunto.

Seguidamente se sucedieron las intervenciones testimoniales de quienes compartieron vida académica, amistad o magisterio con el homenajeado. Tomaron la palabra los profesores Armando Torrent Ruiz, Santos González Jiménez, Alfonso Murillo Villar, Máximo Juan Pérez García y María del Pilar Pérez Álvarez, quienes ofrecieron sentidas palabras en memoria de quien fuera su compañero, amigo y maestro. De la trayectoria del Prof. Varela Mateos se destacaron su talante humano, su solvencia investigadora y, de manera muy especial, sus excepcionales dotes pedagógicas en el ejercicio de la docencia universitaria. El acto concluyó con una cuidada interpretación musical a cargo del Coro de la Universidad Autónoma de Madrid.

Finalizado el acto de homenaje y tras un breve receso, dio comienzo el programa científico del Congreso. A lo largo de las distintas jornadas, el encuentro articuló la presentación de más de medio centenar de comunicaciones. Para atender con fluidez este volumen de trabajos, las sesiones se estructuraron en sucesivas franjas horarias organizadas en dos mesas de trabajo simultáneas –ubicadas en el Salón de Grados y en las aulas habilitadas al efecto–, seguidas del correspondiente coloquio. Cabe señalar que la dinámica de algunas de estas sesiones contó con puntuales adaptaciones organizativas sobre la previsión inicial, reestructurando con agilidad tanto las presidencias de mesa como las intervenciones para dar oportuna cabida a la totalidad de las ponencias presentadas.

Inaugurando esta dinámica, la primera sesión se desarrolló en dos salas paralelas. En el Salón de Grados, bajo la presidencia del Catedrático de la Universidad de Burgos, D. Alfonso Murillo Villar, las intervenciones se orientaron hacia el análisis de las acciones procesales y su proyección en el Derecho comparado. Abrió el turno la profesora Mirta Beatriz Álvarez (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Flores) abordando los «Fundamentos romanísticos de la acción preventiva en el Derecho argentino: la *cautio damni infecti*», seguida por D.ª Gabriela Victoria Morel (de la misma institución), quien examinó la frontera «Entre lo público y lo privado: acciones e interdictos populares del proceso civil romano». Cerró el turno de esta mesa D.ª Laura Fernández Sánchez (Universidad de Alicante) con su estudio sobre la «Evolución procesal de la *actio Aquiliana* y su recepción en el Código Civil».

De forma sincrónica, en el Aula 6, la mesa estuvo presidida por el Prof. Eduardo Veracruz Pinto (Universidad de Lisboa) y dedicada temáticamente a la *extraordinaria cognitio*. En ella intervinieron la profesora María Vital da Rocha (Universidad do Ceará) con las «Características e tramitação do sistema procesual extraordinario romano», el profesor Adolfo Díaz Bautista-Cremades (Universidad de Murcia), quien disertó sobre «De la *pignoris capio* a la *manu militari*. El retorno de la ejecución *in specie* en la *extraordinaria cognitio*», y la profesora Olivia Castro Mascareño (Universidad Autónoma de Baja California), quien disertó sobre un «Análisis comparativo entre los sistemas de procedimientos civiles romanos y su influencia en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de México».

Tras el descanso para el almuerzo, la actividad vespertina se reanudó con la segunda sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, bajo la presidencia de la profesora María Teresa Duplá Marín (Universidad Ramón Llull), abrió el turno de palabra el profesor Francisco Javier Casinos Mora (Universidad de Valencia) analizando los «Rescriptos imperiales impetrados por mujeres: Una introducción a su análisis conjunto». A continuación, la profesora Ana María Rodríguez González (Universidad Carlos III de Madrid), expuso su trabajo sobre «La "l*ex inscripti maleficii*" y su interpretación historiográfica. A propósito de la relación entre Derecho y Retórica». Cerró la mesa el profesor Álvaro Martínez Fernández (Universidad Cardenal Herrera-CEU) con la comunicación «El concepto de precario y su protección: Ulpiano versus el Tribunal Supremo».

De forma simultánea, en el Aula 6, la mesa estuvo presidida por la profesora Carmen López-Rendo Rodríguez (Universidad de Oviedo). Intervinieron en la mesa la profesora María Olga Gil García (Universidad de Burgos), con un estudio sobre «La actividad bancaria y el valor probatorio de sus documentos contables», así como D. Raimundo Gómez Goldenberg (Universidad de Salamanca), con la comunicación «¿Existe prueba escrita en Roma? Algunos casos», sumándose también a esta franja la intervención de la profesora Belén Fernández Vizcaíno (Universidad de Alicante) sobre la «Determinación procesal del heredero en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano».

