



REVISTA  
**AEQUITAS**

Estudios sobre Historia, Derecho  
e Instituciones

Nº 27 - 2026



ASOCIACIÓN  
VERITAS



**REVISTA AEQUITAS  
ESTUDIOS SOBRE HISTORIA, DERECHO E  
INSTITUCIONES**

**CONSEJO DE DIRECCIÓN**

*Directora:* Manuela Fernández Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos).

*Secretaria:* Leandro Martínez Peñas (Universidad Rey Juan Carlos).

*Vicesecretarios:* Francesca de Rosa (Univ. Degli Studi Federico II de Nápoles); Stefano Vinci (Univ. Aldo Moro, de Bari).

*Vocales:* Rocío Velasco de Castro (Universidad de Extremadura) ; Sara Arrazola Ruiz (Universidad Rey Juan Carlos).

**COMITÉ CIENTÍFICO**

Dolores Álamo Martell (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria);

Ileana del Bagno (Universidad de Salerno, Italia);

Dario Luongo (Universidad de Napoli Parthenope, Italia);

Aniceto Masferrer (Universidad de Valencia);

Francesco Mastroberti (Universidad de Bari Aldo Moro, Italia);

Isabelle Poutrin (Universidad de París-Est Créteil, Francia);

Nicole Reinhardt (Universidad de Durham, Reino Unido);

Dolores Mar Sánchez González (Universidad Nacional de Educación a Distancia);

Fernando Ciaramitaro (Universidad Autónoma de la Ciudad de México)

Revista Aequitas, número 27, 2026

ISSN 2174-9493

## PANEL DE REVISORES

Beatriz Badorrey (UNED)  
Judit Beke Martos (Ruhr University of Bochum, Alemania)  
Elena Díaz Galán (Universidad Rey Juan Carlos)  
Juan Carlos Domínguez (Universidad San Pablo-CEU)  
Alicia Duñaiturria Laguardia (CUNEF)  
Óscar Flores (Universidad de Cohauila, México)  
Clara Furriols Espona (Universidad Rovira i Vigil)  
Claudia Gago (Universidad Rey Juan Carlos)  
Federico Gallegos Vázquez (Universidad Rey Juan Carlos)  
Sara Granda (Universidad de Castilla-La Mancha)  
Francesco Eriberto d'Ippolito (Università degli studi della  
Campania Luigi Vanvitelli, Italia)  
Consuelo Juanto (UNED)  
Manuel Martínez Neyra (Universidad Carlos III)  
Alicia Panepinto (Queen's University, Belfast, Reino Unido)  
Manuel Antonio Pacheco Barrio (Universidad de Valladolid)  
Elena Peribañez (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)  
Miguel Pino Abad (Universidad de Córdoba)  
Isabel Ramos Vázquez (Universidad de Jaén)  
Rafael Ramís Barceló (Universitat Illes Balears)  
Guillermo Rivilla (Instituto Miguel Ferrari, Valladolid)  
José Ignacio Recio Rodríguez (Universidad de Salamanca)  
Magda Yadira Robles Garza (Universidad de Monterrey,  
México)  
Belinda Rodríguez Arrocha (Universidad Autónoma de  
México, México)  
Carolina San Martín (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)  
Sixto Sánchez Lauro (Universidad de Extremadura)  
Prof. Doc. Frank L. Schäfer (Friburgo University, Alemania)  
Lorenzo Sinisi (Università degli studi Magna Graecia di  
Catanzaro, Italia)

*Apoyo Técnico Informático:* Julián Vicente Díaz y Erika Prado Rubio.

Dirección administrativa de la revista  
para remisión de artículos y otras cuestiones:  
manuela.fernandez@urjc.es

Asociación Veritas para el Estudio  
de la Historia, el Derecho y las Instituciones  
Valladolid, 2023

Revista *Aequitas*, número 27, 2026  
ISSN 2174-9493



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los autores interesados en colaborar en la revista, que se publicará con una periodicidad anual, deberán enviar sus artículos a la directora de la misma, a la dirección de correo electrónico **manuela.fernandez@urjc.es**, haciendo constar como asunto del mensaje *Artículo Revista Aequitas*.

Los artículos académicos deberán ser originales y serán evaluados por expertos ajenos al Consejo de Redacción, cuyo listado puede consultarse en el Panel de Revisores. El procedimiento a seguir para la evaluación será el denominado por pares mediante doble ciego.

El mismo procedimiento se seguirá para la recepción de recensiones y textos académicos similares, pero la evaluación será llevada a cabo por dos miembros del Consejo de Dirección.

Formalmente, los textos remitidos deberán seguir los siguientes criterios:

- Texto en letra Times New Roman, tamaño 11, con interlineado simple. Las notas a pie de página deberán ser escritas en letra Times New Roman, tamaño 10, con interlineado simple.
- Deberán incluir, en castellano y en inglés, un breve resumen y una selección de palabras clave
- Las obras bibliográficas, en su primera cita, deberán presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; nombre o inicial del nombre del autor; título de la obra, en cursiva; lugar de publicación; año de publicación; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, L., *El confesor del rey en el Antiguo Régimen*. Madrid, 2007, p. 87.

- Los capítulos de libros y los artículos de revistas, en su primera cita, deberán presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; nombre o inicial del nombre del autor; título del capítulo o artículo, entre comillas; título del libro o nombre de la revista en que está contenido; lugar de publicación; año de publicación; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, L. “La ley Benot”, en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 1, 2011, p. 34.

- En el caso de no tratarse de la primera cita de la obra, la referencia deberá presentar el siguiente formato: apellidos del autor, en letras mayúsculas; título de la obra, en cursiva, abreviado si fuera posible; volumen, en el caso de tener la obra más de uno, al que corresponde la referencia; página a la que corresponde la referencia. Por ejemplo: MARTÍNEZ PEÑAS, *El confesor del rey en el Antiguo Régimen*, p. 23.

No cumplir los mencionados criterios formales podrá ser considerado motivo de no admisión del artículo.

**REVISTA EDITADA POR LA ASOCIACIÓN VERITAS  
PARA EL ESTUDIO DE LA HISTORIA, EL  
DERECHO Y LAS INSTITUCIONES**

Revista Aequitas, número 27, 2026

ISSN 2174-9493

Revista Aequitas, número 27, 2026  
ISSN 2174-9493

## SUMARIO

*La herejía arriana y el martirio de San Hermenegildo: ¿Un conflicto político o religioso?* p. 1

**Alejandro Valencia Virosta**

**Universidad Internacional de La Rioja**

*El riepto. Consolidación y ocaso en la Castilla bajomedieval* p. 49

**Gonzalo Oliva Manso**

**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

*Dinámica del uso y función de dos documentos producidos por indios en la gobernación de Tucumán, 1686 y 1712* p. 99

**Margarita E. Gentile Lafaille**

**Ex investigadora CONICET-Museo de La Plata**

*Las espigadoras. De espigar en el arte al arte de espigar* p. 135

**Sonia Fernández Sánchez**

**Università degli Studi di Cagliari**

*Building justice in Albania from the independence (1912) to the communist regime (1945):* p. 155

*A constitutional–historical perspective*

**Naureda Llagami**

**Universidad de Tirana**

*Libertad religiosa y alimentación en Italia y España* p. 185

**Daniele Lo Cascio**

**Universidad Rey Juan Carlos**

*El trasfondo procesal de la fianza por mandato de un tercero en Papiniano d. 17,1,53 (9 Quaest.):* p. 247

*Analogías con el mandatum pecuniae credendae*

**Juan Carlos Prado Rodríguez**

**Universidad San Francisco de Quito**

*El conflicto de objetivos en la empresa: una aproximación desde la doctrina católica* p. 303

**Eduardo Gómez Melero**

**Universidad Católica de Murcia**

**José Torres Ramírez**

**Universidad de las Hespérides**

*El proceso constituyente en la Constitución española de 1978. Una revisión en perspectiva* p. 341

**José Domínguez Hacha**

**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

*Vulnerabilidad y delincuencia: Transición a la mayoría de edad de los menores extranjeros no acompañados en España* p. 389

**Julio Ortiz Herráiz**

**Universidad Rey Juan Carlos**

## LA HEREJÍA ARRIANA Y EL MARTIRIO DE SAN HERMENEGILDO: ¿UN CONFLICTO POLÍTICO O RELIGIOSO?\*

THE ARIAN HERESY AND THE MARTYRDOM  
OF SAINT HERMENEGILD: A POLITICAL OR  
RELIGIOUS CONFLICT?

Fecha de recepción: 9 de mayo de 2025  
Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2026

**Alejandro Valencia Virosta<sup>1</sup>**  
**Universidad Internacional de La Rioja**

**Resumen:** La diversidad cultural y religiosa a lo largo de la historia ha sido, en no pocas ocasiones, punto de fricción entre los habitantes de un determinado territorio. No obstante, en el Reino Visigodo no fue una nota característica ya que, a pesar del diferente credo entre

---

\* Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación IHOMINIS: Iure hominis. Derechos Humanos: fundamentación y protección jurídico-política.

<sup>1</sup> a.valencia.virosta@outlook.com.

la clase dirigente y el pueblo llano, había una convivencia pacífica entre cristianos y arrianos (salvo contadas excepciones). En el presente estudio se trata de analizar cómo se estableció la herejía arriana en la Península Ibérica y, especialmente, el conflicto político, militar y religioso que puso punto final a esta práctica herética con la conversión de Recaredo al catolicismo.

**Palabras clave:** Reino Visigodo, Leovigildo, Hermenegildo, Recaredo, arrianismo, catolicismo, herejía.

**Abstract:** Cultural and religious diversity throughout history has often been a point of friction between the inhabitants of a given territory. However, in the Visigothic Kingdom it was not a characteristic feature since, in spite of the different creeds between the ruling class and the common people, there was a peaceful coexistence between Christians and Arians (with few exceptions). In this study we will analyze how the Arian heresy was established in the Iberian Peninsula and, especially, the political, military and religious conflict that put an end to this heretical practice with the conversion of Recaredo to Catholicism.

**Keywords:** Kingdom Visigoth, Leovigildo, Hermenegildo, Recaredo, Arianism, Catholicism, heresy.

## I. El arrianismo visigodo y la persecución religiosa

### 1. Breve referencia a los orígenes de la controversia arriana.

Como veremos a continuación, las principales diferencias entre el catolicismo y el arrianismo eran de índole teológica, y se referían al dogma de la Trinidad. Sin embargo, dicha corriente, considerada herética a partir del Concilio de Nicea (a. 325), se configuró como rasgo distintivo de la etnia visigoda gobernante en

Hispania entrando en conflicto con la sociedad hispanorromana, de mayoría católica.

### 1.1. La doctrina de Arrio, Alejandro y Asterio

El arrianismo es definido como el conjunto de doctrinas cristianas desarrolladas por Arrio<sup>2</sup>, sacerdote de Alejandría, quien consideraba que Jesús de Nazaret no era Dios o parte de Dios, sino una creatura<sup>3</sup>.

Si bien, conforme al estudio realizado por Samuel Fernández<sup>4</sup>, podemos ensayar una interpretación del desarrollo de la doctrina entre Arrio, sus aliados y sus adversarios, y que podría resumirse en cuatro puntos: 1) Distinción real entre el Padre y el Hijo; 2) El Hijo en cuanto creatura; 3) La prioridad del Padre; 4) El Hijo fue creado en función de nosotros.

---

<sup>2</sup> Sobre la figura de Arrio de Alejandría, destacamos, y recomendamos, la excelente obra realizada por Rowan Williams; WILLIAMS, Rowan. *Arrio. Herejía y tradición*. Salamanca, 2010.

<sup>3</sup> A este respecto, entre otros, *Cfr.* LORNIG GARCÍA, M<sup>a</sup> Isabel. “Alcance y significado de la controversia arriana”. *Clio & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, n<sup>o</sup>1,2004, pp. 87-114; REYES GUERRERO, Antonio J. “El arduo itinerario hacia la definición de la identidad de Cristo: la crisis arriana”. *Studia cordubensia: revista de teología y ciencias religiosas de los centros académicos de la Diócesis de Córdoba*, n<sup>o</sup>6, 2013, pp. 145-177; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Gonzalo. “El estallido de la controversia arriana”. *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, n<sup>o</sup>9, 1996, pp. 569-572.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ, Samuel. “Arrio y la configuración inicial de la controversia arriana”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, n<sup>o</sup>45, 2013, pp. 9-40.

Respecto al primero, ‘Distinción real entre el Padre y el Hijo’, la propuesta de Arrio, influenciada por la teología de las tres *hypóstasis*<sup>5</sup>, se presenta en defensa de la real distinción entre el Padre y el Hijo. Es decir, el arrianismo comenzó por insistir en dicha diferencia, no por rechazar una idea materialista de la sustancia divina (como aparece en las cartas de Arrio<sup>6</sup>), sino por destacar tal distinción (Thalia<sup>7</sup> y testimonios).

En cuanto al segundo pilar de su teología, Arrio, tras afirmar la prioridad del Padre y la distinción del Hijo, declaró que el Hijo era una creatura<sup>8</sup>, esto es, solo es Dios de nombre y, entonces, debe ser mutable.

---

<sup>5</sup> Sobre la teología de las tres *hypóstasis*; Cfr. MATEO-SECO, Lucas F. *Teología trinitaria: Dios Espíritu Santo*. Madrid, 2005, pp. 108ss.

<sup>6</sup> Las cartas de Arrio son un conjunto de misivas cuyos destinatarios fueron Eusebio de Nicomedia, Alejandro de Alejandría y el emperador Constantino; Cfr. LÓPEZ KINDLER, Agustín. “Constantino y el arrianismo”. *Anuario de Historia de la Iglesia*, n°22, 2013, pp. 37-64.

<sup>7</sup> Conjunto de fragmentos que contienen una sólida base para el estudio de la teología de Arrio; Cfr. BASEVI, Claudio. “Los textos de la sagrada escritura sobre la pasión de Cristo en la exegesis arriana y agustiniana”. En *Cristo, Hijo de Dios y Redentor del Hombre: III Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, dirigido por Lucas E. Mateo Seco. Pamplona, 1982, pp. 359-385.

<sup>8</sup> Si bien como relata el autor, cabe apuntar una serie de diferencias entre la enseñanza de Arrio y el arrianismo de una segunda etapa, pues, como destaca Samuel Fernández, «La discrepancia entre la enseñanza de Arrio y el arrianismo de esta segunda etapa. La discrepancia no es total, porque la doctrina nueva es consecuencia de la enseñanza inicial, pero afirma algo que Arrio mismo no afirmó: que el Hijo es mutable» y, además, «si bien Arrio afirmó que el Hijo no era una creatura entre las demás, el arrianismo posterior termina por afirmar que el Hijo es una creatura como las demás»; FERNÁNDEZ, Samuel. “Arrio y la configuración inicial de la controversia arriana”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, n°45, 2013, pp. 9-40.

En tercer lugar, el arrianismo defendía la prioridad del Padre. Según esta total prioridad del Padre, Arrio ubica al Hijo fuera del tiempo y que, en un instante, al menos lógico, el Hijo no existía<sup>9</sup>. Sin embargo, esta doctrina no está carente de críticas, incluso, dentro de la propia doctrina del arrianismo; así, Alejandro<sup>10</sup> argumentó diciendo que aquello significaría que hubo un tiempo en que Dios carecía de sabiduría y logos, y ante este argumento, Asterio<sup>11</sup> responde distinguiendo netamente dos sabidurías, dos logos y múltiples potencias.

Finalmente, la teología arriana defiende que el ‘Hijo fue creado en función de nosotros’. Así al provenir el Hijo de la voluntad del Padre, éste fue engendrado con vistas a la creación, esto es, fue creado en función de nosotros. Por el contrario, Asterio defiende que todas las cosas pueden ser creadas por medio del Hijo, pues él es lo primero que el Padre crea<sup>12</sup>.

En definitiva, sentencia el autor<sup>13</sup> diciendo que:

---

<sup>9</sup> ORBE, Antonio. *Hacia la primera teología de la procesión del Verbo*. Roma, 1958; ORBE, Antonio. “Orígenes y los Monarquianos”. *Gregorianum*, nº72-1, 1992, pp. 39-72.

<sup>10</sup> Cfr. Alejandro de Alejandría, *Carta a los obispos* (Urkunde 4b,13). Cfr. Taciano, *Ad graecos*, 5; Atenágoras, *Legatio*, 10; Teófilo, *Autólico*, II.10; TERTULIANO, *Praxean*, V.2; Hipólito, *Contra Noeto*, X.2.

<sup>11</sup> HANSON, Richard P. C. *Search for the Christian Doctrine of God*. Edimburgo, 2005, pp. 33-37.

<sup>12</sup> Asterio, *Syntagmation*, fr. 26: «El Dios del universo, cuando quiere crear la naturaleza creada, como ve que ella no es capaz de participar del arte puro de Dios y de su obra de artífice, primero hace y crea Él solo únicamente a uno, al que llama Hijo y Logos, de manera que, al haber llegado a estar en medio, de este modo, en adelante, todas las cosas puedan ser creadas por medio de Él» (en Atanasio, CA II,24,5).

<sup>13</sup> Fernández 2013: 38.

“Arrio efectivamente afirmó que el Hijo es una creatura, pero lo afirmó como consecuencia de su defensa de la real distinción entre el Padre y el Hijo, es decir, como consecuencia de su teología antimonarquiiana. Por ello, en un ambiente teológico amenazado por el monarquianismo, Arrio fue visto por muchos no tanto como un enemigo de la divinidad de Cristo, sino como un radical opositor del sabelianismo: como un vivo defensor de la distinción real entre el Padre y el Hijo, que debía ser apoyado”.

## 1.2. El concilio de Nicea y sus repercusiones

El concilio de Nicea nació, conforme a la totalidad de la doctrina<sup>14</sup>, con el objetivo de anatematizar a Arrio de Alejandría, quien, como vimos, negaba tanto la Trinidad como la divinidad de Cristo, y promover el llamado *Credo de los apóstoles* o *Credo Niceno*, el cual transcrito literalmente dice:

“Creemos en un solo Dios, Padre Todopoderoso, Creador de todas las cosas visibles e invisibles; y en un solo Señor Jesucristo, el unigénito del Padre, esto es, de la sustancia [ek tes ousias] del Padre, Dios de Dios, Luz de Luz, Dios verdadero de Dios verdadero, engendrado, no creado, de la misma naturaleza del Padre [homoousion to patri], por quien todo fue hecho, en el cielo y en la tierra; que por nosotros, los hombres, y por nuestra salvación bajo del cielo, se encarnó y se hizo hombre, padeció y resucitó al tercer día,

---

<sup>14</sup> Entre otros, Cfr. BALABARCA CÁRDENAS, Yván. “El Concilio de Nicea: Una perspectiva histórica”. *Revista Estrategias para el Cumplimiento de la Misión*, n°7-1, 2010, pp. 121-128; NAVASCUÉS BENLLOCH, Patricio de. “La "Communio": unidad y diversidad en torno a Nicea”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, n°41-3, 2009, pp. 843-860; CRUZ-CONDE SUÁREZ DE TANGIL, Fernando. “Poder espiritual y poder terrenal”. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, n°163, 2014, pp. 83-105.

subió a los cielos y volverá para juzgar a vivos y a muertos. Y en el Espíritu Santo. Aquellos que dicen: hubo un tiempo en el que él no existía, y él no existía antes de ser engendrado; y que fue creado de la nada [ex ouk onton]; o quienes mantienen que él es de otra naturaleza o de otra sustancia [que del padre], o que el Hijo de Dios es creado, o mudable, o sujeto a cambios, [a ellos] la iglesia católica los anatemiza”<sup>15</sup>.

Así, con esta intención, el 20 de mayo del año 325 se reunieron, en el gran salón del emperador Constantino<sup>16</sup>, todos

---

<sup>15</sup> PERO-SANZ, José M. *San Nicolás: de obispo a santa Claus*. Madrid, 2002, p. 86. Para un análisis de este; *Cfr.*, entre otros, BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José M. “El cristianismo, religión oficial”. *Historia 16*, nº21, 1997, pp. 56-65; KELLY, John N. D. *Primitivos credos cristianos*. España, 1980; WAINWRIGHT, Arthur W. *La trinidad en el Nuevo Testamento*. España, 1976.

<sup>16</sup> Sobre la relación del emperador Constantino con el cristianismo existen multitud de estudios de gran interés, destacando, entre otros, FERNÁNDEZ UBIÑA, José. “Constantino y el triunfo del cristianismo en el Imperio romano”. En *Historia del cristianismo*, coordinado por Manuel Sotomayor Muro. Madrid, 2003, pp. 329-397; MORENO RESANO, Esteban. “Constantino y su relación personal con el cristianismo: de la piedad tradicional a la conversión”. *Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, nº18 2013, pp. 175-200; ROLDÁN HERVÁS, José M. “El primer emperador cristiano: Constantino”. *La Aventura de la historia*, nº94, 2006, pp. 52-59; ESCRIBANO PAÑO, María Victoria., “El edicto de Constantino contra los herejes: la desviación religiosa como categoría legal”. En *Constantino, ¿el primer emperador cristiano?: religión y política en el siglo IV*, coordinado por Josep Vilella Masana. Barcelona, 2015, pp.337-392

aquellos obispos<sup>17</sup> dónde la controversia arriana se había hecho fuerte<sup>18</sup>.

Conforme al estudio realizado por Antonio Javier Reyes Guerrero<sup>19</sup>, siguiendo a Simonetti<sup>20</sup>, el desarrollo del Concilio de Nicea puede resumirse en dos momentos principales<sup>21</sup>, pero íntimamente relacionados.

Este primer momento se reducía a rechazar la doctrina arriana al considerarla opuesta a la fe de la Iglesia. Así, tomando como argumento la carta de Eusebio de Nicomedia se rechazaba la insostenible posición arriana, que negaba la generación real del Hijo respecto del Padre, al afirmar que Cristo deriva del Padre por un proceso de generación real y no de creación, esto es, que el Hijo es de la misma sustancia que el Padre<sup>22</sup>. En consecuencia, el concilio

---

<sup>17</sup> Junto con diferentes personajes que gozaban de gran importancia en la época, como, por ejemplo, Ceciliano de Cartago, los delegados del Papa Silvestre, Vito y Vicente, u Osio de Córdoba; SIMONETTI, Manlio. *La crisi ariana nel IV secolo*. Roma, 1975, p.78

<sup>18</sup> Principalmente en Egipto, Palestina, Siria, Fenicia y Asia Menor, entre otras regiones; REYES GUERRERO, Antonio J. “El arduo itinerario hacia la definición de la identidad de Cristo: la crisis arriana”, p.153.

<sup>19</sup> REYES GUERRERO, Antonio J. “El arduo itinerario hacia la definición de la identidad de Cristo: la crisis arriana”, pp.153-154.

<sup>20</sup> SIMONETTI, Manlio. *La crisi ariana nel IV secolo*. Roma: Institutum Patristicum Augustinianum, 1975, p. 81.

<sup>21</sup> No obstante, cabe advertir, que el Concilio se ocupó también de otras cuestiones como, por ejemplo, la determinación de la fecha de celebración de la Pascua, el cisma meliciano, y algunas otras cuestiones de organización y disciplina eclesiástica, que se sintetizaron en veinte cánones.

<sup>22</sup> NAVASCUÉS BELLLOCH, Patricio de. “La "Communio": unidad y diversidad en torno a Nicea”, pp. 843-860; CARR, Ephrem. “Koinonia. Cartas de comunión en la tradición oriental”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, nº41-3, 2009, pp. 815-832.

procedió a hacer una afirmación de la verdadera doctrina ortodoxa, erradicando los errores de la herejía arriana.

A continuación, el segundo momento se prestaba más complejo pues buscaba expresar de una manera positiva la fe de la Iglesia excluyendo la doctrina herética de Arrio.

Así, los Padres conciliares acudiendo al término *homoousios*<sup>23</sup>, que no se encontraba en las Escrituras, afirmaron que el Hijo es de la misma *ousia* (sustancia, esencia) que el Padre. Es decir, si los arrianos admitían esta expresión rechazaban sus doctrinas, mientras que si rechazaban el término se exponían a ser excomulgados por herejes al no tener la fe de la Iglesia.

Así en torno al 19 de junio del 325<sup>24</sup>, los obispos que no aprobaron esta fórmula de fe, esto es Arrio, Segundo de Tolemaida y Teonas de Marmarica<sup>25</sup>, fueron condenados eclesiásticamente por el Concilio y sancionados con el destierro.

---

<sup>23</sup> Término que difuminaba la diferencia personal entre el Padre y el Hijo; DROBNER, Hubertus R. *Manual de patrología*. Barcelona, 1999, p. 245.

<sup>24</sup> Simonetti 1975: 86. O julio como sostiene Richard Hanson; HANSON, Richard P. C. *Search for the Christian Doctrine of God*, p. 152.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Gonzalo. “¿Existió un segundo Concilio de Nicea en 327?”. *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, nº24-46, 2008, pp. 393-396.

### 1.3. La conversión de los visigodos al arrianismo

La conversión de los visigodos al arrianismo, según relata, entre otros, Herwig Wolfram<sup>26</sup>, se inicia a partir del año 397 cuando los misioneros provenientes de la escuela de Wulfila o Ulfilas<sup>27</sup> evangelizaron eficazmente a la mayoría del pueblo visigótico, quienes abrazaron el cristianismo arriano<sup>28</sup>.

Así, conforme al estudio de José Orlandis Rovira<sup>29</sup>, la conversión del pueblo visigodo al arrianismo tuvo importantes consecuencias históricas. En primer lugar, supuso la adhesión de la totalidad de un reino a la herejía pues, a partir de la constitución

---

<sup>26</sup> WOLFRAM, Herwig. *Histoire des Goths*. Paris, 1990, pp. 131-152. Igualmente, es obligado destacar el estudio realizado por Luis A. García Moreno; GARCÍA MORENO, Luis A. “¿Por qué los godos fueron arrianos?”. En *Tempus Implendi Promissa: homenaje al Prof. Dr. Domingo Ramos-Lissón*, dirigido por Elisabeth Reinhardt. Pamplona, 2000, pp. 187-207.

<sup>27</sup> Escuela creada por el obispo Ulfilas (311 a 383) formada por clérigos y visigodos versados que profesaban el cristianismo arriano. Para un mayor conocimiento del personaje; Cfr. THOMPSON, Edward A. *The Visigoths in the time of Ulfila*. Oxford, 1966; KAUFFMANN, Friedrich. *Aus der Schule des Wulfila*. Strasbourg, 1899; WOLFRAM, Herwig y CESA, Maria. *Storia dei goti*. Roma, 1985, pp. 138-156; HEATHER, Peter. “The crossing of the Danube and the Gothic conversion”. *Greek, Roman and Byzantine Studies*, n°27-3, 1986, pp. 289-318.

<sup>28</sup> Como explica Enrique González Alonso las principales diferencias entre el catolicismo y el arrianismo eran teológicas, y referidas al dogma de la Trinidad. En la rebelión de Hermenegildo, éste se presenta como defensor del catolicismo mientras que Leovigildo, su padre, se describe como un hereje arriano; GONZÁLEZ ALONSO, Enrique. “Instituciones y administración: religión e iglesia; arrianismo y catolicismo”. En *La historia de León*, editado por Manuel Abilio Rabanal Alonso. León, 1999, pp. 357-365

<sup>29</sup> ORLANDIS ROVIRA, José. “La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos (siglos IV al VIII)”. *Anuario de historia de la Iglesia*, n°9, 2000, pp. 69-84

*Cunctos Populus*, el emperador Teodosio proclamó, al mismo tiempo, que el Cristianismo Católico se convertía en la religión oficial del Imperio.

Además, la conversión de los visigodos al arrianismo fue objeto de imitación para los restantes pueblos germánicos hasta el punto de que el arrianismo se convirtió en la confesión cristiana propia de estas gentes, pues constituía un factor que contribuía al mantenimiento de su personalidad nacional.

En consecuencia, la corriente herética del arrianismo sirvió para constituir un ‘muro de contención’ (con medidas como, por ejemplo, la prohibición de matrimonios mixtos<sup>30</sup> o la personalidad del Derecho) que defendía a la minoría germánica dominante de diluirse entre la población provincial, de confesión católica (debido a su ascendencia provincial romana) y que perduro durante más de un siglo.

#### **1.4. La tolerancia religiosa entre católicos y arrianos hasta Leovigildo**

Marcelino Menéndez y Pelayo<sup>31</sup>, en su estudio histórico, desvela un escenario de tolerancia religiosa entre ambas confesiones y solamente perturbada en momentos puntuales hasta el reinado de Leovigildo y su pretendida unificación del reino.

---

<sup>30</sup> Sobre la prohibición de matrimonios entre romanos y godos; *Cfr.* JIMÉNEZ GARNICA, Ana M. “El origen de la Legislación Civil Visigoda sobre la prohibición de matrimonios entre romanos y godos: un problema de fundamento religioso”. *Anuario de historia del derecho español*, nº55, 1985, pp. 735-748.

<sup>31</sup> MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino. *Historia de los heterodoxos españoles. España romana y visigoda*. Alicante, 2008, pp. 323-325.

Así, como narra el autor, cuando los visigodos de Ataúlfo<sup>32</sup> llegaron a Barcelona en el año 416, pese a profesar unánimemente el arrianismo, se apartaron de realizar persecuciones religiosas y no trataron de imponer sus dogmas a la sociedad hispanorromana católica vencida<sup>33</sup>, como si lo hicieron los vándalos<sup>34</sup> en Andalucía donde derramaban sangre a torrentes<sup>35</sup>, al centrarse únicamente en la constitución del nuevo imperio.

---

<sup>32</sup> Sobre la llegada de los visigodos a Hispania y el reinado de Ataúlfo; *Cfr.*, entre otras, RIPOLL LÓPEZ, Gisela. y VELÁZQUEZ SORIANO, Isabel. *La Hispania visigoda: del rey Ataúlfo a Don Rodrigo*. Barcelona, 1995; BELTRÁN DE HEREDIA BERCERO, Julia. “Barcelona, colonia en la "Hispania" romana y "sede regia" en la "Hispania" visigoda”. En VAQUERIZO GIL, Desiderio. *Ciudad y territorio: transformaciones materiales e ideológicas entre la época clásica y el Altomedioevo*, Córdoba, 2014, pp. 325-338; VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “El ataque de Alarico a la Urbs Aeterna: una medida de presión que terminó en catástrofe para los romanos”, *Arys: Antigüedad: religiones y sociedades*, nº10, 2012, pp. 309-336.

<sup>33</sup> ALZOG, Johannes, B. *Manual of universal church history*. Dublin, 1900, p. 184.

<sup>34</sup> Sobre la cruenta invasión del pueblo bárbaro de los Vándalos; *Cfr.*, entre otros, SANZ SERRANO, Rosa M. “Las invasiones bárbaras, ruina de las Hispanias: Suevos, vándalos y alanos en la Península Ibérica”. *Andalucía en la historia*, nº53, 2016, pp. 8-13; UBRIC RABANEDA, Purificación. “Las nuevas opciones de poder: el protagonismo de los bárbaros en la Hispania del siglo V”. *Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, nº19, 2007, pp. 179-225; ARCE MARTÍNEZ, Javier., “Los vándalos en Hispania (409-429 A.D.)”. *Antiquité tardive: revue internationale d'histoire et d'archéologie*, nº10, 2002, pp. 75-85; MARTÍN GONZÁLEZ, Saúl. “Los otros bárbaros: suevos, vándalos y alanos en las Hispanias”, en CID LÓPEZ, Rosa M.<sup>a</sup> *Debita verba: estudios en homenaje al profesor Julio Mangas Manjarrés*, Oviedo, 2013, pp. 601-614.

<sup>35</sup> Escribe San Agustín que: «*firmes en los mayores trabajos a la guarda y defensa de su grey, sólo abandonaban sus iglesias cuando los fieles habían desaparecido, unos alejándose de la patria, otros muertos en la persecución, quién consumido en los sitios de las ciudades, quién prisionero y cautivo*»; Masdeu, Juan F. *Historia crítica de España y de la*

Este clima de tolerancia religiosa perduró, durante los reinados de Sigerico (415), Walia (415 a 418), Teodoro (418 a 451), Turismundo (451 a 453) y Teodorico II (453 a 466), hasta el reinado de Eurico<sup>36</sup> (466 a 484) quien, en palabras del autor, «el primero de los legisladores de su raza, no se acordó de los vencidos sino para perseguirlos. En Aquitania mató, encarceló y desterró a muchos clérigos y sacerdotes».

Sin embargo, Alarico (484 a 507) moderó la rigurosa política religiosa de su predecesor llegando, incluso, a honrar con altos cargos a miembros de la población hispanorromana (de religión católica) e hizo compilar el *Breviario de Aniano* o de *Alarico*<sup>37</sup>, que, siendo previamente a su promulgación consultado por los obispos católicos, contenía un conjunto de leyes diversas tanto para la clase dominante (visigodos) como para los siervos latinos.

Por el contrario, tras el breve reinado de Gesaleico (507 a 511) y la regencia de Teodorico (511 a 526), Amalarico (526 a 531) sembró la discordia y los males para el reino visigodo. Amalarico al casarse con Clotilde, de credo católico, se obstinó en contrariarla,

---

*cultura española*. (Madrid: En la Imprenta de Sancha, 1972), Lib. III, Vol. XI: 125

<sup>36</sup> Sobre las persecuciones religiosas en Aquitania; VOZGRIN, Valeri. “Historia y cultura de los godos de España y Crimea: similitudes y diferencias”. En MATA INDURAIN, Carlos y MOROZOVA, Anna. *Temas y formas hispánicas: arte, cultura y sociedad (BIADIG: Biblioteca áurea digital v.28)*, Navarra: 2015, pp. 453-460.; FRANCO MORENO, Bruno. “La Iglesia Lusitana en la implantación del Cristianismo Trinario en la España Tardoantigua (siglos III-VII)”. *Eúphoros*, nº6, 2003, pp. 123-140; GONZÁLEZ GARCÍA, Alberto. “La imperialización de los reinos romano-germánicos: los casos visigodo y vándalo”. *Antesteria*, nº1, 2012, pp. 359-369.

<sup>37</sup> Sobre la legislación personal de los visigodos en el *Breviario de Alarico*; GARCÍA GARRIDO, Manuel J. “Álvaro d’Ors y el Derecho de los visigodos”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº74, 2016, pp. 339-349.

prohibiéndola el culto, maltratándola de obra y de palabra, trayendo, en consecuencia, la guerra a Hispania a manos de los hermanos francos de ésta (Childeberto (rey de París), Clotario, Clodomiro y Thierry), quienes fueron bien recibidos por los hispanorromanos al ser católicos<sup>38</sup>.

Tras este fatídico episodio, no se volvieron a cometer acto alguno de hostilidad contra la fe católica desde los reinados de Theudis (531 a 548) Teudiselo (548 a 549), Agila (549 a 554), Atanagildo (555 a 567)<sup>39</sup> hasta el año 570 durante reinado de Leovigildo.

En definitiva, se puede asegurar que, como afirma el autor

“no hubo, pues, otro conato de persecución arriana que la de Eurico, limitada a Aquitania, según todas las noticias que de ella tenemos. Ni impidieron aquellos monarcas la celebración de numerosos Concilios provinciales, cuales fueron el Agathense (de Agde), el Tarraconense, el Ilerdense, el Valentino, el Gerundense y el Toledano II. Nunca se distinguieron los visigodos por el fanatismo, y eran además en pequeño número para contrastar las creencias unánimes de la población sometida, que poco les iba imponiendo sus costumbres y hasta su lengua”.

---

<sup>38</sup> A este respecto; FUENTE PÉREZ, María J. “¿Reina la reina? Mujeres en la cúspide del poder en los reinos hispánicos de la edad media (siglos VI-XIII)”, *Espacio, tiempo y forma. Serie III, Historia medieval*, nº16, 2003, pp. 53-72.

<sup>39</sup> Llamado por San Isidoro: «*Fidem Catholicam occulte tenuit, et Christianis valde benevolus fuit*»; MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino. *Historia de los heterodoxos españoles*. Barcelona, 2017, p. 319.

## 1.5. Las persecuciones de católicos durante el reinado de Leovigildo

Como apunta Edward Arthur Thompson<sup>40</sup>, desde la conversión al arrianismo (credo herético y signo diferenciador de la identidad goda) en tiempos de Ulfila los reyes visigodos se habían caracterizado por su tolerancia religiosa, pues no existía ningún interés por conseguir nuevas conversiones entre la población hispanorromana.

Sin embargo, como describe María del Rosario Valverde Castro<sup>41</sup>, durante el reinado de Leovigildo se rompió con esta tradición al impulsar su política de unificación territorial y fortalecimiento del poder regio.

Así, como teoriza Pablo de la Cruz Díaz Martínez<sup>42</sup>, Leovigildo trató de superar las barreras religiosas e intentó convertir a la mayoría del pueblo, de ascendencia hispanorromana, al credo herético del arrianismo por distintas maneras que, en principio, no eran hostiles<sup>43</sup> y sin persecuciones sistemáticas de cristianos que se

---

<sup>40</sup> Thompson, Edward A. “The conversion of the Visigoths to catholicism”, p. 4-35.

<sup>41</sup> VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “Leovigildo. Persecución religiosa y defensa de la unidad del reino”. *Iberia*, nº2, 1999, pp. 123-132.

<sup>42</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Pablo de la Cruz. “Rey y poder en la monarquía visigoda”. *Iberia: Revista de la Antigüedad*, nº1, 1998, pp. 175-196.

<sup>43</sup> Así en el concilio del 580 se decretó que no era necesario ser rebautizado para ser aceptado en la comunidad arriana (ISLA FREZ, Amancio. “Las relaciones entre el reino visigodo y los reyes merovingios a finales del siglo VI”. *En la España medieval*, nº13, 1990, pp. 11-32) y que bastaba con confesar la doxología según la fórmula «*gloria patri per filium in spiritu sancto*» y recibir la imposición de manos y la sagrada comunión de un sacerdote arriano (Ioan. Biclár., *Chron. a. 580?*, 2: «*Leovegildus rex in urbem Toletanam synodum episcoporum sectae Arrianae congregat et antiquam haeresem novello emendat, dicens de Romana religione a nostra catholica fide venientes non debere baptizari, sed tantummodo per manus*

negasen a adoptar el arrianismo. No obstante, tanto los testimonios de Isidoro de Sevilla<sup>44</sup> como de Gregorio de Tours<sup>45</sup>, especialmente el segundo personaje<sup>46</sup>, describen persecuciones generalizadas y sangrientas contra los católicos ortodoxos, como, por ejemplo, el

---

*impositionem et communionis praeceptione pollui et gloriam patri per filium in spiritu sancto dare»; Ioannes Biclarensis, Chronica (ed. Th. Mommsen), MGH, Aa. XI, Berlín, 1961: 211 a 220; VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “El reino visigodo de Toledo y los matrimonios mixtos entre godos y romanos”, Gerión, nº20-1, 2002, pp. 511-527.*

<sup>44</sup> ISID., *Hist. Goth.* 50, 1-9: «*Denique Arriane perfidiae furore repletus in catholicos persecutione commota plurimos episcoporum exilio relegavit, ecclesiarum redditus et priuilegia tulit. Multos quoque terroribus in Arrianam pestilentiam inpulit, plerosque sine persecutione inlectos auro rebusque decepit»; Rodríguez Alonso, Cristóbal. Las Historias de los godos, vándalos y suevos de Isidoro de Sevilla: estudio, edición crítica y traducción. (León: Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro", 1975).*

<sup>45</sup> Greg. Tur., *Hist. Franc.* V, 38: «*Magna eo anno (580) in Hispaniis christianis persecutio fuit, multique exiliis dati, facultatibus privati, fame decoti, carcere mancipati, verberibus adfecti ac diversis suppliciiis trucidati sunt»; Gregorio de Tours, Historia Francorum (ed. B. KRUSCH – W. LEVISON), MGH, SSM I, Germany: Hannover, 1951: 31 a 450.*

<sup>46</sup> Si bien, Gregorio de Tours es definido como heredero de la tradición romano-cristiana e historiador de los merovingios, quienes eran vecinos rivales de los visigodos, por lo que su actitud profundamente antiarriana puede no ser imparcial; TEILLET, Suzanne. *Des Goths à la nation Gothique: les origines de l'idée de nation en Occident du Ve au VIe siècle*, París, 1984), p. 367. En el mismo sentido, Luis A. García Moreno señala esta parcialidad ya que en su obra ‘*Historia Francorum*’, describe a los francos como los campeones de la ortodoxia y a los visigodos como la encarnación misma de la herejía; GARCÍA MORENO, Luis A. “*La coyuntura política del III Concilio de Toledo: una historia larga y tortuosa*”. En Concilio III de Toledo: XIV Centenario: 589-1989, 271-296. Toledo, 1991.

destierro Leandro de Sevilla<sup>47</sup>, el destierro de Fronimius<sup>48</sup> o el destierro de Juan de Bicláro<sup>49</sup>.

Si bien, como atestigua Edward Arthur Thompson<sup>50</sup>, el propio Juan de Bicláro no narra este episodio de abierta hostilidad del rey visigodo contra los cristianos niceístas, pues, como vimos, la

---

<sup>47</sup> En el caso de Leandro de Sevilla su destierro parece estar más vinculado con su implicación en la sublevación de Hermenegildo que con su negativa a la conversión. Sobre esta controversia, Cfr. VALLEJO GIRVÉS, Margarita. *Bizancio y la España tardoantigua (ss. V-VIII): un capítulo de historia mediterránea*. Madrid, 1993), pp. 203-204; GALÁN SÁNCHEZ, Pedro J. *El género historiográfico de la "Chronica": las crónicas hispanas de época visigoda*. Cáceres, 1994, p.152; SIMONETTI, Manlio. *La crisi ariana nel IV secolo*. Roma,1975, pp. 52 y 53.

<sup>48</sup> En el destierro de Fronimius también se observan motivos políticos debido a su estrecha colaboración con la facción del rebelde, al aconsejar a la princesa Ingunda (esposa del príncipe Hermenegildo) que no abjurase de sus creencias y que se negara a aceptar la herejía arriana (GREG. TUR., *Hist. Franc.* IX, 24: «...emisit, qui eum gladio deberet adpetere. Quod ille (Fronimius) per intenuntius cognuscens, relicta urbe Agathensi in Galiis advenit...ad Childebertum regem pertransiit»; GREG. TUR., *Hist. Franc.* IX, 24: «...cum Leuvioldus in illa hereticae pravitatis perfidia crassaretur et Ingundis... in Hispaniam ad matrimonium ducaretur, audivit Leuvioldus, quasi hic episcopus (Fronimius) ei consilium dedisset, ut numquam se veneno hereticae credulitatis deberit admiscere...»; NELSON, Janet L. “A propos des femmes royales dans les rapports entre le monde wisigothique et le monde franc a l'epoque de Recared”, en *Concilio III de Toledo: XIV Centenario: 589-1989*. Toledo,1991, pp. 465-476.; THOMPSON, Edward A. *Los godos en España*. Madrid, 2007, p. 98.

<sup>49</sup> En el caso de Juan de Bicláro, resulta más difícil discernir cuales fueron los verdaderos motivos de su destierro, aunque, posiblemente, influyera su estrecha relación con el Imperio Bizantino (pues fue abad en Constantinopla) junto con su negativa a profesar la fe herética arriana; THOMPSON, Edward Arthur. *Los godos en España*, pp.997-998; COLLINS, Roger. *España en la Alta Edad Media, 400-1000*. Barcelona, 1986, pp. 62-62.

<sup>50</sup> Thompson, Edward A. *Los godos en España*, p.103.

intención del monarca era la de conseguir que los ortodoxos abjuraran de su fe y adoptaran el arrianismo (es decir, no pretendía perseguirlos y someterlos a martirio).

En consecuencia, atendiendo a la disparidad de versiones y a los motivos causantes de la persecución<sup>51</sup>, parece que ésta únicamente se dio, o al menos se vio acusada, durante la rebelión de Hermenegildo, es decir, tenía un carácter más político que religioso.

Un claro ejemplo de lo dicho es el episodio sufrido por el obispo católico ortodoxo de Mérida, Masona y el culto a Santa Eulalia<sup>52</sup>.

En este supuesto, como narra Amancio Isla Frez<sup>53</sup> conforme al relato proporcionado por las *Vitas Sanctorvm Patrvm Emeretensivn*<sup>54</sup>, Leovigildo trató de convertir al credo arriano al

---

<sup>51</sup> Es decir, como vimos en notas anteriores, los motivos por los cuales los obispos Leandro de Sevilla, Fronimius y Juan de Bicláro fueron desterrados.

<sup>52</sup> Sobre la importancia del culto a Santa Eulalia en la Hispania altomedieval; *Cfr.* RECIO VEGANZONES, Alejandro. “Probable representación martirial de Santa Eulalia de Mérida en la plástica visigoda”. *Revista de estudios extremeños*, nº35-3, 1979, pp. 539-562; y especialmente, RIESCO CHUECA, Pilar. *Pasionario Hispánico: (Introducción, Edición Crítica y Traducción)*. Sevilla, 1987, pp. 49-72.

<sup>53</sup> ISLA FREZ, Amancio. “Las relaciones entre el reino visigodo y los reyes merovingios a finales del siglo VI”, pp. 11-32.

<sup>54</sup> VSPE V, IV, 10-28: «(Leovigildo)...supradicto sanctissimo uiro (Masona), legatos intercurrentibus, iterum iterumque mandauit ut, relicta fide catholica, ad Arrianam heresem cum uniuersitate plebis sibi commisse diuertet...cepit supradictus rex diuersis suasionibus animum eius inlicere...dona et premia ueluti purgamenta respuit...Quumque se ille cerneret casso labore deficere, raptus in furore eum cepit multis pulsare terroribus, opinans minis posse concutere quem blandimentis superare nequiuisset»; V, V, 9-23: «...Sunna... in eadem ciuitatem episcopum Arriane partis instituit...Hic iam dictus perfidie auctor dum in urbem

obispo Masona, una de las personas más ricas e influyentes de la ciudad de Mérida, pensando «*en el efecto que ello podría tener entre los fieles de su iglesia*», si bien, únicamente obtuvo de él una rotunda negativa. Así el rey, como represalia, le depuso y puso al frente del obispado de Mérida a Sunna (a quien confirió numerosas iglesias que pertenecían al credo católico) adjudicándole la reliquia de Santa Eulalia (la túnica de la Santa), provocando un duro enfrentamiento entre ambas sedes episcopales que culminó con el destierro del Masona<sup>55</sup>.

De esta manera, Leovigildo consiguió la adhesión ciudadana que no logro con la conversión del obispo cristiano, es decir, en palabras de María del Rosario Valverde<sup>56</sup>, «*el obispo que controlase el culto a Santa Eulalia vería reforzado su status y su auctoritas, pudiendo llegar a adquirir la supremacía espiritual en la ciudad y en la región*».

Cabe apuntar, sin embargo, que, pese a que el autor anónimo del relato afirma que el exilio del obispo de Masona se debió,

---

*Emeritensem adueniens quasdam basilicas cum omnibus earum priuilegiis, precipiente rege, sublatis ausu temerario de potestate propii pontificis sibimet adgrediens usurparet...»*; 33-35: «*...fabore regio basilicam sanctissime uirginis Eolalie passim adgredi nitebatur, ut eam sublantam de propii episcopi potestate Arriane heresi dedicaret*»; Maya Sánchez, Antonio. *Vitas sanctorum patrum Emeretensium*. Introducción, edición crítica y traducción. (Sevilla: Universidad de Sevilla, 1990). Sobre el contexto histórico de la obra; *Cfr.* FUENTES HINOJO, Pablo. “Sucesión dinástica y legitimidad episcopal en la Mérida visigoda”. *En la España medieval*, nº35, 2012, pp. 11-33.

<sup>55</sup> Brevemente diremos que Leovigildo hizo comparecer ante él al obispo insumiso con la intención, nuevamente, de conseguir su conversión, obteniendo de éste una segunda negativa y, en consecuencia, el rey le ordeno entregar la reliquia de Santa Eulalia y decreto su destierro. Sobre este episodio, *Cfr.* VSPE V, VI.

<sup>56</sup> VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “Leovigildo. Persecución religiosa y defensa de la unidad del reino”, pp. 123-132.

exclusivamente, a cuestiones religiosas, puede pensarse, como sostiene parte de la doctrina<sup>57</sup>, que fuese su insumisión al poder real la causa que determinó su exilio<sup>58</sup>.

En definitiva, como sentencia la autora<sup>59</sup>, parece que las medidas represivas dictadas por Leovigildo contra los miembros del episcopado católico hay que circunscribirlas en un momento determinado (durante la rebelión de Hermenegildo) y atendiendo a razones de carácter político más que religiosos.

Por tanto, se ha de negar, en este punto, la existencia de una persecución sistemática contra los católicos ortodoxos, aunque, como es evidente, si empeoraron las relaciones de convivencia pacífica entre ambas confesiones religiosas, pues el deseo del rey era fortalecer la posición del reino de Toledo sobre el conjunto de territorios sometidos a su autoridad y conseguir una unidad del reino<sup>60</sup> en todos los sentidos.

---

<sup>57</sup> Entre otros, COLLINS, Roger. *España en la Alta Edad Media, 400-1000*, pp.74 y 75; PÉREZ SÁNCHEZ, Dionisio. “Sociedad y relaciones de dependencia en la Lusitania tardorromana y visigoda”. *Studia historica. Historia antigua*, nº10-11,1992-1993, pp. 311-318.

<sup>58</sup> VSPE V, VI, 108-110: «*Masona, moribus nostris semper contra nos infestum et fidei nostre inimicum religionique contrarium, occius a conspectibus nostris subtractum exilio religari iubemus*»; 135-136: «*Post hec subrogatur ei pseudosacredos Nepopis quidam nomine atque in locum uiri Dei in Emeretensem urbem substituitur...*».

<sup>59</sup> VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “Leovigildo. Persecución religiosa y defensa de la unidad del reino”, pp. 123-132.

<sup>60</sup> Sobre la Administración central visigótica, *Cfr.* VALENCIA VIROSTA, Alejandro. “Los orígenes de la Administración General del Estado: de la organización palatina a la Administración Central de la Corona de Castilla hasta el siglo XV”. *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº22, 2023, pp. 529-590.

## II. El punto de inflexión: el martirio de San Hermenegildo y el triunfo de la fe católica

En los próximos párrafos atenderemos a los acontecimientos históricos y jurídicos que dieron lugar a la conversión al catolicismo del Reino visigodo de España y que dieron lugar a una transformación ideológica, política y religiosa a partir del reinado de Recaredo.

### 2.1. Choque de reyes: Leovigildo contra Hermenegildo

La rebelión de San Hermenegildo, conforme al prodigioso estudio realizado por Nicolas Klein<sup>61</sup>, supuso el incentivo necesario para que los godos arrianos se convirtieran al catolicismo niceno, lo que hicieron en el Tercer Concilio de Toledo, en 589, bajo el reinado de Recaredo I (586-601).

#### 2.1.1. Legitimidad del alzamiento

Como reconoce el autor en su estudio<sup>62</sup>, Hermenegildo ha sido tratado por las fuentes, sean peninsulares o extranjeras, de manera imparcial y en consecuencia su figura se halla entre la dicotomía de rebelde y héroe, usurpador y mártir, malhechor ilegítimo y defensor de la fe católica.

Desde el punto de vista puramente jurídico, cabe plantearse si la rebelión del príncipe contra su padre gozaba de legitimidad.

---

<sup>61</sup> KLEIN, Nicolas. “Historia de un rey y un príncipe. La rebelión de Hermenegildo”. *e-Legal History Review*, nº11, 2011, pp. 1-75.

<sup>62</sup> KLEIN, Nicolas. “Historia de un rey y un príncipe. La rebelión de Hermenegildo”, pp. 1-75.

Así, como recuerda José Orlandis Rovira<sup>63</sup>, tanto Hermenegildo como Recaredo recibieron de su padre el *consors regni*, es decir, la posesión común del reino y de la autoridad real, ya que Leovigildo, siguiendo posiblemente las costumbres godas<sup>64</sup>, decidió dividir patrimonialmente el territorio y compartir sus atribuciones regias.

Si bien, la terminología puede resultar engañosa. Así, conforme a los escritos de Juan de Bicláro cabe suponer que tanto Hermenegildo como Recaredo, al tener los mismos poderes que Leovigildo, podían disputar el trono visigodo, en calidad de reyes asociados, mediante una sublevación armada.

En este sentido, Gregorio de Tours, en su obra la *Historia de los francos*, emplea el término *rex* para dirigirse a Hermenegildo, en tanto en cuanto tanto él como su esposa, Ingundis, recibieron Sevilla como «*in qua residentes regnarent*»<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> ORLANDIS ROVIRA, José. *Estudios visigóticos III - El Poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigoda*. Roma, 1962.

<sup>64</sup> Pues así lo había hecho su hermano mayor (Liuvia I) con él al concederle en el año 568 el gobierno de Hispania; MARCOTEGUI BARBER, Beatriz. “El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo”. *Anuario de Historia de la Iglesia*, nº12, 2003, pp. 289-304.; CEBRIÁN DE MIGUEL, Juan Antonio. *La Aventura de los godos*. Madrid, 2006, p. 106. Por el contrario, Rafael Gibert descarta que ésta fuese una verdadera costumbre ya que, conforme a su investigación, ninguna fuente de la época explica que la corregencia era una *praxis* tan habitual y arreglada (pues el único caso conocido fue el de Liuvia I y Leovigildo); ORLANDIS ROVIRA, José. *Estudios visigóticos III: El poder real y la sucesión al Trono en la Monarquía visigoda*. Roma, 1962, p. 41.

<sup>65</sup> GREG. TUR., *Hist. Franc.* V, 39.

En consecuencia, como concluyen autores contemporáneos como Manuel Torres López<sup>66</sup> o Roberto Grosse<sup>67</sup>, dicha práctica de repartición del territorio (siguiendo el modelo franco<sup>68</sup>) sirvió para legitimar al alzamiento y convirtiera a Hermenegildo en mártir de la Iglesia católica<sup>69</sup>.

Sin embargo, más verosímil es la postura mantenida por José Orlandis Rovira<sup>70</sup> al considerar que tanto Hermenegildo como Recaredo eran simplemente participes preferentes de la administración regia<sup>71</sup>, esto es, subordinados a su padre.

Por tanto, la rebelión, en todo momento, ha de ser considerada como ilegal e ilegítima, en tanto en cuanto el príncipe se enfrentó a su padre y rey, o lo que es lo mismo, a la fuente de su poder y legitimidad sobre la provincia Bética que sí gobernaba.

Aunque, si bien es cierto que, en la situación práctica<sup>72</sup>, la repartición de poder trajera consigo ciertas confusiones, así Isidoro de Sevilla dice «*regnum duos capuit, dum nulla potestas patiens*

---

<sup>66</sup> TORRES LÓPEZ, Manuel. *Historia de España*. Madrid, 1940, p. 99.

<sup>67</sup> GRSOSSE, Robert. *Las Fuentes de la época visigoda y bizantina*. Barcelona, 1947, p.180.

<sup>68</sup> MARCOTEGUI BARBER, Beatriz. “El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo”, pp. 289-304.

<sup>69</sup> MARCOTEGUI BARBER, Beatriz. “El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo”, pp. 289-304.

<sup>70</sup> ORLANDIS ROVIRA, José. *Estudios visigóticos III - El Poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigoda*, Roma, 1962.

<sup>71</sup> Hermenegildo recibía la gobernación de la provincia Bética y Recaredo la gobernación de la provincia de la Galia.

<sup>72</sup> Así lo narra Paul David King al decir que la convivencia practica entre Leovigildo y Hermenegildo acarreo serios problemas y graves fricciones entre ambos, incluso en momentos previos a la propia revolución; KING, Paul D. *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Madrid, 1981, p. 33.

*consortis sit*»<sup>73</sup>, y la legitimidad o no del alzamiento pasara a un segundo plano.

### 2.1.2. La rebelión de Hermenegildo ¿Causas religiosas o políticas?

La revuelta de San Hermenegildo ha sido analizada históricamente desde el punto de vista del enfrentamiento entre católicos y arrianos e hispanorromanos y godos, es decir, una rebelión religiosa. Esta postura es defendida atendiendo, exclusivamente, a las versiones de las fuentes, esto es, a las narraciones de Isidoro<sup>74</sup>, Juan de Biclaro<sup>75</sup>, Gregorio de Tours<sup>76</sup> y

---

<sup>73</sup> ISID., *Hist. Goth.* 48; ARCE MARTÍNEZ, Javier. *Esperando a los árabes: Los visigodos en Hispania (507-711)*. Madrid, 2013, p. 48.

<sup>74</sup> ISID., *Hist. Goth.* 50: «*Hermenegildum deinde filium imperiis suis tyrannizantem obsessum exsuperavit*».

<sup>75</sup> Iohann. Bicl., *Chron.* ad a. 579.3: «*... et sui regno XI filio suo Hermenegildo Gosvindam Siseberti regis Francorum filiam in matrimonio tradit et provintie partem as regnandum eodem autem anno Hermenegildus factione uxoris tyrannidem contra patrem sumpsit et Yspali rebellavit adversus quem Leovigildus rex partes eius et Miro Suevorum rex congregato magno exercitu Hispalim venerunt et eadem obsederunt. Eodem anno ibi moriturus est Miro rex. Leovigildus tamen furorem Betis conclusione graviter contubabit et XVI regni sui anno antequam civitatem Ytalicam contra Yspalim restauravit. Hermenegildo autem inde egresso Leovigildus civitates et castella, quas filius occupaverat, restauravit. Tandem eum in Corduba comprehendit et potius quod in fide catholicam partim uxoris moneritis, partim Leandri episcopi predicatione poterat, pater illum regno privatum et Valentiam in exiliu missum tandem Terraconensem urbem a Sisberto et aliis suis apparatoribus interfici mandavit»; (Juan de Biclaro, *Juan de Biclaro, obispo de Gerona: su vida y su obra* (introducción, texto crítico y comentarios por Julio Campos), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960).*

<sup>76</sup> Greg. Tur., *Hist. Franc.* V, 38; *Cfr.* VI, 18.

Gregorio Magno<sup>77</sup>, donde la contienda se reduce a un intento para que Hermenegildo retorne al arrianismo (que era considerada, como ya hemos visto, una doctrina herética).

Sin embargo, una revisión historiográfica de las fuentes extranjeras e hispanas<sup>78</sup>, realizada por investigadores contemporáneos, como, Luis Vázquez de Praga Iglesias<sup>79</sup>, ha permitido hablar hoy de un levantamiento político legitimado en la religión.

A este respecto, conforme al relato de *La Vida de los Padres de Mérida*<sup>80</sup>, los acontecimientos de la rebelión se desarrollan entre los años 579 al 584. Así, en el año 579 Hermenegildo se casa con Ingundis, de credo católico e hija del rey Siseberto, y debido a las riñas de ésta con su abuela Gosuinda (quien intenta convertirla al arrianismo) Leovigildo decide enviar a su hijo a Sevilla (confiándole el gobierno de la Bética).

Allí, Hermenegildo, influenciado por su esposa y San Leandro, adopta el nombre de Juan al convertirse al catolicismo y entra en rebelión contra su padre, al que considera hereje, buscando apoyos extranjeros<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> *Vid infra*. Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31; Para la transcripción del relato utilizamos la versión de Gregory the Great., *Dialogues* (ed. & trans. Adalbert de Vogüé), Paris: Les Éditions du Cerf, 1980: 384 y ss.

<sup>78</sup> Así mientras que para las fuentes extranjeras Hermenegildo es un mártir perseguido junto a otros fieles católicos por su padre, es decir, una rebelión religiosa, para las fuentes hispanas hablan de una tiranía del hijo contra el padre, esto es una rebelión política.

<sup>79</sup> VÁZQUEZ DE PRAGA IGLESIAS, Luis. *San Hermenegildo ante las fuentes históricas*. Madrid, 1973.

<sup>80</sup> MAYA SÁNCHEZ, Antonio. *Vitas sanctorum patrum Emeretensium. Introducción, edición crítica y traducción*. Sevilla, 1990, pp. 26ss.

<sup>81</sup> En este sentido, la rebelión pasa a ser de carácter internacional al involucrar a los Suevos, a Austrasia, a Borgoña y al Imperio Bizantino. Aunque, en todo momento, Leovigildo, al neutralizar las alianzas de

Por todo ello, Leovigildo, (quien ha sido prudente y que había tratado de evitar la guerra) al ver que su hijo toma Córdoba y Mérida prohibiendo el arrianismo en éstas (y San Leandro marcha a Bizancio para pedir el apoyo militar del Imperio<sup>82</sup>), reaccionó tomando Mérida y obligando a su hijo a refugiarse en Córdoba, donde es finalmente capturado por su padre en febrero del 584.

En consecuencia, la rebelión, según la historiografía reciente<sup>83</sup>, fue esencialmente política, pues pocos autores sostienen que Hermenegildo es acusado y asesinado por no querer acoger o regresar la herejía arriana como doctrina religiosa.

## 2.2. El martirio del príncipe a ojos de San Gregorio Magno

Como bien recoge Beatriz Marcotegui Barber<sup>84</sup>, el único escritor que proporciona una versión de gran interés sobre las causas

---

Hermenegildo por acción o por fortuna, se muestra muy superior a su hijo; Isla Frez, Amancio. “Las relaciones entre el reino visigodo y los reyes merovingios a finales del siglo VI”..., 11-32.

<sup>82</sup> Sin embargo, la alianza con Bizancio se malogró por causas circunstanciales, como la muerte del emperador Tiberio II (quien prometió ayuda a los rebeldes de Hermenegildo), fracasando la embajada de Leandro; Cfr. CODOÑER MERINO, Carmen. *El - De viris illustribus - de Isidoro de Sevilla. Estudio y edición crítica*. Salamanca, 1964.

<sup>83</sup> Entre otros; Cfr. DÍAZ Y DÍAZ, Manuel. “La leyenda ‘regio a deo vita’ de una moneda de Ermenegildo”. *Analecta Sacra Tarraconensia*, nº31-2, 1951, pp. 261-290; GODOY, Cristina; VILELLA, Josep. “De la ‘fides Gothica’ a la ortodoxia nicena: inicio de la teología política visigótica”. *Antigüedad y Cristianismo*, nº3, 1986, pp. 117-144; THOMPSON, Edward A. “The conversion of the Visigoths to catholicism”, *Nottingham Medieval Studies*, nº4, 1960, pp. 4-35; GARCÍA MORENO, Luis A. *Historia de la España Visigoda*, Madrid, 1989.

<sup>84</sup> MARCOTEGUI BARBER, Beatriz. “El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo”, pp. 289-304.

de la muerte de este personaje es Gregorio Magno<sup>85</sup>, concretamente en sus *Diálogos*<sup>86</sup>, identificándolo como un héroe de la fe («*terrenum regnum despiciens et forti Desiderio caeleste quarens*»<sup>87</sup>, y «*quia, etsi exterius iacebat ligatus, apud se tamen in*

---

<sup>85</sup> Es obligado reseñar, brevemente, algunos datos biográficos de tal ilustre personaje. Así pues, Gregorio Magno (540-604), hombre profundamente místico, fue el sexagésimo cuarto papa de la Iglesia católica, Doctor de la Iglesia (20 de septiembre de 1295 por Bonifacio VIII) y uno de los cuatro Padres de la Iglesia latina junto con Jerónimo de Estridón, Agustín de Hipona y Ambrosio de Milán. Fue el primer monje en alcanzar la dignidad pontificia, y, probablemente, la fue figura definitoria de la posición medieval del papado como poder separado del Imperio romano, y por ello, la Iglesia romana adquirió gracias a él un gran prestigio en todo Occidente, ganándose el título de «*servus servorum Dei*»; Cfr. entre otros, ORLANDIS ROVIRA, José. “*Gregorio Magno y la España visigodobizantina*”, en *Estudios en Homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, ed. por Claudio Sánchez Albornoz. Madrid, 1983, pp. 329-348; MARKUS, Robert A. *Gregory the Great and his World*. Cambridge, 1997, pp. 8-14.

<sup>86</sup> Respecto a la obra de los ‘*Diálogos*’ de Gregorio Magno debemos apuntar que se compone de un conjunto de relatos sobre santos y milagros cuya intención, más que narrar la Historia, es fomentar la devoción religiosa católica entre un público sencillo y humilde, y, por ello, dando cabida a sucesos maravillosos. Sobre dicha obra recomendamos la lectura de, entre otros, los estudios realizados por Jorge Sáenz Herrero, como, por ejemplo, SÁENZ HERRERO, Jorge. “Lo real, lo fantástico y lo maravilloso en el relato hagiográfico: El caso de los Diálogos de Gregorio Magno”, en LÓPEZ PELLISA, Teresa. *Ensayos sobre ciencia ficción y literatura fantástica: 1er Congreso Internacional de Literatura Fantástica y Ciencia Ficción*, Madrid, 2008, pp. 826-848; y, especialmente la tesis doctoral de Sáenz Herrero; Cfr. SÁENZ HERRERO, Jorge. *Edición y estudio de la traducción castellana de los Diálogos atribuidos a Gregorio Magno realizada por Gonzalo de Ocaña (S. XV)*. La Rioja, 2014.

<sup>87</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 2; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 384 y 385.

*magno mentis culmine stábat securus*»<sup>88</sup>), un mártir de la Iglesia hispana que, con su muerte, permitió que los visigodos se adhirieran al catolicismo, única y verdadera religión («*Qua in re considerandum est nobis, qua totum hoc agi nequaquam posset, si Herminigildus rex pro veritate mortuus non fuisset*»<sup>89</sup> y «*ut multi viverent*»<sup>90</sup>).

Así, según el relato, Leovigildo, como consecuencia de la conversión de su hijo, Hermenegildo, a la fe católica, gracias a la predicación de Leandro de Sevilla<sup>91</sup>, amenaza y persuade al príncipe para que se rebautice en el arrianismo.

Sin embargo, los intentos del rey fracasaron, debido a la resistencia de su hijo a abrazar la herejía arriana, lo que conllevó a que Hermenegildo perdiera sus bienes, funciones de gobierno en la Bética y fuese encerrado en un calabozo.

En el día de Pascua de 585, su padre, con la finalidad de que rechazara la fe católica y obtuviese el perdón real, le envió un obispo arriano para que recibiera la sagrada comunión, sin embargo, Hermenegildo rechazó su oferta y fue ejecutado («*vitam corporis*

---

<sup>88</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 3; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 386 y 387.

<sup>89</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 8; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 388 y 389.

<sup>90</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 8; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 390 y 391.

<sup>91</sup> Sobre este personaje y su relación con Hermenegildo; *Cfr.*, entre otros; DOMÍNGUEZ DEL VAL, Ursicino. *Leandro de Sevilla y la lucha contra el arrianismo*. Madrid: 1981; o, GÓMEZ COBO, Antonio. “Gozo y alegría: metáforas de conversión en la "Homelia in laude Ecclesiae" de Leandro de Sevilla”. *Myrtia: Revista de filología clásica*, nº21, 2006, pp. 183-234.

*abstulerunt*»<sup>92</sup>) brutalmente de un hachazo por su carcelero, Sisberto, alcanzando así la gloria de dios<sup>93</sup>.

En consecuencia, según el relato, se deduce que Hermenegildo fue acusado por no abrazar la herejía arriana<sup>94</sup> pues, como debemos tener en cuenta, la herejía supone la idea o conjunto de ideas religiosas contrarias a los dogmas de una doctrina religiosa que son rechazadas por las autoridades eclesiásticas, en este caso arrianas, y, en definitiva, su conversión al catolicismo propició la pena capital, pese a la legitimidad de su enfrentamiento contra su herético padre (en el relato se le califica como «*perfidus, parricida*»<sup>95</sup> y sacrílego<sup>96</sup>), desde el punto de vista cristiano católico.

No obstante, la narrativa que presenta el papa Gregorio Magno está destinada a mover la devoción, es decir, no es un relato puramente histórico. En este sentido, a juicio de la autora<sup>97</sup>, Gregorio Magno alteró, voluntariamente, los hechos y omitió la rebelión

---

<sup>92</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 4; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 386 y 387.

<sup>93</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 5: «*Sed pro ostenda vera eius gloria, suprema quoque non defuere miracula*»; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 386 y 387.

<sup>94</sup> Un delito que como señala Beltrán Torreira, aparece desligada de las connotaciones políticas en la historiografía; Cfr. BELTRÁN TORREIRA, Federico Mario. *Las imágenes de la herejía en el pensamiento histórico de la transición al medioevo: el caso hispánico*. Madrid, 1986.

<sup>95</sup> Cfr. Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 6; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 388 y 389.

<sup>96</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 3: «*Superveniente autem paschalis festivitatis die, intempestae noctis silentio ad eum perfidus pater arrianum episcoporum misit, ut ex eius manu sacrilegae consecrationis communionem perciperet...*»; Gregory the Great., *Dialogues*, pp. 386 y 387.

<sup>97</sup> Marcotegui Barber, Beatriz. ‘‘El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo’’, pp. 289-304.

política de con la única finalidad de desprestigiar al hereje reino visigodo de Leovigildo.

Por tanto, conforme a lo visto anteriormente parece inverosímil que la referida acusación fuese el único motivo de conflicto entre el rey y su hijo pues, en verdad, parecen tener mayor peso los motivos políticos (en este sentido se pronuncian José Luis Olaizola, Roger Collins, José Orlandis y Edward Arthur Thompson<sup>98</sup>) que los motivos religiosos como causantes de su muerte.

Sin embargo, en opinión de, Jocelyn Nigel Hillgarth<sup>99</sup> la simplificación del relato se debe, únicamente, a que la obra tenía por fin extraer una enseñanza moral, esto es, solo atiende a las cuestiones religiosas y no a las acciones políticas y militares de ambos personajes.

---

<sup>98</sup> Según estos investigadores, considerados los especialistas de mayor nivel en la historia de la Hispania visigoda, no consideran que la conversión de Hermenegildo fuera la verdadera causa de la revuelta, sino más bien una excusa para ella. Se apoyan para esto en la tolerancia religiosa exhibida durante el reinado de Leovigildo y en los distintos intentos diplomáticos efectuados antes del inicio del conflicto. Más aún, incluso después de la conversión de los visigodos al catolicismo con Recaredo, los cronistas y actas conciliares hacen nula mención de Hermenegildo, su revuelta o su heroísmo, lo cual parece indicar que los visigodos católicos lo consideraban sólo un rebelde y no un mártir; OLAIZOLA SARRIA, José L. *Hermenegildo, príncipe y mártir La conversión de los visigodos al catolicismo*. Madrid, 2010; COLLINS, Roger. *La España visigoda*. Barcelona, 2005; ORLANDIS ROVIRA, José. *Historia del reino visigodo español*. Madrid, 1988.

<sup>99</sup> HILLGARTH, Jocelyn N. “La conversión de los Visigodos: notas críticas”. *Analecta sacra tarraconensia: Revista de ciències historicoeclesiàstiques*, nº34, 1961, pp. 21-46.

En definitiva, el relato, siempre y cuando se desprenda de los hechos milagrosos del final<sup>100</sup>, puede servir para completar la reconstrucción de la historia al ser el único texto que informa sobre lo sucedido una vez apresado San Hermenegildo y, en consecuencia, dicha obra se inviste como el núcleo central sobre el que centrar un estudio de su acusación y posterior ajusticiamiento.

### **2.3. Unidad del reino en torno a la fe católica, el arrianismo visigodo tardío, y las persecuciones de arrianos**

Como Leovigildo, Recaredo también quiso conseguir la unidad del reino visigodo, pero, a diferencia de su padre, en torno al catolicismo y, en consecuencia, abandonando la confesión arriana propia de los godos (y símbolo étnico de éstos). A este respecto, existen estudios muy ilustrativos<sup>101</sup>, especialmente el realizado por Catherine Navarro Cordero<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Gregorio Magno, *Dialogi*, III 31, 4: «*Nam coepit in nocturno silentio psalmodiae cantus ad corpus eiusdem regis et martyris audiri. [...] Quidam etiam ferunt quod illic nocturno tempore accensae lampades apparebant*».

<sup>101</sup> Entre otros; RIPOLL LÓPEZ, Gisela. “La Hispania de Recaredo: hacia la unidad peninsular”. *Historia 16*, nº131, 1987, pp. 37-42; CANAL, Jordi. “Recaredo contra la revolución: el carlismo y la conmemoración del "XIII Centenario de la Unidad Católica" (1889)”. En P. BOYD, Carolyn, *Religión y política en la España contemporánea*. Madrid, 2007, pp. 249-270; y, especialmente, *cfr.* CASTELLANOS GARCÍA, Santiago. *Los godos y la cruz: Recaredo y la unidad de "Spania"*. Madrid, 2007.

<sup>102</sup> NAVARRO CORDERO, Catherine. “El giro recarediano y sus implicaciones políticas: el catolicismo como signo de identidad del reino visigodo de Toledo”. *Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, nº5, 2000), pp. 97-118.

Conforme relata la autora, Recaredo se convirtió al cristianismo católico, a instancias de Leandro de Sevilla, en el año 587<sup>103</sup> confiriendo, en consecuencia, «el reconocimiento por parte de la monarquía visigoda de un poder e influencia institucional de la iglesia y jerarquías eclesiásticas cada vez más dominadas por la nobleza hispano-visigoda»<sup>104</sup>.

Si bien, cabe apuntar que este proyecto de oficialización del catolicismo no hubiera sido posible si el monarca no se hubiese garantizado el apoyo previo de la aristocracia y de los obispos arrianos, quienes a cambio de su conversión mantenían su posición jerárquica<sup>105</sup>.

Por tanto, la alianza entre la monarquía visigoda católica y la Iglesia supone, además de la adopción del cristianismo niceno, la cristianización de las relaciones de poder y el gobierno, es decir, el Rey es *Rex y rector ecclesiae*, lo que implica la existencia de una iglesia nacional ligada a un cierto cesaropapismo regio, con cierta independencia de Roma, que permitió el fortalecimiento de la realeza visigoda llegando, incluso, a conseguir una transferencia ideológica del Imperio a *Hispania* (pues, Recaredo asume las cualidades y calificativos reservadas, hasta ese momento, al

---

<sup>103</sup> Sin embargo, dicha conversión no se hizo pública hasta que el monarca afianza su poder en el año 589, durante el III Concilio de Toledo; BELTRÁN TORREIRA, Federico Mario. “La conversión de los suevos y el III Concilio de Toledo”, *Mayurqa*, nº22-1, 1989, pp. 69-84.

<sup>104</sup> En estos términos se expresa; GARCÍA MORENO, Luis A. *Disidencia religiosa y poder episcopal en la España tardoantigua, s.s. V-VII*. Cádiz, 1992, p. 112.

<sup>105</sup> Este sistema de conversión a cambio del mantenimiento de la posición jerárquica se intensifica entre los años 587 y 589, pese a que algunos, como Agila, acabasen abjurando; García Moreno, Luis A. *Prosopografía del reino visigodo de Toledo*. Salamanca, 1974, p. 32; ORLANDIS ROVIRA, José. “El arrianismo visigodo tardío”. *Cuadernos de Historia de España*, nº65-66, 1981, pp. 5-20.

emperador), del emperador al rey cristiano visigodo, que se convierte en el legítimo detentor de la patria por la voluntad de Dios y encarna los ideales del príncipe cristiano de *Pax*, de *Pietas* y de *Justitia*<sup>106</sup>.

Asimismo, la Iglesia (el episcopado y las jerarquías eclesiásticas) adquiere un papel predominante, pues se le conceden privilegios jurídicos, fiscales y de gobierno en el ámbito local<sup>107</sup>, en la estructura ideológica y administrativa del reino.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que, como bien recuerda la autora<sup>108</sup>, no es hasta el III Concilio de Toledo, en el año 589, cuando se marca oficialmente la unión de la Iglesia con la monarquía, del catolicismo y el reino con sus súbditos.

Así, de este III Concilio de Toledo se han de extraer las siguientes notas: a) se produce una identificación sociedad e iglesia (subordinación de la Iglesia y de la sociedad política al rey); b) el poder del rey es de origen divino y tiene la función de ser guía del pueblo hacia la consecución de su salvación; c) el rey se convierte en *dominus* de sus *fideles* como Dios lo es del propio monarca.

En definitiva, en palabras de la autora,

“El catolicismo represento el factor capaz, al menos en la ideología del poder, de unir a los súbditos; se trata del único elemento de índole supra-étnico vehículo de cohesión

---

<sup>106</sup> Cfr. REYDELLET, Marcel. *La royauté dans la littérature latine de Sidoine Apollinaire à Isidore de Séville*. Roma, 1981, pp. 554-598.

<sup>107</sup> ORLANDIS ROVIRA, José. “El elemento germano en la Iglesia española del siglo VII”. *Anuario de estudios medievales*, nº3, 1966, pp. 27-64.

<sup>108</sup> NAVARRO CORDERO, Catherine. “El giro recarediano y sus implicaciones políticas: el catolicismo como signo de identidad del reino visigodo de Toledo”, pp. 97-118.

para los habitantes del reino. La política de unión bajo el concepto de territorialidad que empezara con Leovigildo culmina ahora con Recaredo: al concepto político-geográfico se une igualmente el religioso. La monarquía se hace entonces defensora de una ortodoxia católica con significado político: representa la identidad del pueblo y del reino visigodo no solo frente a oposiciones internas (políticas o religiosas) sino también frente a enemigos extranjeros. Desde este momento se desarrolla una política de vigilancia de la fe contra rústicos paganizantes o judíos canalizada a través de los concilios (expresión y sanción de la realeza) y de la ley civil”.

En cuanto a las persecuciones y exilios de arrianos durante el reinado de Recaredo, resulta obligado acudir al minucioso estudio realizado por Margarita Vallejo Girvés<sup>109</sup>.

Así, conforme a lo defendido por la autora<sup>110</sup>, Recaredo persiguió, como primer rey católico, las revueltas de supuesto signo arriano que acompañaron a su conversión, aunque en menor medida que su padre – Leovigildo – con los católicos, como, por ejemplo, procuro el exilio de los revelados en Mérida<sup>111</sup> que actuaban bajo las

---

<sup>109</sup> VALLEJO GIRVÉS, Margarita. “Los exilios de católicos y arrianos bajo Leovigildo y Recaredo”. *Hispania Sacra*, nº55, 2003, pp. 35-48.

<sup>110</sup> VALLEJO GIRVÉS, Margarita. “Los exilios de católicos y arrianos bajo Leovigildo y Recaredo”, pp. 35-48.

<sup>111</sup> VSPE V, XI, 53-55: «*Rex uero huiusmodi accipiens suggestionem talem dedit sententiam, ut cuncti omnibus patrimoniis uel honoribus priuati exilio multis uinculis ferris constricti ligarentur...*»; 86: «*Ceteros uero uiros scelestos, quos supra meminimus, iuxta preceptum regis exilio religarunt*».

órdenes del obispo arriano Sunna<sup>112</sup> y de los nobles Segga<sup>113</sup> y Vargila<sup>114</sup>, y, también, exilio a los conspiradores de Toledo, el obispo arriano Uldila y la reina Gosuinda<sup>115</sup>.

Es decir, los medios empleados por el monarca cristiano se limitaban al exilio, en sus tres modalidades, esto es, destierro o relegación en un determinado lugar, confinamiento en un monasterio y, en tercer lugar, la expulsión de los límites territoriales, siendo ésta la preferida por Recaredo.

Si bien, las fuentes no reflejan claramente si las motivaciones del monarca fueron religiosas o políticas, pues mientras que Juan de Bicláro narra el destino de estos obispos arrianos sublevados (Sunna y Uldila); por otro lado, Recaredo toleró la permanencia de firmes creyentes arrianos en su reino, como se manifiesta en el canon V del

---

<sup>112</sup> VSPE V, XI, 70-81: «*Cuius dum mentem obstinatam pertinacemque in malis cernerent, hunc protinus de finibus Ispanie, ne alios pestifero morbo macularet, cum summo dedecore infeliciter reppellerunt atque in modicam nauiculam ignominiose inposuerunt eique conminates preceperunt ut in quoquumque loco, gente uel regione transmeare uellet, liberum haberet arbitrium; quoquumque uero tempore in Ispania fuisset repperturs, grauiori se cognosceret multandum sententia Tum deinde nauigans Mauretanie regiones contigit litus atque in eadem prouincia aliquandiu conmoratus multos perfidia impii dogmatis maculabit. Deinde diuino protinus multatus iudicio crudeli exitu uitam finibit*»; Iohann. Bicl., Chron. ad a. 588.1: «...Sunna exilio truditur...».

<sup>113</sup> Iohann. Bicl., Chron. ad a. 588.1: «*et Segga manibus amputatis in Gallaeciam exul transmittitur*».

<sup>114</sup> VSPE V, XVIII, 42: «*Rex uero huiuscemodi accipiens suggestionem talem dedit sententiam: ut cuncti omnibus patrimoniis uel honoribus priuati exilio multis uinculis ferri uel constricti ligarentur*».

<sup>115</sup> Iohann. Bicl., Chron. ad a. 589.1: «*deductum Uldila exilio condemnatur*...».

Concilio de Narbona del 589<sup>116</sup>, política ésta que le ocasiono ciertas dificultades debido a su carácter conciliador.

Aunque, cierto es, no fue tan magnánimo con los pretendientes a usurpar su trono, esto es motivaciones enteramente políticas, como, por ejemplo, con Segga que recibió como castigo la amputación de las manos<sup>117</sup> y el destierro<sup>118</sup>, o con Argimundo quien fue vejado, castigado (fue encadenado, azotado, decalvado, obligado a ir montado en burro por Toledo y, finalmente, se le amputo una mano)<sup>119</sup> y, posiblemente, ejecutado<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Con. Narbonensis, a. 589, c. V: «*Secundum concilium Nicaeni sanctissimi concinnabula vel coniurationes non fiant clericorum quae sub patrocinio solebant fieri laicorum; nec unusquisque de inferiore gradu seniore sibi elatus aut increpet aut iniuriet: quod si quis praetermisso tam iustae censurae ordine ausus fuerit facere, distractione saevissima corrigatur, ut sub poenitentiae nomine vita recedente, id esto anno in monasterio sciat abicere superbiam unde inflatur, quod diabolus et addiscat humiliationem quia per ipsam mortem gustare dignatus est*». Sobre la trascendencia de este; Cfr, entre otros, GONZÁLEZ GARCÍA, Alberto. “La imperialización de los reinos romano-germánicos: los casos visigodo y vándalo”, pp. 365; ORLANDIS ROVIRA, José. “La problemática de conciliar en el Reino Visigodo de Toledo”. *Anuario de Historia del derecho español*, n°48, 1978, pp. 283-299.

<sup>117</sup> Sobre los castigos sufridos por los usurpadores en el mundo visigodo; SABATINO LÓPEZ, Robert. “Byzantine Law in the Seventh Century and its Reception by the Germans and the Arabs”. *Byzantion*, n°16-2, 1942, pp. 445-461.

<sup>118</sup> Iohann. Bicl., Chron. ad a. 588.1.

<sup>119</sup> Iohann. Bicl., Chron. ad a. 591.3: «*...ipse autem Argimundus, qui regnum assumere cupiebat, primum verberibus interrogatus, deinde turpiter decalvatus, post haec dextra amputata exemplum omnibus in Toletana urbe asino sedens pompizando dedit*».

<sup>120</sup> Iohann. Bicl., Chron. ad a. 590.3: «*...socii eius impiam machinationem confessi condigna sunt ultione intefecti...*».

Así, Recaredo, a diferencia de su padre quien intentó forzar la conversión al arrianismo de católicos influyentes, no persiguió a la población arriana, sino que, únicamente, castigó a los arrianos sublevados que no aceptaban la conversión del rey al catolicismo.

En definitiva, durante el reinado católico de Recaredo no hubo mártires ni arrianos, debido al éxito de la conversión goda al catolicismo, aunque, sin embargo, es posible que, si los fieles arrianos hubieran seguido existiendo en Hispania, los exilios de Sunna y Uldila les habría valido la consideración, como apunta la autora siguiendo a Antonio Maya Sánchez<sup>121</sup>, de *confessores* arrianos.

### III. Conclusiones

Como sabemos, se considera herejía aquella idea o conjunto de ideas religiosas contrarias a los dogmas de una doctrina religiosa que son rechazadas por las autoridades eclesiásticas, en este caso católicas.

De modo que, desde el punto de vista histórico, los visigodos, convertidos al arrianismo a partir del año 397, profesaban, desde el inicio, una fe considerada herética y apartada de la Iglesia de Roma desde el Concilio de Nicea, en el año 325.