Sin solución de continuidad, la tarde prosiguió con el desarrollo de la tercera sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, la exposición se desarrolló bajo la presidencia del profesor Carlos Varela Gil (Universidad de Cádiz), en sustitución de la profesora Rosa María Mentxaka Elexpe (Universidad del País Vasco). Inició el turno de palabra la profesora Margarita Fuenteseca Degeneffe (Universidad de Vigo) abordando el estudio «La mujer como *quasi sua*». Seguidamente, D.ª Carmen Cortés Román (Universidad de Cádiz) analizó «El estatuto procesal de la viuda en el *Codex Theodosianus*», cerrando la mesa D.ª Lara Mudarra Barros (Universidad Pompeu Fabra) con la comunicación «La *manumissio matrimonii causa* de Augusto a Justiniano, una investigación incipiente en la intersección de sexo y esclavitud».

Paralelamente, en el Aula 6, la mesa estuvo presidida por la profesora Carmen Lázaro Guillamón (Universidad Jaume I). La profesora María Teresa Duplá Marín (Universidad Ramón Llull) expuso la ponencia «De la *interrogatio an heres sit* procesal a la *interrogatio in iure* actual: ¿avance o retroceso en la protección sucesoria?». A continuación, el profesor Miguel Herrero Medina (Universidad Complutense de Madrid) examinó «La controversia procesal sobre la herencia de Turpilia», concluyendo el bloque D. Javier Roncero Núñez (Universidad Autónoma de Madrid) con su trabajo «La *lex Iulia de pecuniis mutuis*: ¿Innovación procesal?».

Tras la pausa para el café, la jornada del miércoles concluyó con la cuarta sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, la mesa estuvo presidida por la profesora de la Universidad de Ceará, María Vital da Rocha. Inició la sesión el profesor Francisco de S. Caseiro Nieto (Pontificia Universidade Católica de São Paulo) analizando los «Efeitos da Lei Poetelia Papiria». A continuación, el profesor Miguel de Lemos (NOVA School of Law) disertó sobre «Eugen Ehrlich e a Dimensão Social do Processo Civil Romano e da sua Receção Histórica», cerrando el bloque D.ª Yaiza Araque Moreno (Universidad Complutense de Madrid) con el estudio titulado «Sobre la retención del deudor en el derecho romano postclásico: de la práctica a las primeras prohibiciones».

Simultáneamente, en el Aula 6, bajo la presidencia de la profesora Margarita Fuenteseca Degeneffe (Universidad de Vigo), se presentaron cuatro ponencias. Intervino el profesor Carlos María Sánchez-Moreno Ellart (Universidad de Valencia) con la comunicación «El procedimiento *per rescriptum* en la documentación conservada», seguido por el profesor Bronisław Sitek (SWPS University, Polonia), quien analizó «The *advocatus fisci* in the Roman civil procedure: functions, competences, and their reception in modern systems for the protection of the State Treasury's interests». A continuación, el profesor Krzysztof Szczygielski (Universidad de Bialystok) expuso «The Roman roots of modern regulations regarding enforcement restrictions in Polish law», concluyendo la

mesa la profesora Arta Jansone con la ponencia «The Principle of Equality in Roman Civil Procedure in the Context of *Ius est Ars Boni et Aequi* [D.1.1.1.1] and its utility in the Civil Procedure Law and Commercial Law of the Republic of Latvia».

La segunda jornada del Congreso dio comienzo a primera hora de la mañana con el desarrollo de la quinta sesión de comunicaciones, manteniendo la misma estructura de mesas de trabajo simultáneas que el día anterior.

En el Salón de Grados, la mesa estuvo presidida por el profesor Giovanni Luchetti (Universidad de Bolonia). Inició el turno de palabra la profesora Elena Pezzato Heck (Universidad de Bolonia) analizando «L'*actio tutelae contraria* secondo i compilatori giustinianei». A continuación, el profesor Andrea Faraci (Universidad de Bolonia) expuso su trabajo sobre «L'arbitrato romano tra dato tecnico e influenze politiche», concluyendo el bloque el profesor Sławomir Kursa (SWPS University) disertando sobre «L'adulterio nella legislazione contemporanea-connessioni e fonti nel diritto romano».

Sincrónicamente, en la Sala de Vistas, bajo la presidencia del profesor Bernardo Periñán Gómez (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla) intervino en primer lugar el profesor José Antonio González Romanillos (Universidad Complutense de Madrid) con el estudio «La sentencia en el procedimiento criminal tardorrepublicano». Seguidamente, el profesor Juan Pérez Carrandi (Universidad

Complutense de Madrid) abordó el «Procedimiento civil y procedimiento penal dentro de la jurisdicción del Gobernador», cerrando la mesa la profesora Lorna García Gérboles (Universidad Complutense de Madrid) con la ponencia «El *adsertor libertatis* en el *Codex Theodosianus*».