Si bien, salvo en ocasiones puntuales, esta divergencia teológica no causó mayores problemas ni impidió la existencia de una tolerancia religiosa entre los visigodos (la clase dirigente) y su pueblo (hispanorromanos de creencia católica) hasta el reinado de Leovigildo.

---

<sup>121</sup> El autor asimila la actitud de resistencia de Sunna a la de un mártir dispuesto a morir por su fe; Maya Sánchez, Antonio. “*De Leovigildo perseguidor y Mazona mártir*”. *Emerita: Revista de lingüística y filología clásica*, nº62-1, 1994, pp. 167-186.

Así, como creemos haber expuesto extensamente en los apartados anteriores, Leovigildo se sirvió de esta cuestión religiosa para unificar el reino, es decir, la intencionalidad fue más política que religiosa, entrando en conflicto con diversas personalidades católicas de gran influencia y poder dentro del reino, como, entre otros, el obispo Masona.

En este clima de inestabilidad, el joven príncipe Hermenegildo, en parte influenciado por su esposa e Isidoro de Sevilla, se convirtió al catolicismo y se declaró contrario a su padre al considerarlo hereje.

Sin embargo, como ha parecido deducirse de las fuentes consultadas, al igual que su padre, el rey, Hermenegildo se sirvió de su nueva fe para disputar el reino al legítimo rey Leovigildo, por tanto, vuelve a reflejarse aquí una intencionalidad política bajo el disfraz de la religión.

Si bien, cabe apuntar que no es nuestra intención aquí discutir la auténtica conversión de Hermenegildo, que lo fue, ni tampoco su verdadera devoción hacia la fe católica, pues, sin duda alguna, seguramente fuese un devoto cristiano, simplemente apuntamos que junto a los motivos religiosos existieron motivaciones políticas.

Finalmente, esta disputa familiar, entre hijo y padre, se saldó con el encarcelamiento del primero por el segundo. No obstante, desde que Hermenegildo fue encarcelado hasta su muerte no existen relatos ni fuentes más allá que las ofrecidas por San Gregorio Magno.

En consecuencia, ateniéndonos al relato del Santo, se narra que Hermenegildo fue ejecutado por no abrazar el arrianismo y mantenerse fiel al catolicismo, es decir, por no retornar a la herejía que profesaba su padre y las autoridades eclesiásticas visigodas. Sin embargo, al observar cómo Leovigildo castigaba a aquellos que se

oponían a él por razones teológicas, vemos que éstos eran exiliados y no ejecutados.

Por tanto, parece más verosímil que la sentencia de muerte estuviese basada en un delito de traición que sí era castigada con la pena capital, a diferencia del delito de herejía.

### **Bibliografía**

ALZOG, Johannes, B. *Manual of universal church history*. Dublin: M.H. Gill, 1900.

ARCE MARTÍNEZ, Javier. *Esperando a los árabes: Los visigodos en Hispania (507-711)*. Madrid, 2013.

ARCE MARTÍNEZ, Javier., “Los vándalos en Hispania (409-429 A.D.)”. *Antiquité tardive: revue internationale d'histoire et d'archéologie*, nº10, 2002, pp. 75-85.

BALABARCA CÁRDENAS, Yván. “El Concilio de Nicea: Una perspectiva histórica”. *Revista Estrategias para el Cumplimiento de la Misión*, nº7-1, 2010, pp. 121-128.

BASEVI, Claudio. “Los textos de la sagrada escritura sobre la pasión de Cristo en la exegesis arriana y agustiniana”. En LUCAS E. Mateo, *Cristo, Hijo de Dios y Redentor del Hombre: III Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, dirigido por Seco. Pamplona, 1982, pp. 359-385.

BELTRÁN DE HEREDIA BERCERO, Julia. “Barcelona, colonia en la "Hispania" romana y "sede regia" en la "Hispania" visigoda”. En VAQUERIZO GIL, Desiderio, *Ciudad y territorio: transformaciones materiales e ideológicas entre la época clásica y el Altomedioevo*. Córdoba, 2014, pp. 325-338

BELTRÁN TORREIRA, Federico Mario. “La conversión de los suevos y el III Concilio de Toledo”, *Mayurqa*, nº22-1, 1989, pp. 69-84.

BELTRÁN TORREIRA, Federico Mario. *Las imágenes de la herejía en el pensamiento histórico de la transición al medievo: el caso hispánico*. Madrid, 1986.

BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José M. “El cristianismo, religión oficial”. *Historia 16*, nº21, 1997, pp. 56-65.

CANAL, Jordi. “Recaredo contra la revolución: el carlismo y la conmemoración del "XIII Centenario de la Unidad Católica" (1889)”. En BOYD Carolyn P., *Religión y política en la España contemporánea*. Madrid, 2007, pp. 249-270.

CARR, Ephrem. “Koinonia. Cartas de comunión en la tradición oriental”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, nº41-3, 2009, pp. 815-832.

CASTELLANOS GARCÍA, Santiago. *Los godos y la cruz: Recaredo y la unidad de "Spania "*. Madrid, 2007.

CEBRIÁN DE MIGUEL, Juan Antonio. *La Aventura de los godos*. Madrid, 2006.

CODÓÑER MERINO, Carmen. *El - De viris illustribus - de Isidoro de Sevilla. Estudio y edición crítica*. Salamanca, 1964.

COLLINS, Roger. *España en la Alta Edad Media, 400-1000*. Barcelona, 1986.

COLLINS, Roger. *La España visigoda*. Barcelona, 2005.

CRUZ-CONDE SUÁREZ DE TANGIL, Fernando. “Poder espiritual y poder terrenal”. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, nº163, 2014, pp. 83-105.

DÍAZ MARTÍNEZ, Pablo de la Cruz. “Rey y poder en la monarquía visigoda”. *Iberia: Revista de la Antigüedad*, nº1, 1998, pp. 175-196.

DÍAZ Y DÍAZ, Manuel. “La leyenda "regio a deo vita" de una moneda de Ermenegildo”. *Analecta Sacra Tarraconensia*, nº31-2, 1951, pp. 261-290.

DOMÍNGUEZ DEL VAL, Ursicino. *Leandro de Sevilla y la lucha contra el arrianismo*. Madrid, 1981.

DROBNER, Hubertus R. *Manual de patrología*. Barcelona, 1999.

ESCRIBANO PAÑO, María Victoria., “El edicto de Constantino contra los hereéticos: la desviación religiosa como categoría legal”. En VILELLA MASANA, Josep *Constantino, ¿el primer emperador cristiano?: religión y política en el siglo IV*. Barcelona, 2015, pp. 337-392.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Gonzalo. “¿Existió un segundo Concilio de Nicea en 327?”. *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, nº24-46, 2008, pp. 393-396.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Gonzalo. “El estallido de la controversia arriana”. *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, nº9, 1996, pp. 569-572.

FERNÁNDEZ UBIÑA, José. “Constantino y el triunfo del cristianismo en el Imperio romano”. En SOTOMAYOR MURO, Manuel *Historia del cristianismo*, Madrid, 2003, pp. 329-397.

FERNÁNDEZ, Samuel. “Arrio y la configuración inicial de la controversia arriana”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, nº45, 2013, pp. 9-40.

FRANCO MORENO, Bruno. “La Iglesia Lusitana en la implantación del Cristianismo Trinario en la España Tardoantigua (siglos III-VII)”. *Eúphoros*, nº6, 2003, pp. 123-140.

FUENTE PÉREZ, María J. “¿Reina la reina? Mujeres en la cúspide del poder en los reinos hispánicos de la edad media (siglos VI-XIII)”, *Espacio, tiempo y forma. Serie III, Historia medieval*, nº16, 2003, pp. 53-72.

FUENTES HINOJO, Pablo. “Sucesión dinástica y legitimidad episcopal en la Mérida visigoda”. *En la España medieval*, nº35, 2012, pp. 11-33.

GALÁN SÁNCHEZ, Pedro J. *El género historiográfico de la "Chronica": las crónicas hispanas de época visigoda*. Cáceres, 1994.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J. “Álvaro d’Ors y el Derecho de los visigodos”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº74, 2016, pp. 339-349.

GARCÍA MORENO, Luis A. “¿Por qué los godos fueron arrianos?”. En REINHARDT Elisabeth, *Tempus Implendi Promissa: homenaje al Prof. Dr. Domingo Ramos-Lissón*. Pamplona, 2000, pp. 187-207.

GARCÍA MORENO, Luis A. “La coyuntura política del III Concilio de Toledo: una historia larga y tortuosa”. En *Concilio III de Toledo: XIV Centenario: 589-1989*. Toledo, 1991, pp. 271-296.

GARCÍA MORENO, Luis A. *Disidencia religiosa y poder episcopal en la España tardoantigua, s.s. V-VII*. Cádiz, 1992.

GARCÍA MORENO, Luis A. *Historia de la España Visigoda*. Madrid, 1989.

GARCÍA MORENO, Luis A. *Prosopografía del reino visigodo de Toledo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1974.

GODOY, Cristina; VILELLA, Josep. “De la ‘fides Gothica’ a la ortodoxia nicena: inicio de la teología política visigótica”. *Antigüedad y Cristianismo*, nº3, 1986, pp. 117-144.

GÓMEZ COBO, Antonio. “Goza y alegría: metáforas de conversión en la “Homelia in laude Ecclesiae” de Leandro de Sevilla”. *Myrtia: Revista de filología clásica*, nº21, 2006, pp. 183-234.

GONZÁLEZ ALONSO, Enrique. “Instituciones y administración: religión e iglesia; arrianismo y catolicismo”. En RABANAL ALONSO Manuel Abilio, *La historia de León*. León, 1999, pp. 357-365.

GONZÁLEZ GARCÍA, Alberto. “La imperialización de los reinos romano-germánicos: los casos visigodo y vándalo”. *Antesteria*, nº1, 2012, pp. 359-369.

GRSOSSE, Robert. *Las Fuentes de la época visigoda y bizantina*. Barcelona, 1947.

HANSON, Richard P. C. *Search for the Christian Doctrine of God*. Edimburgo, 2005.

HEATHER, Peter. “The crossing of the Danube and the Gothic conversion”. *Greek, Roman and Byzantine Studies*, nº27-3, 1986, pp. 289-318.

HILLGARTH, Jocelyn N. “La conversión de los Visigodos: notas críticas”. *Analecta sacra tarraconensia: Revista de ciències historicoeclesiàstiques*, nº34, 1961, pp. 21-46.

ISLA FREZ, Amancio. “Las relaciones entre el reino visigodo y los reyes merovingios a finales del siglo VI”. *En la España medieval*, nº13, 1990, pp. 11-32.

JIMÉNEZ GARNICA, Ana M. “El origen de la Legislación Civil Visigoda sobre la prohibición de matrimonios entre romanos y godos: un problema de fundamento religioso”. *Anuario de historia del derecho español*, nº55, 1985, pp. 735-748.

KAUFFMANN, Friedrich. *Aus der Schule des Wulfila*. Germany, 1899.

KELLY, John N. D. *Primitivos credos cristianos*. España: 1980.

KING, Paul D. *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Madrid, 1981.

KLEIN, Nicolas. “Historia de un rey y un príncipe. La rebelión de Hermenegildo”. *e-Legal History Review*, nº11, 2011, pp. 1-75.

LÓPEZ KINDLER, Agustín. “Constantino y el arrianismo”. *Anuario de Historia de la Iglesia*, nº22, 2013, pp. 37-64.

LORNIG GARCÍA, M<sup>a</sup> Isabel. “Alcance y significado de la controversia arriana”. *Clío & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, nº1, 2004, pp. 87-114.

MARCOTEGUI BARBER, Beatriz. “El tratamiento historiográfico de San Hermenegildo”. *Anuario de Historia de la Iglesia*, nº12, 2003, pp. 289-304.

MARKUS, Robert A. *Gregory the Great and his World*. Cambridge, 1997.

MARTÍN GONZÁLEZ, Saúl. “Los otros bárbaros: suevos, vándalos y alanos en las Hispanias”. En CID LÓPEZ, Rosa M.<sup>a</sup> *Debita verba: estudios en homenaje al profesor Julio Mangas Manjarrés*. Oviedo, 2013, pp. 601-614

MASDEU, Juan F. *Historia crítica de España y de la cultura española*. Madrid, 1972.

MATEO-SECO, Lucas F. *Teología trinitaria: Dios Espíritu Santo*. Madrid, 2005.

MAYA SÁNCHEZ, Antonio. “De Leovigildo perseguidor y Masona mártir”. *Emerita: Revista de lingüística y filología clásica*, nº62-1, 1994, pp. 167-186.

MAYA SÁNCHEZ, Antonio. *Vitas sanctorum patrum Emeritensium*. Introducción, edición crítica y traducción. Sevilla, 1990.

MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino. *Historia de los heterodoxos españoles. España romana y visigoda*. Alicante, 2008.

MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino. *Historia de los heterodoxos españoles*. Barcelona, 2017.

MORENO RESANO, Esteban. “Constantino y su relación personal con el cristianismo: de la piedad tradicional a la conversión”. *Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, nº18, 2013, pp. 175-200.

NAVARRO CORDERO, Catherine. “El giro recarediano y sus implicaciones políticas: el catolicismo como signo de identidad del reino visigodo de Toledo”. *Ilu. Revista de ciencias de las religiones*, nº5, 2000, pp. 97-118.

NAVASCUÉS BENLLOCH, Patricio de. “La "Communio": unidad y diversidad en torno a Nicea”. *Scripta theologica: revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, nº41-3, 2009, pp. 843-860.

NELSON, Janet L. “A propos des femmes royales dans les rapports entre le monde wisigothique et le monde franc a l'epoque de Recared”. En *Concilio III de Toledo: XIV Centenario: 589-1989*. Toledo, 1991, pp. 465-476

OLAIZOLA SARRIA, José L. *Hermenegildo, príncipe y mártir La conversión de los visigodos al catolicismo*. Madrid, 2010.

ORBE, Antonio. “Orígenes y los Monarquianos”. *Gregorianum*, nº72-1, 1992, pp. 39-72.

ORBE, Antonio. *Hacia la primera teología de la procesión del Verbo*. Roma, 1958.

ORLANDIS ROVIRA, José. “El arrianismo visigodo tardío”. *Cuadernos de Historia de España*, nº65-66, 1981, pp. 5-20.

ORLANDIS ROVIRA, José. “El elemento germano en la Iglesia española del siglo VII”. *Anuario de estudios medievales*, nº3, 1966, pp. 27-64.

ORLANDIS ROVIRA, José. “Gregorio Magno y la España visigodo-bizantina”. En SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Estudios en Homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*. Madrid, 1983, pp. 329-348

ORLANDIS ROVIRA, José. “La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos (siglos IV al VIII)”. *Anuario de historia de la Iglesia*, nº9, 2000, pp. 69-84

ORLANDIS ROVIRA, José. “La problemática de conciliar en el Reino Visigodo de Toledo”. *Anuario de Historia del derecho español*, nº48, 1978, pp. 283-299.

ORLANDIS ROVIRA, José. *Estudios visigóticos III - El Poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigoda*. Roma, 1962.

ORLANDIS ROVIRA, José. *Estudios visigóticos III: El poder real y la sucesión al Trono en la Monarquía visigoda*. Roma, 1962.

ORLANDIS ROVIRA, José. *Historia del reino visigodo español*. Madrid, 1988.

PÉREZ SÁNCHEZ, Dionisio. “Sociedad y relaciones de dependencia en la Lusitania tardorromana y visigoda”. *Studia historica. Historia antigua*, nº10-11, 1992-1993, pp. 311-318.

PERO-SANZ, José M. *San Nicolás: de obispo a santa Claus*. Madrid, 2002.

RECIO VEGANZONES, Alejandro. “Probable representación martirial de Santa Eulalia de Mérida en la plástica visigoda”. *Revista de estudios extremeños*, nº35-3, 1979, pp. 539-562.

REYDELLET, Marcel. *La royauté dans la littérature latine de Sidoine Apollinaire à Isidore de Séville*. Roma, 1981.

REYES GUERRERO, Antonio J. “El arduo itinerario hacia la definición de la identidad de Cristo: la crisis arriana”. *Studia cordubensia: revista de teología y ciencias religiosas de los centros académicos de la Diócesis de Córdoba*, nº6, 2013, pp. 145-177.

RIESCO CHUECA, Pilar. *Pasionario Hispánico: (Introducción, Edición Crítica y Traducción)*. Sevilla, 1987.

RIPOLL LÓPEZ, Gisela. “La Hispania de Recaredo: hacia la unidad peninsular”. *Historia 16*, nº131, 1987, pp. 37-42.

RIPOLL LÓPEZ, Gisela; VELÁZQUEZ SORIANO, Isabel. *La Hispania visigoda: del rey Ataúlfo a Don Rodrigo*. Barcelona, 1995.

RODRÍGUEZ ALONSO, Cristóbal. *Las Historias de los godos, vándalos y suevos de Isidoro de Sevilla: estudio, edición crítica y traducción*. León, 1975.

ROLDÁN HERVÁS, José M. “El primer emperador cristiano: Constantino”. *La Aventura de la historia*, nº94, 2006, pp. 52-59.

SABATINO LÓPEZ, Robert. “Byzantine Law in the Seventh Century and its Reception by the Germans and the Arabs”. *Byzantion*, nº16-2, 1942, pp. 445-461.

SÁENZ HERRERO, Jorge. “Lo real, lo fantástico y lo maravilloso en el relato hagiográfico: El caso de los Diálogos de Gregorio Magno”. En LÓPEZ PELLISA, Teresa. *Ensayos sobre ciencia ficción y literatura fantástica: 1er Congreso Internacional de Literatura Fantástica y Ciencia Ficción*. Madrid, 2008, pp. 826-848.

SÁENZ HERRERO, Jorge. *Edición y estudio de la traducción castellana de los Diálogos atribuidos a Gregorio Magno realizada por Gonzalo de Ocaña (S. XV)*. La Rioja, 2014.

Salvador Ventura, Francisco J. *Hispania meridional entre Roma y el Islam: economía y sociedad*. Granada, 1990.

SANZ SERRANO, Rosa M. “Las invasiones bárbaras, ruina de las Hispanias: Suevos, vándalos y alanos en la Península Ibérica”. *Andalucía en la historia*, nº53, 2016, pp. 8-13.

SIMONETTI, Manlio. *La crisi ariana nel IV secolo*. Roma, 1975.

TEILLET, Suzanne. *Des Goths à la nation Gothique: les origines de l'idée de nation en Occident du Ve au VIe siècle*. Paris, 1984.

THOMPSON, Edward A. "The conversion of the Visigoths to catholicism", *Nottingham Medieval Studies*, nº4, 1960, pp. 4-35.

THOMPSON, Edward A. *The Visigoths in the time of Ulfila*. Oxford, 1966.

THOMPSON, Edward A. *Los godos en España*. Madrid, 2007.

TORRES LÓPEZ, Manuel. *Historia de España*. Madrid, 1940.

UBRIC RABANEDA, Purificación., "Las nuevas opciones de poder: el protagonismo de los bárbaros en la Hispania del siglo V". *Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, nº19, 2007, pp. 179-225.

VALENCIA VIROSTA, Alejandro. "Los orígenes de la Administración General del Estado: de la organización palatina a la Administración Central de la Corona de Castilla hasta el siglo XV". *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº22, 2023, pp. 529-590.

VALLEJO GIRVÉS, Margarita. "Los exilios de católicos y arrianos bajo Leovigildo y Recaredo". *Hispania Sacra*, nº55, 2003, pp. 35-48.

VALLEJO GIRVÉS, Margarita. *Bizancio y la España tardoantigua (ss. V-VIII): un capítulo de historia mediterránea*. Madrid, 1993.

VALVERDE CASTRO, María del Rosario. "El ataque de Alarico a la Urbs Aeterna: una medida de presión que terminó en catástrofe para los romanos". *Arys: Antigüedad: religiones y sociedades*, nº10, 2012, pp. 309-336.

VALVERDE CASTRO, María del Rosario. "El reino visigodo de Toledo y los matrimonios mixtos entre godos y romanos". *Gerión*, nº20-1, 2002, pp. 511-527.

VALVERDE CASTRO, María del Rosario. “Leovigildo. Persecución religiosa y defensa de la unidad del reino”. *Iberia*, nº2, 1999, 123-132.

VÁZQUEZ DE PRAGA IGLESIAS, Luis. *San Hermenegildo ante las fuentes históricas*. Madrid, 1973.

VOZGRIN, Valeri. “Historia y cultura de los godos de España y Crimea: similitudes y diferencias”. En MATA INDURAIN Carlos; MOROZOVA Anna, *Temas y formas hispánicas: arte, cultura y sociedad (BIADIG: Biblioteca áurea digital v.28)*. Navarra, 2015, pp. 453-460.

WAINWRIGHT, Arthur W. *La trinidad en el Nuevo Testamento*. España, 1976.

WILLIAMS, Rowan. *Arrio. Herejía y tradición*. Salamanca, 2010.

WOLFRAM, Herwig; CESA, Maria. *Storia dei goti*. Roma, 1985.

WOLFRAM, Herwig. *Histoire des Goths*. Paris, 1990.

# EL RIEPTO. CONSOLIDACIÓN Y OCASO EN LA CASTILLA BAJOMEDIEVAL<sup>1</sup>

## THE RIEPTO. CONSOLIDATION AND DECLINE IN LATE MEDIAEVAL AGES

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2025

Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2026

**Gonzalo Oliva Manso<sup>2</sup>**  
**Universidad Nacional de Educación a Distancia**

**Resumen:** Comenzando el siglo XIII el riego se nos presenta como un procedimiento especial para determinados delitos cometidos por los hidalgos. El rey siempre presente tiene un papel secundario, garantiza el correcto desarrollo del procedimiento, pero no lo dirige. La nobleza, celosa de sus privilegios, quiere mantener este reparto de papeles. La monarquía en pleno proceso de

---

<sup>1</sup> Este trabajo se integra en el proyecto nacional *América en España, Europa en América: poder, derecho e imágenes respectivas, complementarias y contrapuestas, a lo largo de la historia (siglos XVI-XIX)*, PID2021-122730NB-100 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

<sup>2</sup> goliva@der.uned.es.

fortalecimiento respeta la institución, pero desea su control. A los intentos de Alfonso X de regular el riepto en el *Fuero Real* y las *Partidas* se opone la nobleza que exige la aplicación del «fuero de fijosdalgo de Castilla». En las décadas siguientes la jurisprudencia representada por las *Leyes del Estilo* y las fazañas escenifican esta pugna. La promulgación del *Ordenamiento de Alcalá* por Alfonso XI aparentemente trae consigo el equilibrio. La costumbre se mantiene, pero debe integrarse dentro del marco legal impuesto por el rey que pasa a dirigir la institución. Es el principio del fin. Los nobles obligados a pasar por el filtro de la justicia real recurren a la justicia ordinaria y los más belicosos optan por resolver sus disputas privadamente.

**Palabras clave:** Castilla, Baja Edad Media, hidalgos, derecho real, riepto, traición, alevé.

**Abstract:** At the beginning of the 13th century, the riepto was presented to us as a special procedure for certain crimes committed by noblemen. The king, who was always present, played a secondary role, guaranteeing the correct development of the procedure, but not directing it. The nobility, jealous of their privileges, wanted to maintain this distribution of roles. The monarchy, which was in the process of strengthening itself, respected the institution, but wanted to control it. Alfonso X's attempts to regulate the riepto in the *Fuero Real* and the *Partidas* were opposed by the nobility, who demanded the application of the 'fuero de fijosdalgo de Castilla'. In the following decades, the jurisprudence represented by the *Laws of Style* and the fazañas staged this struggle. The promulgation of the *Ordenamiento de Alcalá* by Alfonso XI apparently brought about a balance. The custom was maintained, but it had to be integrated into the legal framework imposed by the king who became the head of the institution. This was the beginning of the end. The nobles forced to go through the filter of royal justice resorted to ordinary justice and the most bellicose opted to settle their disputes privately.

**Keywords:** Castile, Late Middle Ages, hidalgos, royal law, riepto, hidalgos, treason, aleve.

## 1. Introducción

Duelos judiciales con participación de nobles castellanoleonésas se conocen desde finales del siglo XI. En ellos intervinieron algunos de los más importantes representantes de este estamento como Diego Ordóñez y Rodrigo Díaz de Vivar. Su relato nos ha llegado a través de fuentes literarias e historiográficas en una compleja mezcla de hechos reales, anacronismos y, en ocasiones, simples invenciones que introduce el autor de estas obras para captar la atención de los lectores o magnificar la figura de alguno de los protagonistas. El resultado de su estudio se materializa en una serie de datos sueltos, a menudo aprovechables, pero imposibles de integrar en un sistema para dar una visión general del duelo judicial de estos momentos.

La situación no varía en las décadas siguientes a pesar de que en torno a 1138 es posible que los duelos judiciales recibieran una primera regulación en unas discutidas cortes celebradas en Nájera<sup>3</sup>. Alfonso VII estableció que los casos de aleve o traición podían presentarse en forma de acusación lo que significaba el inicio de un proceso ordinario o mediante riepto lo que habilitaba la utilización

---

<sup>3</sup> De Asso y de Manuel apuntaron esta fecha, por dos veces, sin dar mayores explicaciones (DE ASSO, I. J. DE y MANUEL, M. DE, *El Fuero Viejo de Castilla Madrid*, 1771, p. XIX y *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares*. Madrid, 1774, p. IX). Colmeiro ajustó y adelantó un poco el intervalo dejándolo entre octubre de 1137 y primeros meses de 1348 (COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla. Introducción*. Madrid, 1883, p. 129). Véase también OLIVA, G., “El desafío nobiliario. Resolución de disputas nobiliarias en la Castilla medieval”, en J. ALVARADO, C. GÓMEZ y G. OLIVA (coord.), *Política y Administración en España. Nuevas perspectivas de la historia institucional*. Madrid, 2024, pp. 58-60.

del combate como medio de prueba<sup>4</sup>. Este interés del monarca no se refleja en los textos contemporáneos. Los ejemplos que nos han llegado son igual de escasos que antes, aunque, al menos, no existen dudas sobre su realidad, pero de la brevedad de las noticias apenas se pueden extraer datos. Fernando II reptó a Manrique de Lara, en los entornos de 1161, por «proditor aut aleuosos» y solo sabemos que fue formulado personalmente por el propio rey, pero no derivó en combate siendo juzgado el caso por un tribunal de nobles<sup>5</sup>. Entre 1200 y 1214 Lope Díaz cruzó sus armas con Día Sánchez de Oraño en Vitoria ante Diego López II de Haro y una numerosa representación de los nobles de la tierra<sup>6</sup>. En 1255, al poco de comenzar su reinado, Alfonso X hubo de presidir un combate múltiple entre García de Villavicencio, escudero, y dos caballeros de Ferrera contra tres caballeros de Balderas<sup>7</sup>.

La siguiente regulación de los duelos judiciales nobiliarios vino de la mano de Alfonso X<sup>8</sup>. El monarca no solo procede a la

---

<sup>4</sup> *Ordenamiento de Alcalá* 32,4: «Grave cosa es à los Reys, que los sus naturales sean denostados antellos de denuestos de traicion, ò de aleve; e por esta raçon el Emperador Don Alfonso ordenò, e establesciò en las Cortes de Najera, que qualquier que quisiere acusar, ò rebtar a otro sobre traición, ò aleve, que lo muestre primeramiente al Rey, è que le pidiere mercet que le otorgase que pudiese acusar, è rebtar» (ASSO, I. J. DE y MANUEL, M. DE, *El Ordenamiento de leyes...*).

<sup>5</sup> *Historia de rebus Hispanie* lib. VII, cap. XVI (JIMÉNEZ DE RADA, R., *Historia de rebvs Hispanie sive historia gothica*, Brepols, 1987). De esta obra pasaría a la *Primera Crónica General* cap. 989 (MENÉNDEZ PIDAL, R. (ed.), *Primera Crónica General*. Madrid, 1906) y a la *Crónica de Veinte Reyes* lib. XIII, cap. II (HERNÁNDEZ ALONSO, C. (ed.), *Crónica de Veinte Reyes*. Burgos, 1991).

<sup>6</sup> *Libro de los Fueros de Castilla*, cap. 299 (ALVARADO PLANAS, J. y OLIVA MANSO, G., *Los Fueros de Castilla*. Madrid, 2004).

<sup>7</sup> *Crónicas anónimas de Sahagún* cap. II,10 (*Las Crónicas anónimas de Sahagún. Estudio critico por Julio PUYOL*. Madrid, 1920).

<sup>8</sup> No es esta la oposición de Otero: «A pesar de la labor conjunta de la monarquía, de la Iglesia y de la Recepción romano-canónica, puede

normalización de la escasa legislación y la mucha costumbre que regía hasta el momento, sino que se irroga un papel principal en el mismo<sup>9</sup>. También reservó para sí y sus descendientes el derecho de resolver las lagunas legales que se iban presentando, pues no es otra la razón de que se conserven varias normas relativas al riepto en las *Leyes del Estilo*, así como en las fazañas del *Fuero Viejo de Castilla* y en el manuscrito 431 de la Biblioteca Nacional. Sin embargo, el riepto se rigió en buena medida siguiendo los parámetros tradicionales. Los múltiples problemas por los que atravesó el reino y la decidida oposición de una nobleza que no quería intromisiones de la monarquía en su modo de vida paralizaron la nueva legislación que no alcanzó plena vigencia hasta la promulgación del *Ordenamiento de Alcalá* por Alfonso XI en 1348.

Paralelamente por las ciudades y villas del reino se aplicaba el denominado riepto municipal o riepto de los fueros locales<sup>10</sup> cuya

---

afirmarse que la evolución del riepto es muy escasa y que afecta únicamente a aspectos accesorios. El riepto no ha sufrido modificaciones esenciales con posterioridad al estado en que nos lo describen por vez primera los Cantares de Gesta» (OTERO VARELA, A., “El riepto en el derecho castellano-leonés”, en *Dos estudios histórico-jurídicos*. Roma-Madrid, 1955, p. 80).

<sup>9</sup> «Y cuando no se logra su total desaparición, se deben pensar las instituciones de forma tal que no resulten lesivas para la *regia potestas*... Por lo tanto, si bien no vacía la institución de la dosis de honra que indudablemente tiene, la reordena en un marco estrictamente procesal» (MADERO EGUÍA, M., “El *duellum* entre la honra y la prueba según las Siete Partidas de Alfonso X y el comentario de Gregorio López”, en *Cahiers de linguistique et de civilisation hispaniques médiévales*, n.º 24, 2001, pp. 351-352).

<sup>10</sup> Paralelamente al riepto, modo de prueba reservado a los hombres, existía la ordalía del hierro caliente reservado para determinados delitos cometidos por las mujeres, aunque este medio de prueba nunca tuvo especial predicamento en tierras hispanas –Oviedo (1145), Avilés (1155, 26), Coria (# 25) y Cuenca (## 11,39-44 y 11,47)–. Son mucho más los ejemplos que prohíben su uso, no sabemos a ciencia cierta si porque quieren su

regulación estaba recogida fundamentalmente en los fueros de las villas extremeñas<sup>11</sup>. En este entorno el riepto se configura como una fase más dentro de los procedimientos especiales de desafío para la declaración de enemistad. Esta institución local toma de sus homólogos nobiliarios numerosos detalles y terminología, pero los utiliza con libertad para acomodarlos a una realidad bastante diferente donde solo coincide el uso del duelo como medio de prueba<sup>12</sup>.

## 2. El riepto según Alfonso X. *Fuero Real y Partidas*

### 2.a. *Naturaleza del riepto*

El riepto puede definirse como un procedimiento especial utilizado en Castilla y León durante la Edad Media en el tribunal de la corte del rey para resolver judicialmente los delitos de alevé y traición que se cometen entre nobles, incluyendo como tal al rey. La presencia del combate dentro del período probatorio del riepto supone una concesión a una tradición venerada por los participantes que pertenecen a una clase tradicionalista y apegada a sus

---

derogación o se niegan a su implantación –Palenzuela (1074, 38), Nájera (1075, 41), Logroño (1095, 4), Santo Domingo de Silos (1135, 6), Calatrava (1147), Lerma (1148, 1), Castroverde Campos (1199, 15), Belver de los Montes (1208, 30)...–.

<sup>11</sup> Dos estudios recientes sobre el particular en OLIVA MANSO, G., “El duelo municipal, 'orgullo, pompa y circunstancias de la gloriosa guerra’”, en F. BARRIOS y J. ALVARADO (eds.), *Rito, ceremonia y protocolo. Espacios de sociabilidad, legitimación y transcendencia*. Madrid, 2020, pp. 53-70 y “La excepcionalidad del duelo judicial. Apuntes sobre su práctica en los fueros locales de Castilla-León (ss. XI-XIII)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 90, 2020, pp. 117-139.

<sup>12</sup> En cambio, para Otero «no existe relación alguna entre ambos rieptos, aparte de la remota derivación del duelo primitivo» (OTERO VARELA, A., “El riepto de los fueros municipales”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 29, 1959, p. 157).

costumbres como son los nobles que prefieren resolver sus conflictos entre ellos, sin injerencias ajenas, conforme a sus usos<sup>13</sup> – «Et la razon por que fue fallada la lid es esta: ca tovieron los fijosdalgo de España que mejor les era defender su derecho ó su lealtad por armas, que meterlo á peligro de pesquisa ó de falsos testigos» (*Partidas* 7,4,1)–.

La defensa de la honra se sitúa como fundamento principal del riepto y así lo reconocía en su momento Cabral quien definía el riepto como «um simple meio de atestar solenemente com honra e cavalheirismo a firmeza de convicçao com que é acusado ou defendido um cavaleiro sobre o qual recaiu o labeu de traiçao e aleivosia contra o reie a pátria»<sup>14</sup>. En la misma línea se expresaba posteriormente Otero: «una declaración solemne “con honra y caballerosidad” de cada una de las partes en unos casos muy concretos de delitos como son los de traición y alevé»<sup>15</sup> y, para el caso francés, Morel: «le duel judiciaire ressuscité était appelé à jouer un role étranger a sa véritable nature; de mode de preuve pour la culpabilité ou l’innocence d’une partie, il se voyait transformé en arbitre de l’honneur de deux adversaires»<sup>16</sup>.

Esta naturaleza del riepto se mantiene en las obras alfonsinas y está implícita en la presentación formal que ante la corte hace el reptador de la conducta punible de su rival. En ese momento y tras

---

<sup>13</sup> «... cuando Alfonso piensa la institución ya es una carga que muchos rechazan y un privilegio que muchos reclaman. Las *Partidas* la conservan como una concesión de clase, pero que se aferra con igual fuerza a la honra y a la verdad» (MADERO EGUÍA, M., “El *duellum* entre la honra y la prueba...”, p. 345).

<sup>14</sup> CABRAL DE MONCADA, L., “O duelo na vida do direito”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 2, 1925, p. 216.

<sup>15</sup> OTERO VARELA, A., “El riepto en el derecho castellano-leonés”, p. 78 y “El riepto de los fueros municipales”, p. 165.

<sup>16</sup> MOREL, H. “La fin du duel judiciaire en France et la naissance du point d’honneur”, en *Revue historique de droit français et étranger*, n.º 42, 1964, p. 630.

ofrecerle resolver la disputa por las armas<sup>17</sup> le recuerda las tres formas en que puede acabar esta: «gelo fará decir, ó lo matará ó lo echará del campo por vencido»<sup>18</sup>. Son tres formas diferentes de terminar el combate, pero su efectividad es diferente. El reconocimiento de los hechos o la salida del campo acarrearán la aplicación de la penalidad económica y corporal pertinente y lo que es más grave la deshonra que acompaña al vencido el resto de su vida. La muerte de uno de los contendientes no tiene trascendencia jurídica, su derrota en el duelo no implica su derrota judicial. Al vencedor le puede quedar la satisfacción privada de haber arrebatado la vida a su rival, pero no es suficiente pues el muerto queda a los ojos de la sociedad como inocente. Su honra permanece intacta y además se perpetúa su buen nombre al haberla defendido hasta sus últimas consecuencias. Por lo tanto, hay que buscar a toda costa el reconocimiento por el acusado de su mal proceder sea de forma implícita por su salida voluntaria del campo o expresamente manifestado de viva voz en el campo. Solo así se transmite al resto de la sociedad su infamia y la de su linaje<sup>19</sup>. Aunque el rey ejerciendo

---

<sup>17</sup> La lid tendría un carácter secundario pues «con la injuria de la acusación pública ya queda consumada la venganza». El verdadero combate es dialéctico pues «la culpa recae en el vencido solo si este reconoce expresamente su comportamiento alevoso» (BUENO SERRANO, A. C., “El combate individual en los libros de caballería a la luz de sus motivos”, en *Estudios humanísticos, Filología*, n.º 33, 2011, p. 184.

<sup>18</sup> Preferimos al expresión de las *Partidas* (# 7,3,4) ya que su equivalente en el *Fuero Real* (# 4,21,6) es claramente errónea en su palabra final: «que ge lo fará dezir ol matará ol porná fuera del pleyto». Para estas obras seguimos las siguientes versiones: *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado. Gregorio López...*, vol. 1. Madrid, 2011 (reedición facsímil de la edición de Salamanca, 1555); MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Leyes de Alfonso X, II: Fuero Real: Espéculo, Edición y análisis crítico por ...*, con la colaboración de J. M. RUIZ ASENCIO. Ávila, 1988.

<sup>19</sup> Las penas personales y económicas: muerte, exilio, incautación de todo o parte del patrimonio con ser muy fuertes quedan en estos casos en un segundo plano.

su derecho de gracia (*Fuero Real* 4,21,5; *Partidas* 7,3,2) perdona al vencido posteriormente, este quedará mancillado ante sus semejantes y en cualquier disputa podrán echárselo en cara. En estos casos ha recuperado su posición ante la ley, pero socialmente su derrota siempre le acarreará un descrédito personal.

La muerte, como vemos, no trae consigo la infamia, pero al menos es una forma de satisfacer las ansias de venganza de la parte ofendida, especialmente cuando la acusación versa sobre daños corporales. Las heridas infligidas en la lid tienen un carácter ejemplarizante para que nadie cometa ninguna deshonra por la que tenga que combatir –«Et tiene pro la lid porque los fijos algo temiéndose de los peligros et de las afrentas que acaescen en ella, rezélanse á las vegadas de facer cosas por que hayan de lidiar» (*Partidas* 7,4,1)–. El carácter vindicativo del riego está pues latente en todo momento, pero la venganza pura y dura, además de oficializada, solo puede alcanzarse a través de otra institución como es el desafío y que en las obras alfonsinas también es objeto de la atención real que busca su control<sup>20</sup>.

El carácter ordálico también desaparece y el duelo en las obras alfonsinas se acomoda a lo establecido en el canon 18 del Concilio IV de Letrán de 1215<sup>21</sup> que prohibía la presencia de religiosos en

---

<sup>20</sup> OLIVA MANSO, G., “El desafío nobiliario. Resolución de disputas nobiliarias en la Castilla medieval”, en ALVARADO PLANAS, J., GÓMEZ ROÁN, C y OLIVA MANSO, G. (coords.), *Política y administración en España. Nuevas perspectivas de la historia institucional*. Madrid, 2024, pp. 65-72.

<sup>21</sup> «Nec quisquam purgationi aquæ ferventis vel frigidæ, seu ferri candentis, ritum cujuslibet benedictionis aut consecrationis impendant: salvis nihilo minus prohibitionibus de monomachiis sive duellis antea promulgatis» (MANSI, Giovanni D., *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Venecia, 1778, canon 18, col. 1007). Los antecedentes del precepto anterior en BALDWIN, J. H., “The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals”, en *Speculum*, n.º 36-4, 1961, pp. 613-636.

cualquier trámite relacionado con las ordalías. No hay mención alguna a la intervención de clérigos, ni al uso de lugares consagrados y ni siquiera alguna invocación particular. La religión ha sido separada de una cuestión tan mundana. No queda el menor rastro en la teoría alfonsina como tampoco en la práctica mostrada en las fazañas.

El riepto es, como se ha dicho, privativo de los miembros del estamento nobiliario —«Rieptanse los fijosdalgo segunt costumbre de España quando se acusan los unos á los otros sobre yerro de traycion ó de aleve»<sup>22</sup> (*Partidas* 7,3,pr.); «Riepto es acusamiento que face un fidalgo á otro por corte porfazandol de la traycion ó del aleve que fizo» (*Partidas* 7,3,1)—. Traición y aleve hacen referencia a unos delitos de una gravedad extrema que suponen la ruptura de vínculos de lealtad establecidos entre la nobleza. Socavan, por tanto, las bases mismas de la sociedad que se sustenta sobre la labor militar de esta nobleza. Si sus integrantes disputan entre ellos mal van a poder unirse para defender la sociedad contra los enemigos externos.

El aleve surge a raíz del pacto celebrado en las citadas cortes de Nájera donde se estableció una paz especial y perpetua, la «amistad antigua», que obligaba a los hidalgos a guardar una serie de formalidades a la hora de proceder contra otro de quien se creían ofendidos. Riepto y desafío obtienen entonces rango legal como dos formas alternativas de responder a una agresión injustificada. El interesado puede optar entre la venganza en su más pura expresión como aplicación ilimitada de daños materiales y personales, vestigio de tiempos pasados y personalizada en el desafío, o recurrir al riepto e integrar su defensa dentro de los cauces legales que ofrece la justicia real.

---

<sup>22</sup> *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado. Gregorio López...*, vol. 1. Madrid, 2011 (reedición facsímil de la edición de Salamanca, 1555).

La traición implica una doble ruptura, ya que las dos partes implicadas están ligadas también por una relación de carácter personal. Esta relación además no se ha formalizado en términos de igualdad. Existe un superior y un inferior de modo que las ofensas realizadas por el segundo sobre el primero se hacen acreedoras a un superior castigo. Es el caso de las relaciones de carácter feudal que se establecen libremente en un momento dado y se oficializan a través del rito del homenaje. Están también otros vínculos que nacen desde el nacimiento como los de señorío o naturaleza entre el rey y sus súbditos o los lazos familiares entre el cabeza de familia y los parientes que están bajo su obediencia.

Las conductas que ocasionan la ruptura de estos vínculos son enumeradas más adelante y consisten siempre en ataques al cuerpo o a la honra —«matare, ó firiere, ó deshonnare, ó prisiere ó o corriere á otro fidalgo» (*Partidas* 7,3,3)<sup>23</sup>—. Tan magra relación puede dar lugar a debates posteriores, especialmente en lo que se refiere a un término tan ambiguo como «deshonra»<sup>24</sup>. Quizás debido a esta profusión de conductas, que a nuestros ojos y a los de Alfonso X, podríamos calificar de bajo perfil el *Fuero Real* (# 4,21,2) no habilitaba la posibilidad del riepto.

Los daños patrimoniales son admitidos con condicionantes y así quien «quemare o derribare casas o cortare uinnas o árboles o forçare auer o heradat o fiziere otro mal que non tanga en su cuerpo» (*Fuero Real* 4,21,3; *Partidas* 7,3,3) puede verse reptado. No

---

<sup>23</sup> Véase también la profusa relación de conductas constitutivas de traición y aleve que se hace en *Partidas* (# 7,3,1) —«Et sobre todo decimos que quando alguno de los yerros sobredichos es fecho contra el rey, ó contra su señorío ó contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamada traycion: et quando es fecha contra otros homes es llamada aleve segunt fuero de España».

<sup>24</sup> OLIVA MANSO, G., *Pugna duorum. Perfiles jurídicos. Su manifestación en la política medieval de Castilla y León*. Madrid, 2000, pp. 354-393.

obstante, las circunstancias que rodean los hechos tienen que reflejar una conducta aún más falsa del reptado. En estos supuestos no vale con que se haya roto la amistad antigua que ligaba a todos los hidalgos, ahora es necesario que también se quebrante una situación de situación de paz particular entre los implicados y, además con el condicionante de que el agresor actúe dolosamente —«si lo hobiese fecho en tregua et á sabiendas»<sup>25</sup>. En otro caso «si lo ficiere dotra guisa con yerro» debe demandársele que indemnice a la víctima y solo si se negare a ello se le puede reptar. La negativa transforma entonces la culpa en dolo y cambia toda la perspectiva de la conducta. La paz particular establecida entre dos personas o linajes y formalizada por escrito donde se relacionan las conductas admisibles y reprobables durante este tiempo se tiene en igual consideración que una paz general como la «amistad antigua». Existe como en el caso de la traición una doble ruptura de relaciones, pero estando implicados bienes y no personas los hechos solo alcanzan la consideración de aleve.

Ejemplo de ello está en el proceder de los nobles que se desnaturaron de Alfonso X en 1272. Su recorrido desde Tierra de Campos a Granada fue una sucesión de robos y violencias gratuitas —«robaron muchos ganados et todas las otras cosas que fallaron et pusieron fuego en algunos lugares desçercados et quebrantaron las yglesias. Et por esto que ellos fizieron en tienpo de segurança que el rey les auía dado»<sup>26</sup>—. A su vuelta, muchos se encontraron con que debían responder de tales actos —«fueron después desechados de los riebptos»—. No se nos dice nada del desarrollo de estos, pero sí que sus bienes se utilizaron posteriormente para el pago de

---

<sup>25</sup> La importancia de detallar qué se entiende por treguas motiva la inclusión de un extenso artículo en el *Ordenamiento de Alcalá* (# 33,6) «Que fabla de las treguas e de las segurança e de quantas maneras son», que solo en su tercio final se refiere al desafío y el riepto.

<sup>26</sup> GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., (ed.), *Crónica de Alfonso X: según el Ms. II/2777 de la Biblioteca del Palacio Real (Madrid)*, edición, transcripción y notas por...; índice por M.<sup>a</sup> A. CARMONA. Murcia, 1999, cap. XXVII.

indemnizaciones. Probablemente los riegos no llegaron a formalizarse y se negociasen acuerdos con algunas de las partes perjudicadas, especialmente las más poderosas como la Orden de Santiago, aunque estos tardaron varios años en llegar<sup>27</sup>.

## 2.b. *Fuero Real versus Partidas*

El tratamiento que del riego se hace en el *Fuero Real* y las *Partidas* no difiere en demasía. En muchas ocasiones los preceptos de las *Partidas* parecen una simple versión renovada, mejor redactada y estructurada, que su homólogo del *Fuero Real*. También existen diferencias y las *Partidas* se muestran más precisas buscando fortalecer el papel del rey en el desarrollo del riego y el control de su resultado<sup>28</sup>. Otras veces podemos ver lo contrario y las *Partidas* parecen recoger más fielmente la tradición. No hay un patrón definido, de modo que innovación y tradición conviven en ambas obras<sup>29</sup>.

La primera novedad que introducen las *Partidas* es de enorme calado ya que afecta a la misma naturaleza del riego. Allí donde el *Fuero Real* (# 4,21,3) simplemente considera como alevosos a los no hidalgos que ocasionen daños personales estando vigente una tregua, las *Partidas* (# 7,3,3) admiten expresamente el riego para

---

<sup>27</sup> Una bula de Gregorio IX nos informa como en 1275 no estaban siquiera estimados los daños recibidos por la Orden (BALLESTEROS BERETTA, A., *Alfonso X*. Barcelona, 1984, pp. 709-710).

<sup>28</sup> Otero Varela proponía una explicación totalmente opuesta. Estas diferencias «responden a una labor de depuración de los textos de *Partidas* de todas aquellas variaciones introducidas por Alfonso X» (OTERO VARELA, A., “El riego en el derecho castellano-leonés”, p. 82).

<sup>29</sup> O bien Alfonso X no tenía las ideas claras al respecto de este tema, lo que resulta extraño, o más bien las vicisitudes por las que pasaron las *Partidas* hasta su definitiva aceptación trajeron consigo la eliminación de algunas novedades y la vuelta de la regulación antigua.

daños patrimoniales, pero además lo extienden a personas no nobles en circunstancias especiales como la ruptura de treguas. Pueden ser reptadas ahora las ofensas mutuas entre hidalgo y no hidalgo, en ambas direcciones, así como entre estos últimos «ca estonce bien lo podrien rieptar por razon de la tregua ó del pleyto que quebrantó que habie puesto con él»-.

La costumbre tradicional que se seguía desde tiempos inmemoriales a la hora de presentar el riepto y que aún se conservaba en el *Fuero Real* (## 4,21,4 y 4,21,6) se decide cambiar. Antes el reptador podía sin más requerir a su contraparte para que se personase ante el rey y proceder a la formulación del riepto. En ese momento el reptado había de ofrecer a su rival la posibilidad de una resolución pacífica de la disputa al mostrar su disposición a recibir una reparación por la ofensa recibida. Era el turno del tribunal de la corte que examinaba que «el fecho fuere tal por que lo pueda dezir» pues en caso contrario la justicia se daba la vuelta quedando el reptador como alevoso y cayendo sobre él el peso de la ley. El reptado podía aceptar la propuesta e indemnizar a su oponente, quien la recibía y lo declaraba como leal finalizando el proceso.

Ahora en las *Partidas* (# 7,3,4) se introduce una presentación previa. Con ella el rey pretende evitar que el riepto se presente de manera apresurada, consecuencia de la exaltación producida por una ofensa imprevista. En virtud de su papel director el rey quiere que el proceso se inicie de manera reposada y meditada. El reptador debe presentar ante su persona los hechos e identificar a su autor. Como veremos más adelante el rey no tiene capacidad en estos momentos para frenar el proceso, aunque este vaya en contra de los intereses del reino. En su labor mediadora apenas puede aconsejar al reptador que mire bien si tales hechos son susceptibles de ser reptados y recomendarle una solución extrajudicial. A tal fin se ha de poner en conocimiento del reptado el asunto y si este se muestra favorable a solucionar la disputa y ofrece una satisfacción, el rey ordena el inicio de negociaciones directas entre las partes por un corto plazo de tres

días para que concierten una reparación. Tan corto plazo solo puede entenderse si ambas partes están en la corte. La imposibilidad de un acuerdo habilita la presentación del riepto ante la corte.

No ocurre así en todos los casos y el reptado puede estar en otra localidad y tramitarse este trámite por vía epistolar. Su negativa a ofrecer la satisfacción requerida presupone que ya está sobre aviso de una presentación inmediata del riepto por lo que su presencia en la corte se hace aconsejable, cuando no necesaria. En este traslado pueden darse demoras imprevisibles que retrasen y aún impidan su llegada. En estos supuestos las *Partidas* (# 7,3,5) habilitan a un nutrido grupo de personas con vínculos familiares, de vasallaje o, simplemente, de amistad para contestar el riepto y notificárselo al interesado. Ante la ausencia de estos personajes y en virtud «de su oficio real» el monarca asume el trámite de requerir al reptado. Consecuentemente con lo anterior también se fija la pena por la contumacia del reptado.

En el *Fuero Real* (# 4,21,6) se establece que tras la presentación el reptado deberá negar y acusar directamente de mentiroso a su rival, debiendo finalmente aceptar el combate o dejar que sea el rey quien discrecionalmente escoja entre los otros medios de prueba que haya ofrecido el reptador —«que hará quanto el rey mandare»—. Si bien el combate es intrínseco al riepto, no es el único medio de prueba admisible. El objetivo último del proceso, como ya hemos dicho, no es la muerte del reptado sino su derrota judicial con el consiguiente descrédito social y esta se pueda lograr también por medio de documentos, testigos o pesquisa. Las *Partidas* (# 7,3,8) varían notablemente el desarrollo del trámite. La contestación no ha de ser inmediata, el reptado dispone de tres días para meditar su proceder y decidirse por un medio de prueba entre los ofertados por su rival.

En este sentido, si el reptador solo hubiese ofrecido la lid o, en su defecto, la pesquisa y el reptado se negare a ambas soluciones,

el rey debe darle por quito y proceder contra el reptador. Coinciden el *Fuero Real* (# 4,21,13) y las *Partidas* (# 7,3,8) en su deseo de proteger al reptado para que el combate solo se celebre si así lo desea. Otra cosa son los convencionalismos sociales del momento que le arrastren a ello. Vemos también que el reptado no dispone de la posibilidad de proponer un medio de prueba alternativo, solo puede elegir entre los ofrecidos, y también se aprecia como la pesquisa no está aún bien arraigada en los usos judiciales del momento. Esta solo va a celebrarse si ambas partes están de acuerdo. Las pruebas tradicionales aún siguen teniendo un enorme peso en el proceso.

Iniciado el riego las partes quedan obligadas a continuar el mismo hasta su conclusión. Una vez se ha solicitado la intervención real los particulares quedan encadenados a la maquinaria judicial por lo que no pueden ponerse de acuerdo y dar por finalizada su disputa. En este sentido las *Partidas* (# 7,3,8) prohíben todo acuerdo privado sin intervención oficial —«non se debe avenir el reptador con el reptado sin mandamiento del rey»—. El *Fuero Real* carece de precepto semejante lo que indicaría una mayor libertad para las partes que se arrastraría de momentos pasados con un proceso menos judicializado.

### 3. El riego de Sancho IV a Alfonso XI. Entre la Historia y el Derecho

#### 3.a. Leyes del Estilo

Suerte dispar corrieron en las décadas venideras las obras anteriores. Mientras el *Fuero Real* se consolidó como referente en el tribunal de corte del rey, las *Partidas* quedaron arrinconadas; se reconocía su importancia a efectos doctrinales, pero carecían de fuerza ante los tribunales. Un reflejo nítido de esta situación se

encuentra en las *Leyes del Estilo*<sup>30</sup>, tres menciones para las *Partidas* y más de 75 citas directas y otras 48 indirectas para el *Fuero Real*. En este sentido el riepto es tratado en ocho preceptos y en cuatro de ellos figuran menciones al *Fuero Real*. En opinión de Espinosa «Este libro es declaramiento de las Leyes oscuras e uso e costumbres de Casa de los Reyes de Castilla»<sup>31</sup> y como tal entró a suplir aquellos puntos ausentes o de difícil entendimiento que existían en el *Fuero Real* a medida que los pleitos iban llegando al tribunal de la corte y los alcaldes allí radicados entraban a conocerlos.

Entre los asuntos concernientes al riepto tratados en este tribunal real dos de ellos afectaban a la esencia misma de la institución. Una de las características definitorias del riepto era la presencia constante del rey-juez y así se establece «ripto que es sennaladamiente para ante la persona del rey» (*Ley del Estilo* 91) sin embargo, más adelante se admite la posibilidad de que el rey pueda delegar sus prerrogativas en algún juez de su casa, contando eso sí con el beneplácito de las partes implicadas (*Ley del Estilo* 228). Tan importante para la institución era la dupla riepto-hidalgo como la dupla riepto-rey. Siendo el riepto privativo de los hidalgos, se hace necesario establecer quién ostenta esta condición estimándose como tal a quien ha nacido de padre con esta condición, no hace falta ir más atrás en el árbol genealógico (*Ley del Estilo* 86).

Continuando con este tema, ya se ha señalado la incompatibilidad legal entre el *Fuero Real* y las *Partidas* en lo que respecta a la autorización para que personas de condición no noble puedan intervenir. Se aplica lo establecido en el *Fuero Real* en tanto que legislación en vigor, lo que no deja que hubiese quien se acogiese a las *Partidas* y sobre ello hay ejemplos que recalcan este

---

<sup>30</sup> OLIVA MANSO, G., *Leyes del Estilo. Edición y estudio de....* Madrid, 2022, pp. 239-240.

<sup>31</sup> ESPINOSA, Francisco DE, *Sobre las leyes y los fueros de España. Extracto de la más antigua historia del Derecho español*. Barcelona, 1927, p. 59.

derecho nobiliario. En un caso (*Ley del Estilo* 41) se distingue el distinto modo de actuar que tienen nobles y no nobles. Primero se dice claramente que «Si es entre fijosdalgo, nonl puede reptar por ello; et si es entre los otros omnes, non será tenuto a la muerte nin a las feridas», luego distingue entre las dos formas de actuar de unos y otros: «Et si reptan al fidalgo o acusan al otro».

Más compleja era la interrelación entre riepto y tregua que no había quedado bien establecida en el *Fuero Real*. Era ahora el momento de ir resolviendo las dudas a medida que los litigantes iban señalando estos puntos oscuros. El anterior precepto expone la comisión de un daño patrimonial estando vigente una tregua y la inmediata respuesta del propietario de los bienes que se encuentra presente y se enfrenta al agresor para que deponga su actitud. Si éste se niega y de inmediato se produce un altercado violento del cual resulta herido, el propietario no puede ser reptado o acusado. En un segundo momento se volvió sobre el tema<sup>32</sup> y el tribunal estableció la obligación de identificar los bienes implicados, así como de señalar todas las circunstancias que rodea los hechos para demostrar que la violencia ejercida por el propietario entra dentro del derecho a la legítima defensa (*Ley del Estilo* 41).

Efectivamente, conforme a las obras alfonsinas no se puede reptar mientras está en vigor una tregua —«maguer que en essa tregua le aya fecho por qué» (*Fuero Real* 4,21,15; *Partidas* 7,3,2)—. Así se reconoce ahora (*Ley del Estilo* 42), pero se abre una puerta a que si en las cláusulas de la tregua se pactan ciertas excepciones prevalece

---

<sup>32</sup> Muchos de los preceptos que forman las Leyes del Estilo recogen cuestiones pertenecientes a varios momentos procesales. No se les puede asignar a cada precepto un litigio concreto, sino la suma de varios de ellos que se reunieron en el momento de la elaboración del texto (OLIVA MANSO, G., *Leyes del Estilo. Edición y estudio de...*, pp. 22-26).

el acuerdo entre las partes<sup>33</sup>. En este sentido, continúa este mismo artículo, si existe una conducta desleal previa a la tregua y no ha sido reclamada no se puede plantear el riepto, salvo que en el momento de formalizarse la tregua se hubiera habilitado expresamente esta posibilidad –«saluo si al otorgar la tregua lo oviese así puesto et otorgado que lo podiese reptar»–.

La tregua establecida entre cualesquiera personas implica tanto a ellos como a sus hombres –«En la tregua que a un caballero con otro o un omne con otro, los sus omnes destos que han tregua son et están en tregua» (*Ley del Estilo* 43)–. Por ello todo hidalgo debe guardarse de realizar cualquier acción contra los hombres de su rival so pena de verse reptado. No procede el riepto, en cambio, cuando los hechos se producen entre los hombres de uno u otro hidalgo y siempre que este conflicto puntual no tenga relación con los asientos establecidos en la tregua. En este caso, se tratará como quebrantadores de tregua a quienes iniciaron la disputa. No se dice nada al respecto de su señor, pero es que tampoco se dice nada al respecto de que hubieran recibido o no órdenes expresas del mismo. Esta posibilidad se abre a nuevas reflexiones legales, pues estas disputas pueden utilizarse como confrontaciones indirectas entre los actores principales. La tregua se convierte entonces en una especie de guerra fría mientras el conflicto continúa abierto de forma solapada a través de estas disputas menores de los satélites.

Punto sobre el que existió siempre una importante controversia es el del castigo que sufren los hidalgos que han quebrantado treguas. Las obras alfonsinas no hacían distinciones entre quienes perdían un riepto por aleve, con independencia de que se hubiera transgredido la amistad antigua o se hubiera quebrantado una tregua:

---

<sup>33</sup> La redacción es confusa hasta el punto de que, si cotejamos los manuscritos existentes, cada uno da su propia versión (*Ibidem*, p. 131, nt. 338).

<p><i>Fuero Real</i> 4,21,23: «El reptado, que fuere uencido por aleuoso, sea echado de la &lt;tierra&gt; por iamás e pierda la meetat de quanto ouiere e áyalo el rey e non muerra por razón del alef, si el fecho que fizo non fue tal por que deua morir quienquier que lo faga».</p>	<p><i>Partidas</i> 7,3,8: «Otro si decimos que si el reptado fuero vencido del pleyto por quel reptaron et dado por alevoso, que debe seer echado de la tierra para siempre, et perder la meytad de todo quanto hobiere et seer del rey: mas non debe home que sea fidalgo morir por razon de aleve, fueras ende si el fecho fuese atan malo que todo home que lo ficiese hobiese de morir por ello».</p>
--	---

Otros preceptos que tratan el caso tampoco aclaran nada y nos remiten otra vez a los anteriores: «Los quebrantadores de la tregua ó de la seguridad si fueren fijosdalgo, pueden seer reptados por ende, et caer en la pena que diximos en el título de los rieptos» (*Partidas* 7,12,3). Quedaba no obstante esa vaga expresión final en ambos preceptos que introducía la pena capital para conductas especialmente graves, pero sin especificarlas. En su momento alguien debió plantear el interrogante de si los quebrantadores de tregua podían verse incluidos en esa salvedad. Las *Leyes del Estilo* entraron en el tema y dictaron sentencia: la pena de muerte queda reservada para los no hidalgos.

*Leyes del Estilo* 43: «Sobre la ley que comienza: “El reptado”, que es en el título *De los rieptos*, sobre aquella palabra: “non muera sobre razón de aleue etçétera”. Esto se entiende en riepto de fijosdalgo; mas si otros que non sean fijosdalgo firieren, o mataren, o prisieren sobre tregua a aquel con quien la han, avrán pena de muerte por ello».

Eso fue al menos así en un primer momento. Tiempo después el tribunal de corte cambió su doctrina (*Ley del Estilo* 77). Alguien alegó otra ley del *Fuero Real* (# 4,17,2) «Todo omne que matare a otro a trayción o a alef arrástrenlo por ello e enfórquenlo». Puesta esta norma en relación con aquella otra del *Fuero Real* (# 4,21,2) que establece que todo quebrantador de treguas es alevoso y con aquella otra también del *Fuero Real* (# 4,21,3) que establece la pena de muerte para el hidalgo en todos aquellos casos en que esté establecido con carácter general. El resultado final se clarifica: los hidalgos pueden ser ejecutados como quebrantadores de huelga y homicidas.

### 3.b. Crónicas y fazañas

Una vez redactadas las *Leyes de Estilo* en los entornos de 1312<sup>34</sup> las noticias que nos llegan sobre los rieptos durante las siguientes décadas proceden de la historiografía, apenas unas menciones sin mayor trascendencia y, sobre todo de las fazañas recogidas en el manuscrito 431 de la Biblioteca Nacional<sup>35</sup> y en el *Fuero Viejo de Castilla*<sup>36</sup>. La importancia de las fazañas en nuestro tema fue señalada en su justo valor por Otero: «Las fazañas son muy valiosas, y no sólo por los muchos datos que aportan, sino también porque significan una garantía del derecho practicado, lo que no siempre tienen a su favor las fuentes que han de ser empleadas»<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 73-83.

<sup>35</sup> ALVARADO PLANAS, J. y OLIVA MANSO, G., *Los Fueros de Castilla*, pp. 615-626.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 612-614. Aun cuando este texto está fechado en 1356, las fazañas que lo cierran datan de 1331 y 1332.

<sup>37</sup> OTERO VARELA, A., “El riepto en el derecho castellano-leonés”, p. 12.

La historiografía ayuda poco para conocer los rieptos en tiempos de Fernando IV. Una sola noticia, que además se incluyó en la crónica por otra razón más importante ya que el mensaje que nos quiere transmitir es el mal proceder de Fernando IV que le costó la vida<sup>38</sup>. En 1312 dos caballeros «que eran de los de Caruajal que dezían al vno Diego Alfonso, e al otro Pero Alfonso, su hermano» acudieron a Martos requeridos por el rey para responder a un riepto. Al parecer tiempo atrás habían matado en Palencia a Juan Alfonso de Benavides por lo cual habían sido emplazados y reptados. Fernando IV estaba especialmente implicado en el asunto por las circunstancias que rodearon la muerte. Esta se realizó con nocturnidad y lo que es más grave estando el rey en la ciudad y habiendo salido la víctima del palacio real. La afrenta podía considerarse personal y así una vez estuvieron los dos caballeros ante su presencia no dio curso al proceso y ordenó directamente su ejecución. Nada de interés salvó constatar que el comportamiento desleal del monarca no difiere del que seguirán algún otro sucesor suyo.

Algo más parlara se muestra la historiografía de Alfonso XI sin que esta mayor riqueza de noticias implique más allá de menciones vagas y genéricas, excepto en un caso concreto en que podemos ampliar detalles a través de otras fuentes como es la correspondencia de alguno de los implicados. Ocurre esto con el riepto formulado en 1315 por don Guillén de Roca Fuyll contra don Juan Manuel «porque dezie que le prendiera»<sup>39</sup>. El pleito se realizaba en un entorno político complejo y no había manera de evitarlo —«quanto al riepto dizen que no pueden escusar de oyrlo segunt costumbre de Castiella»<sup>40</sup>—. El infante don Pedro tenía que

---

<sup>38</sup> *Crónica de Fernando IV*, cap. 19.4, p. 169 (BENÍTEZ GUERRERO, C., *Crónica de Fernando IV*. Sevilla, 2017).

<sup>39</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. IX (CATALÁN, D., *Gran crónica de Alfonso XI. Edición crítica*. Madrid, 1977)

<sup>40</sup> GIMÉNEZ SOLER, A., *Don Juan Manuel. Biografía y estudio crítico*. Zaragoza, 1932, doc. 325.

entrevistarse con don Juan Manuel para solventar las desavenencias entre ellos y este posponía la reunión ya que una vez llegado a la corte debería de responder al riepto. En esta tesitura al infante no se le ocurrió mejor solución que ordenar la prisión de don Guillén, aunque al poco tuvo que dejarlo libre. El problema era evidente y mal que le pesara a don Pedro el riepto debía seguir adelante: «Cormano mal pecado lo que don Guillem dixo contra don Johan fue rrepto et pues rrepto fue sabedes uos muy bien que non podiemos la Reyna ni don Pedro nin yo faser sobrello ninguna cosa sinon que pase por juysio»<sup>41</sup>. Por segunda vez se reitera la imposibilidad de frenar un riepto si el ofendido está dispuesto a presentarlo. Sigue por tanto en vigor la costumbre tradicional y la presentación previa de las *Partidas* que podía poner un poco de orden sigue sin aplicarse. Afortunadamente no se llegó a más. Los intereses generales del reino prevalecieron sobre los particulares de don Guillén. Una carta que remitió el infante don Juan a Jaime de II de Aragón nos informa de la buena disposición de don Guillén para terminar con el asunto – «ca si el veniese en guisa dixo don Guillen el rrepto que lo tengo que fincara dello luego libre et quito don Johan»<sup>42</sup>–. Las presiones sobre don Guillén habían surgido su efecto y el artificio utilizado para finalizar el asunto fue que este dejara pasar los plazos – «truxeron pleytesia con el que non paresçiese a los plazos de los pregones»<sup>43</sup>– con lo que don Juan Manuel fue dado por quito y el reino sosegado por un tiempo.

Dos años después tuvo lugar un riepto en Valladolid entre dos caballeros, se presupone que de escasa importancia ya que la crónica ni da nombres, ni más pormenores del caso salvo que el reptador acabó con la vida de su oponente<sup>44</sup>. En otro pasaje de la crónica se habla de la existencia de un terreno específico en Valladolid donde

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, doc. 327.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. X.

<sup>44</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. XIII.

se celebran estos combates, amén de los puramente caballerescos<sup>45</sup>. Una noticia en la *Gran crónica de Alfonso XI* recuerda el ayuntamiento que hicieron en Burgos en 1320 don Fernando de la Cerda y don Juan Manuel con los concejos de Castilla indica que «defendieron que ningund querelloso que non viniese ante el rrey, ni las alçadas, e otrosí que los rrecaudos no viniesen ante el rrey; mas por eso non dexaron de venir ay los rrecabdos»<sup>46</sup> que aparentemente no tiene valor para nuestro estudio. Sin embargo, la *Crónica de Alfonso Onceno*<sup>47</sup> lee «reptados» por «recaubdos / recabdos» que parece más correcto viendo que el término precedente es «alçadas». Teniendo en cuenta el enfrentamiento que en esos momentos tenían ambos nobles con el rey, representado por su abuela María de Molina y el infante don Felipe, entendemos que ambos personajes pretendían negar toda efectividad al tribunal de la corte que estaba bajo la influencia de sus oponentes.

En 1331 ocurrió una disputa entre Pedro Ponce y don Juan Alfonso de Haro, señor de los Cameros, de resultas de la cual Sancho Ferrández Trincado, un vasallo de este, se inmiscuyó en la misma y tachó de mentiroso a Pero Ponce con el resultado de que el rey ordenó la muerte en el acto de Sancho Ferrández. La consiguiente protesta de don Juan Alfonso fue contestada rotundamente por el rey «que bien sabia Don Joan Alfonso, que sinon fuese en riebto, ninguno non debía desmentir á otro ante el Rey, et por esto que con derecho le debía mandar matar»<sup>48</sup>. No dice la *Gran crónica de Alfonso XI* nada a este respecto<sup>49</sup>, pero sí coincide con la *Crónica de Alfonso XI* en los sucesos inmediatos que nos indica que tras la contundencia real había más de política que de justicia. Inmediatamente después el rey se volvió contra Álvaro Díaz,

---

<sup>45</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. CLIII.

<sup>46</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. XXVII.

<sup>47</sup> *Crónica de Alfonso XI*, cap. XXIII (Francisco CERDÁ Y RICO, *Crónica de don Alfonso el Onceno*. Madrid, 1787).

<sup>48</sup> *Crónica de Alfonso XI*, cap. CV.

<sup>49</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. CXXIII

hermano de Don Juan Alfonso, a quien acusó de haber conspirado junto a don Juan Manuel a quien habría avisado que el rey planeaba su muerte —«e si dezides que esto vos mande fazer, por que soy rrey yo no vos puedo poner las manos mas yo vos mandare a otro tan fidalgo como vos que vos las porna»<sup>50</sup>. Se defendió Álvaro Díaz mostrándose dispuesto a reftar a don Juan Manuel si este sostenía tal afirmación —«pero para saluar mi verdad tan fidalgo soy como cumple, e si don Joan dize que tal cosa le dixere, yo le porne las manos ante vos»—.

Solo el riepto celebrado entre Rodrigo Páez de Biedma o de Utesma, según la fuente, y Payo Rodríguez de Ambía tiene reservado en la historiografía<sup>51</sup> un espacio adecuado para conocer algunos pormenores de la institución que se corroboran con el más breve relato que de él encontramos en la fazaña 12 del ms. 431. Las razones de tanto detalle las explica la misma crónica:

«Et como quier que las Corónicas fueron fechas por contar los fechos de los Reyes; pero porque este riepto de estos dos caballeros fue dicho por cosa que tañia á la persona del Rey, el Estoriador escribiólo en este libro... Et esto deste riepto fue aquí escrito, porque es cosa que tañia á la persona del Rey; et si otro fecho acaesciere en caso semejante, que sea fallado en escrito el juicio que sobre esto se dió».

---

<sup>50</sup> Recordemos a este respecto lo establecido en *Partidas* 2,9,16 cuando se relacionan las obligaciones del alférez: «otrosí quando alguno feciese perder heredamiento al rey, ó villa ó castiello, sobre que debiese venir repto, él lo debe facer, et seer abogado para demandarlo». En este caso las *Partidas* se limitan a seguir un uso establecido y los ejemplos de rieptos presentados por nobles en defensa del monarca o de sus derechos se suceden en la historia.

<sup>51</sup> *Crónica de Alfonso el Onceno*, cap. CCLXV.

Muy interesante el final que atestigua como todos los rieptos tenían como cualquier otro juicio una plasmación por escrito, de la que apenas nos han llegado algunos pocos ejemplos muy resumidos en las fazañas contenidas en el *Fuero Viejo de Castilla* y en el manuscrito 431 por su condición de excepciones a la norma.

El riepto, en todo ajustado a la ley, se producía a consecuencias de la traición de Payo Rodríguez que estando al servicio del rey de Portugal había desolado las tierras de Castilla y combatido a las tropas y castillos del rey, sin haberse llegado a desnaturalizarse como era lo correcto y por ello su contrario «ge lo provaria por testimonios, ó por las manos, ó por toda otra manera de prueba que ge lo deviese probar». Como era de esperar Payo Rodríguez no estaba presente en la corte por lo que hubo de ser emplazado por escrito y, lógicamente, responder a su vez por escrito. Así lo hizo formulando a su vez un contrarriepto, si se nos permite el término. Este aludía a que Rodrigo Páez también era traidor porque había conspirado para matar a Alfonso XI, mostrándose dispuesto a regresar a Castilla con el debido aseguramiento y combatir en defensa de su verdad. Aquí introducimos el único detalle original de la fazaña: «Et falló el rrey e los fijosdalgo de la corte que pues le acusava Pay Rodríguez de maior acusamiento, que devía rresponder Roi Páez». No le quedaba otra a Alfonso XI y aunque «Ruy Paez era merced et fechura del Rey, et ome en quien fuera mucha merced et mucha fianza que el Rey non creia que Ruy Paez fablase su muerte, nin le quisiese matar» debió de proseguirse el proceso –volvemos a comprobar que los monarcas no tenían por entonces capacidad para rechazar rieptos conforme a la legislación antigua–. Payo Rodríguez se trasladó a Castilla con las debidas seguridades y presentó formalmente su riepto a lo que Rodrigo Páez «respondió que mentia, et que le pornia las manos», pero alegó que este no podía celebrarse con la celeridad habitual por su estado de salud. Transcurrido el plazo otorgado de noventa días tuvo lugar el combate que se prolongó hasta el tercer día. Terminando este el rey en persona bajo al campo y dio por finalizado el combate

reconociendo la inocencia de Rodrigo Pérez —«et que fizo todo lo que debia en el campo por salvar su verdad: et dióle por bueno, et por leal, et por quito desta acusacion et riepto que Pay Rodríguez le avia dicho ante él: et diólo asi por sentencia»—. Esta intervención venía dada por la guerra contra los musulmanes que se antojaba cercana y todos los buenos caballeros eran precisos para tal empresa. En este sentido el *Fuero Real* (# 4,21,5) y las *Partidas* (# 7,3,2) reconocen esta potestad del rey para actuar unilateralmente dando por inocente al acusado. Difieren en la base teórica que subyace tras este derecho real, lo que para *Partidas* se justifica escuetamente «por el señorío que ha sobre todos» para el *Fuero Real* se trata de una merced que tiene su razón en que «tan grand es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derechos tien so si, e el so poder non lo ha de los omnes mayns de Dios, cuyo lugar tiene en todas las cosas temporales».

Hasta aquí la exigua ayuda que no ofrece la historiografía. Menos aún obtenemos de otras fuentes como los cuadernos de Cortes, de los que solo tenemos una noticia procedente de las Cortes celebradas en Valladolid<sup>52</sup> en 1312. En esta reunión se dispuso la reorganización de la estructura del aparato judicial de su corte y en el primer capítulo Fernando IV asumía todos los viernes la figura de rey-juez y se presentaba públicamente para «oyr los pleytos de los presos e de los rreptos e las suplicaciones e los pleytos que demandaren a los oficiales de mi casa, en razón de la justicia, e en ninguno de sus officios; e los otros pleytos que touiere por bien de los oyr e de los librar bien e derechamente»<sup>53</sup>, y siempre a su lado

---

<sup>52</sup> ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, vol. 1. Madrid, 1861, pp. 198-221.

<sup>53</sup> Al decir de Benavides estamos ante una «Ordenanza mandada hacer por el Rey D. Fernando estableciendo el juzgado de hombres buenos para alcaldes, salarios de los alcaldes de corte y escribanos de cámara» fechada en 1310. Aunque luego al final del documento, corrige que fue dado en la Cortes de Valladolid de 1312 (BENAVIDES, A. *Memorias de Fernando IV*. Madrid, 1860, doc. 510, pp. 732-738).

técnicos expertos en la materia como los alcaldes de corte, pero también particulares que por su posición y prestigio le aconsejaban en estos asuntos. A estos efectos veremos como en las fazañas aparece el rey tomando sus decisiones con su corte (## 8, 10, 13, 14), pero otras veces se muestran más precisas y hablan de «el rey e los fijosdalgo de la corte» (# 12) o, mejor aún, «e todos los fijosdalgo, e todos los alcaldes de la corte» (# 14). Alcaldes cuya condición social se detalla en otro lugar: «que como él traía dos alcaldes fijosdalgo ordenarios en la su corte» (# 19).

Más generosas, como se ha comentado, se muestran las dos colecciones de fazañas a nuestra disposición. Tal parece, a la vista de las fechas que pueden asignarse a las fazañas, que llegadas las *Leyes del Estilo* al grado de desarrollo que nos ha sido transmitido nadie asumió la continuación de esta obra de modo que las noticias sobre los rieptos acabaron en otras colecciones particulares. De las 21 fazañas que forman la colección del manuscrito 431, nueve de ellas, más del cuarenta por ciento, tienen que ver con cuestiones relacionadas con el riepto<sup>54</sup>; por su parte, las cuatro fazañas del *Fuero Viejo de Castilla* entran en esta dinámica. Una simple lectura superficial de estas fazañas nos sirve para comprobar como estamos ante un resumen de los hechos, conservándose una apreciable cantidad de datos circunstanciales que nos sirven para contextualizar la idea que se nos quiere transmitir. Estas fazañas están más cerca de la historiografía que del derecho. Narran los hechos, no los analizan o lo hacen poco y mal. Estas fazañas tienen su razón de ser como testimonios de un precedente judicial que se quería hacer público y por ello son enormemente interesantes como complemento de la legislación.

---

<sup>54</sup> No en todas ellas se menciona el riepto expresamente, pero basta una somera lectura para su identificación. Las fazañas hablan, como no, de «rreubto» (## 8, 10, 13, 14), pero también de «dezir mal» (## 7, 8, 11, 17) y «poner las manos» o «despedirse a las manos» (## 10, 12, 13). Los calificativos que denigran al reptado y le recuerdan su delito también encuentran su lugar: alevoso (## 8, 10, 13, 14) y traidor (## 9, 10, 12).

La primera fazaña que estudiar no tiene relación con un riepto concreto. Se trata de la petición que hace Martín Esteban de Mollos, un hidalgo portugués exiliado en Castilla, para lavar su honra en su nueva patria<sup>55</sup>. El comienzo de su caída en desgracia comenzó cuando los habitantes de una villa que tenía por su rey se alzaron en armas y en esta situación de violencia asesinaron a dos escuderos suyos en presencia de su mujer e hijos. No entra en más la fazaña, pero la situación no debió de ser del agrado del rey quien estudió el caso y obligó a este caballero «que los asegurara por su boca». En un primer momento obedeció la orden real, pero al poco decidió actuar por su cuenta y se tomó cumplida venganza. Inmediatamente se marchó para Castilla donde le llegaron noticias de como el rey le había emplazado y ante su ausencia fue declarado alevoso. Aquí estaba el problema pues el caballero no negaba los hechos ni negaba la procedencia de la respuesta real, pero se sentía ofendido por el tratamiento de alevoso que afectaba de lleno a su honra. Los alcaldes de hidalgos y los de las villas no tuvieron duda sobre el veredicto, conforme a las leyes de Castilla un caso semejante le habría hecho acreedor a recibir la pena de muerte por quebrantador de tregua, pero nunca podría quedar como alevoso ya «que alebe non es sinon de fidalgo a fidalgo». Respuesta conforme a análisis de las leyes del Estilo que se ha hecho anteriormente.

El resto de las fazañas pueden situarse la mayoría de ellas en la fase de contestación como en el riepto que Fernando Álvarez de Sotomayor había pronunciado contra Fernando Yáñez de Leiro por la muerte de un tío suyo<sup>56</sup>. Este respondió que mentía mostrándose dispuesto a probarlo como indicara el rey, pero a continuación añadió que su rival estaba excomulgado y que por ello no debía admitirse el riepto. La recusación del reptador acabó por transformarse en un interesante debate dialéctico en el que surgían grupos de opinión que porfiaban por hacer triunfar su punto de vista. Dividióse así la corte en dos bandos, uno encabezado por el infante

---

<sup>55</sup> Fazaña 14 del manuscrito 431.

<sup>56</sup> Fazaña 8 del manuscrito 431.

don Enrique quien sostenía que esta no era respuesta y se trataba de un simple insulto. El riepto era, por tanto, procedente y en asuntos legales no cabía alegar argumentos religiosos. En cambio, don Diego –presuponemos que Diego López V de Haro– admitía la recusación. Los caballeros allí presentes se decantaban por una u otra posición cruzándose todo tipo de argumentos. Finalmente se acordó que solo podía considerarse como excomulgado aquel que habiendo sido convocado por un juez eclesiástico no respondía a la citación. En este caso como rebelde a la iglesia no era cristiano y por tanto tampoco era hidalgo y no podía intervenir en el riepto<sup>57</sup>. Como este no era el caso, Fernando Yáñez hubo de responder correctamente, continuándose el proceso del que no sabemos nada más que se celebró el combate judicial y que el rey sacó a ambos contendientes del campo y los dio por buenos.

En 1331 dos escuderos de Galicia formularon un riepto por la muerte de un tío suyo que acabó con sus rivales libres de toda sospecha. En contrapartida ellos fueron expulsados del reino quedando enfamados y enemigos de sus rivales y familiares que quedaron autorizados para darles muerte a lo largo de todo el reino<sup>58</sup>. La razón de tal fracaso estaba en que según el derecho tradicional representado por el «fuero de fijosdalgo de Castilla»<sup>59</sup> el riepto debía

---

<sup>57</sup> Para llegar a esta solución hubo que hilar muy fino. Las partes alegaron las consecuencias penales que se aplicaban al contumaz que se negaba a contestar los requerimientos de la justicia real y de la eclesiástica, para finalizar dando primacía a la primera.

<sup>58</sup> Fazaña 1 del *Fuero Viejo de Castilla*.

<sup>59</sup> Los hidalgos se mostraban firmes en su derecho de ser juzgados por un igual y de la misma forma rechazaban toda intromisión de una legislación que les fuera ajena –«que los fijosdalgo que non consentían en ello e que querían ser librados por el su fuero» (Fazaña 19 del manuscrito 421). No queda claro como debe interpretarse este «fuero de fijosdalgo de Castilla», si como una alusión al derecho privativo de los nobles o como un libro concreto. En este último sentido Campomanes dispuso de un *Fuero de los fijosdalgo* compuesto de, al menos, 244 normas muchas de ellas coincidentes con otras del *Fuero Viejo de Castilla* (RODRÍGUEZ DE

haber sido formulado por el hermano mayor del muerto y no por esos dos escuderos, sobrinos suyos y de la víctima, por más que dispusieran de un poder suyo para efectuarlo. En este sentido las *Partidas* (# 7,3,2) se muestran más cercanas a la tradición: «puédelo facer el más cercano pariente que fincare del muerto», que el *Fuero Real* (# 4,21,14) que permitía reptar «por pariente que deua acalonnar», sin establecer precedencias entre ellos.

Entre las alegaciones se puede incluso reptar a su vez al reptador, como en el caso analizado de la disputa entre Rodrigo Páez de Biedma y Payo Rodríguez de Ambía. Este supuesto no se había juzgado de vacío, pues ya existía un precedente semejante de 1331 cuando Diego Fernández de Tovar reptó a Pedro Fernández Quijada porque le había agredido sin devolverle la amistad ni proceder al correspondiente desafío<sup>60</sup>. Este último le respondió que no podía reptar a nadie quien había combatido y destruido castillos del rey «e así que pidie merçed al rrey que tomase su derecho para sí e diese a él el suyo». Acordó el rey con su consejo que hablaba con propiedad y que Diego Fernández debía responder a estas acusaciones. Por dos veces se le conminó a ello sin que hubiera contestación por lo que se procedió a declararle culpable con las consecuencias pertinentes para quien no lograba triunfar en su riepto.

Otro tipo de alegaciones tienen que ver con las conductas que motivan el riepto como en el caso sucedido entre Fernando González de Rojas y Garcilaso de la Vega<sup>61</sup>. Este solicitó se le cediese la tenencia de la villa de Ureña haciendo «pleito et omenaje so pena de traición de ge la entregar todo tiempo que ge la demandase», pero cuando tiempo después se le requirió su entrega Garcilaso de la Vega se negó a ello. Fernando González planteó entonces el riepto ante Alfonso XI, aún menor. No sabemos lo que ocurrió, pero durante

---

CAMPOMANES, P., *Tratado de la regalía de amortización*. Madrid, 1821, pp. 334-338).

<sup>60</sup> Fazaña 3 del *Fuero Viejo de Castilla*.