A continuación, dio comienzo la sexta sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, la mesa estuvo presidida por la profesora Mirta Beatriz Álvarez (Universidad de Buenos Aires). Inició el turno de palabra la profesora Aurora López Güeto (Universidad Pablo de Olavide) con una exposición que llevó por título «*Actor, defensor, syndicus*: la represión procesal de los *collegia* romanos». A continuación, el profesor Ramiro Grau Celma (Universidad Complutense de Madrid) disertó sobre «Los testamentos egipcios a favor del pueblo romano», cerrando la franja la profesora Carmen Meza Ingar (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima).

Por su parte, en la Sala de Vistas, bajo la presidencia de la Catedrática de la Universidad del Sarre, la profesora Tiziana Chiusi, se dio cuenta de tres intervenciones. Abrió el turno de palabra el profesor Juan Ramón Robles Reyes (Universidad de Murcia), quien disertó sobre la «Incidencia del juramento en el proceso». Seguidamente, D.ª Ana Vázquez Lemos (Universidad de Vigo) presentó el trabajo titulado «La *pietas* como principio general del Derecho Romano», cerrando el turno de intervenciones la profesora

Marina Martín Moro (Universidad Isabel I) con su estudio «Entre el fórum y la domus: el proceso de Virginia».

Tras un breve receso, la mañana prosiguió con el desarrollo de la séptima sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, la mesa estuvo presidida por el Catedrático de la Universidad de A Coruña, profesor Ramón P. Rodríguez Montero, en sustitución del profesor Rodríguez Ennes. Inició el turno de intervenciones el profesor Gábor Hamza (Eötvös Loránd University) analizando «El concurso del Derecho Romano y su recepción en los ordenamientos jurídicos en Europa». A continuación, el profesor Juan Carlos Prado Rodríguez (Universidad San Francisco de Quito) expuso el trabajo titulado «Sobre el recurso a la *fictio herede* del *bonorum emptor* y su legitimación procesal con la *actio Serviana:* a propósito de *Gai* 4.35», concluyendo la mesa con la intervención de D. Eduardo Sánchez Álvarez y D. Carlos María Antuña Suárez (Universidad de Oviedo), quienes presentaron la comunicación conjunta que llevó por título «Sustrato romanista del recurso de apelación vigente en el proceso concursal español».

Por su parte, en la Sala de Vistas, y bajo la presidencia del profesor Andrea Trisciuoglio (Universidad de Turín), los trabajos se centraron en la praxis procesal, las resoluciones judiciales y el régimen de costas. Abrió la sesión la profesora María José Azaustre Fernández (Universidad de Oviedo) abordando la «Práctica litigiosa: el testimonio de un *libellum contradictionis*». Seguidamente, la

profesora Henar Murillo Villar (Universidad de Burgos) analizó «Las resoluciones interlocutorias en el derecho romano, derecho canónico y derecho procesal civil español vigente», cerrando el bloque la profesora Carmen López-Rendo Rodríguez (Universidad de Oviedo) con el estudio «Las costas procesales. Raíces romanas y su proyección en los sistemas jurídicos contemporáneos».

Tras la pausa del mediodía, las actividades se reanudaron con la octava sesión de comunicaciones.

En el Salón de Grados, la sesión estuvo presidida por el profesor Tammo Wallinga (Universidad Erasmus de Rotterdam/Universidad de Amberes). Inició el turno de palabra el profesor Edorta Córcoles Olaitz (Universidad del País Vasco) con la ponencia titulada «Pacis adsertores: ¿Árbitros reales o jueces? *Lex Visigothorum* II, 1.17 y 27». A continuación, intervino D. Adrián Oliveira López (Universidad de Oviedo), con la exposición del trabajo «Algunas consideraciones en torno al interdicto *de migrando*», concluyendo la sesión el profesor César Eugenio Vargas Rojas (Universidad Andrés Bello de Chile) con la comunicación «La *apellatio* en el Derecho Romano: una revisión jurídico-historiográfica».

Al mismo tiempo se desarrolló en la Sala de Vistas la sesión presidida por el profesor Santiago Castán Pérez-Gómez (Universidad Rey Juan Carlos), abriendo el turno de palabra el profesor Joaquín Garrido Martín (Universidad de Sevilla), presentando la comunicación titulada «La historización silenciosa del derecho de

acciones de Bekker». Seguidamente, la profesora Macarena Guerrero Lebrón (Universidad de Sevilla) abordó el estudio «El *decoctor* en Séneca», cerrando el bloque el profesor Antonio Miguel Jiménez Serrano (Universidad CEU San Pablo Madrid) con la comunicación «*Sacramentum*: De acción legal a compromiso militar».

Concluidas las sesiones de comunicaciones en el campus de Cantoblanco, la actividad académica se trasladó al Salón de Actos del Centro Cultural de los Ejércitos. En este marco tuvo lugar la presentación pública de las nuevas ediciones de dos obras bien conocidas por todos los asistentes: la segunda edición de los Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo y la tercera edición de la obra Fuentes del Derecho Romano online[2].

El acto corrió a cargo del profesor Alfonso Murillo Villar junto a las profesoras Carmen López-Rendo y María José Azaustre, quienes expusieron las novedades de ambas publicaciones antes de dar paso a la cena de gala del Congreso.

La última jornada del Congreso dio comienzo a primera hora de la mañana del viernes con el desarrollo de la novena sesión de comunicaciones.

[2] LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C.- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J., *Fuentes del Derecho romano online*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022 (Rev. 2026). Disponible en: Biblioteca Jurídica Digital del BOE.

En el Salón de Grados, la mesa estuvo presidida por el profesor Francisco Cuena Boy (Universidad de Cantabria). Abrió el turno de intervenciones la profesora María del Pilar Pérez Álvarez (Universidad Autónoma de Madrid) con el estudio «Las formas de publicidad en el procedimiento concursal clásico: *praecones* y *proscriptiones*». A continuación, la profesora Beatriz García Fueyo (Universidad de Málaga) abordó «La ejecución de sentencia en la doctrina de Amador Rodríguez». Seguidamente, la comunicación conjunta de los investigadores Marilina Andrea Miceli, Leticia Inés Núñez y Ezequiel Fernando Pardo (Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana y Universidad Argentina J. F. Kennedy) analizó «Tramitación, ejecución y concurso en el procedimiento civil romano. Una mirada hacia el más débil, su recepción en el sistema jurídico argentino», cerrando el turno la profesora Cayetana Johnson (Universidad de San Dámaso) con la ponencia «Arqueología, Biblia y Derecho en el ciclo patriarcal».

Al mismo tiempo, se desarrollaba en la Sala de Vistas la también última ronda de comunicaciones del Congreso. Bajo la presidencia del profesor Pedro Resina Sola (Universidad de Almería), las intervenciones se orientaron hacia aspectos del derecho público, la administración urbana y las instituciones procesales y familiares. Inició la sesión el profesor Andrea Trisciuoglio (Universidad de Turín) examinando la cuestión «A propósito de la *exactio* de multas en defensa del decoro urbano en los municipios romanos». Acto seguido, el profesor Xesús Pérez López (Universidad Rey Juan Carlos) expuso su trabajo «Los *pistores* y la *annona* en la Roma

imperial: pan acabado quita cuidado», al que siguió la comunicación de la profesora Amanda Díaz Moya (Universidad Complutense de Madrid) sobre «La protección de las expectativas matrimoniales en la Roma preclásica». Concluyó la mesa la profesora Patricia Silvina Mora (Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana y Universidad Argentina J. F. Kennedy) con la aportación titulada «La coacción como elemento fundante del proceso romano».

Tras la pausa para el café, el Congreso llegó a su término con la conferencia de clausura, presidida por la profesora María del Pilar Pérez Álvarez, Catedrática de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Directora del Congreso. Corrió a cargo del profesor Bernardo Periñán Gómez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Pablo de Olavide, quien ofreció una sugerente revisión crítica en su conferencia «Sobre las deficiencias técnicas del procedimiento formulario», que suscitó el interés de los asistentes y sirvió de broche a estas tres jornadas de intenso debate. A continuación, los miembros de la asociación se reunieron en la Asamblea General de AIDROM, con la que se puso fin oficialmente al encuentro.

Se cerraba así un congreso que, una vez más, puso de manifiesto la vitalidad de la romanística iberoamericana y la plena vigencia del Derecho romano como clave de comprensión del Derecho procesal contemporáneo.

Sirvan estas líneas de reconocimiento al Comité Científico del el XXVII Congreso Internacional y XXX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, así como a la profesora María del Pilar Pérez Álvarez y a todo el equipo organizador del área de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid por el cuidadoso desarrollo de unas jornadas que supieron conjugar el rigor científico con la cordialidad que caracteriza a estos encuentros, y que constituyeron, además, un digno homenaje a la memoria del profesor Varela Mateos.

Adrián Oliveira López
Universidad de Oviedo