<sup>61</sup> Fazaña 9 del manuscrito 431.

tres años el proceso se mantuvo en reposo y solo en 1325 tras alcanzar el rey la mayoría de edad y ser nombrado Garcilaso de la Vega merino mayor de Castilla se reactivó<sup>62</sup>. Este consciente de que el cargo que detentaba y el riepto en que se encontraba aún inmerso no emparejaban envió recado a Fernando González para que se llegase a la corte a recibir su castillo. Allí, en presencia del rey expuso el caso alegando que «la traición non dura más de quanto dura la rreveldia» para inmediatamente poner a disposición de su propietario la villa en disputa. La propuesta fue aceptada por Fernando González e inmediatamente el rey dio por quito a Garcilaso de la Vega y cerró el riepto.

En el caso de Nuño Ruiz de Villanueva contra Pedro Díaz de Cabriniega<sup>63</sup>, aquel le reptaba por haber aconsejado a un escudero suyo para que «dixiese mal» a Pedro Ferrández Quesada con quien Pedro Díaz estaba en tregua y por ello podía considerarse que esta había sido quebrantada. Respondió el reptado como era habitual en estos casos tachando de mentiroso a su rival y dejando su suerte en manos del rey y su consejo de hidalgos y alcaldes. Estos estudiaron la cuestión y llegaron a la conclusión de que el riepto no podía seguir adelante y que Pedro Díaz debía ser dado por quito pues el ilícito que se le achacaba no era susceptible del riepto en esos momentos. La inducción a la comisión de un delito se había aceptado con anterioridad —«mas que se fallavan ende mal, et que tiraron el dicho e el consejo»— pero con el tiempo solo se aceptaron delitos consumados: matar, herir, prender, etc., y así había acabado por integrarse en la legislación alfonsina tanto en el *Fuero Real* (# 4,21,2) como en las *Partidas* (# 7,3,3).

Los defectos de forma también son causa de alegación y lo que es peor para quien los comete es que no son subsanables con las graves consecuencias que ello implica. En 1331, Martín Fernández Feitino reptó a Rodrigo González de Baralejos y este se defendió

---

<sup>62</sup> *Gran crónica de Alfonso XI*, cap. LI.

<sup>63</sup> Fazaña 13 del manuscrito 431.

señalando que la fórmula utilizada no era la correcta al no haber identificado correctamente a su tío, cuya muerte era el motivo del caso<sup>64</sup>. Alegación que se le aceptó sin problemas pues «non era el riepto complido». En este punto la costumbre se mantiene viva en las *Partidas* (# 7,3,4): «Señor, fulan caballero que está aqui ante vos, fizo tal traycion ó tal alevé, et debe decir cuál fue et cómo la fizo, et digo que es traydor por ello ó alevoso»<sup>65</sup>. Por su parte el *Fuero Real* (# 4,21,6) escuetamente se limita a decir que «diga el fecho por que riepta e dígal que es ende aleuoso», y que parece ser era lo que tenía en mente el reptador. Quedó, por tanto, el reptado quito de los hechos que se le imputaban, y el torpe reptador hubo de desdecirse y exiliarse, quedando por enemigo de su rival y su familia.

Presentado el riepto y contestado el mismo ya no hay vuelta atrás y el proceso sigue su camino cumpliendo los trámites sin alteración. Las alegaciones efectuadas o la elección de la prueba ya están hechas y no se pueden cambiar. Apenas alcanzada su mayoría de edad Alfonso XI «asentóse a oír rreubtos», plural que parece indicar que en los años inmediatamente anteriores muchos hidalgos refrenaron su deseo de formular un riepto. Quizás fueran conscientes de que la situación del reino no era la más adecuada y lo que era un asunto privado podía derivar en un problema político entre los bandos con la más que posible intervención parcial de los tutores como hemos visto sucedió en el caso de don Guillén de Rocafull. En esta ocasión el riepto lo planteó Martín Alfonso a Sancho Manuel, hermano del don Juan Manuel. Simultáneamente el hermano de Martín Alfonso hizo lo propio con García Álvarez. Las acusaciones eran dobles: alevosía, por cuanto existía una agresión con lesiones a

---

<sup>64</sup> Fazaña 2 del *Fuero Viejo de Castilla*.

<sup>65</sup> Más formalista aún es la reiteración de la presentación que debe hacer el reptado cuando su rival no se persona en los plazos previstos y donde debe de nuevo relatar detalladamente los hechos que motivaron la presentación del riepto y además todo el recorrido del proceso hasta ese momento y no menos minucioso es el modelo de sentencia que debe publicitar el rey ante la corte (*Partidas* 7,3,9).

los hidalgos que rieptan, y traición, ya que los hechos sucedieron cuando defendían un castillo del rey. Los reptados desmintieron las acusaciones y se echaron a lo que «el rrey e la su corte mandase». Quedó el proceso en este punto cuando se levantó la sesión y el rey se dirigió a comer. No llegó al comedor, los rivales continuaban disputando entre ellos y el rey tuvo que refrenar sus ánimos<sup>66</sup>, especialmente los de Sancho Manuel que reclamaba ahora el combate judicial. La solución vino de Fernando Ladrón de Rojas, «caballero ançiano e forero» que dio su opinión, rápidamente aceptada:

«Sennor, las palabras que el rreubtador a de dezir al rreubtado çiertas son e non puede menguar dellas, si non, non sería rreubto; e el rreubtado deve rresponder que se salvará como vos e la vuestra corta mandare si non se quisiere despidir a las manos; et esto, en quanto vos estoviendo oyendo a los rreubtados et a los rreubtadores. Mas después que vos levantades de oir los rreubtos e bolvedes espaldas, las palabras que entre ellos pasan son baldías e daldas por baldías».

Las fazañas son más parcas a la hora de mostrarnos los incidentes habidos en el período probatorio y solo existe una fazaña en lo que concierne al duelo. Este medio de prueba inserto en procedimientos ordinarios o especiales llevaba siglos celebrándose por lo que existía una numerosa casuística y, a pesar de ello, seguían apareciendo novedades. En tiempos de Alfonso XI se entabló un riepto entre Juan Rodríguez de la Fuente y Sancho Díaz de

---

<sup>66</sup> Estas situaciones eran peligrosas y exaltados como estaban los implicados en el riepto en cuando el rey no estaba presente la situación podía desbordarse a pesar de que cualquier altercado que rompa la situación de paz existente en la corte conlleva un castigo implacable ya que el monarca «con derecho le debía mandar matar» (*Gran crónica de Alfonso XI*, cap. 123).

Bustamante<sup>67</sup>. Ni siquiera se nos dicen sus razones, señal de que la fazaña solo quería recoger el desarrollo del combate. Juan Rodríguez debía ser consciente de que sus probabilidades en la lucha eran reducidas, así que no tuvo mejor ocurrencia que enterrar dos venablos y un barril de vino. Al día siguiente, se vio efectivamente su poca destreza guerrera. Su rival le mató el caballo debiendo continuar la lucha a pie. Es entonces cuando decidió utilizar su baza oculta y sacó armas y provisiones. Inmediatamente se paró el combate y el rey junto a sus consejeros y los fieles hablaron sobre el particular. La decisión fue contraria a su uso, pero se le permitió utilizar las piedras del campo de las que hizo buen uso. Finalmente, ambos contendientes acordaron dejar de lado el combate y se avinieron entre ellos. Aunque no se comenta, se intuye el beneplácito del rey que inmediatamente procedió a darlos por quitos. A partir de entonces, se estableció que el campo debía ser limpiado antes del combate y todas las piedras retiradas o lo que es lo mismo solo se podían utilizar como armas aquellas que traían los contendientes y eran revisadas por los fieles antes de entrar en el campo.

Esta otra fazaña, no tiene que ver con el combate en sí sino con su origen y consecuencias<sup>68</sup>. En esta ocasión Alfonso González reptó a Pedro González y a Lope Alfonso porque mataran a dos hermanos suyos y estos respondieron «que mintie e quel ponien las manos» y aquí empieza la primera duda. Habiendo un solo reptador y dos reptados, cómo debe desarrollarse la prueba si en forma de dos luchas individuales o una sola entre los tres con la consiguiente desigualdad. La fazaña nos presenta a los hidalgos de la corte discutiendo al respecto sobre una u otra posibilidad para finalmente decidir el rey con sus consejeros «que devía poner las manos a cada uno de ellos por sí». Es de suponer que conocedores que esta posibilidad de entablar más de un combate aparecía en las *Partidas* (# 7,4,3) —«... mas el reptador cate lo que face, ca á quantos reptare

---

<sup>67</sup> Fazaña 17 del manuscrito 431.

<sup>68</sup> Fazaña 4 del *Fuero Viejo de Castilla*.

á tantos habrá de combatir en uno ó á cada uno dellos por sí, qual mas él quisiere, si los reptados quisieren lidiar et non quisieren recibir par»-. De lo que no decían nada las *Partidas* era de lo que aconteció a continuación. Celebrado el primer combate, el reptado cayó herido de gravedad, pero logró levantarse y salir del campo y consecuentemente fue dado como alevoso. Queda, no obstante, la situación de su hermano, ¿se le trasladaba este resultado quedando también como alevoso o se le permitía defenderse? Aquí empezó otra polémica entre los hidalgos defensores de cada postura, hasta que se decidió darle campo. Decisión que era por otra parte la más lógica, qué sentido tenía haber decidido en un primer momento que se celebraran dos combates si luego se pretende que el resultado del primero condicione todo el proceso. Mejor hubiera sido entonces que desde el principio, los reptados hubiesen acordado cuál de entre ellos se enfrentaría a Alfonso González, pero tampoco podía ser pues si este había reptado a ambos, ambos debían combatir. Retomando el asunto, lucharon ambos y al finalizar el segundo día acordaron avenirse y el rey les sacó del campo como buenos caballeros que habían defendido su verdad.

### 3.c. *Fuero Viejo de Vizcaya (1342)*

Dentro del particular engarce que tenían los territorios vascos en la corona castellanoleonese destacaba la autonomía jurídica como uno de sus más notorios referentes. En Álava era una institución, la cofradía, quien detentaba la potestad judicial, y ante ella se resolvió por combate el riego de Día Sánchez de Oraño. Esta es la única noticia conocida, hasta que en 1332 se produjo su integración en Castilla a todos los efectos lo que supuso la aplicación del *Fuero Real* para todas aquellas cuestiones que no tuvieran trascendencia tributaria<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> *Privilegio de Contrato* (# 6): «A esto respondemos que otorgamos et tenemos por bien que los fijosdalgo ayan el fuero de Soportiella para seer quitos et libres ellos et sus bienes de pecho; et quanto en los otros pleitos

En Vizcaya era el señor quien tenía el derecho de presidir los rieptos presentados por sus naturales. Carecemos de todo tipo de noticias sobre los mismos hasta la promulgación del cuaderno de Juan Núñez de Lara<sup>70</sup> fechado en 1342. En el texto se reconoce la existencia del riepto en el territorio y los datos que nos ofrece son muy parcos y lejos de desarrollar el «riepto a la vizcaína» se limita a precisar unas cuestiones sobre las que no se habían pronunciado las obras alfonsinas. Se hace relación entonces de los plazos que dependiendo de su lugar de residencia dispone el reptado para presentarse ante el señor y formular su contestación (## 10, 13, 14). No habiendo hecho acto de presencia, aún cabe la posibilidad de presentar excusas antes de que la sentencia sea dictada para retrotraer el procedimiento (# 15). Igualmente se reconoce la culpabilidad del reptado que fallece antes de hacer respondido al riepto (# 11). El último precepto sobre el tema señala la obligación durante su estancia de finiquitar todos los rieptos pendientes salvo que sea requerido con urgencia por el rey (# 12).

Exceptuando lo anterior carecemos de cualquier otro pormenor del riepto, pero ante las normas anteriores creemos que en esos momentos el riepto en Vizcaya apenas debía diferir del regulado en Castilla. Si lo comparamos con el *Fuero Real* y las *Partidas*, no podemos decir nada sobre el «fuero de fijosdalgo de Castilla», este *Fuero Viejo de Vizcaya* parece que se dedica a cubrir algunas lagunas jurídicas existentes en los anteriores. El *Fuero Real* (# 4,21,6) no dice nada al respecto de los plazos –«fágalo llamar antel rey»– y las *Partidas* (# 7,3,5) tampoco se muestra explícita –«responder al riepto á los plazos quel fueron puestos»–, por lo que ante esta imprecisión el *Fuero Viejo de Vizcaya* entra a detallar los

---

et en la iusticia tenemos por bien que ellos et todos los otros de Alava ayan el fuero de las leyes (MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Álava medieval*, vol. 2. Vitoria, 1974, doc. 7).

<sup>70</sup> MONREAL ZÍA, G., “El cuaderno de Juan Núñez de Lara de 1342”, en *Historia iuris: estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, vol. 2. Oviedo, 2014, pp. 1039-1066.

plazos. En el caso del fallecimiento del reptado, el *Fuero Real* (# 4,21,18) y las *Partidas* (# 7,3,5) declaraban la inocencia del reptado una vez que este se había personado ante el rey y había desmentido la acusación lanzada contra él, pero no decían nada si el fallecimiento se producía antes de esta contestación.

#### 4. Fijación y ocaso del riepto

##### 4.a. *El Ordenamiento de Alcalá (1348)*

La entrada en vigor del *Ordenamiento de Alcalá* implicó para el riepto su regulación última y definitiva. El «fuero de fijosdalgo de Castilla» continuó en vigor, aunque se vio necesario acompañarlo de una serie de precisiones adecuadas al nuevo papel director que se reserva el rey. Conjuntadas tradición e innovación, el desarrollo del proceso no difiere en demasía de lo establecido en el *Fuero Real* y las *Partidas*, y algunas cuestiones ni siquiera las trata como en el caso del combate judicial que queda a expensas de lo establecido en la tradición<sup>71</sup>.

Este texto también representa el inicio de su ocaso<sup>72</sup>. La intromisión regia se acentúa y la institución queda tutelada por el monarca que interviene en los momentos clave. El *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,4) informa como en la presentación preliminar el rey entra de oficio a examinar el fondo del asunto e impone unilateral y obligatoriamente una resolución extrajudicial, como él estime conveniente —«porque si el rrey viere que el fecho es tal sobre que

---

<sup>71</sup> *Ordenamiento de Alcalá* 28,1: «Et otrosí en fecho de rieptos que sea guardado aquel vso, è aquella costumbre que fue vsada, è guardada en tiempo de los otros Reys, è en el nuestro. Et otrosí tenemos por bien que sea guardado el Ordenamiento, que nos agora fecimos en estas Cortes para los fijosdalgo, el qual mandamos poner en fin deste nuestro Libro».

<sup>72</sup> OLIVA MANSO, G., “El desafío nobiliario. Resolución de disputas nobiliarias...», pp. 69-70.

puede facer enmienda, que la faga facer la que entendiere que cumple e que se escuse la acusacion o el riepto»—. Esta es la situación en lo que se refiere a los rieptos privados, pues tratándose de un asunto «sobre fecho de traición que tanga al rey o regno» la iniciativa particular no existe. Una vez comunicado al rey el hecho, este decidirá sí se debe hacer y cuándo. La desobediencia implica un castigo que queda a discreción del rey.

El *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,4) sí se muestra ahora receptivo a admitir el riepto durante la vigencia de una tregua, pero solo «si durando la tregoa le ficiese alguna de las cosas porque puede ser dicho riepto». Por el contrario, hemos visto como las *Partidas* (# 7,3,2) no lo admitían y el *Fuero Real* (# 4,21,15) tampoco, e incluso advertía este: «maguer que en essa tregua le aya fecho por qué». Sobre lo anterior se había pronunciado también la jurisprudencia (*Ley del Estilo* 42) abriendo un primer resquicio en el supuesto de existir acuerdo previo entre las partes. Era mejor tratar de resolver con celeridad la disputa que esperar al fin de una tregua que podía durar bastante tiempo y entonces resolver en un entorno social y político diferente al existente cuando se cometió la conducta punible.

Esta apertura se contrarresta con restricciones importantes que suponen un ataque importante contra la autonomía judicial de los nobles que deben plegarse a la justicia ordinaria para resolver ciertas agresiones. El *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,5) establece «que todo fijodalgo, pueda ser rebtado, quien matare o firiere a otro fijodalgo o lo prendiere» lo que implica dejar fuera del proceso el acoso y las deshonras que se tramitan por la vía ordinaria. Siguiendo esta tendencia el *Ordenamiento de Alcalá* no alude a la posibilidad de que los daños patrimoniales causados en tregua pueden ser utilizados para plantear un riepto. Estimamos que no cabía tal posibilidad y que no se podía alegar lo establecido en las *Partidas* (# 7,3,3) ya que el precepto concordante en *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,6) finaliza precisamente en ese punto.

De igual manera se expulsa a los no hidalgos del riepto, aunque en ningún caso se dice de forma expresa. En el *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,6) solo se detallan las consecuencias penales, de modo que en las treguas puestas entre ellas u obligados por el rey el quebrantador que caiga en los supuestos establecidos «muera por ello muerte de alevoso, e pierda la meitat de los bienes que oviere». No se dice nada del proceso requerido –ordinario o riepto– para llegar a esta tema. En el precepto inmediato (*Ordenamiento de Alcalá* 32,7) donde se dice que «Establescemos que en esta manera se puedan facer los rieptos» todas las alusiones personales que se hacen tienen a los hidalgos como protagonistas.

Se limita también la presencia de personas no relacionadas directamente con el reptado. En las *Partidas* (# 7,3,5) se admitía que tras la presentación pública del riepto y ante la ausencia del reptado podían intervenir y desmentir la acusación parientes cercanos y personas con vínculos vasalláticos, pero también otras muchas con las que guardaban estrechos lazos de amistad, haciendo extensa relación de ello. El *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,9) pone fin a ello, solo «pariente cercano fasta quarto grado o sennor por vasallo o vasallo por sennor» puede contestar el riepto y salvar, momentáneamente, la honra del reptado. Una restricción más que pone freno al número de rieptos que pueden presentarse en el reino. Si el interesado no se ha personado por cualquier razón motivada ya pondrá en conocimiento del rey esta circunstancia, pero si no lo ha hecho por deseo propio la ley solo permite intervenir a aquellas personas cuya propia honra pueda quedar un tanto manchada por cuanto una persona muy cercana ha sido sentenciada por alevosía o traición.

Enlazando con lo establecido en el *Fuero Viejo de Vizcaya*, el *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,4) sí fija expresamente el tiempo que tiene el reptado que no está en la corte para contestar y que viene a ser un plazo general de treinta días que puede extenderse otros nueve días. También retomó la segunda cuestión regulada en el *Fuero*

*Viejo de Vizcaya* y lo hace de modo totalmente diferente declarando la inocencia del reptado fallecido –«Et si acaesciere que el reptado muera en plaço o andando en la Corte defendiendo su verdat, finque su fama libre e quita» (# 32,8)–.

El *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,8) también le da una vuelta completa al sistema probatorio: «Et otrosí decimos que quando el reptado se echare á lo que el Rey mandare, è non á la lit, que el Rey que lo mande saber por pesquisa». No se admiten, por tanto, otros medios de prueba aparte estos dos. Documentos y testigos son desechados invirtiendo lo establecido en el *Fuero Real* (# 4,21,3) –«ca non es tenido si non quisiere de meter su uerdat a pesquisa nin a lid »– y de manera similar en las *Partidas* (# 7,3,8). En la investigación que lleva a cambio el pesquisador será este como delegado regio quien desde un principio valore todos los indicios que encuentre. Puede, por tanto, interrogar a quien considere pertinente y como estime conveniente, y contrastar estas declaraciones con otras en busca de coincidencias y contradicciones. De igual manera puede proceder con la documentación que se le presente o que él descubra en su proceso inquisitivo.

#### 4.b. Últimas noticias del riepto

Desde Pedro I el riepto apenas deja un rastro anecdótico en las fuentes, quizás este mismo monarca le asestara un golpe definitivo con sus prácticas nada apropiadas. Si ya de por sí la actuación de su abuelo Fernando IV en Martos había sido reprobable, don Pedro no le fue a la zaga. A la vista de los siguientes ejemplos el rey utiliza el riepto como un útil instrumento para desembarazarse de algunos rivales políticos sin tener que recurrir a otros métodos más expeditivos. Mientras tanto, el descrédito de la institución llega a sus cotas más altas entre los intelectuales de toda Europa que desprecian los duelos como un vestigio de tiempos oscuros ajenos totalmente a los nuevos vientos que circulan en el

mundo del derecho. Particularmente interesantes son las reflexiones que hace Baldo asimilando duelo y tortura, como medios de prueba equivalentes que inciden sobre el cuerpo del testigo<sup>73</sup>.

En 1360, Día Gutiérrez de Ceballos fue reptado porque «fablara en algunas cosas que non eran servicio del rey» a raíz de las cuales varios nobles se partieron del servicio de Pedro I y este respondió ordenando a un escudero suyo que plantearse el riepto y se remitiese al combate. No da más detalles la crónica que se limita a concluir que Día Gutiérrez fue preso y ejecutado durante su reclusión<sup>74</sup>. El giro de los acontecimientos debió venir por la debilidad de los motivos regios para plantear una acusación de traición<sup>75</sup>. Además, un riepto implica publicidad y la posibilidad de que Día Gutiérrez ganase el juicio dejando en mal lugar al rey no podía tolerarse. Ante la falta de noticias, muchas veces de forma interesada, podemos especular que el riepto quedó en suspenso mientras se promovía una acusación. Esta estaría basada en la ley *Qué pena merescen aquellos que dicen mal del rey (Partidas 7,2,6)* y que le facultaba para «facer tan cruo escarmiento del, que los otros que lo oyeren hayan miedo et se rezelen de decir mal de su señor». El correspondiente, y seguro que no muy imparcial juicio, acabaría por derivar en la muerte de Día Gutiérrez.

Claro que, para haber alcanzado la victoria, Día Gutiérrez habría tenido que sortear las numerosas trampas que el rey hubiese dispuesto con tal de triunfar en su objetivo. No es una especulación y tenemos el ejemplo manifiesto un año más tarde cuando dos

---

<sup>73</sup> MADERO EGUÍA, M., “El *duellum* entre la honra y la prueba...”, pp. 345-347.

<sup>74</sup> *Crónica de Pedro I* (1360, XX) (LÓPEZ DE AYALA, P., *Crónicas. Edición, prólogo y notas de J. L. MARTÍN*. Barcelona, 1991, pp. 3-434).

<sup>75</sup> Ni en las *Partidas* (# 7,2,1) ni en el *Ordenamiento de Alcalá* (# 32,5) se habla de conductas concretas y en los supuestos más generales aparece la expresiones del tipo «trabajase de fecho ó de consejo», pero nunca se considera como traición una conversación, tenga o no tintes conspirativos.

escuderos de León reptaron a Arias Vázquez de Baamonte y a Vasco Pérez de Baamonte por traidores<sup>76</sup>. Los rumores que corrían apuntaban a que se trataba de una orden real para castigarles por su relación familiar con Gutier Fernández de Toledo, quien habían sido ejecutado recientemente en Alfaro. El desarrollo del combate fue un cúmulo de ilegalidades. No solo se permitió que los reptadores escondieran armas arrojadas, impropias en estas lides, sino que fueron tan torpes que Martín López de Córdoba, camarero mayor del rey, que actuaba como fiel tuvo que indicarles disimuladamente dónde estaban para que se sirvieran de ellas. Gracias a su utilización el caballo de Arias Vázquez fue herido, traspasó los límites del campo y el jinete fue dado por vencido y ejecutado al instante. Su hermano debió entonces enfrentarse a los dos reptadores mientras clamaba por sus derechos: «Señor, ¿qué justicia es ésta?». Tras la precedente muerte ignominiosa, el descontento de los asistentes debió ser tan visible que el Pedro I tuvo que dar por finalizado el combate y decretó la inocencia del reptado que quedaba vivo: «E tovieron todos que esto non era bien fecho; ca armas escondidas nin defendidas, non se deben poner en el campo, nin el rey al que da campo non debe ser bandero».

No obstante, hay que tener prudencia y no aceptar sin crítica la verosimilitud los dos casos arriba relatados, no de los rieptos que bien pudieran haber ocurrido, sino sobre todo de aquellos detalles que pueden considerarse más retorcidos. Sabemos que desde Alfonso XI estaba radicalmente prohibido utilizar cualquier objeto que se encontrase en el campo, que además debía haberse limpiado con anterioridad<sup>77</sup>, pero más grave aún fue ejecutar con carácter inmediato a un combatiente vencido cuando su derrota venía dada por la huida descontrolada de caballo herido a causa de uno de esos venablos escondidos. Los despropósitos se sumaban unos a otros cuando bien claro establecían las *Partidas* (# 7,4,4) que «si por maldat del caballo, ó por rienda quebrada ó por otra ocasion

---

<sup>76</sup> *Crónica de Pedro I* (1361, IV).

<sup>77</sup> Fazaña 17 del manuscrito 431.

manifiesta» y no por decisión del jinete el caballo salía de campo los fieles estudiarían el caso permitiéndose el regreso del combatiente, fuese a pie o a caballo. Como siempre que en la crónica aparecen hechos semejantes bien pudiera proceder de la pluma del canciller Ayala que quisiera magnificar la faceta más oscura del carácter de don Pedro<sup>78</sup>.

Su sucesor Enrique II fue poco amigo de los rieptos. Se sabe del planteado en 1377 entre por dos hidalgos asturianos: Álvaro Alonso de Cangas y Arias González de Somiedo, por homicidio. El rey decidió obviar este lance por lo que encomendó a varios caballeros para que se entrevistaran con los interesados y consiguieran se aviniesen sin combate. Al final y a cambio de una serie de misas que se celebrarían en los concejos asturianos donde era conocido el difunto y una indemnización económica se concluyó sin más el asunto<sup>79</sup>.

Los únicos interesados eran los vizcaínos quienes con motivo de la venida de Enrique III en 1393 a jurar sus fueros solicitaron «de les dar e otorgar que oviese en la dicha tierra de Vizcaya riepto,

---

<sup>78</sup> Recientemente se han sucedido los artículos que tratan sobre la manipulación de la historia petrística: VALDALISO, C., “La primera fase del proceso contra Pedro I de Castilla. Propaganda antipetrística en un documento inédito de la catedral de Valladolid”, en M.<sup>a</sup> I. DEL VAL y P. MARTÍNEZ (coords.), *Castilla y el mundo feudal: homenaje al profesor Julio Valdeón*, vol. 2. Valladolid, 2009, pp. 573-582; DEVIA, C., “Pedro I y Enrique II de Castilla. La construcción de un rey monstruoso”, en *Mirabilia: Revista Eletrônica de História Antiga e Medieval*, 13 (2011), pp. 58-78; PEREA, O., “Pedro I y la propaganda antipetrística en la génesis y el éxito de la poesía cancioneril castellana”, en *La corónica: A Journal of Medieval Hispanic Languages, Literatures & Cultures*, 45-2 (2017) y 46-1 (2017), pp. 109-132 y pp. 151-181.

<sup>79</sup> PRIETO, R., “Carta de avenencia entre hidalgos”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), pp. 431-434.

segund que le avía en Castilla e en León»<sup>80</sup>. Dio largas al asunto el rey, pero antes de salir de la región reiteraron los vizcaínos su petición en Guernica. Ahora, la crónica nos transmite la existencia de fricciones entre quienes preferían no tener rieptos pues «penas e castigos avía allí de fuero en lugar del riepto» y los que porfiaban en su reconocimiento por Enrique III como nuevo señor legítimo de Vizcaya y, consecuentemente, acomodando su desarrollo a la legislación común de sus reinos. El monarca terminó accediendo a condición de que se pusieran de acuerdo y fuera unánime la petición lo que finalmente ocurrió. Teniendo en cuenta que el cuaderno del *Fuero Viejo de Vizcaya* de 1342 reconocía el riepto en el territorio hay que pensar que los vizcaínos no estaban solicitando la implantación de la institución sino de toda la legislación y jurisprudencia castellanoleonese al efecto, dejando de lado la propia.

Entretanto en Castilla los rieptos, como los desafíos, continuaban su deriva. Se reconocía su legalidad, pero se ponía todo tipo de trabas a su realización de modo que era habitual recurrir a las denominadas «empresas o recuestas» que no eran otra cosa que una simple llamada al combate, real o epistolar, revestido de los usos caballerescos propias del momento. Los nobles valoraban más el carácter privado de estas «empresas e recuestas» más libres, sin sujeción a normativa legal y carentes de supervisión regia. Consiguientemente proliferaron a despecho de la autoridad regia que tuvo que tomar cartas en el asunto y así una ley promulgada por Juan II en Segovia en 1409 prohibía expresamente estos desafíos caballerescos y recordaba la existencia de instituciones similares, integradas en la legalidad, como el desafío y el riepto<sup>81</sup>. Otra carta

---

<sup>80</sup> *Crónica de Enrique III* (1393, XIX), p. 828-832 (LÓPEZ DE AYALA, P., *Crónicas...*, pp. 699-909).

<sup>81</sup> «Ordenamos que los Hijosdalgo se puedan reptar, i desafiar en los casos, i por la forma en las Leyes susodichas contenidas, i que otras empresas, i requestas algunas entre los Hijosdalgo, no se fagan, ni pueden ser fechas en ningun caso, ni por alguna rason que sea» (*Nueva Recopilación* 8,8,9;

suya de 1422, incluida en el cuaderno de Cortes de Palencia de 1431, reconocía el derecho de los caballeros recién nombrados a utilizar estas instituciones y gozar del restos de franquezas y privilegios anexos a su nueva condición social<sup>82</sup>. Recordemos que hasta entonces y de acuerdo con los usos del tribunal de la corte era necesario ser hijo de noble para hacer uso del riepto (*Ley de Estilo* 86).

Décadas después, en 1470, se comprueba como los rieptos seguían vigentes como un recurso teórico con su fundamento legal, pero que no encontraban acomodo ninguno en la realidad. Buena muestra de ello es el último ejemplo que tenemos de un riepto, el solicitado por el mariscal Diego de Cabra contra Alonso de Aguilar por la prisión sufrida cuando era su huésped «lo qual hizo, sin preceder desafio»<sup>83</sup>. Considerando que Alonso de Aguilar hacía incurrido en caso de aleve llevó su queja ante el rey «le quiero demandar, é afean en presencia de Vuestra Señoría... entiendo de le facer confesar el mal caso de alevosía en que cayó». Conocía el Mariscal que su petición tenía nulos visos de prosperar pues avisaba que en caso de negativa buscaría lugar donde satisfacer su honra. El rechazo de Enrique IV efectivamente se produjo –«aquellas cosas que el Mariscal demandaba no cumplían al servicio de Dios ni al

---

en *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla*, Madrid, 2022, reimpresión de la edición de 1775).

<sup>82</sup> «... pero es mi merced que los caualleros que yo fize e armé e mandé armar fasta aqui asi en tiempo de los mis tutores e de cada vno dellos commo después acá, puedan afiar e desafiar e rrebtar e fazer todos los otros actos, e gozar e gozen afuera de los dichos pechos, en todas las otras cosas e actos e de todos los otros preuillgios e gracias e esençiones e franquezas e libertades e perrogatiuas e preheminencias que segund derecho e leyes de los mis rregnos han e deuen auer e gozar los tales caualleros» (ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*. Madrid, 1866, vol. 3, p. 113).

<sup>83</sup> ENRÍQUEZ DEL CASTILLO, D., *Crónica del rey con Enrique el quarto de este nombre*, en *Crónicas de los reyes de Castilla*, vol. 3. Madrid, 1878, cap. 138.

suyo; y pues que lo semejante era defendido en la religión christiana»– y el asunto se dio totalmente la vuelta trasladándose al ámbito privado en forma de duelo extrajudicial presentado ante el rey de Granada que aceptó darles campo a ambos contendientes<sup>84</sup>.

Para finales de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna el riepto ya está arrinconado en la memoria de las gentes y perdido en los libros de leyes. Algunos autores se acercan al tema en sus tratados caballerescos, pero no van más allá de trasladar las leyes vigentes. No hay análisis ni novedad alguna y a lo sumo se reordenan estas leyes buscando un orden procesal que permita su mejor entendimiento. Alonso de Cartagena en 1444-1445 fue quien primero se aproximó al tema en una obra de ciertas pretensiones como fue el *Doctrinal de caballeros*<sup>85</sup>. Dos escuetos textos vieron la luz una veintena de años después, pero tampoco aportaron nada y en ocasiones confunden más que aclaran, mezclando cuestiones de rieptos, desafíos y duelos caballerescos. Nos referimos al *Tratado de los rieptos e desafíos* o *Tratado de las Armas* de Mosén Diego de Valera, compuesto entre 1458 y 1467<sup>86</sup>, y al contemporáneo *Tratado* de Pedro de Orozco, fechado entre 1465 y 1469<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> MORALES, A. DE, Lo que pasó en el desafío de don Alonso de Aguilar y el conde de Cabra”, *Ms. 1223 de la Biblioteca Nacional*, ff. 182 v-185 r; BAEZA, H. DE, “Documentos relativos al desafío de D. Alonso de Aguilar y D. Diego Fernández de Córdoba”, en *Relaciones de algunos sucesos de los últimos tiempos del Reino de Granada*. Madrid, 1868, pp. 69-143; OLIVA MANSO, G., “Disputas caballerescas en la Córdoba bajomedieval. El riepto entre Don Alonso de Aguilar y el Mariscal don Diego de Cabra”, en *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III, H.ª Medieval*, n.º 17, 2004, pp. 443-460.

<sup>85</sup> CARTAGENA, A. DE, *Tratados militares. Edición, estudio y notas de N. FALLOWS*. Madrid, 2006, pp. 53-444.

<sup>86</sup> VALERA, D. DE, *Tratado de las armas*, pp. 118-139.

<sup>87</sup> BERMEJO, J. L., “Aspectos normativos sobre rieptos y desafíos a fines de la Edad Media”, en *En la España Medieval*, n.º 11, 1999, pp. 46-59.

En la creciente literatura de caballerías que se desarrolla en esa época el riepto es utilizado muy ocasionalmente a pesar de las posibilidades que ofrecía en el desarrollo de la figura del héroe-caballero<sup>88</sup>. En su lugar aparece el desafío caballeresco propio del momento al que se le reviste de diversos elementos del riepto buscando darle, dentro de la ficción, un carácter oficial y jurídico. Estaríamos ante un «tratado teórico novelizado» y, por ello, lleno de confusiones y licencias, pero también de aciertos<sup>89</sup>.

## 5. Conclusión

El riepto representa una más de las prerrogativas que disfrutaban los nobles. Un proceso judicial especial en el que el rey, uno más de ellos, asegura la imparcialidad, pero donde ellos llevan la iniciativa. No obstante, esto va a cambiar y el rey pretende un papel más activo procurando limitar esta autonomía nobiliaria. El riepto no supone solo un episodio de violencia más o menos normalizada, es también un elemento de desestabilización social y política. Las consecuencias para el perdedor del litigio son contundentes perdiendo su posición en la sociedad, en tanto sus parientes no consigan el perdón real. Otra cuestión es el descrédito social que siempre queda, aunque sea atenuado. El riepto es además un proceso complejo lleno de formalismos. Su incumplimiento no supone simplemente su anulación y se vuelve contra su promotor que acaba a su vez deshonorado. Un reptador imprudente que no ha medido bien sus motivos puede verse a su vez declarado culpable. La ley reitera que el reptador tiene que valorar si la ofensa es lo suficientemente grave para iniciar un riepto y las fazañas nos muestran a reptadores que han quedado como enemigos del reptado y su familia por el

---

<sup>88</sup> BUENO SERRANO, A, C, “El combate individual en los libros de caballería a la luz de sus motivos”, en *Estudios Humanísticos. Filología*, n.º 33, 2011, p. 185.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 187-188.

simple hecho de tener un pariente con mejor derecho o por no haber seguido correctamente la fórmula de presentación.

La monarquía no reniega de la violencia. Forma parte intrínseca de la sociedad del momento y más aún de la idiosincrasia nobiliaria, pero esta debe ser encauzada y controlada. El primer intento viene de Alfonso X a través del *Fuero Real* y las *Partidas*. En los títulos donde se recoge esta institución vemos grandes similitudes, pero también diferencias apreciables. No hay una tendencia clara de hacia donde ha de ir el riepto. En el *Fuero Real* ya hay atisbos de la intromisión del monarca, que debería haber sido más manifiesta en las *Partidas* y, sin embargo, esto no ocurre. En este texto hay detalles que inciden en esta línea, mientras que en otros se hacen concesiones a la tradición. Ocurre esto con el trámite de la elección de la prueba que da respuesta al proceso. El *Fuero Real* por dos veces establece que el reptado «fará quanto el rey mandare» (## 4,21,6 y 4,21,12) mientras que las *Partidas* señalan que «débese acordar el reptado para escoger una de las tres maneras que desuso dixiemos» (# 7,3,8) y, sin embargo, a continuación, en esa misma norma decía que «Otrosi decimos que quando el reptado se echare á lo que el rey mandare et non á lid...» y seguía exactamente igual que el *Fuero Real* (# 4,21,12). Este texto actúa como referente, pero se le modifica en función de los cambiantes deseos del rey o más bien en función del desenlace de las disputas que tiene este con los nobles.

No obstante, en las décadas siguientes la auténtica oposición no se dará entre estas obras, sino entre el *Fuero Real* y el «fuero de fijosdalgo de Castilla», que representa la tradición que se pretende cambiar. El *Fuero Real* se consolida en el tribunal de la corte y su jurisprudencia reflejada en las *Leyes del Estilo* ofrecen respuestas sobre varios puntos contradictorios en el desarrollo del riepto. Las fazañas tienen la misma función clarificadora, pero reflejan un riepto más cercano a la costumbre. Con la puesta en vigor del *Ordenamiento de Alcalá* el riepto encuentra su regulación definitiva

y comienza su decadencia lastrado por un control real tan manifiesto que obliga a los nobles a buscar caminos alternativos más privados.

## **DINÁMICA DEL USO Y FUNCIÓN DE DOS DOCUMENTOS PRODUCIDOS POR INDIOS EN LA GOBERNACIÓN DE TUCUMÁN, 1686 Y 1712**

-Dynamics of the use and function of two documents  
produced by Indians in the gobernación de Tucumán,  
1686 and 1712-

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2025

Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2026

**Margarita E. Gentile Lafaille<sup>1</sup>**  
**Ex Investigador CONICET - Museo de La Plata.**

---

<sup>1</sup> [margagentile@yahoo.com.ar](mailto:margagentile@yahoo.com.ar). Ex Profesor titular ordinario, Cátedra *Instituciones del Período Colonial e Independiente*, Universidad Nacional de las Artes, Buenos Aires. Correspondiente por la Academia Nacional de la Historia, Perú.

**Resumen:** Este ensayo es un aporte a la historia regional del actual Noroeste argentino y los estudios comparativos acerca de la misma. Trata sobre dos documentos en los que destacan la urgencia y el interés en el reconocimiento de bienes, deudas y créditos. A primera vista pasan por ser un testamento y una memoria comercial, pero su lectura contextualizada muestra la adaptación de algunos de los trámites que se intentaban implantar entre los indios de la gobernación de Tucumán.

**Abstract:** This essay is a contribution to the regional history of the current Argentine Northwest and to comparative studies on the same. It deals with two documents in which the urgency and interest in the recognition of assets, debts and credits stand out. At first glance they appear to be a will and a commercial memorandum, but their contextual reading shows the adaptation of some of the procedures that were attempted to be implemented among the Indians of the governorate of Tucumán.

**Palabras clave:** Noroeste argentino - Salta - Testamentos de indios - contrato - memoria - memoria testamental.

**Key words:** Argentine Northwest - Salta - Indian wills - contract - memory - testamentary memory.

**Sumario:** 1. Método, espacio y tiempo 2. El tema y su interés 3. Catalina Daulos: el testamento como acto entre vivos (1686) 4. Andrés Choque: de apunte comercial a memoria testamental (1712) 5. Comentarios 6. Bibliografía.

## 1.- Método, espacio y tiempo

En trabajos anteriores hice notar que la cantidad de testamentos de indios existentes entre la documentación colonial de la gobernación de Tucumán es ignota, en parte porque aquí no hubo escribanos de indios que los agruparan.

Asimismo, los legajos de las visitas ordenadas para dicha gobernación por el virrey Francisco de Toledo (c.1571) todavía no se encontraron, o no se realizaron. Y la campaña de evangelización y extirpación de idolatrías que se trató de llevar a cabo durante el gobierno de Juan Ramírez de Velasco (1586-1593) debió suspenderse porque su codicia mas bien alentó la resistencia indígena que ya venía poniendo en jaque las fundaciones hispanas desde los primeros intentos de colonización<sup>2</sup>.

Es decir, para la época y región faltan datos primigenios y estructurados sobre organización social y religión indígenas, redundando en la necesidad de avanzar en el estudio de la Historia local también mediante casos<sup>3</sup> ya que la documentación escrita en

---

<sup>2</sup> Entre otros, el jesuita Alonso de Barzana dio cuenta de su paso por la gobernación de Tucumán y su intento de redactar un arte y vocabulario de la lengua de los calchaquíes, apodada cacán por lo áspero de su pronunciación. La dificultad era tan grande que Barzana llegó a decir que titularía sus observaciones "*Arte de la lengua Calchaquí, á pesar del Infierno junto*" (GENTILE LAFAILLE, M. E. "La guerra por la colonización del valle de Calchaquí (gobernación de Tucumán, siglos XVI-XVII). Ensayo sobre el contexto de la *Relación Histórica ...* de Hernando de Torreblanca S.J., 1696". En *Revista Cruz del Sur*, 16, 2016, f.60r.).

<sup>3</sup> Que algunos confunden con microhistoria aunque no lo sea en ninguna de sus variantes. Por otra parte, la falta de papeles escritos sobre estos asuntos no significa que quienes tuvieron a su cargo la conquista y primeras colonizaciones desconocieran totalmente el territorio y su gente. Los exploradores quedaron anónimos pero Francisco Pizarro, por

los siglos XVI y XVII está sesgada por cuestiones de momento y subjetividades tales como los enconos personales y negocios entre conquistadores, colonizadores y jefes indígenas, entre otros asuntos.

Esta metodología demanda la cautelosa articulación entre sí de las aproximaciones a cada tema desde varios tipos de estudios<sup>4</sup>. De ahí también la lentitud de esos avances y su apariencia poco espectacular pero cuyos sólidos anclajes permiten hoy destacar los matices de los contenidos de los documentos producidos por indios de este sector del área andina sin tener que recurrir a la aplicación automática de conclusiones procedentes de otros tiempos y lugares, y por ende solamente operativas en los mismos<sup>5</sup>.

Desde el punto de vista geográfico prehispánico, la gobernación de Tucumán formó parte del Collasuyu, sector sudeste del Tahuantinsuyu, el territorio gobernado por los Incas del Cusco. Su denominación, Collasuyu, lo perfila como dominio de la Coya, la mujer principal del Inca reinante; pero también indica, complementariamente, que en ese territorio se encuentra una concentración importante de minas de plata<sup>6</sup>.

---

ejemplo, siempre estuvo mejor informado que sus socios acerca de dónde iban y qué esperaban encontrar, leyendas aparte.

<sup>4</sup> Etnohistoria, en términos generales: Arqueología tardía (Inca), Historia colonial temprana, Lingüística y Folklore (Etnografía, Etnología). A esto debe agregarse la parte correspondiente a España respecto de temas similares.

<sup>5</sup> Por ejemplo, las limitaciones de la teoría del control vertical de un máximo de pisos ecológicos en la economía de las sociedades andinas, derivada de estudios de grupos africanos modernos, fueron expuestas inmediatamente a su presentación en 1972, y se ampliaron en años sucesivos.

<sup>6</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Los casiques Quipildor (puna de Jujuy, siglos XVI-XX). Ensayos sobre cambios y continuidades en tradición oral, historia y derecho" ms. 2024, cuadro 3.

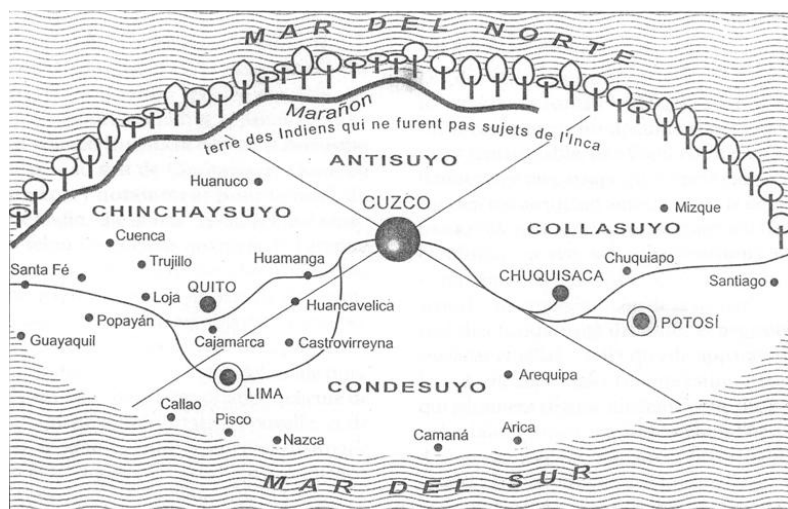


Figura 1. Croquis con la ubicación del Collasuyu dentro del Tahuantinsuyu en el "Esquema del mapamundi del Reino de las Indias. El Cuzco está en el centro del imperio de los cuatro "suyos". La frontera oriental, boscosa y amazónica, es claramente evocada (ff.83-4)". Según Deler (2008, fig.1) en base al mapamundi de Phelipe Guaman Poma (c.1613). En el borde derecho, "Santiago" corresponde a Santiago del Estero, fundada como maestrazgo en 1553 por Francisco de Aguirre.

Desde la economía se pudo observar que las indias e indios que testaban no eran personas carenciadas. La cantidad y calidad de los bienes legados mostraba eso, incluso en un testamento como el de Theresa (1721), cuya modestia tocaba la pobreza, destacaban los terrenos junto a la acequia principal que buscaba recuperar su encomendero<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Estampas de papel en Memoria y Testamento de Thereza, india (Mendoza, 1721). Ensayo sobre contexto, uso y función". En *Bibliographica Americana*, 16, 2020, pp: 38-53. El

Si la documentación colonial estudiada se ubica en la línea del tiempo vemos que los testamentos de indias no sobrepasan la mitad del siglo XVII<sup>8</sup>; a partir de esa fecha parecieran testar solamente hombres. En un trabajo previo se pudo observar de cerca cuándo y cómo se produjo esa deriva hacia el Derecho que se trataba de instalar en las colonias hispanas en Indias, que incluía la conversión del nombre propio del padre de familia indígena en apellido familiar<sup>9</sup>.

Estaba claro que quienes testaban eran las autoridades indígenas, aunque no se les reconoció ese rango hasta 1632<sup>10</sup>: en el siglo XVI hubo dos casos de casicas<sup>11</sup> reconocidas por la cantidad de sirvientes exclusivos (*yanaconas*), vajilla de plata y el sueldo

---

lugar era en extremo árido; actualmente cae dentro de la ciudad de Mendoza.

<sup>8</sup> La excepción, hasta ahora, es el testamento de la casica de Nogolma, Pasquala Contala, 1690 (GENTILE LAFAILLE, M. E. *Testamentos de indios de la Gobernación de Tucumán, 1579/1704*. Instituto Universitario Nacional del Arte, 2008, p.233).

<sup>9</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Los casiques Quipildor (puna de Jujuy, siglos XVI-XX). Ensayos sobre cambios y continuidades en tradición oral, historia y derecho" ms. 2024. GENTILE LAFAILLE, M. E. "Entorno sociopolítico y beligerante del testamento e inventario de bienes del cacique principal Andrés Choque (Humahuaca, 1632-1633)", p.68, por ejemplo lo relacionado con su hijo Tucunas.

<sup>10</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Entorno sociopolítico y beligerante del testamento e inventario de bienes del cacique principal Andrés Choque (Humahuaca, 1632-1633)", p.77. En cambio, el indio Quisma, que participó activamente de los asaltos a pueblos de indios (*malocas*) en nombre de su encomendero, creyó que podía ordenar a su amo a realizar cierto juramento (GENTILE LAFAILLE, M. E. "Objetos prehispánicos legados en testamentos de indios (gobernación de Tucumán, 1608 y 1619)", p.18.

<sup>11</sup> En la documentación de la época se escribía casique, casica. Supongo que remite a una pronunciación determinada y por eso no la corregí a la ortografía actual.

que les pagaba el gobernador de Tucumán por liderar a los habitantes del valle Calchaquí -proveedores de abastos a la ciudad de San Miguel y su entorno- era el triple del sueldo que cobraba cualquier casique andino a mediados del siglo XVI<sup>12</sup>.

Además, todos, sin excepción, indicaron como lugar de su sepultura el interior de iglesias ya fundadas, no en los cementerios anexos a los templos y destinados a la gente común (*runacuna*). En un caso, tras la rebelión de 1780, el mismo casique mandó construir la *huaca* / iglesia donde las autoridades eclesiásticas lo enterraron en el crucero<sup>13</sup>.

\*

Los hechos comprendidos en los documentos sobre los que versa este ensayo transcurrieron en la ciudad que Hernando de Lerma fundara en el valle de Salta en 1582. La misma estaba rodeada de valles feraces, y su buen clima favorecía la habitación humana y la producción agropecuaria. Durante la Colonia este territorio quedó comprendido en la gobernación de Tucumán, topónimo que remite a Tucumu, la divinidad andina prehispánica que protegía ese tipo de región y sus producciones<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Testamento de Catalina de Morales en GENTILE LAFAILLE, M. E. *Testamentos de indios de la Gobernación de Tucumán, 1579/1704*, p. 196.

<sup>13</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Los casiques Quipildor (puna de Jujuy, siglos XVI-XX). Ensayos sobre cambios y continuidades en tradición oral, historia y derecho" ms. 2024.

<sup>14</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E., "Tucumán: etnohistoria de un topónimo andino". En *Investigaciones y Ensayos*, 57, 2008, pp: 61-98.

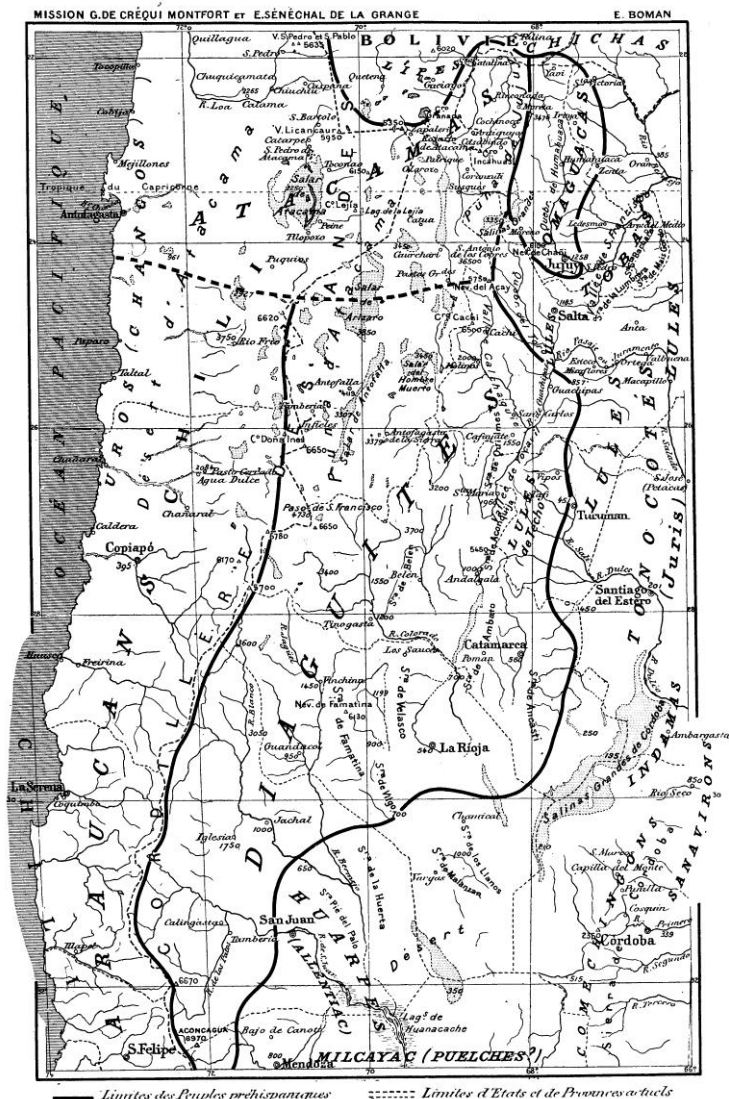


Figura 2. Mapa étnico de la región andina entre los 22° y 33° grados (siglo XVI). Según Boman 1908, figura 1.

## 2.- El tema y su interés

Si bien a primera vista parecieran conformar un testamento o sus preliminares, los dos documentos que son parte de este ensayo escapan algún tanto al uso y función de ese trámite tal y como se lo intentaba implantar entre los indios de la gobernación de Tucumán. A diferencia de otros que publiqué, ninguno de éstos permite presumir que los testadores fuesen autoridades indígenas<sup>15</sup>; más bien lo notable son la urgencia y el interés en el reconocimiento de bienes, deudas y créditos.

En mi opinión, se prefirió a otros<sup>16</sup> éste tipo de documento (testamento y memoria comercial) porque su forma tocaba un aspecto de la cosmovisión, ya compartida por indios y españoles en esos años, relacionado con las consecuencias de los actos humanos, aquí (cobrar y pagar deudas) y en el más allá (descargo de la conciencia y bien del alma).

---

<sup>15</sup> Doña Catalina pidió ser enterrada en la iglesia matriz que, en el contexto de su testamento, puede considerarse una expresión de deseo antes que de un derecho. Más documentación podría aclarar el tema.

<sup>16</sup> Contrato ante escribano, por ejemplo.

### 3.- Catalina Daualos: el testamento como acto entre vivos (1686)

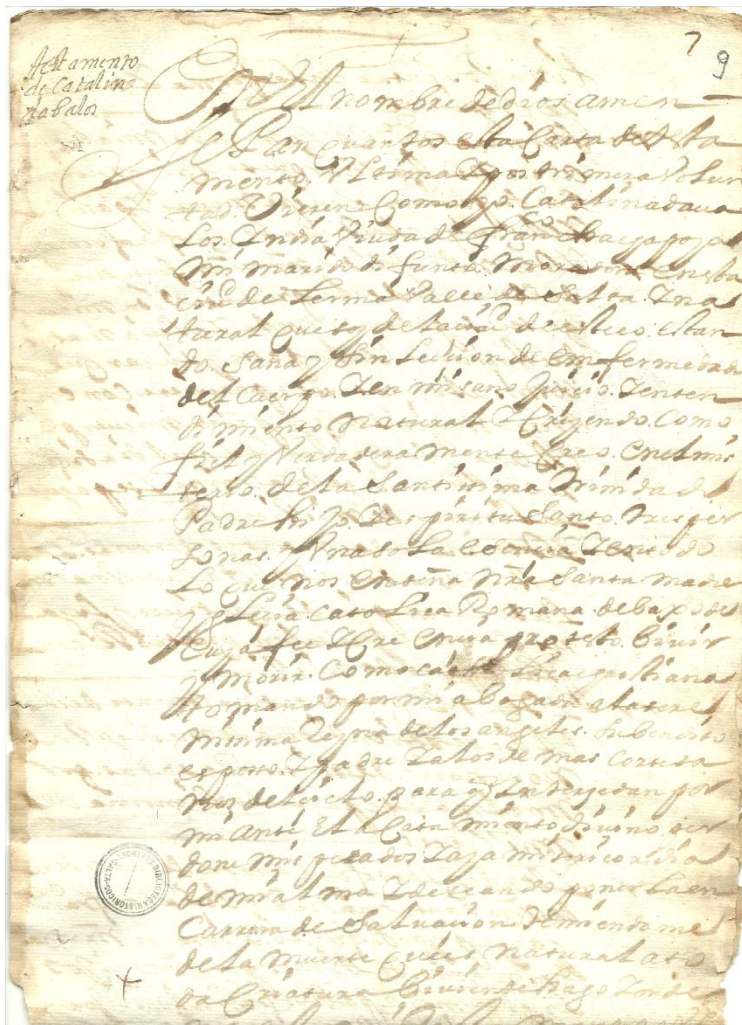


Figura 3. Copia digital del f.9r del testamento de Catalina Daualos, 1686.

El trámite se llevó a cabo en la ciudad de Salta, sin especificar en casa de quién como se ha visto en otras situaciones similares. La preocupación de la testadora, y de su yerno / albacea, era la continuidad de éste en la propiedad de una estancia que doña Catalina le había vendido, de la que decía que había escritura y ubicaba -según costumbre- con relación a los linderos vecinos. Pero algo pasó porque el sargento Gaspar Sánchez de los Reyes estaba en pleito con el capitán Agustín Martínez de Yriarte por dicha estancia que era el medio de vida familiar junto con los animales y "un pedaso de tierra de sementera". Veamos ese documento y luego su comentario.

**Ubicación:** Archivo y Biblioteca Histórico de la Provincia de Salta, actual Archivo y Biblioteca Históricos de Salta "Dr. Joaquín Castellanos", Salta.

- Protocolo N° 40, fs.7r-10v / fs. 9r-12v - Año 1656 - Testamento de Catalina Daulos.

- Una fotocopia se encuentra en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, como parte de un muestreo documental sobre el tema "El testamento en el Derecho Argentino - Siglos XVI-XIX" realizado entre 1968 y 1973 bajo la dirección del Dr. Víctor Tau Anzoátegui (CONICET)<sup>17</sup>.

**Descripción:** Se trata de un original con las firmas correspondientes; papel común, sin sellar; tiene dos numeraciones en el ángulo superior derecho; en la trascripción se cita la que comienza en el folio 9r., aunque no hay, por ahora, manera de saber cuál de estas numeraciones se realizó primero y con relación

---

<sup>17</sup> Este Proyecto abarcó, en sus registros, los archivos de varias provincias. Entre sus objetivos no estaban incluidos los testamentos de indios, de manera que el de doña Catalina fue fichado por el interés de su apellido, Dávalos. Nélica Liparoti me lo señaló como una curiosidad entre los testamentos fotocopiados en aquella oportunidad.

a qué otro documento; tampoco está tachada una de las numeraciones. Sin embargo, la ubicación de ambas respecto del cuerpo del texto deja pensar que ninguna de ellas existió al momento de redactarse el mismo, es decir, ambas son posteriores.

La letra es cursiva, muy clara y casi sin abreviaturas; aunque se transparenta en el papel, su lectura no ofrece dificultades. Los bordes tienen algunas faltantes que tampoco importan.

### **Ediciones y citas:**

Leiva, A.D. "Testamentos salteños de los siglos XVII a XIX a través de un muestreo documental". En *Revista del Archivo General de la Nación*, IV, 1974, p.429.

**La presente edición:** Por la autora a partir de la copia digital proporcionada en 2019 por el Archivo y Biblioteca Históricas de Salta "Dr. Joaquín Castellanos"; según las "Normas para la transcripción de documentos históricos Hispanoamericanos" acordadas durante la Primera Reunión Interamericana sobre Archivos, Washington 1961.

[f.9r]

[al margen: Testamento de Catalina Dabalos]

En el nombre de Dios amen. Sepan quantos esta carta de testamento, vltima y postrimera voluntad, vieren como yo, Catalina Daulos, yndia viuda de Francisco Chachapoyas mi marido difunto, moradora en esta ciudad de Lerma valle de Salta, y natural que soy de la ciudad de Esteco: estando, sana y sin lección de enfermedad del cuerpo, y en mi sano juicio, y entendimiento natural y criyendo, como fiel y verdaderamente creo, en el misterio, de la Santísima Trinidad Padre hijo, y espíritu Santo, tres

personas, y una sola esencia y en todo lo que nos enseña nuestra Santa Madre Ygleçia, catolica Romana, debaxo de cuya fee y creença protesto, biuir y morir, como cathólica y christiana tomando por mi abogada, a la sereníssima Reyna de los angeles, su bendito esposo, y padre y a los demas cortesanos del çielo, para que ynterzedan por mi ante el acatamiento diuino, perdone mis pecados y aya misericordia de mi alma y deseando ponerla en carrera de saluaçion, temiendo me de la muerte que es natural a toda criatura biuiente hago y ordeno, este mi testamento y vltima [f.9v] voluntad, en la forma y manera siguiente:

✓ Primeramente, encomiendo mi alma a Dios nuestro señor que la crio y redimio con su preçiosa sangre muerte y passion y el cuerpo, a la tierra de que fue formado.

✓ Yten mando que si Dios nuestro señor fuere seruido de lleuarme desta presente vida mi cuerpo, sea sepultado, en la Yglesia matriz desta çiudad, en la parte y lugar que a mis aluaças les pareçiere con entierro mayor, y acompañen mi cuerpo el cura y sacristan y aquel día si fuere ora se me diga vna missa y se pague la limosna de mis vienes.

✓ Yten mando a las mandas forsosas, y acostumbradas, a dos reales cada vna con la de redempcion de cautiuos, y lugares Santos de Jerusalem quatro reales con que las aparto de mis bienes.

✓ Yten mando que susesiuamente desde el día de mi entierro, se me diga un nouenario, de missas resadas, por mi alma y se pague la limosna de mis vienes.

✓ Yten declaro fuy cassada según orden de nuestra santa madre ygleçia con Francisco Chachapoya, difunto, y durante nuestro matrimonio, tubimos por nuestros hijos legitimos a Pablo, Francisco Alonso Joan y a Maria que los mas, son difuntos, y solo [f.10r] tengo notiçia del dicho Pablo y Joan ser biuos vno en el

Reyno de Chile y el otro en el valle de Xauxa declarolos por mis hijos y herederos.

✓ Yten declaro que si Dios tragere con bien a los dichos Joan y Pablo, a esta dicha ciudad, mi aluacea les de por su legitima las yeguas que les tengo separadas para ellos que se repartiran yguualmente entre los dos y dicho mi albaçea las entregara a cuyo cargo quedan todos los pocos vienes que tengo, que son las dichas yeguas, y asta quarenta y nueve cauesas de biente con dos burros hechones como consta de un ressiuo que de ellas dio el capitán don Diego Ruis de Alarcon el mosso, y a cuyo cargo estan y an estado, con cargo de que si los dichos mis hijos no parecen el quedarse con ellas. El dicho don Diego Alarcon se les entregase a ellos mando que estas yeguas, queden en poder del sargento Gaspar Sanches de los Reyes, mi yerno para que corra por su mano la distribución dellas, según le tengo comunicado, como a mi aluaça y heredero.

[ventas]

✓ Yten declaro que abra tiempo de tres años que yo bendi al dicho capitán don Diego Ruis de

Alarcon el mosso setenta y tres cauesas de yeguas de yerro para [f.10v] a dos pessos cauesa que montaron ciento y quarenta y seys pesos de los quales, me a dado solos veynte y seys pessos y seys reales, mando se cobre por dicho mi aluaça lo restante y de no pagar el dicho capitán don Diego el resto, el dicho mi aluaça le buelua los dichos veynte y seys pesos y seys reales, y se quede con ellas, y con su prosedido, haga todo el bien que pudiere por mi alma.

✓ Yten declaro que al tiempo, y quando, casse a la dicha Maria mi hija ligitima ya difunta con el dicho Gaspar Sanches, le bendi la estancia donde al presente estoy y poseo, la qual a pleyteado con el capitán Agustin Martinez de Yriarte y le cuesta

muchos pesos, cuya cuiçion<sup>18</sup> y saneamiento le soy a cargo, y quiero y es mi voluntad que quede con toda la dicha estancia según y como le tengo otorgada escritura a su fauor por hallarme obligada de muchos agasaxos que tengo reseuidos, en socorrerme con el sustento y bestuario muchas veses declarolo assi por descargo de mi conciencia.

[venta de otra propiedad inmueble]

✓ Yten declaro, por mis bienes un pedaso de tierra de sementera que esta [f.11r] alinde de chacara de Diego de Sosa quien saue de la venta que hisso doña Maria de Artiaga su madre. Mando se benda por mis vienes.

[créditos]

✓ Yten declaro que Joan mulato herrero del capitán Melchor Días me es deudor un freno mular que balia seys pesos. Mando se cobre por mis vienes.

✓ Yten declaro que Pedro mulato esclauo del dicho capitán Melchor Diaz me es deudor seys pesos de unos calsones de paño de castilla que le di. Mando se cobren.

✓ Yten me deue la muger de Joan de Salas, tres pesos. Mando se cobren.

[débitos]

✓ Yten declaro, que debo a Francisco yndio hasta dies pesos, de bayeta, lienso y una bara de ruan que me dio. Mando se le paguen de mis vienes.

---

<sup>18</sup> *Luición*, redención de censos. Aunque también podría ser *tuición*, acción o efecto de guardar o defender. Ambos según el DLE.

[bienes propios]

✓ Yten declaro por mis vienes tres chaguanas<sup>19</sup>, y seys bacas serreras<sup>20</sup>.

[deudas]

✓ Yten declaro, no acordarme deuer mas de lo dicho a nadie y que si alguna persona pareciere demandando mis vienes, se le de y pague hasta en cantidad de dos pesos por su simple juramento.

[hijos - cláusula resolutoria]

✓ Yten declaro, y es mi voluntad que si los dichos mis hijos Pablo y Juan [f.11v] que estan ausentes no parecieren en estos quatro años primeros siguientes, el dicho Gaspar Sanches, como mi aluaça y heredero de mis derechos y aççiones, coxa las dichas yeguas para si acudiendo, con su prosedido a hazer bien por mi alma y la del dicho mi marido y hijos, y en esto quiero, y es mi voluntad, para que administre los pocos vienes como cossa propia suya sin que las justiçias ecleçiasticas ni seglares, le tomen quantas, por la satisfaçion que del dicho mi yerno tengo, y según tenemos comunicado.

[albacea]

Y para cumplir y pagar este mi testamento, y legados de el dexo y nombro, por mi aluacea y tenedor de vienes al dicho sargento Gaspar Sanchez de los Reyes mi yerno que esta presente y le doy poder cumplido, para que entre en los dichos mis vienes, y

---

<sup>19</sup> *Chaguana*, olla de barro que se utiliza para recibir la leche que se ordeña, según Solá 1947.

<sup>20</sup> *Cerreros*, animales no domesticados, según el DLE. En el contexto de este testamento, se trata de vacas que pastan en la ladera o el entorno de algún cerro, pero dentro de la estancia de doña Catalina.

los benda en almoneda o fuera della y haga todo el bien posible por mi alma y descargo de mi conçiençia, que le pido y encargo, y pueda usar deste aluaceasgo, aun que sea pasado el año fatal que la ley dispone = Y cumplido y pagado, este mi testamento, en el remaniente de mis vienes dexo y nombro por mi vniversal heredero al dicho sargento Gaspar Sanchez quien [f.12r] me a socorrido, con los alimentos y espero lo continuara en adelante como lo a hecho hasta aora = Con lo qual reuoco, anulo, y doy por ninguno, otros testamentos, cobdiçilos y otras vltimas disposiçiones que antes deste aya fecho, de palabra o por escrito, para que no valgan saluo esta que al presente hago y otorgo, que quiero se cumpla guarde y execute por mi yltima disposiçion con testimonio de lo qual lo otorgo assi en esta çidad de Lerma valle de Salta, en quatro días del mes de enero de mill seyscientos, y ochenta y seys años y la otorgante a quien yo, el capitán Ventura de Aguirre vezino y alcalde hordinario en ella y su jurisdiccion por su magestad que Dios guarde sertifico, conosco, y a lo que parese esta sana y sin lección alguna y en su entero juicio, y entendimiento natural por que habla consertadamente no firmo, porque dixo no sauer firmolo a su ruego el capitán Bernardo Martinez de Acosta su protector, y demas que fueron llamados y rogados por testigos siendolo los capitanes Pablo Nauarro, Pedro Fernandes Pantoxa, Don Joan Decharte y Bonifaçio de Bargas, y ba en este papel comun a falta del sellado. Y lo firme [f.12v] yo el dicho alcalde con dichos testigos, a falta de escriuano publico y real y ocupaçion desde gouierno =

a ruego de la otorgante [firmado] Ventura de Aguirre

[firmado] Bernardo Martinez de Acosta

Testigo [firmado] Pablo Nabarro de Oquendo

Testigo [firmado] Pedro Fernandes Pantoja

Testigo [firmado] Don Juan de Suñiga Echarte

Testigo [firmado y rubricado] Bonifacio de Vargas

### **Comentarios**

En este caso se siguió el formulario aunque quien testaba, se afirmó, no estaba enferma. El motivo por el que doña Catalina quería dejar ordenada la disposición de sus bienes era que corrían riesgo de gastarse en un pleito al que no se pensaba renunciar, de ahí la insistencia en que se puedan vender animales y chacra a medida que se necesitara antes que perderlos todos de una vez.

El resultado negativo de ese pleito podía dejar a doña Catalina sin recursos, en la pobreza. Pero también podría ser que dicho pleito fuese un simulacro para obtener mediante el testamento las propiedades de todo lo citado en el mismo. Por eso, respecto de que doña Catalina nombrara a su yerno como albacea con poder para vender sus bienes a cambio de que continuara dándole ropa y comida, contestando a mi pregunta acerca de ese intercambio A.D. Leiva me dijo que

"No hay trueque porque la contraprestación esperada es a futuro. Podría llegar a ser un caso de captación de voluntad de una persona anciana, o haberlo hecho [el testamento] bajo coacción, pero mientras no aparezca otro documento que lo invalide, ése es válido. Hay casos de testamentos atípicos." (com. pers. 14-10-2019).

Y no obstante lo "atípico", Gaspar Sánchez o su suegra, o ambos, tomaron sus recaudos concretando el trámite ante el alcalde ordinario, el protector de naturales y los testigos. Hasta aquí el trámite no pasa de lo dicho en el documento, pero en el mismo se nombraba a un personaje cuya familia, de la que no conozco hasta

ahora que se haya hecho un estudio de su actuación en la gobernación de Tucumán, sostuvo una importante actividad pecuaria desde fines el siglo XVI.

Veamos este asunto más de cerca por el matiz que pueda aportar, es decir, que el testamento de doña Catalina haya sido realmente una forma de defensa familiar frente a la posibilidad de perder los medios de vida, además de informar hoy acerca de algunas costumbres arraigadas en la gobernación. Allí se nombraba como la parte contraria del pleito por la estancia al capitán Agustín Martínez de Yriarte, quien existía en el lugar y fecha, y sus antecedentes familiares reforzaban los argumentos de doña Catalina y del sargento Sánchez.

La ciudad de Lerma en el valle de Salta se fundó en 1582. En 1593, aplacada momentáneamente la rebelión de Juan Calchaquí, ya había en el valle Calchaquí un encomendero de los indios luracataos llamado Agustín Martínez de Iriarte<sup>21</sup>. Desde fines de ese siglo la familia Martínez de Yriarte tuvo una grande y extensa actividad pecuaria en la gobernación de Tucumán, donde trataba de conseguir diferentes sitios en el interior de la misma para trasladar sus ganados entre veranadas e invernadas a lo largo del año. Estas propiedades dispersas, pero dentro de un mismo territorio administrativo, tenían la ventaja de no tener que hacer contratos ante escribano porque sus arrieros, que eran sus indios de encomienda o alquilados a otros encomenderos, no salían de la gobernación y por ende no debían jurar que regresarían, ellos y los animales.

Esto se vio en detalle en oportunidad de testar el casique de Humahuaca Andrés Choque, en 1632. Herido de gravedad, - estaban en plena rebelión del casique Chalemín- el casique Choque

---

<sup>21</sup> Biblioteca del Instituto Nacional Superior del Profesorado, Sección Historia, San Salvador de Jujuy. Lunad de Nanzer y Tulián de Pérez 1976: 27.

dictó un texto ante un español llamado Pedro Martínez de Yriarte, presente en el pueblo de Humahuaca a quien, inmediatamente, las autoridades de la ciudad de Jujuy hicieron a un lado porque no era vecino de allí; entonces, ante autoridades jujeñas, un simple escrito se transformó en memoria testamental, luego en testamento y a los cinco meses se hizo el inventario de bienes<sup>22</sup>.

Volviendo al texto de 1686, tenemos que en 1669 el entonces gobernador de Tucumán Alonso de Mercado incluyó a Augustin Martínez de Yriarte en la lista de beneméritos como capitán del tercio de la frontera de Salta que se había destacado por su participación durante la rebelión del "inca" Bohorquez<sup>23</sup>. Éste es el personaje citado en el testamento de doña Catalina.

Pero los historiadores, a diferencia de los protagonistas de algunos papeles, tienen la posibilidad de continuar indagando. En 1694, en la visita del oidor Antonio Martínez Luján de Vargas figuraba Agustín Martínez de Iriarte como vecino de Salta y encomendero en segunda vida del pueblo de Luracatau, del valle Calchaquí<sup>24</sup>. Ésto último un tanto difícil de aceptar ya que si en 1593 los luracataus estaban encomendados en primera vida en un Martínez de Yriarte, cien años después la encomienda tendría que

---

<sup>22</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. "Entorno sociopolítico y beligerante del testamento e inventario de bienes del cacique principal Andrés Choque (Humahuaca, 1632-1633)". En *Revista Aequitas*, 14, 2019, pp: 65-116.

<sup>23</sup> LARROUY, A., *Documentos del Archivo de Indias para la historia del Tucumán, 1591-1700*. L.J. Rosso & Cía, Impresores, Buenos Aires, 1923, pp.276-297.

<sup>24</sup> Archivo Nacional de Bolivia, Sucre. Expediente Colonial año 1694, N° 23, Visita de Salta practicada por Don Antonio Martinez Lujan de Vargas el oidor mas antiguo de la Real Audiencia de La Plata, f. 142r. Otro caso de uso de la milicia como modo de ascenso social, que genera suspicacia acerca de la organización de esas rebeliones para obtener esos beneficios en GENTILE LAFAILLE, M. E. "Tocpos: Historia colonial de un grupo diaguita en el siglo XVII". En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVIII, 2025, pp: 501-540. No son casos únicos.

ir por la tercera vida, salvo que esos encomenderos fuesen gente extraordinariamente longeva para el lugar y la fecha.

En otras palabras, estas presencias no son extraordinarias; mantener el nombre completo de padres a hijos, e incluso nietos, era habitual entre los encomenderos de la gobernación de Tucumán a fin de ir subsumiendo unas en otras las vidas otorgadas de una encomienda y así alcanzar tres.

La preocupación por el devenir del litigio por la estancia, espacio importante para la cria de ganados y modo de vida familiar, entre el yerno de doña Catalina y Agustín Martínez de Yriarte tenía, a la fecha del testamento, fundamentos históricos intimidantes. Pero también aparentaba desatino ya que se trataba de uno de los beneméritos que participaron en la lucha contra la rebelión del "inca" Bohorquez, quienes solicitaron todas las prebendas posibles al finalizar la guerra.

En otras palabras, respecto de que el sargento Gaspar Sánchez de los Reyes pudiese ganarle un pleito al benemérito capitán Augustin Martínez de Yriarte, se necesitaría más trabajo en archivo. Pero me arriesgo a adelantar sobre que a éste último no le debe de haber sido fácil alcanzar su propósito (si es que lo alcanzó): los folios del testamento de doña Catalina tienen dos numeraciones, ninguna de las cuales está tachada. Estos trajines suelen darse cuando se llevan a cabo trámites en cuyo transcurso se van pasando partes de legajos a otros legajos, de oficina en oficina; dicho en criollo, cuando se pleitea.

**4.- Andrés Choque: de apunte comercial a memoria testamental (1712)**

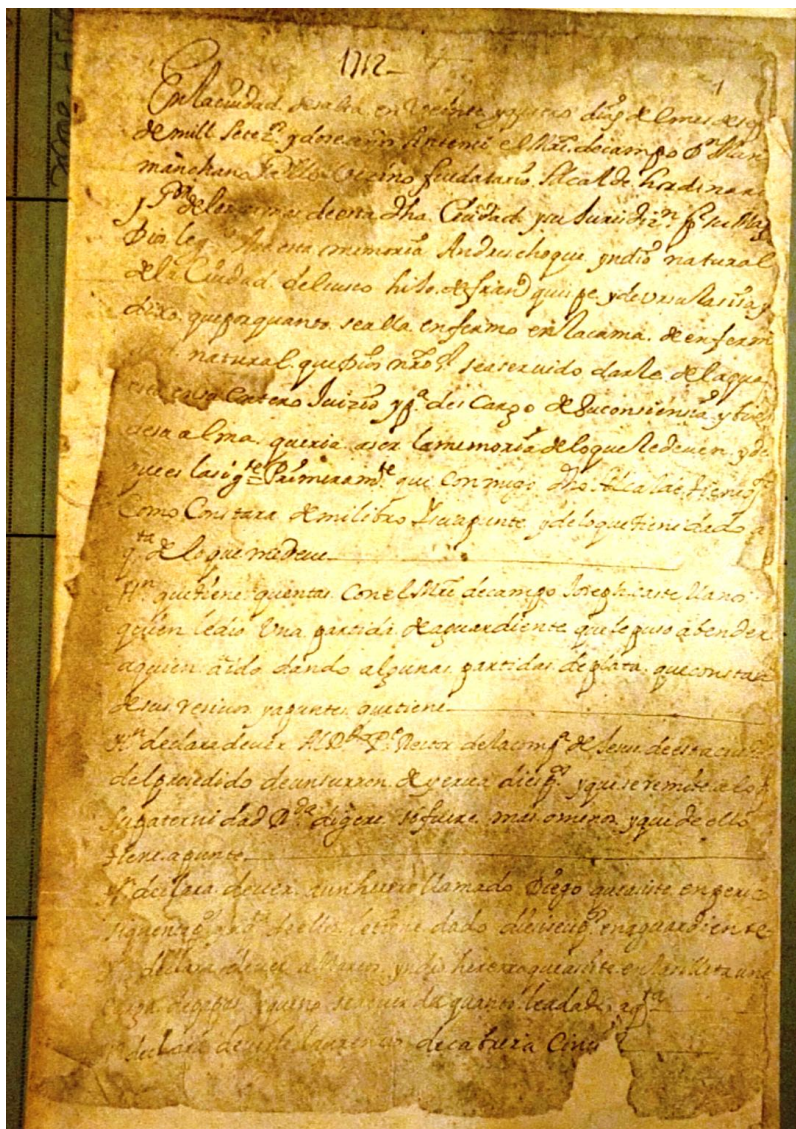


Figura 4. Fotocopia del f.1r del testamento de Andrés Choque, 1712.

Este documento estaba registrado como "testamento" en el Archivo de Salta; lo hallé mientras buscaba otra clase de papeles pero -atenta a este tipo de encuentro- lo fotocopí guiada por la notación de carátula. Su posterior lectura deja la impresión de que su productor no solamente no tuvo intención de que fuese un testamento sino que las autoridades coloniales intervinientes tampoco le reconocieron tal carácter. Pero antes de comentar esta *Memoria* es oportuno repasar su texto. Veamos.

**Ubicación** según la notación de carátula: Archivo y Museo Histórico de la Provincia de Salta, actual Archivo y Biblioteca Históricas de Salta "Dr. Joaquín Castellanos".

Carpeta 4, 68, Año 1712, *Testamento del indio Andrés Choque extendido ante Manuel Manchano Gallo*.

**Descripción:** Se trata de un original en dos folios sueltos, papel común, sin sellar; fueron extraídos -no arrancados- de un legajo y numerados *a posteriori* en el ángulo superior derecho, en el recto, con lápiz. Algunas faltantes en los bordes y manchas de humedad no impiden la lectura. Letra clara, cursiva, casi sin abreviaturas. Muchas palabras se continuaron unas en otras tal en el siglo XVI la llamada *letra procesal encadenada*; esta característica se reprodujo en la transcripción aunque es probable que se tratase de un antojo del escribiente. Como en otros papeles conocidos, hay intercalados puntos a nivel del renglón que no tienen que ver con la sintaxis pero cuyo significado aun no conozco. Al final de cada párrafo hay una línea continua que llega al final del renglón y que aquí no se reproduce pero se la reemplazó con un punto.

**Ediciones y citas:** Hasta donde pude indagar, este documento no se publicó ni se lo citó como inédito.

**La presente edición:** Por la autora, según las “Normas para la transcripción de documentos históricos Hispanoamericanos” acordadas durante la Primera Reunión Interamericana sobre Archivos, Washington 1961.

[f.1r]

[al medio: 1712 una cruz]

[ángulo superior derecho: .1]

En la ciudad . de Salta . en veinte . y quatro dias delmes de  
septiembre de mill setezientos y dose . años Ante mi el Maestre de  
campo don Manuel Manchana Gallo vezino feudatario . Alcalde .  
hordinario y Governador de armas de esta dicha ciudad y su  
jurisdizion por su Magestad que Dios . le guarde Ase . esta  
memoria Andres . choque . yndio natural de la Ciudad . del Cusco  
hijo . de Francisco Quispe . y de . Ursula Sisa y dixo .  
queporquanto . sealla . enfermo en la cama . de enfermedad natural  
. que Dios nuestro señor sea seruido darle de la qual esta ensu  
entero Juizio y para descargo de su consiensia y bien desu alma .  
queria aser . lamemoria deloqueledeuen . y deue que es la siguiente  
=

[débitos]

Primeramente que conmigo dicho Alcalde tiene cuenta como  
constara de mi libro .y su apunte . yde lo que tiene dado a cuenta  
de lo que me deue.

Yten que tiene . quantas. con el Maestre de campo Joseph  
Castellanos . quien ledio . una partida . deaguardiente que le puso a  
bender a quien . á ido . dando algunas partidas . de plata .  
queconstara de sus . resiuos yapuntes . que tiene.

Yten declara deuer . Al Reverendo Padre Rector de la compania de Jesus . de esta ciudad delprosedido deunsurron<sup>25</sup> . de yerua dies pesos yque se remite . a lo que su paternidad Reverendisima digere . sifuere . mas o menos . y que de ello tiene . apunte.

Yten declara deuer aunherrero llamado Diego que assiste . en Perico<sup>26</sup> sinquenta pesos y a cuenta deellos . le tiene . dado diesiseispesos enaguardiente.

Yten declara deuer . a Marcos . yndio herrero queasiste . enlaSilleta<sup>27</sup> una carga . de papas . y que no seacuerdaquanto . leadadoaquesta.

[créditos]

Yten declara . deuerle laurencio de cabrera cinco pesos.

[f.1v]

Yten declara . deuerle Juan yndio . chullo<sup>28</sup> de doña Magdalena ocho [¿reales? ¿pesos?]<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> El zurrón es una bolsa grande, de cuero.

<sup>26</sup> Perico es una localidad actual al SE de San Salvador de Jujuy; tras la rebelión de Juan Calchaquí se concedieron allí mercedes de tierras en 1586 (CORNEJO, A. & VERGARA, M.A., *Mercedes de tierras y solares (1583-1589)*. Edición Oficial, Salta, 1938, p.221). .

<sup>27</sup> Un cerro cuyo perfil parece una silla de montar; se encuentra al SW de Salta, a unos 20 km.

<sup>28</sup> No encontré un significado adecuado al contexto.

<sup>29</sup> La especie no se lee pero el espacio sugiere una abreviatura, que podría ser "rs" o "ps", reales o pesos.

Yten declara . le deuen lucas . y seuastián . yndios de doña Baleriana Escobar Castellanos . dos fanegas . de trigo cadauno segunse quiere acordar y que . es fiador . Don Francisco Casique del pueblo de Atapsi<sup>30</sup>.

Yten declara leesdeudor de dos . mulas mansas . un yndio Umaguaca . llamado lanchibariga . que . aunqueeran tres una . lalibro para una paga.

[otro débito]

Yten declara . deuer al capitan Antonio prieto . tres baras de bayeta a dies . [falta] bara.

[otros créditos]

Yten declara quelas tres .baras . dichas . se las . fio a Pedro Roldan . que las deue.

Yten declara que el curaca de Atapsi Don francisco le deue dose reales.

[empeños]

---

<sup>30</sup> Atapsi, c.1656 era un pueblo de indios en el límite del valle Calchaquí con los pueblos de los indios pulares, según Torreblanca 1696: f.33v. En 1694 era un pueblo de la encomienda de Joseph Escouar Castellanos en segunda vida; limitaba con el pueblo de Sicha (Archivo Nacional de Bolivia, Sucre, Expediente Colonial año 1694, N° 23, f.10r.). Sicha, pueblo de indios que limita por arriba [¿sur?] con Atacsi [Atapsi] y Chacuana [¿Chicuana, Chicoana?], por abajo [¿norte?] con Cafayate y Tilian, por un costado con chacra y almona de Fernando Arias y Diego de Herrera, por el otro costado con chacra y estancia de los padres de la Compañía; cacique Francisco Chunpicha [¿Chumbita?], encomendero Leonardo Rodriguez de Valdes (Archivo Nacional de Bolivia, Sucre. Expediente Colonial año 1694, N° 23, f.39r-v y f.35r).

Yten declara . tener . unos . sarsillos . de oro . enpeñados . yaquenoba [falta] ellos . ledeuenun peso . y que son . los dichos sarsillos . de doña Madalena la Muger . del capitan Juan Arias.

Yten . declara . tiene . una . cageta . enpeñada en dos pesos la qual es de Doña Ygnasia de Ubierna . y que . es de carei.

Yten declara . tener . un mate guarnesido que le enpeño el capitan Tomas . de los . Cobos . en dos pesos.

[familia]

Yten declara . ser casado y uelado con Petronasosa . y que . durante el matrimonio . tubieron por hijo . a Pedro Choque . elqual deja . recomendado al Reverendo Padre frai lorenzo . de riuera comendador . del conuento de nuestra señora de las mercedes.

[otros empeños]

Yten declara . tener en su poder por uia de enpeño dos . cucharas de plata yunasortija . de oro . con su piedra azul . que le puso . el pulpero Roque . y que . a quenta le dio . quatro quartillos . de aguardiente a presio de . dies reales.

[cancelación parcial de deuda]

Yten declara . que a quenta . delo quedeue al . Maestre de campo Joseph [f.2r] Castellanos . le remitio con palasios . catorse pesos . los quales . estan apunta.dos . en su quenta y con elnegro tomas dos quartillos . de aguardiente . quetanpoco estan . apuntados.

[otra deuda]

Yten declara . deuer al padre ProCurador. dela compania de Jesus unalibra depoluillo<sup>31</sup> . por quatro pesos.

[otro empeño]

Yten declara. tener . un cordouan<sup>32</sup> . enpeñado . endos reales de poluillo y que dicho Cordouan . es . deMaria . barroca.

Y para queconste . lo firme . Ante testigos . que seallaron presentes a falta de escribano . en dicho diames yaño yno firmo esta memoria por no sauer =

Manuel Manchano Gallo [firmado y rubricado]

Testigo fray Matias de Vega [firmado y rubricado]

Testigo Juan de Peñalua [firmado y rubricado]

Testigo Ramon Castellanos y Gallo [firmado y rubricado]

### **Comentarios**

Entre la documentación relacionada con testamentos de indios hallé dos, hasta ahora, que presentan similitud con esta *Memoria* de Andrés Choque.

Uno de ellos es la memoria testamental de un homónimo, el casique Andrés Choque (1632); y el otro documento es la memoria dictada por la india Theresa (1721). En ambos casos, dichas

---

<sup>31</sup> Según Solá, 1947, *polvillo* es el tabaco muy picado o el polvo que queda luego de picado el tabaco. Igual es en Perú, agregó. En mi opinión, podría ser el llamado rapé, o tabaco rapé.

<sup>32</sup> Este tipo de cuero curtido solía emplearse en la confección de ropa y de parches de tambores.

memorias se transformaron en testamentos tras el fallecimiento de sus productores. El corto tiempo transcurrido entre memoria y testamento fue la razón, dada la urgencia, de regularizar el trámite. Por su parte, el casique tenía una cantidad importante de bienes propios<sup>33</sup> en tanto que Theresa había heredado de su esposo unos terrenos junto a la acequia principal que el encomendero, medio hermano su esposo, quería recuperar.

La *Memoria* del presente Andrés Choque, comerciante minorista y prestamista de ocasión, tenía como propósito dejar sentado que tanto el alcalde ordinario como dos de los vecinos de Salta tenían deudas con él, aunque las mismas quedaban a comprobarse en el futuro y a partir de unos apuntes que deudor y acreedor habrían llevado, cada cual por su lado. Un párrafo acerca de un pago adelantado por catorce pesos da una idea de que el monto de esas deudas debió ser importante<sup>34</sup>.

Para saber si esta *Memoria* se transformó en testamento, y su devenir a partir del mismo, haría falta más trabajo en archivo. Pero se nota que los folios que transcribimos estaban dentro de una carpeta dedicada solamente a los mismos y que no fueron arrancados de un legajo sino descosidos, para decirlo de alguna manera. Cual fuese el contenido de ese legajo, por ahora lo ignoro.

---

<sup>33</sup> El tema de los bienes propios de los casiques / curacas de la gobernación de Tucumán merecería más atención. El casique Juan Quipildor, por ejemplo, tuvo que jurar sobre sus propios bienes que las cuentas presentadas al marqués del Valle de Toxo eran correctas (GENTILE LAFAILLE, M. E. "Los casiques Quipildor (puna de Jujuy, siglos XVI-XX). Ensayos sobre cambios y continuidades en tradición oral, historia y derecho" ms. 2024).

<sup>34</sup> Otros testamentos de indios y los precios de la época en la gobernación de Tucumán me permiten decir que esos catorce pesos representan una suma importante; en otros casos la misma se acercó a los cien pesos y los deudores eran siempre autoridades coloniales, tanto eclesiásticas como militares.

La persona que realizó ese desglose debió tomar en cuenta que Andrés Choque "se alla enfermo en la cama", asumió que ese escrito era un testamento y que por algún motivo debía archivarlo aparte aunque el texto decía "memoria", no "memoria testamental".

Regresando a las deudas y créditos, más allá de eso tenemos aquí la vigencia de una preocupación ya detectada en el testamento de Baltazar Uzcollo (1579)<sup>35</sup>: el destino de un hijo menor de edad respecto de dejarlo a cargo de quien pudiese educarlo en términos de la cultura hispana; en este caso, Choque dejó a su hijo Pedro a cargo del comendador de los mercedarios, y el testigo fray Matias de Vega podría ser un mercedario encargado de asegurar que esa manda figure en ese escrito, por más informal que fuese.

Para refrendar su propósito de que se insertase en dicha cultura sin problemas estaba el nombre completo del chico, que continuaba el de su padre como apellido familiar<sup>36</sup>. Además, Choque dio los nombres de Quispe y Sisa para sus padres, nombres / apellidos relacionados con la elite cusqueña aunque no lo explicitara. De él mismo decía que era natural del Cusco sin precisar la parroquia que, en otros documentos producidos por indios cusqueños era un dato importante. Estas imprecisiones podrían deberse a la urgencia del momento, pero también podrían indicar un propósito de ascenso social al que esta *Memoria* ofrecería un respaldo si llegaba a transformarse en testamento con los agregados correspondientes de profesión de fe, sitio de entierro pretendido, donaciones a alguna cofradía, misas por su alma y las de los ancestros, etcétera, además de la esperada rebaja en las deudas del alcalde y los vecinos ...

---

<sup>35</sup> GENTILE LAFAILLE, M. E. *Testamentos de indios de la Gobernación de Tucumán, 1579/1704*. p.181.

<sup>36</sup> La conversión de los nombres propios en lenguas vernáculas en apellidos familiares no se dio en todas partes ni al mismo tiempo como se puede ver en casos citados aquí y otros.

En un testamento formal, fechado en Salta en 1676, cuyo testador era un indio pulpero, él mismo se remitió a un libro que llevaba su mujer para que se cobren algunas deudas; en el caso de Choque, tal vez por ser solamente una memoria, no decía dónde estaba su libro con esas anotaciones, ni que su mujer lo tuviese.

#### 4.- Comentarios finales

El breve estudio de estos dos documentos mostró algunos aspectos del día-a-día en la ciudad de Salta en el marco cronológico de unos veintiseis años. En comparación con otros testamentos de indios anteriores y posteriores, algunos publicados y otros inéditos, no hay diferencias notables en los usos y costumbres que se fueron fijando en la región a partir de las primeras fundaciones.

El uso indistinto de las voces *casique* y *curaca* en un espacio documental tan corto como la *Memoria* de Choque, muestra la amplitud de la adaptación en el lenguaje al mismo tiempo que, desde el punto de vista indígena, se adoptaba un trámite hispano a la necesidad de proyectar un derecho al futuro. No había novedad en esto. En un trabajo previo se vio claramente cómo la costumbre arraigada en la gobernación de Tucumán de pasar los nombres de padres a hijos y nietos para conservar una encomienda fue adaptada al ámbito indígena -dentro del cual solo tenía valor la habilidad para gobernar- imponiendo al interior de un grupo indígena un mismo nombre a varios niños, repartidos ellos entre varios grupos familiares, sin tomar en cuenta que fuesen, o no, los hijos biológicos del casique / curaca en funciones en esa población. Al momento de tener que reemplazar al casique era más que probable que hubiese alguno de éstos que pudiese acceder al gobierno.

Tanto en caso del testamento de doña Catalina como de esta memoria comercial de Choque, más trabajo en archivos podría contribuir a perfilar cómo siguieron, o no, esos trámites.

Regresando a lo dicho al principio de este ensayo, el estudio de la Historia regional mediante casos permite reconocer estas situaciones intermedias, facilita su comprensión y destaca sus particularidades locales por fuera de la legislación que se trataba de implementar en esta parte de las Indias.

## Bibliografía

### *Fuentes*

Archivo y Biblioteca Históricos de Salta "Dr. Joaquín Castellanos", Salta.

- Protocolo N° 40, fs.7r-10v / fs. 9-12v - Año 1656 - *Testamento de Catalina Daulos*.

- Carpeta 4, 1r-2r - Año 1712 - *Testamento del indio Andrés Choque extendido ante Manuel Manchano Gallo*.

Biblioteca del Instituto Nacional Superior del Profesorado, Sec.Historia, San Salvador de Jujuy.

Lunad de Nanzer, A.M. & Tulián de Pérez, N., *Ubicación territorial de las parcialidades indígenas pre y post contacto, y de las encomiendas en lo que hoy constituye la provincia de Jujuy*, ms. 66 pgs. 1976.

Archivo Nacional de Bolivia, Sucre.

Expediente Colonial año 1694, N° 23, Visita de Salta practicada por Don Antonio Martínez Luján de Vargas el oidor más antiguo de la Real Audiencia de La Plata. 183 fs.

### *Publicaciones*

BOMAN, E., *Antiquités de la région andine de la République Argentine*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908. <https://archive.org/details/antiquitesdelare01boma>.

CORNEJO, A. & VERGARA, M.A., *Mercedes de tierras y solares (1583-1589)*. Edición Oficial, Salta, 1938.

DELER, J.-P. "La ciudad colonial andina en los ojos de Guaman Poma de Ayala". En *Revista Procesos* (Quito) 27 (1) (2008) 5-17.

RP27-Deler-La ciudad colonial andina.pdf - Repositorio UASB.

GENTILE LAFAILLE, M. E. "Notas sobre algunas mujeres del Collasuyu (siglos XV al XVIII)". En *Arqueología y Sociedad*, 18, 2007, pp. 229-248.

<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Arqueologia/issue/view/1233>

ID., *Testamentos de indios de la Gobernación de Tucumán, 1579/1704*. Instituto Universitario Nacional del Arte<sup>37</sup>, 2008.

ID., "Tucumán: etnohistoria de un topónimo andino". En *Investigaciones y Ensayos*, 57, 2008, pp: 61-98.

---

<sup>37</sup> Actual Universidad Nacional de las Artes, Buenos Aires.

ID., "Objetos prehispánicos legados en testamentos de indios (gobernación de Tucumán, 1608 y 1619)". En *Revista Æquitas*, 2, 2012, pp. 9-43.

<http://revistaaequitas.files.wordpress.com/2012/08/margarita-gentile1.pdf>

ID., "La guerra por la colonización del valle de Calchaquí (gobernación de Tucumán, siglos XVI-XVII). Ensayo sobre el contexto de la *Relación Histórica ...* de Hernando de Torreblanca S.J., 1696". En *Revista Cruz del Sur*, 16, 2016, pp: 1-272.

[http://www.revistacruzdelosur.com.ar/Numero\\_016/RHCZDS-01601-Gentile-Guerra-Colonizacion\\_Valle\\_Calchaki.pdf](http://www.revistacruzdelosur.com.ar/Numero_016/RHCZDS-01601-Gentile-Guerra-Colonizacion_Valle_Calchaki.pdf)

ID., "Entorno sociopolítico y beligerante del testamento e inventario de bienes del cacique principal Andrés Choque (Humahuaca, 1632-1633)". En *Revista Æquitas*, 14, 2019, pp: 65-116.

<https://revistaaequitas.wordpress.com/author/revistaaequitas/>

ID., "Estampas de papel en Memoria y Testamento de Thereza, india (Mendoza, 1721). Ensayo sobre contexto, uso y función". En *Bibliographica Americana*, 16, 2020, pp: 38-53.

<https://www.bn.gov.ar/micrositios/revistas/bibliographica/bibliographica-americana-14>

ID., "En torno a una transcripción anónima (s. XIX) de la *Relacion de antigüedades deste reyno del Piru*, de Joan de Santa Cruz Pachacuti". En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 56, 2023, pp: 431-450.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8789563>

ID., "Los casiques Quipildor (puna de Jujuy, siglos XVI-XX). Ensayos sobre cambios y continuidades en tradición oral, historia y derecho" ms. 2024.

ID., "Tocpos: Historia colonial de un grupo diaguita en el siglo XVII". En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVIII, 2025, pp: 501-540.

GUAMÁN POMA DE AYALA, P., c.1615, *El primer Nveva Coronica i Bven Gobierno*. México, Siglo XXI, 1987.  
<http://www.kb.dk/elib/mss/poma>

LARROUY, A., *Documentos del Archivo de Indias para la historia del Tucumán, 1591-1700*. L.J. Rosso & Cía, Impresores, Buenos Aires, 1923.

LEIVA, A.D. "Testamentos salteños de los siglos XVII a XIX a través de un muestreo documental". En *Revista del Archivo General de la Nación*, IV, 1974, pp: 421-512.

SOLÁ, J.V., *Diccionario de regionalismos de Salta (República Argentina)*. Edición Oficial, Buenos Aires, 1947.

## Agradecimientos

**Institucionales:** Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Archivo y Biblioteca Históricas de Salta "Dr. Joaquín Castellanos", Biblioteca del Instituto Nacional Superior del Profesorado, Sección Historia, San Salvador de Jujuy.

**Personales:** Teresa Cadena de Hessling, Alberto David Leiva, Hugo A. Pérez Campos, Javier Campos y Fernández de Sevilla, Nélica Liparoti, María Isabel Pérez Cuéllar.

# LAS ESPIGADORAS DE ESPIGAR EN EL ARTE AL ARTE DE ESPIGAR\*

THE GLEANERS  
FROM TO GLEAN IN THE ART TO ART OF TO GLEAN

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 20 de junio de 2025.

**Sonia Fernández Sánchez<sup>1</sup>**  
**Università degli Studi di Cagliari**

**Resumen:** El artículo se ocupa de examinar la antigua actividad de las espigadoras, caracterizada por su precariedad, pero que al mismo tiempo permitía, sobre todo a las mujeres, de subsistir con una ocupación digna. Con esta idea está resurgiendo en el mundo moderno la actividad de espigar, esto es, aquella de recoger y utilizar los deshechos de otros. La idea es aquella de analizar como viene

---

\* *El artículo está dedicado al profesor Gianni Loy, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cagliari, con ocasión de su jubilación.*

<sup>1</sup> [sfernandez@unica.it](mailto:sfernandez@unica.it)

tratado el trabajo de espigar por el arte, para terminar concluyendo que, en realidad, espigar es un arte.

**Abstract:** The article examines the old activity of gleaners, characterized by its precariousness, but at the same time it allowed, especially women, to subsist with a decent occupation. With this idea, the activity of gleaning is re-emerging in the modern world, that is, those of collecting and using the waste of others. The idea is to analyze how the work of gleaning is treated by art, to end up concluding that gleaning is an art.

**Palabras clave:** Trabajo agrícola, Cantos de trabajo, Ritmo de trabajo, Mujeres.

**Key words:** Agricultural Work, Work Songs, Work Pace, Women.

**Sumario:** 1. Introducción. — 2. Las espigadoras en la canción. — 3. Las espigadoras en la poesía. — 4. Las espigadoras en el cine. — 5. El arte de espigar.

## 1.- Introducción

El arte, a través de los artistas, ofrece una sensibilidad especial para detectar y reflejar a través de cualquier manifestación artística, “el espíritu de una época”. Un cuadro, un poema, un documental, un canto, una escultura pueden situarse en un determinado tiempo y espacio sintetizando con gran precisión las condiciones sociales de un preciso momento. Asimismo, la capacidad que tiene el arte para reforzar la comprensión de algunos conceptos es absolutamente real. Sería interesante el auxilio de producciones artísticas en la explicación de contenidos sociales, se trata de un desafío tanto para el docente como para el estudiante, ya que supone desarrollar la capacidad de flexibilidad o apertura intelectual. Y esto es lo que Gianni Loy ha increíblemente puesto en

práctica en algunos de sus trabajos, se piense, por ejemplo, en el *Derecho del Trabajo según Sancho Panza*<sup>2</sup> o en *La teología del lavoro nelle metamorfosi di Kafka*<sup>3</sup>. Asimismo, en muchos de sus trabajos fuera del ámbito universitario, se puede observar una contaminación de su experiencia como experto en derecho del trabajo, así en su libro *Eva e Petra*<sup>4</sup> o en guiones cinematográficos, como *La nostra quarantena*<sup>5</sup>. Gianni Loy, con su obra, ha traspasado las fronteras disciplinarias con gran pasión desarrollando interpretaciones a través de la combinación de diferentes lenguajes y formas de ver y conceptualizar el mundo. El *Derecho del Trabajo según Sancho Panza* ha sido uno de los trabajos más queridos por Gianni Loy y el que le ha ofrecido mayores satisfacciones, incluso después de haber pasado algunos años desde su escritura. La idea de dedicar a Gianni un artículo en el que se mezcle el arte y el derecho nace con la intención de homenajear y recordar su parte artística, la cual se observa no sólo en las obras citadas, sino también por el uso que realiza del lenguaje en todos sus escritos. La intención, con humildad, es aquella de escribir un tema que su lectura produzca solo placer, sin ninguna otra intención. Por ello, he decidido analizar cómo tratan diversas modalidades artísticas el tema del trabajo de las espigadoras. Labor esta, de índole femenina, que comprende uno

---

<sup>2</sup> LOY, G. *Derecho del Trabajo según Sancho Panza*, Cinca, Madrid, 2009.

<sup>3</sup> LOY, G. «La teología del trabajo en la metamorfosis de Kafka», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 22, 2016, pp. 122-129.

<sup>4</sup> LOY, G. *Eva e Petra*. Domus de Janas, Sestu, 2022. El libro cuenta con las maravillosas ilustraciones de Francesco del Casino y ha sido llevado al teatro por la compañía “I Girasoli” con la interpretación del actor Fabrizio Passerotti. La breve novela de Gianni Loy cuenta la masacre de Bugerru, pequeño pueblo minero de la Isla italiana de Cerdeña, con los ojos de dos niñas: Eva, hija de un minero, y Petra, la hija del capataz de la mina.

<sup>5</sup> Se trata de una película cinematográfica del director sardo Peter Marcias, cuyo guion ha sido escrito por Gianni Loy, del 2015. La historia hace referencia a un caso acaecido realmente en el mayo de 2013 en el puerto de la ciudad de Cagliari (Cerdeña), donde 15 trabajadores marroquíes deciden organizar una huelga para defender su trabajo.

de los momentos más importantes de la cosecha, esto es la recogida durante el mes de agosto de la siembra y en ella participan las llamadas espigadoras. Tarea prevalentemente femenina colocada siempre en segundo plano, porque la verdadera recogida de la siembra la realizaban cuadrillas formadas exclusivamente por hombres. Se trata de una labor humilde, representada, en algunos casos, como una actividad destinada a los más pobres. Así, Baudelaire se refiere a ella en “la mujer salvaje y la queridita” paragonando el oír suspirar a la queridita que “padecéis más que las espigadoras sexagenarias y las viejas pordioseras que van recogiendo mendrugos de pan a las puertas de las tabernas”. De entre los derechos consuetudinarios que existen, en mi opinión, el de espigar es uno de los más fascinantes. Hay que tener en cuenta que espigar es una práctica que contradice la concepción clásica del derecho de propiedad privada, que concibe a éste como un derecho exclusivo y excluyente. Los propietarios de los campos cultivados deben permitir el espiguelo, es decir, no pueden impedir que cualquier persona acceda a su finca después de la cosecha para que pueda recoger aquellos frutos que hubieran quedado sin cosechar. En la práctica histórica, este derecho ha evolucionado desde un acto de caridad, por influencia cristiana, tal y como refleja Víctor Hugo en su poema “Booz dormido”: “Cuando veía pasar alguna pobre espigadora: “Dejar caer a propósito espigas” – decía”, hasta una forma de organización laboral.

## 2.- Las espigadoras en la canción

El coro de las espigadoras<sup>6</sup>, canto de trabajo de la zarzuela de “La rosa del azafrán”, es una de las escenas más conocidas y famosas de este género musical<sup>7</sup>. Se trata de un canto descriptivo

---

<sup>6</sup> Se puede escuchar en <https://www.youtube.com/watch?v=VNMiOJrT7aM>

<sup>7</sup> La zarzuela “La Rosa del azafrán” es una adaptación libre de la comedia “El perro del hortelano” de Félix Lope de Vega, con música de Jacinto

con mucho realismo y costumbrismo, ya que representa una estampa cotidiana del mundo rural manchego. En esta obra del manchego Jacinto Guerrero se puede disfrutar también de la canción del sembrador<sup>8</sup>. Este, a diferencia del canto de las espigadoras, es un canto con un enfoque vitalista y optimista del trabajo en el campo, alcanzando el protagonista un punto de éxtasis y exaltación, ya que su vida y su pasión era la tierra: “Y el grano arrojó con tanto brío, que me parece que el mundo es mío”. Para el protagonista el campo es su vida y a través de su trabajo alcanza sus motivaciones y se autorrealiza. Esta copla, a diferencia del canto de las espigadoras, crea una visión optimista del trabajo agrícola, en vez de recrearse en los aspectos más sórdidos o miserables (el sudor, el cansancio, el calor) representa los aspectos positivos del trabajo, como el estar en contacto con la naturaleza, participar en el ciclo de la vida.

Hay que señalar que los cantos de trabajo o “tonadas de trabajo” se encuadran en el conjunto de la canción popular y encuentran su origen en las tareas del campo. Una canción de trabajo era un canto rítmico, normalmente *a capella*, entonado por aquellas personas que realizaban tareas físicas y repetitivas. El ritmo de la canción marcaba el ritmo del trabajo, esto es el movimiento físico, al objeto de sincronizar los movimientos de grupo. En ocasiones, como se verá, era la misma tarea la que provocaba un sonido y marcaba el ritmo, pero en otras era la propia canción que acompañaba el movimiento físico y, por ende, el esfuerzo. Tanto es así, que García Martos opinaba que en la melodía no se buscaba tanto un placer estético, cuanto una función reguladora del trabajo<sup>9</sup>,

---

Guerrero, estrenada el 14 de marzo de 1930 en el Teatro Calderón de Madrid. Se puede escuchar en <https://www.youtube.com/watch?v=4CtskrqJtV0>

<sup>8</sup> La canción del sembrador, por otro lado, es el himno de Castilla La Mancha. En esta versión cantada por Plácido Domingo en <https://www.youtube.com/watch?v=iURyd-94rGQ>

<sup>9</sup> GARCÍA MATOS, M. *Magna Antología del folklore musical de España. Interpretada por el Pueblo Español*, Unesco, Madrid, 1979.

lo que sería aquello que marca el rendimiento en el trabajo. El canto servía para reducir el aburrimiento y para aumentar la eficiencia del trabajo, pero también era una denuncia y queja colectiva y pública de las condiciones de trabajo, y esto provocaba o servía para crear un sentimiento de unión entre los trabajadores. Así, por ejemplo, encontramos “canciones de arado” entonadas por los labradores mientras araban la tierra. En este caso, el ritmo de la canción dependía del animal utilizado para arar. Mientras en Castilla y León se usaba el buey, por lo que el ritmo era lento y pausado, en Castilla La Mancha el ritmo lo marcaban los cascabeles colocados en las mulas, con lo que se obtenía un ritmo más vivo. En este caso concreto se observa que es el animal el que determina el ritmo del trabajo, lo que posteriormente pasará a estar condicionado por la máquina, esta será la que marcará el ritmo de trabajo. Otros ejemplos de canciones de trabajo más modernas, típicas de España, son algunos palos clásicos del flamenco, como las trilleras o cantes de trilla, mineras, tarantas o cantes de fragua. El flamenco introduce este tipo de canto popular no sólo con referencia a las actividades agrícolas, sino que también se desarrollan en el mundo minero o en las herrerías con los cantes de fragua. En estos últimos cantes, el ritmo lo marcaban los golpes del martillo sobre el yunque, por ello se conoce también como martinete. La razón por la cual los cantos de trabajo flamencos hacen también referencia al trabajo en la forja y herrería se entiende si se tiene en cuenta que era el único trabajo que los gitanos desempeñaban entonces con cierta regularidad, seguramente las fraguas se convirtieron para ellos en lugar de reunión más o menos habitual, siendo en esas reuniones donde se generaba el cante de forma espontánea y natural<sup>10</sup>. Sin embargo, algunos autores consideran que esta teoría sobre el cante de fragua es físicamente imposible en la vida real, ya que el esfuerzo que

---

<sup>10</sup> ÁLVAREZ CABALLERO, A. «Los cantes primitivos o a palo seco», en *La nueva alboreá*, n. 3, 2007, p. 54.

<https://www.juntadeandalucia.es/cultura/flamenco/content/los-cantes-primitivos-o-palo-seco%C3%A1ngel%C3%A1lvarez-caballero>  
(25/01/2023)

requería el trabajo de fragua haría imposible simultanearlo con el impulso sobrehumano que requiere el canto del martinete.

El trabajo de la recogida de la cosecha es antiquísimo, practicado incluso en épocas de auténtica carestía; de hecho, es un oficio tan ancestral que el folklorista y cantautor Joaquín Díaz lo versiona a partir de un tema del siglo XVI recogido en el cancionero de Francisco de Salinas. La tarea se realizaba a través de una división del trabajo. Por un lado, los cosechadores hombres se encargaban de pasar la hoz por la planta del cereal, con el objetivo de cortar los tallos en modo de separar la espiga, que es donde están los granos de trigo, del resto de la planta, la cual caía al suelo después del corte. Por otro lado, las mujeres espigadoras que eran las encargadas de agacharse para recoger del suelo las espigas que el hombre cortaba y así el canto repite “¡Ay ay ay! Qué trabajo nos manda el Señor, levantarse y volverse a agachar, todo el día a los aires y al sol”. Asimismo, la primera parte de la frase hace referencia al castigo divino de ganarse el pan, ya que en el Génesis se hace referencia a la penosidad del trabajo como consecuencia directa del pecado original (Génesis 3, 19). Las espigadoras se colocaban para realizar su tarea detrás de los hombres: “la espigadora con su esportilla hace la sombra de la cuadrilla”. Por lo tanto, las mujeres eran las que recogían las sobras de la recolecta diaria y, por ello, la letra de la canción las compara con las hormigas cuando dice “soy la hormiguita de los despojos”. En efecto, el término espigadora proviene del verbo espigar que hace referencia a tomar todo aquello que sobra y es desechado por no considerarse válido. Ahora bien, la referencia a la hormiga tiene un determinado sentido porque en la tradición popular se identifica como el animal más trabajador y hacendoso que existe que, con paciencia, poco a poco, pero sin pausa, va cumpliendo con sus obligaciones. En este caso, la espigadora representa la fuerza de trabajo. El canto refleja las duras condiciones de trabajo de las espigadoras afirmando, por ejemplo, “sufre espigando”, pero también, a pesar de la dureza agraria, se observa que el autor intenta transmitir una perspectiva positiva, sobre todo

se observa al principio del canto cuando dice “Y como entonces la aurora venía yo la recibía cantando como un pajarito”. O cuando evoca al hecho de que las espigadoras podían distraerse con la belleza del entorno: “y se engalanan con amapolas, sin abalorios ni angaripolas”. Al contrario de lo que transmite la copla que se encuentra en el cuento *Seguir de pobres* de Ignacio Aldecoa que con un tono pesimista escribe sobre los segadores: “Al marchar a la siega entran rencores, trabajar para ricos, seguir de pobres”.

Por otro lado, el canto de las espigadoras pone de relieve que la dureza del trabajo no es solo para las mujeres sino también para las tareas masculinas al afirmar que sufren por igual: “sufre espigando tras los segadores los mismos sudores del hombre que siega y que trilla la espigadora con su esportilla”. Ahora bien, esta frase también puede ser una reivindicación del papel de la mujer en la sociedad. Hay que tener en cuenta que la España del siglo XIX era una sociedad muy conservadora donde el hombre, normalmente, adquiría el rol de trabajador, era el que salía de casa en busca del sustento para la familia realizando las labores de fuerza, energía, rapidez, más hombría en definitiva y las más valoradas socialmente. Mientras que las mujeres, consideradas como el sexo débil<sup>11</sup>, se quedaban en casa al cuidado de la familia realizando las tareas de menor prestigio social. Por ello, esta estrofa exalta y homenaja a la mujer que suda, sufre y trabaja lo mismo que el hombre. El canto representa a la espigadora como una mujer fuerte, valiente, decidida capaz de someterse a las tareas físicas más duras, a diferencia de cuanto podría pensarse que fuese propio de su sexo. En definitiva, y sorprendentemente, el canto coloca a la mujer al mismo nivel que al hombre.

---

<sup>11</sup> La definición de sexo débil como el conjunto de las mujeres ha sido modificada por la RAE en diciembre de 2017, desde entonces se entiende con intención despectiva o discriminatoria.

Durante todo el canto se hace alusión a diferentes imágenes que transmiten las duras condiciones del trabajo del campo del siglo XIX, hace referencia a que se levantaban muy temprano, a veces antes del amanecer: “Y como entonces la aurora venía yo la recibía”, recorrían una distancia bastante larga desde el pueblo hasta la parcela de trabajo, cargados con el hatillo de ropa y enseres personales en un pañuelo: “esta mañana muy tempranito salí del pueblo con el hatico”. Asimismo, el canto hace referencia a la dureza de las condiciones en las cuales se desarrolla la tarea, las espigadoras, al igual que los campesinos, sufren las duras condiciones climatológicas al trabajar al aire libre: “todo el día a los aires y al sol”. Además, la tarea supone un gran sufrimiento físico, hay que agacharse y levantarse en continuación, y así queda reflejado cuando canta “levantarse y volverse a agachar”. El uso de la perifrasis reiterativa “volver a” indica el carácter monótono y lineal de las faenas del campo.

La espigadora, en un momento del canto, se dirige a su compañero de trabajo, el espigador y le pide que no corte todo el trigo que encuentra, que deje alguna espiga sin cortar, para así evitar que tengan que agacharse: “Haz memoria de mi segador no arrebajes los campos de mies que detrás de las hoces voy yo”. Es un grito de piedad de la mujer, pero también puede interpretarse como un grito de esperanza, el esperar que del trabajo duro e insoportable haya una compensación amable, en este caso, por parte del segador que va por delante. En este mismo sentido se expresa la cancioncilla mencionada anteriormente de Joaquín Díaz, *Segador tírate afuera*, jóvenes, incluso podrían ser niñas a las que llama las espigaderuelas, que entraban en el rastrojo cuando el segador se retiraba para recoger los granos sobrantes. El texto, en efecto, urge al segador a salir y dejar algo a la pequeña espigadora: “Segador tírate afuera, deja entrar la espigaderuela. Siega paso y con hoz

buena, y deja entrar la espigaderuela”<sup>12</sup>.

### 3.- Las espigadoras en la pintura

Una de las obras fundamentales del realismo es la pintura “Las espigadoras” del francés Jean-François Millet de 1857 que casualmente también tiene un cuadro sobre “El sembrador” (1860). El pintor decide no asumir una perspectiva bucólica del trabajo rural ni tampoco burlona, a diferencia de cuanto se puede observar, por ejemplo, en Brueghel o los hermanos Le Nain cuando representaban en sus obras temas relacionados con el trabajo agrícola. Millet, al contrario, pretende reflejar el aspecto social de la tarea, característica esta del realismo francés. Se observan tres campesinas, a las cuales no se les distingue el rostro porque Millet no tiene la intención de realizar un retrato de un personaje concreto sino reflejar un colectivo, que trabajan la tierra agachadas, se recuerde el canto de la zarzuela donde las mujeres se lamentaban de la pesadez del trabajo, ya que pasaban todo el día agachándose y levantándose. El pintor decide situar la pintura durante el crepúsculo de la tarde, esto añade dramatismo a la escena y refleja el final de una jornada entera realizando la labor. A diferencia de la canción de la zarzuela que puede dar a entender que es un canto entonado al principio de la tarea, esto es al amanecer, Millet decide situarlo en cambio durante el atardecer queriendo representar la fatiga que comporta la labor. El hecho de colocar a las mujeres de forma inclinada, mientras recogen los restos de la cosecha, demuestra que se trata de un trabajo muy duro y menos reconocido de entre las tareas rurales. Respecto de la dureza física se observa que Millet dibuja a una de las campesinas, la que se encuentra a la izquierda del cuadro, con su mano apoyada en la espalda dolorida. Ahora bien, al igual que en el canto de las espigadoras de “La Rosa del azafrán”, el artista quiere

---

<sup>12</sup> Se puede escuchar en <https://funjdiaz.net/joaquin-diaz-canciones-ficha.php?id=98>

dar una señal de optimismo o positividad, así colocando a las tres mujeres en primer plano, ocupando casi todo el cuadro, les otorga un carácter heroico. Millet, con esta colocación, ha dado mayor importancia a la clase trabajadora, pero sobre todo ha colocado en una posición de mucha importancia una tarea de las consideradas como la más baja, esto es, el espiguelo, recoger lo que otros dejan tirado, las sobras, para poder comer, sobrevivir. Mientras que, la clase social alta, el capataz, aparece borroso al fondo de la pintura, en una escala inferior a la utilizada para las mujeres, algo que no responde a los cánones de la época según los cuales la clase social alta debía representarse en primer plano, con ropajes lujosos, líneas bien hechas y con colores vivos. En cambio, Millet, decide relegarla al último plano donde casi, ni siquiera, se distingue<sup>13</sup>. La pintura, en realidad, es una denuncia del autor respecto de las condiciones de trabajo en el campo, lo que en su momento provocó grandes críticas de entre las clases altas francesas que repudiaron esta interpretación del proletariado, se consideró incluso una pintura peligrosa cuando fue expuesta en el Salón de París<sup>14</sup>. Sin embargo, posteriormente, el cuadro se convirtió en un símbolo patriótico para los franceses durante la Primera Guerra Mundial y fue utilizada como un importante instrumento de propaganda para el alistamiento de los jóvenes.

Otro pintor francés, Jules Breton, dos años después pinta “La retirada de las espigadoras” que a diferencia del cuadro de Millet representa una escena idílica y sentimental. Pese a la luz del atardecer, la ropa pobre de las protagonistas y sus pies descalzos, la pintura no refleja la dureza de la tarea que realizan. Breton no desea representar la miseria de las clases populares, sino que decide

---

<sup>13</sup> Por este motivo, el cuadro fue denominado despectivamente “Las tres Gracias de los pobres”.

<sup>14</sup> También hay que tener en cuenta que Millet pintaba este tipo de escenas campesinas reales a una escala que hasta entonces estaba reservada a obras clásicas o históricas.

transmitir una visión idílica del mundo laboral del campo ganándose, de tal forma, las alabanzas de la crítica de la época.

#### 4.- Las espigadoras en la poesía

El poeta español, José María Gabriel y Galán dedicó uno de sus poemas a “La espigadora”, a la que llamaba Isabel y a la que preguntaba “¿Vas a espigar, Isabel?”. En realidad, se trata de una poesía que narra la necesidad y el amor. La pregunta es redundante porque el poeta sabe que Isabel tiene necesidad de espigar, quiera o no quiera, porque “aunque al sol te marchitas, no es bueno que huelgue y duerma quien tiene cuatro hermanitas y tiene su madre enferma”. Isabel es la que tiene que procurar el sustento a la familia, no existiendo el padre que era en aquella época quien debía trabajar fuera de casa, y no pudiéndolo hacer la madre visto que estaba enferma, le tocaba a la hija mayor. Solo en casos similares, a la mujer se le permitía trabajar, pero en tareas propias del sexo femenino o, como en el caso de espigar, en tareas muy humildes. La poesía, siempre con un tono de dulzura y notándose que el protagonista está enamorado de Isabel, refleja la dureza de la tarea de espigar cuando se pregunta “Mas díganme humanos ojos si te hizo Naturaleza, para que, en estos rastrojos, hieran tus pies los abrojos y abraze el sol tu cabeza”. La poesía, asimismo, hace referencia a la fatiga física del trabajo en el campo en el momento en el que describe como queda Isabel una vez terminada su tarea al finalizar el día: “Tendré que verte a la vuelta, cuanto a tu pobre hogar vayas, la trenza del jubón suelta, rotas las pulidas sayas, la cabellera revuelta, con polvo y sudor pegado sobre las sienes el pelo y hundido el seno abultado, y el alto dorso encorvado, y el casto mirar al suelo”.

También en sardo encontramos una poesía di Giovanni Fiori dedicada a la Ispigadora<sup>15</sup>. Esto no es extraño si tenemos en cuenta el origen campesino del autor, junto con su papel de dirigente sindical durante los años 60 y 70 como responsable del sector agrícola del sindicato CGIL. Esta poesía, en concreto, recoge todas las características de la tarea mencionadas. Así, se trata de una mujer, joven, que realiza la labor mientras canta un “muto” (copla) con el fin de marcar el ritmo de trabajo, así como olvidar la fatiga que supone el esfuerzo. En este caso, el autor resalta la belleza de la joven, pero hace también referencia a su mirada triste, “*Negli occhi hai lampi di tristezza: cuore di rondinella pensierosa*”. Aun con tintes románticos, el autor, como en el caso anterior, hace referencia a la dureza del trabajo cuando parangona las manos de la joven al terminar la tarea a las zarzas donde crecen las moras.

## 5.- Las espigadoras en el cine

“Los espigadores y la espigadora” es un documental dirigido por Agnès Varda, se trata fundamentalmente de una crítica a la sociedad de consumo actual. El título se debe a que se concentra en el campo donde grandes cosechadoras y agricultores desechan lo que no ha sido recogido por las máquinas. Agnès Varda encontró la

---

<sup>15</sup> “*Fut su pappàile a isphantos rujos e triulas un’arcu ‘e sole alluttu; sos giuncos in s’ ‘enàtile a murmuttu, alta s’ispiga mùrina a benujos... / E in sa Pasca ‘e chibberos mannujos una ràglia ingranida ‘e trigu ruttu. E tue - bella! - cantende unu muttu che fada incantadora in sos restujos... / Ite grasciosa accabidende ispigas! In ojos lampizadas de tristura: coro ‘e rundinedda in pensamentu... / E como torras che manos amigas cand’in sas majas est cotta sa mura e fumentan su tetti e-i s’attentu*”.

“Y tú, bella, cantando una copla como un hada que encanta, en medio de las pajas. Qué graciosa eres, al juntar las espigas recogidas. En tus ojos hay destellos de tristeza: corazón de golondrina pensativa. Y ahora regresas, como manos amigas, tanto como entre zarzas maduran las moras y se difunde el olor de la zarzaparrilla y del ajenjo”.

inspiración para su película en el cuadro de Millet al que nos hemos referido anteriormente. La directora inicia narrando sus impresiones frente a la imagen de las mujeres, las espigadoras, dobladas hacia delante con un brazo atajando ramilletes. Y, posteriormente, casi con violencia, lleva al espectador hasta la actualidad<sup>16</sup>. Durante todo el documental, Varda juega con los diferentes posibles significados de la palabra espigar. Así, desde una perspectiva tradicional, aquella de recoger la cosecha y, desde una aproximación al término actual, entendido como una metáfora de la búsqueda. La directora se considera espigadora en ambos sentidos. Asimismo, el arte de espigar moderno puede identificarse con el acto de reciclar, tema al que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Considero que mientras espigar, entendido como recoger lo que otros desechan, y el hecho de reciclar, según el cual recoges algo para transformarlo, puede percibirse actualmente como algo diferente, quizás incluso se perciba como una acción necesaria frente al actual sistema capitalista, pero en realidad, como se verá, es lo mismo. Pese a que un personaje femenino de la película considera que espigar entre los deshechos no es recolectar, porque mientras espigar implica recoger restos de las plantas que brotan del suelo, recolectar es tomar frutos que penden de los árboles. Para Varda esta aparentemente sutil diferencia conlleva una actitud o un gesto que exige un esfuerzo mayor. De ahí que se insista en el hecho del trabajo duro de espigar, de la fatiga que conlleva, actividad que saca partido de algo que otros consideran acabado y cuyos restos no interesan al mercado. La película no es otra cosa que una reflexión de la directora sobre la sociedad en que vivimos: una sociedad de consumos en la que a unos les sobra y a otros les falta; mientras unos espigan, entre la basura y desperdicios, para satisfacer necesidades esenciales como

---

<sup>16</sup> Para Varda, “ser cineasta es ser espigador o espigadora por excelencia, aquel o aquella que recoge todos los trocitos de lo real, las briznas de realidad y que, después, tras el bricolaje operado por la cámara y el montaje, debe devolverlos, listos para ser empleados de nuevo, con un nuevo sentido”.

alimentarse <sup>17</sup>, otros dilapidan, para satisfacer necesidades no primarias como por amor al arte, por curiosidad, por exceso, incluso por belleza o no entrar dentro de los cánones estándar, como es el caso de fruta y hortalizas que después de haber sido cosechadas terminarán en la basura por no cumplir un estándar de los supermercados, de tamaño, de color, etc. Pero esta es la lógica del mercado capitalista, que cambia desde el momento en que se decide que, en vez de tirarla, podría ser donada o, incluso, consumida. Pero más grave aún es la situación que el documental cuenta respecto de las cuotas vinícolas establecidas por la Unión Europea, las cuales impiden recoger toda la cosecha de uva. Pero en este caso, no se recolecta, no se deshecha después, ni siquiera se retira de la vid, simplemente se deja que se pudra. Esto es por el temor de que quien la recoja pueda sacar un vino de la misma calidad de la casa productora. Parecida situación se está viviendo en la isla de Cerdeña, casa de Gianni Loy, con las cuotas de leche ovina donde los pastores se manifiestan tirándola por la calle porque es lo mismo que venderla según el sistema de cuotas europeo. En estos casos, el sistema no permite ni siquiera espigar.

## 6.- El arte de espigar

Es necesario saber que espigar, tarea que hoy podemos calificar como precaria, pero que más bien debería considerarse una adaptación inteligente de la sociedad rural que buscaba dar un trabajo y ofrecer un mínimo de recursos a todos, no se daba solo en el campo con el grano, sino también con la fruta, con el arroz, con las olivas y las castañas. Se trata de una tradición muy antigua que

---

<sup>17</sup> Es el caso, por ejemplo, del hombre con título universitario que lleva ocho años comiendo todo aquello que es abandonado al final de los mercados callejeros, mientras vive en un albergue en el que es docente voluntario para inmigrantes. Historia que refleja la solidaridad en manos de un vegetariano que no compra comida, sino que la recupera, realiza la tarea de espigar.

incluso se menciona en la Biblia. Así, en el Deuteronomio y en el Levítico se ordena expresamente a los propietarios de los campos dejar algo para espigar a los pobres. Así, el primero establecía: “Cuando coseches tu cosecha en tu campo y hayas olvidado una gavilla en el campo, no volverás a buscarla; será para el extranjero, para el huérfano y para la viuda”. Y en Levítico: “Cuando siegues la mies de tu tierra, no segarás hasta los límites de tu campo, ni recogerás el espigón de tu mies; no desnudarás tu viña, ni recogerás las uvas caídas de tu viña; para el pobre y para el extranjero los dejarás: Yo soy el Señor tu Dios”. Esto es, la ley de Dios, en definitiva, exige que las personas con recursos provean oportunidades económicas para los más necesitados. Esta práctica, la referida a la ley de espigar, proporcionaba una red de apoyo excepcional para las personas pobres y marginadas, ya que proporcionaba la oportunidad de trabajo productivo para aquellos que de otra manera hubieran tenido que depender de la mendicidad, esclavitud, prostitución u otras formas de degradación. El arte de espigar está íntimamente relacionado con el valor de la dignidad. Permitir espigar conlleva conservar habilidades, autoestima, condición física y el hábito del trabajo.

Asimismo, en algún momento y lugar fue considerada una actividad peligrosa. Como en 1932 la “ley de espigar” en la Unión Soviética condenaba a muerte por fusilamiento a quien fuese sorprendido espigando, la razón era que “dañaba la agricultura”. Por otro lado, Frank McCourt cuenta en su libro de memorias “Las cenizas de Ángela” que su familia pudo sobrevivir en Irlanda durante los años 30 “espigando el carbón”, esto es recogiendo los trozos de carbón que caían en los bordes de las calles desde los carros que lo transportaban. En este sentido, del arte de espigar hay que subrayar su lado solidario humano.

Sin embargo, todavía hoy podemos hablar de la existencia o más bien del “renacer” del arte de espigar. Según el Banco Mundial, se estima que el 1 por ciento de la población de Asia, África y

América sobreviven recuperando materiales de los residuos<sup>18</sup>. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que alrededor de 4 millones de recicladores son parte en la economía formal y entre 15 a 20 millones de personas están en el sector informal<sup>19</sup>. Mientras en los países más pobres del mundo este arte ha permitido alcanzar un estatus a quien nada tiene. Como es el caso, en Brasil, de los llamados “catadores”, esto es grupos de personas que pertenecen a grupos sociales pobres que se organizan e instruyen por las autoridades para recoger y reciclar desperdicios<sup>20</sup>. Así, se ocupan de recoger los desechos domésticos, los separan manualmente y la cooperativa los transforma, por ejemplo, la plástica en productos que posteriormente se venden localmente. Los catadores, a través de esta actividad, que no es otra cosa que espigar desperdicios, lo que otros tiran, han adquirido un respeto y aceptación en la sociedad que antes no poseían. Parecida situación encontramos en Argentina, con los “cartoneros”, los cuales recuperan al menos unas 200.000 toneladas de materiales, generando un impacto significativo en el medio ambiente, la higiene urbana y la economía circular<sup>21</sup>. Si bien es verdad que todavía hoy viven una

---

<sup>18</sup> MEDINA M. «The informal recycling sector in developing countries». Gridlines, 2008, pp. 1-4. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10586>

<sup>19</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Ginebra, 2013, p. 121. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_210289.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf).

<sup>20</sup> BOUVIER M. y DIAS S. «Catadores de materiais recicláveis no Brasil: um perfil estatístico». *WIEGO*, n. 29, 2021.

<sup>21</sup> El fenómeno de los cartoneros o recuperadores de materiales reciclables surge en torno al 2001, momento en el cual las personas que se dedicaban a la recolección y clasificación de productos desechados se lanzaron a la calle para sobrevivir a la crisis social, política y económica que se vivía por entonces en el país. Este grupo conforma una capa específica del proletariado argentino, pues fabrican una mercancía (por ejemplo, el papel o cartón reciclable), viven en la miseria y reclaman cuanto reclaman los

situación laboral precaria, poco a poco se están organizando en cooperativas (unas 15.000 personas se encuentran agrupadas en 120 cooperativas)<sup>22</sup>. A través de la organización de esta labor en cooperativas se busca romper con la exclusión y hacer que los trabajadores accedan a los derechos fundamentales laborales, como el salario, la protección de la salud e higiene, la jubilación. Pero para ello es necesaria la implicación pública política<sup>23</sup>. No obstante, hay que subrayar que la labor de estos trabajadores surge, al igual que la tarea de espiar, como un modo digno de supervivencia<sup>24</sup>.

---

obreros. VILLANOVA, N. «Cirujas, cartoneros y empresarios». Ediciones ryr, Buenos Aires, 2015.

<sup>22</sup> VILLANOVA, N. «Vivir del cartoneo. Proceso de trabajo y condiciones laborales en asentamientos y centros de reciclado gestionados por cooperativas». Ponencia en el 9º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, 2009; ID. «El cartoneo y la precarización laboral: un estudio comparativo de la modalidad del puesto fijo en diferentes barrios de Capital Federal (2009-2010)». Ponencia en VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 2010; ID. «Los recuperadores de deshechos en América Latina y su vínculo con las empresas. Un estudio comparado entre diferentes países de la región y avances para la construcción de una hipótesis», en *Documentos de trabajo IELAT*, n. 41, 2012; ESCOBAR RINCON, L.P. y DE ARCO CANOLES, O.C. «Condiciones de salud y trabajo de los recicladores de oficio: revisión de alcance», en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 38, n. 4, 2021.

<sup>23</sup> “En México nos dicen ‘pepenadores’, en Perú y Ecuador ‘minadores’, en Colombia ‘recicladores’, en Uruguay ‘clasificadores’, en Argentina, Paraguay y Chile, ‘cartoneros’, en Brasil ‘catadores’, en la India ‘cirujas’ y en general somos ‘basurriegos’. Pero somos unos mismos, somos los pobres, somos los que reciclamos, somos los que limpiamos el mundo de la basura del consumo. ¿Y qué queremos? Queremos reconocimiento económico, social y ambiental... Para lograrlo necesitamos tener las manos en la basura, (pero) la cabeza fuera de la basura”. (delegado colombiano, al cierre del Congreso Latinoamericano de Catadores).

<sup>24</sup> BILBIJA, K. «El valor de un cartonero en el mercado cultural: iconografías argentinas», en *Cuadernos del CILHA*, vol. 15, n. 21, 2014.

Así mismo, en los países ricos se encuentran fenómenos parecidos. Por ejemplo, la Asociación italiana para la defensa y orientación de los consumidores (ADOC) informa del hecho de que muchos jubilados en Roma rebuscan entre los desperdicios de los supermercados algo para comer después del cierre. Se trata de los nuevos o modernos espigadores, lo que para algunos es un residuo puede convertirse en un recurso para otros<sup>25</sup>. Fenómeno que se encuentra en otros países, como por ejemplo los llamados “*binners*” en Inglaterra. La diferencia entre los países pobres y aquellos ricos es que mientras en los primeros se entiende como un recurso u oportunidad laboral, se tolera o incluso se organiza, en los países ricos se desincentiva y, a veces, incluso se prohíbe. Ahora bien, hay que recordar que también en los países donde ahora se reconoce como un trabajo el arte de espigar, en el pasado fue una actividad condenada a la ilegalidad durante mucho tiempo<sup>26</sup>. Y esto se debe al hecho de que, en las zonas ricas, los desperdicios se consideran un coste y, por tanto, proporcionan un beneficio económico a la industria (por ejemplo, a las incineradoras), mientras que en los países pobres el desperdicio se considera como un bien común que beneficia a los más pobres.

Ahora bien, hay que tener presente que las premisas principales que han provocado que renazca el espigero como actividad laboral en los países pobres se están observando desde hace ya algún tiempo en los países industrializados o ricos. Estas hacen referencia al incremento acelerado del desempleo y la pobreza,

---

<sup>25</sup> SUÁREZ, F. «La Reina del Plata. Buenos Aires: sociedad y residuos». Ediciones UNGS (Universidad Nacional de General Sarmiento), Los Polvorines, 2016, p. 17.

<sup>26</sup> Se vea, por ejemplo, la Ordenanza municipal de la ciudad de Buenos Aires n. 33.581 del período militar, que fue derogada por la Ley de Recuperadores Urbanos n. 992/2003. DIMARCO, S. *Experiencias de autoorganización en cartoneros: un acercamiento a la configuración de vínculos laborales, sociales y políticos en contextos de exclusión social*. Clacso, Buenos Aires, 2005, p. 20.

a los conflictos que genera a nivel local y nacional el problema de los desechos urbanos, así como al incremento del precio de los materiales reciclables. Por otro lado, el Capítulo 7 del informe de la OIT: “El desarrollo sostenible”, resalta la labor de reciclar, no solo como una actividad que puede beneficiar la calidad del medio ambiente provocando una reducción de la huella ambiental de las industrias sino también como factor de inclusión social<sup>27</sup>.

En definitiva, espigar nace como una labor de supervivencia, que sirve para hacer frente al desempleo, que refleja resistencia. Espigar sirve para hacer frente a una situación que siempre más se está convirtiendo en cotidiana en la que cada vez más gente lucha, resiste, frente a una economía implacable. Pero también es sinónimo de esperanza, porque espigar puede convertirse o ya es una de las soluciones para proteger el medio ambiente, considerándolo en términos actuales como un empleo verde. En realidad, este modelo de espigar se alinea perfectamente con los principios de la economía circular, según la cual se alarga la vida de los productos y se maximiza su uso, a la vez que se reduce la generación de residuos no aprovechables. Se trata de un comportamiento comprometido con la sostenibilidad ambiental y la justicia social.

---

<sup>27</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Op. cit., p. 125 y ss.

## **BUILDING JUSTICE IN ALBANIA FROM THE INDEPENDENCE (1912) TO THE COMMUNIST REGIME (1945): A CONSTITUTIONAL–HISTORICAL PERSPECTIVE**

Fecha de recepción: 13 de enero de 2016.  
Fecha de aceptación: 19 de febrero de 2026.

**Naureda Llagami<sup>1</sup>**  
**PhD Cand. at University of Tirana, Faculty of Law,**  
**Department of Public Law**

**Resumen:** La administración judicial en Albania ha atravesado varias fases distintas, lo que refleja la evolución del Estado albanés desde su independencia en 1912 hasta el establecimiento del régimen comunista en 1946. Este trabajo se centra específicamente en el desarrollo constitucional de la administración judicial durante este período. Mediante la aplicación de un método jurídico diacrónico centrado en las normas constitucionales, el estudio examina tanto la continuidad como la discontinuidad en la organización y los principios del poder judicial. Analiza los

---

<sup>1</sup> naureda@gmail.com & naureda.llagami@unitir.edu.al

Estatutos albaneses de 1914, 1920 (ampliado en 1922), 1925, 1928 y 1939, destacando los fundamentos históricos de la organización y administración judicial. El trabajo demuestra que el primer Estatuto albanés de 1914 estuvo fuertemente influenciado por las tradiciones jurídicas otomanas. Los Estatutos posteriores introdujeron gradualmente principios fundamentales de la administración judicial, incluyendo la independencia de los jueces, la inamovilidad y las restricciones a la participación política o administrativa. El estudio también analiza el desarrollo de tribunales extraordinarios, mecanismos disciplinarios y órganos judiciales de alto nivel, ilustrando cómo las normas constitucionales se adaptaron y moldearon el contexto político e institucional de cada período. En general, el artículo ofrece un análisis histórico-constitucional sistemático de la administración judicial albanesa, identificando las continuidades jurídicas e institucionales que sustentaron el desarrollo del poder judicial antes del período comunista.

**Palabras clave:** Albania, Tribunal de Acusación, administración judicial, tribunales extraordinarios e independencia judicial.

**Abstract:** Court administration in Albania has undergone several distinct phases, reflecting the evolution of the Albanian State from independence in 1912 to the establishment of the communist regime in 1946. This paper focuses specifically on the constitutional development of court administration during this period. By applying a diachronic legal method centered on constitutional norms, the study examines both continuity and discontinuity in the organization and principles of the judiciary. It analyzes the Albanian Statutes of 1914, 1920 (enlarged in 1922), 1925, 1928, and 1939, highlighting the historical foundations of court organization and administration. The paper demonstrates that the first Albanian Statute of 1914 was strongly influenced by Ottoman legal traditions. Subsequent Statutes gradually introduced core principles of judicial administration, including the independence of judges, irremovability, and restrictions on political or administrative

engagement. The study also traces the development of extraordinary courts, disciplinary mechanisms, and high-level judicial bodies, illustrating how constitutional norms both adapted to and shaped the political and institutional context of each period. Overall, the paper provides a systematic historical-constitutional account of Albanian court administration, identifying the legal and institutional continuities that underpinned the development of the judiciary prior to the communist period.

**Key words:** Albania, Court of Indictment, court administration, extraordinary courts, and judge independence

## 1. Introduction

Albania is a small Western Balkan country that has changed its legal regimes several times. Court organization has always been a continues issues in Albania. Indeed, also in the last EU report 2025,<sup>2</sup> underlined the importance of reform in judiciary system since there is an absence of quality and efficiency of the court organization. For instance, there is a need for staff, higher qualitative level of judges and staff, poor court infrastructure, or several vacancies.

This paper applies a constitutional historical perspective to administration of courts in Albania as part of the justice organization. For clarity purposes, the justice organization might have two various meaning. The broader meaning includes also ombuds institutes, tribunals, ADR mechanisms and other dispute

---

<sup>2</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Albania 2025 Report*, Brussels, 2025, available at: [https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/fe9138b7-90fe-4277-a12c-3a03f6d1957f\\_en?filename=albania-report-2025.pdf](https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/fe9138b7-90fe-4277-a12c-3a03f6d1957f_en?filename=albania-report-2025.pdf)

governance bodies<sup>3</sup> as well as notaries.<sup>4</sup> On the contrary, justice organization in the narrow sense, includes only court organization. Indeed, this paper focusses on the narrow interpretation of justice organization.

The research overview through a historical approach the constitutional development of the court organization in Albania. The Albanian case was chosen not only due to problems underlined by the EU report, but also since in November 2025, Albania opened all the negotiation chapters.<sup>5</sup> The paper applies a constitutional approach since after gaining independence in 1912, Albania faced several constitutional reforms: constitutional principate (1914), which also was confirmed in 1920 and 1922, parliamentary republic (1925) democratic monarchy (1928), constitutional monarchy (1939), people's republic (1950), socialist republic (1976), and the current parliamentary republic (1991 confirmed in 1998).<sup>6</sup> However, it should be noted that this paper focuses exclusively on the period between 1914 and 1939. Accordingly, the analysis examines the constitutional organization of the courts from the early post-independence phase up to the establishment of the communist regime.

---

<sup>3</sup> OECD, *Making Justice Systems More Effective and People-Centred* (Paris: OECD Publishing, 2023), [https://www.oecd.org/en/publications/making-justice-systems-more-effective-and-people-centred\\_e02fd90b-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/making-justice-systems-more-effective-and-people-centred_e02fd90b-en.html)

<sup>4</sup> HALITI-MUSTAFA, E., MORINA, S. and MUSTAFA, V., “The Role of Notaries in a Modern Legal System in the Western Balkans”, in *Corporate Law and Governance Review*, 2024, vol. 6, no. 3, pp. 37–42.

<sup>5</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “International Ministerial Meeting, 17 November 2025”, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-ministerial-meetings/2025/11/17/>

<sup>6</sup> SHYLE, E., KOKA, E. and MORINA, A., “History of Medical Civil Liability in Albania during the XXth Century: An Intersectoral Legal Approach”, in *International Journal of Legal History and Institutions*, 2025, pp. 145–166, 152.

In addition to critical legal analysis,<sup>7</sup> this paper applies a diachronic legal method focusing on constitutional norms. This methodological choice is justified for several reasons. First, constitutions are products of specific historical contexts and evolve through continuity and rupture rather than through linear development.<sup>8</sup> A historical-constitutional approach is therefore necessary in order to distinguish formal continuity from substantive constitutional transformation.<sup>9</sup> As previously observed, the Albanian constitutional experience clearly reflects this dynamic: within less than a century, several distinct constitutional frameworks were adopted, each shaped by different political and institutional conditions.

Second, identical or analogous constitutional provisions may assume different meanings and functions depending on the historical moment in which they operate.<sup>10</sup> This is evident, for example, in the constitutional configuration of the parliamentary republic in Albania in 1925 and in the post-1991 period, as confirmed by the 1998 Constitution. Despite the use of similar institutional terminology, the normative content and constitutional role of these arrangements differed significantly.<sup>11</sup> Only a historical-

---

<sup>7</sup> It shall be noted that Albania remains the last in the scientific output (EURONEWS, “Albania Ranks Last in Europe for Scientific Research, According to Study”, 2023, available at: <https://euronews.al/en/albania-ranks-last-in-europe-for-scientific-research-according-to-study/>). Thus, this contribution considers also foreign doctrine to analyse the Albanian context.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p. 54.

<sup>9</sup> GRIMM, D., *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, p. 45.

<sup>10</sup> MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale* (rist. ed.), Milano, 1998, p. 27.

<sup>11</sup> PIERGIOVANNI, V., *Storia della giustizia e storia costituzionale*, Milano, 2007, p. 73.

constitutional analysis allows the identification of the path dependency between historical events and constitutional arrangements, enabling constitutional norms to be interpreted within the conceptual universe of their time.

Third, diachronic analysis allows for intra-systemic comparison, which enhances methodological coherence. Comparison within a culturally and legally homogeneous context—such as the examination of constitutional norms across different periods within the same country—reduces the distortions inherent in cross-system comparison.<sup>12</sup> In this sense, diachronic comparison constitutes a form of internal comparative law, allowing for greater analytical precision in the assessment of constitutional change and institutional continuity.

The novelty part of this paper stands on the identification of the impact of the Ottoman law on the first Albanian basic law, the *Statuti Organik i Shqipërisë* (Organic Statute of Albania) of 10 April 1914. In addition, it uncovers the evolution of the court administration in Albania by identifying the new elements.

## **2. The First Albanian Basic Law: The *Statuti Organik i Shqipërisë***

The *Statuti Organik i Shqipërisë* (Organic Statute of Albania) of 10 April 1914 represents the first Albanian normative act endowed with constitutional force.<sup>13</sup> Following the declaration

---

<sup>12</sup>ZWEIGERT, K. and KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, 1998, p. 101..

<sup>13</sup> MERKURI, E., “Të Drejtat Kushtetuese dhe e Drejta Penale (Constitutional Rights and Criminal Law)”, OSCE, 2024, ISBN 9789928395375; although this paper focuses on the constitutional approach, it underlines the impact of old Albanian legal terminology, in particular the use of the legal concept of *Kanun*, a traditional body of

of independence, the Ottoman Constitution of 1876, as amended in 1909, no longer produced legal effects within the territory of Albania.<sup>14</sup>

However, the impact of the Ottoman law could be seen in different ways. First and, most importantly, the Albanian lawmakers at the time were acutely aware that a State cannot function without a comprehensive legal framework. Accordingly, the Organic Statute of 1914 explicitly acknowledged the continuing relevance of Ottoman law, at least until new Albanian legislation could be systematically enacted. In practice, this meant that Ottoman legal norms remained applicable in key areas of civil, property, and natural resource law.

For instance, Article 184 retained Ottoman principles regarding private property, including the recognition of ownership and the evidentiary requirements for proving possession. Article 198 maintained the application of Ottoman regulations concerning the discovery, concession, and exploitation of mines until the Albanian Ministry of Agriculture could issue new rules. Likewise, Article 199 preserved Ottoman laws on forests, assigning responsibility for their enforcement to the General Inspector of Forests. Through these provisions, the first Albanian Constitution ensured legal continuity and stability, enabling the fledgling Albanian State to function

---

customary laws governing social behaviour, family relations and property in certain Albanian communities, a term that continued to be used even after independence, when legal positivism was established; typical examples are the *Kanuni i Zhurisë* (23 May 1913), approved by the Provisional Government of Vlorë, regulating criminal procedure (investigation, jury trial and appeals before the Court of Dictation), and the *Kanuni on the Courts of Justice in Albania* (4 June 1914), drafted and approved by princely decree; VINJAU, S., *E drejta konsitucionale*, Shtypshkronja “Nikaj”, Tiranë, 1923, p. 8.

<sup>14</sup> VINJAU, S., *E drejta konsitucionale*, Shtypshkronja “Nikaj”, Tiranë, 1923, p. 8.

effectively while gradually developing its own domestic legal system. This approach demonstrates a pragmatic recognition of the need for an immediate, functioning legal order alongside the long-term project of legislative modernization.

Second, the territorial organization under the Organic Statute of Albania was structured into *sanxhaqe*, *kazas*, *nahije*, and *bashki* (municipality).<sup>15</sup> At that time, there were seven *sanxhaqe*—Shkodra, Elbasani, Dibra, Durrësi, Korça, and Gjirokastra (Article 95). These *sanxhaqe* appear analogous to the current division of prefectures for two main reasons. First, the *sanxhaqe* were headed by *mytesarifis*, who were accountable to the Minister of Internal Affairs or, within the limits of their competencies, to other ministers (Article 100). Second, Council of the *Sanxhaqe* was established by law and included officials such as the General Secretary, Chief Accountant, Director of Education, Director of Public Works, and Director of Agriculture and Trade, along with representatives of the subordinate units, the *kazas* (Article 109).

Each *kaza* was headed by a *kajmekam*, and its council comprised legally designated officials—including the secretary, accountant, and land tax director—as well as four additional members elected by the municipal councils of the *kaza*'s constituent settlements, by an absolute majority of the votes of those present, convened at the *kaza*'s administrative center at the call of the *kajmekam* (Article 125). In addition to the *kazas*, the statute provided for *nahije*, which consisted of geographically and economically linked groups of villages with a total population ranging from 4,000 to 7,000 inhabitants (Article 132). *Bashki* (municipality) were established for larger urban centers—those with more than 2,500 inhabitants—or for the

---

<sup>15</sup> About the administrative division, see also Ndreu, Aurora. "CHARACTERISTICS OF LOCAL GOVERNANCE AFTER 1912 IN ALBANIA." *Social and Natural Sciences Journal* 10.1 (2016).

administrative capitals of the *sanxhaqe* and *kazas* (Article 139). Through this hierarchical structure, the statute sought to balance central oversight with local representation, ensuring administrative coherence while accommodating Albania's varied demographic realities.

Third, the impact of Ottoman law was also reflected in the language employed in the Organic Statute of 1914. Beyond the case of territorial organization, several Ottoman legal terms were retained, indicating both continuity and the transitional nature of the early Albanian legal system. For example, the land *mulk* denotes fully private and free property (Article 187), while *vakëfeve* refers to the revenues of dedicated or endowed properties (Article 190).

It should be noted that, the Organic Statute of 1914 did not organize its articles into separate paragraphs. Focusing on the division of powers and judicial independence, in addition to Chapter X (Articles 159–167), which is devoted to the judiciary, it is also important to highlight Articles 92 and 107. Article 92 clarifies that administrative disciplinary sanctions are to be imposed in accordance with the internal regulations of the relevant ministries. Furthermore, Article 107 establishes that, since the courts are independent from the civil administration, the *mytesarif* (leading the *sanxhaqe*) may in no way interfere in judicial matters. These provisions demonstrate the statute's early efforts to clearly delineate the separation between executive and judicial authority, ensuring that the judiciary could operate independently from the administrative apparatus.

According to Chapter X of the Organic Statute of 1914, the judicial authorities were structured as follows: 1) the *Këshilli i Plegve* (Council of Elders); 2) the *Gjykatësit e Paqtues* (justices of the peace); 3) the *Gjykatat e Shkallës së Parë* (Courts of First Instance); and 4) the *Gjykatat e Apelit* (Courts of Appeal). These courts were assigned territorial competence: the Council of Elders

sat in every village; the justices of the peace were located in areas designated by ministerial decree; and the courts of first instance were established in every *sanxhak*, as well as in *kazas* where the need was deemed necessary.

The courts also had competence over specific types of cases. At that time, judicial sessions judged civil, commercial, or criminal matters. In civil cases, the Council of Elders had jurisdiction over disputes arising from damages caused within a village, with fines ranging from ten to one hundred francs. The justices of the peace were competent for disputes involving sums from 100 to 500 francs, while the Courts of First Instance handled all cases with a value exceeding 500 francs and up to 1,000 francs. Notably, there was no right of appeal in civil cases involving sums under 1,000 francs.

In commercial matters, the Courts of First Instance assumed the jurisdiction previously exercised by the commercial courts established under the Ottoman regime.

In criminal matters, the Council of Elders did not exercise any jurisdiction. For offenses punishable by imprisonment from twenty-four hours to one week, the criminal proceeding started with the justice of the peace, and no appeal was permitted. For offenses punishable by imprisonment from one week to three months, the criminal proceeding started with the justice of the peace, with the possibility of appeal to the Courts of First Instance. More serious crimes and all misdemeanors were within the jurisdiction of the Courts of First Instance.

This system reflects an early effort by the Albanian state to structure judicial authority according to both territorial and subject-matter criteria, while retaining certain practices inherited from the Ottoman legal system.

Quite interestingly, the establishment of a court higher than the court of appeal, as well as of any other special court, was left to the discretion of the Prince and his government (Article 168). However, it should be noted that the interaction between the judiciary and the legislative or executive powers, as well as with the Prince, is also evident in other provisions of the statute.

First, the judicial organization was established both in the constitution and in ordinary law. For instance, the Council of Elders sat in every village and was constituted according to law (Article 160). Furthermore, the conditions that judges of all categories were required to meet regarding their appointment and ranking were to be addressed in a specific law (Article 165). In addition to the competences provided by the statute, the justices of the peace, the courts of first instance, and the courts of appeal could also be assigned other duties under different laws (Article 166).

Second, the seats of the three courts of appeal were to be determined by the government (Article 163), and the justices of the peace were to be placed in locations designated by ministerial decree (Article 161). Moreover, the *mytesarif*, who headed the *sanxhak*, was responsible for providing the necessary assistance and support for the execution of judicial decisions (Article 107).

Third, the justices of the peace were to be appointed by princely decree (Article 161). The appointment by the impartial party representing unity (the Prince or the President, that are the head of State) was also established in the post-communist Albania until the Constitutional reform of 2016, were their appointment is done by the Council of Judges.

If applied the modern legal approach, quite interestingly, the role of the procurator was emphasized at that time (Article 169). First, the procurator was responsible for maintaining order in the courts and ensuring the execution of judicial decisions. Second, the

procurator had supervisory authority over the judicial police. Third, in civil matters, the procurator acted whenever the interests of the law so required.

### **3. From the Bazat e Kanunores së Këshillës së Naltë to Statuti i Lushnjes**

In 1920, the *Bazat e Kanunores së Këshillës së Naltë* (Foundations of the Code of the High Council), also known as the *Statuti i Lushnjes* (Statute of Lushnje), was enacted. The monarchical system remained in place: whereas the Organic Statute of 1914 had established Albania as a constitutional principality, the Statute of 1920 provided that, *with the future of the King on the throne, the High Council is automatically dissolved* (Article 6). It should be noted that the 1920 Statute was extremely brief, consisting of only six articles; it was expanded only in 1922.

While the 1914 Statute was primarily structured through articles without paragraph divisions, the Statute of 1922 was the first Albanian basic law to organize its articles into paragraphs. Furthermore, whereas the 1914 Statute reflected the influence of Ottoman law, the Statute of 1922 did not incorporate such references.

The 1914 Statute established that judges are irremovable (Article 165), which marked an important milestone for judicial independence. However, judicial independence was explicitly codified for the first time at the constitutional level in Article 80 of the 1922 Statute. To emphasize their independence, judges could not be dismissed except by their own consent or through a decision of the *Gjykata e Diktimit* (Court of Indictment) for disciplinary offenses (Article 85(2)). In addition, a judge could not be summoned to court for acts pertaining to his office without a decision from the Court of Indictment. Moreover, a judge could not

be transferred except with prior written consent to the new location (Article 85(4)). These protections, however, applied only after three years of service (Article 89).

As early as 1922, the Albanian constitutional lawmaker recognised that judicial independence required an accompanying system of accountability. Such accountability was intended to enhance professionalism, the quality of judicial activity, and the responsiveness of the judiciary to society. For this reason, an *ad hoc* body was established to exercise disciplinary jurisdiction over judges.

The decision to entrust disciplinary matters to internal judicial mechanisms, rather than to ordinary courts, was aimed at safeguarding judicial independence and limiting political interference in disciplinary proceedings. In this respect, disciplinary sanctions against judges are designed to operate within the framework of judicial self-governance.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> GAROUPA, N. and GINSBURG, T., “Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”, in *The American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57, no. 1, pp. 103–134; nevertheless, it should be emphasised that, by themselves, such mechanisms do not guarantee the substantive outcomes of judicial independence or the quality of adjudication; moreover, according to the case law of the European Court of Human Rights, disciplinary sanctions imposed on judges do not, as a rule, possess a criminal or quasi-criminal nature, but are instead classified as administrative in character: WINTER, L. B., “Disciplinary Sanctions against Judges: Punitive but not Criminal for the Strasbourg Court”, in *Eucrim: The European Criminal Law Associations’ Forum*, 2022, no. 4, pp. 260–265; concretely, for a disciplinary sanction to fall within the criminal limb of Art. 6 of the European Convention on Human Rights, it must satisfy the so-called Engel criteria, which assess its classification, nature, and severity.

Whereas the 1914 Statute provided only that justices of the peace were to be appointed by princely decree (Article 161), Article 84 of the 1922 Statute specified that all magistrates—both prosecutors and judges—were appointed by decree of the *Këshilli i Naltë* (High Council), which exercised the same powers as the head of State, following a proposal from the Council of Ministers based on selection by a special commission.

Furthermore, while the 1914 Statute gave the Prince and his government the authority to establish special courts (Article 168), Article 81 of the 1922 Statute provided that *in no case may extraordinary courts be formed to adjudicate specific cases*.<sup>17</sup>

The 1922 Statute also established several important judicial principles. Article 81 codified the principle of territorial jurisdiction, while Article 82 codified the principle of reasoned decisions, requiring judges to identify the legal provisions on which their decisions were based. It also guaranteed public hearings, except where closed sessions were justified for reasons of morality or public interest,<sup>18</sup> and emphasized that judges must vote in private while pronouncing decisions publicly. However, Article 87 provides that magistrates may not perform administrative functions, even without salary, while Article 88 emphasizes that they must not engage in political activities.

---

<sup>17</sup> This principle is consistent with the current Article 135(3) of the Albanian Constitution, which empowers the Assembly to establish, by law, other courts for specialized fields, while explicitly prohibiting the creation of extraordinary courts.

<sup>18</sup> This principle remains relevant today, although without including morality. Article 26 of the Civil Procedure Code provides for some exceptions to the publicity of hearings, as specifically established by the Code. By contrast, Article 339 of the Criminal Procedure Code states that *the court session shall be public; otherwise, it shall be deemed invalid*. However, morality is not part of the current legal system.

Although the 1922 Statute enshrined these important constitutional principles, certain details were left to ordinary legislation. For example, the qualifications of judges and prosecutors were to be determined by law (Article 84(3)). In addition, the procedure for indicting and trying magistrates before the Court of Dictation for disciplinary offenses was to be regulated by a special law (Article 85(6)).

#### **4. Zogu I: From the Statuti Themelor i Republikës Shqiptare to Statuti Themeltar i Mbretërisë Shqiptare**

This section examines the period of Zogu I, who served as Prime Minister of Albania (1922–1924), then as President (1925–1928), and finally as King (1928–1939). Sub-section IV.1 focuses on the basic law during Albania’s republican period, marking the first time in the country’s constitutional history that a republican framework was established. Sub-section IV.2, in turn, examines the constitutional framework under the first Albanian monarchy.

##### **4.1. The *Statuti Themelor i Republikës Shqiptare***

In 1925, the *Statuti Themelor i Republikës Shqiptare* (Fundamental Statute of the Albanian Republic) was enacted. The Statute of 1925 is largely similar to the Statute of 1922. Notably, both basic laws adopt the same structural approach, dividing their provisions into *Parts* rather than *Chapters*.

For the first time in the Albanian constitutional history, the Statute of 1925 includes a preamble: *The Albanian Nation, free and independent, proud of its past and full of confidence in its future, adopts this Statute in the Constituent Assembly* [author’s translation].

Constitutional preambles are significant for several reasons. First and foremost, they crystallize the socio-legal values of a constitutional order.<sup>19</sup> Beyond their ceremonial and symbolic function in consolidating national identity, preambles perform an important interpretative role by guiding the application of constitutional provisions as well as primary and secondary legislation. In certain constitutional systems, they may also serve a substantive function, insofar as they contribute to the recognition or articulation of constitutional rights. With regard to the first Albanian basic law containing a preamble, its primary purpose appears to have been to emphasize Albania's status as a *free and independent* state.

Secondly, constitutional preambles reflect the constitutional vision of the framers.<sup>20</sup> In this respect, the Albanian preamble sought, for the first time in the country's constitutional history, to affirm Albania as a parliamentary republic in which the *Assembly* holds the central decision-making authority.

The Statute of 1925 introduced a significant institutional innovation for the first time in Albanian legal history by establishing a bicameral Parliament. While the Chamber of Deputies was elected by Albanian citizens, the Senate was composed partly of members elected by citizens (one third) and partly of members appointed by the Head of State (two thirds) (Articles 10, 11, and 49). It should be noted that this is the only Albanian basic law to have provided for a bicameral parliamentary system.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> ORGAD, L., "The Preamble in Constitutional Interpretation", in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, no. 4, pp. 714–738.

<sup>20</sup> SCHMITT, C., *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008.

<sup>21</sup> SHYLE, E., et al., "The Protection of Refugees in Albania during the XXth Century: A Historical Constitutional Approach", in *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, 2025, n° 26, pp. 323–354, p. 330.

The bicameral system presents several advantages. First, it aims to enhance representation of societal diversity. Second, it serves as a check and balance within the legislature, as a majority in one chamber may be counterbalanced by the other.<sup>22</sup> Third, it subjects bills to a higher level of scrutiny, thereby improving the quality and deliberation of legislation.

However, this system also has notable drawbacks. Bicameralism is typically justified in federal or highly heterogeneous States, whereas Albania has historically been a small and relatively homogeneous unitary state, without devolved legislative powers to sub-units. Moreover, under the Albanian system at the time, while the Head of State was elected by the joint vote of both chambers (Article 69), he could also appoint two thirds of the Senate. Finally, bicameralism entails higher costs and tends to slow legislative procedures, potentially creating gridlocks. In a small, unitary country such as Albania, a unicameral legislature might therefore allow for more efficient law-making. Accordingly, the bicameral system was adopted only temporarily, and the majority of Senate members were appointed by the Head of State rather than elected by sub-units.

Part D (Articles 98–107) of the Statute of 1925 corresponds almost identically to Part D (Articles 80–89) of the Statute of 1922, particularly with regard to the organization of the judiciary and the guarantees of judicial independence. Nevertheless, due to the change in the structure of the Head of State—from the *Këshilli i Naltë* (High Council) under the 1922 Statute to the *Kryesia e Republikës* (Presidency of the Republic) under the 1925 Statute—certain institutional adjustments were introduced.

---

<sup>22</sup> MUTHOO, A. and SHEPSLE, K., “The Constitutional Choice of Bicameralism”, 2007, available at: [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/5825/1/MPRA\\_paper\\_5825.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/5825/1/MPRA_paper_5825.pdf)

In this regard, while Article 84 of the Statute of 1922 provided that all magistrates were appointed by decree of the High Council, following a proposal by the Council of Ministers and on the basis of a selection carried out by a special commission, Article 102 of the Statute of 1925 vested this power in the President of the Republic, acting upon a proposal by the Minister of Justice and based on the selection made by a special commission. Although the composition of the *ad hoc* commission remained unchanged, the Statute of 1925 strengthened and formalized the role of the Minister of Justice in the appointment process.

Focusing on the importance of the role of the Minister of Justice in the election of new judges, on the one hand, proposals for judicial appointments made by the Minister of Justice may enhance professionalism, as the executive is responsible for managing the administration of justice. Moreover, doctrinal scholarship has emphasised that when such proposals are filtered through an independent commission, they can increase both the competence and overall quality of judicial appointments.<sup>23</sup> On the other hand, this procedure carries risks, including the potential for political influence, erosion of public confidence in judicial independence, and threats to the autonomy of the judiciary.<sup>24</sup>

Last but not least, while the provisions of Part D (Articles 98–107) of the 1925 Statute are identical to those of Part D (Articles 80–89) of the 1922 Statute, the 1925 Statute introduces an additional and significant rule concerning judicial independence. In particular, Article 106 expressly provides that judges who engage in political activity are to be removed from office.

---

<sup>23</sup> AKKAS, S. A., “Appointment of Judges: A Key Issue of Judicial Independence”, in *Bond Law Review*, 2004, vol. 16, p. i.

<sup>24</sup> AKKAS, S. A., “Appointment of Judges: A Key Issue of Judicial Independence”, in *Bond Law Review*, 2004, vol. 16, p. i.

#### **4.2. The *Statuti Themeltar i Mbretërisë Shqiptare***

In 1928, the *Statuti Themeltar i Mbretërisë Shqiptare* (*Fundamental Statute of the Albanian Kingdom*) was adopted, proclaiming Zogu I as the first King of Albania (Article 50). For the first time in Albanian constitutional history, in addition to the ordinary courts (Articles 118–132) and the Court of Indictment competent to adjudicate offences committed by judges (Articles 133–134), the Constitution established the *Gjyqi i Lartë i Shtetit* (High State Court), entrusted with jurisdiction over certain high-ranking public and political officeholders (Articles 135–140), as well as military courts (Articles 175 and 186).

Focusing on the provisions governing the ordinary courts (Articles 118–132), the 1928 Statute substantially confirmed principles already laid down in the Statutes of 1922 and 1925. Nonetheless, it introduced important refinements. While the Statute of 1922 prohibited magistrates from exercising administrative functions, even on an unpaid basis (Article 87 of the 1922 Statute), the 1928 Statute broadened this prohibition to encompass any public or private office or function (Article 121 of the 1928 Statute).

Similarly, whereas Article 82 of the 1922 Statute enshrined the principle of public hearings, allowing closed sessions only where justified by reasons of morality or public interest, the 1928 Statute narrowed the scope of these exceptions. In particular, derogations from the principle of publicity were permitted solely on grounds of public order and public tranquility (Article 123 of the 1928 Statute).

It is important to emphasise that a central tenet of legal positivism is the separation of law from morality. Under this approach, judicial decision-making is guided by legal reasoning

rather than by ethical or moral evaluations.<sup>25</sup> Accordingly, the primary role of judges is to interpret and apply the law in accordance with established legal norms and rules, independently of their personal moral beliefs.<sup>26</sup>

Moreover, while Article 81 of the 1922 Statute categorically prohibited the establishment of extraordinary courts, Article 126 of the 1928 Statute introduced a limited exception in cases of political offences. Such extraordinary courts, however, could be established only by means of an *ad hoc* law and for a strictly limited period of time, thereby preserving the exceptional nature of the derogation.

In general, scholarly doctrine emphasises the role of *ad hoc* courts for political offences primarily in the context of international law.<sup>27</sup> At the national level, although some earlier scholarship recognised the potential need for such courts in cases where political offences threaten the constitutional order,<sup>28</sup> the prevailing view is critical of their establishment. *Ad hoc* courts are generally seen as

---

<sup>25</sup> HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Law and Morality*, Routledge, 2017, pp. 63–99.

<sup>26</sup> BOBBIO, N. and MORRA, N., *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, 1979.

<sup>27</sup> STERIO, M. and SCHARF, M. (eds.), *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019; FORD, S., “The Impact of the Ad Hoc Tribunals on the International Criminal Court”, in *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law*, 2019; TURNS, D., “‘Internationalized’ or Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition”, in *Austrian Review of International and European Law*, 2003; WHITE, A., *The Ad Hoc Tribunals: A Critical Appraisal of Their Legacy*, PhD thesis, University of Central Lancashire, 2022; SCHOMBURG, W., “The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Human Rights and Accountability”, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*.

<sup>28</sup> SCHMITT, C., *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 2024; SCHMITT, C., *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, University of Chicago Press, 2005.

undermining equality before the law and functioning as instruments of political control.<sup>29</sup> For this reason, in Albania, an *ad hoc* court for political offences was established only under the 1928 Statute.

With regard to jurisdiction, whereas the Statute of 1922 had already codified the principle of territorial jurisdiction, Article 127 of the 1928 Statute further clarified the duty of adjudication. In particular, judges may not refuse to hear cases falling within their competence and official duties. Conversely, where a court considers that a case lies outside its jurisdiction, it must formally decline jurisdiction by means of a reasoned decision.

As in the Statute of 1922, an *ad hoc* jurisdiction—the Court of Indictment—remained competent to adjudicate offences committed by judges in the exercise of, or in connection with, their functions. In addition, the 1928 Statute consolidated the establishment of the High State Court, vested with jurisdiction over ministers and other senior state officials, including the President and members of the Court of Indictment, the Council of State,<sup>30</sup> the Supervisory Council,<sup>31</sup> as well as the State Prosecutor, for offences committed in office or in connection with official duties.

---

<sup>29</sup> KIRCHHEIMER, O., *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 2015.

<sup>30</sup> Under the Statute of 1925, the Council of State was conceived as an *ad hoc* public body entrusted with advisory and preparatory functions, including the drafting of codes, the elaboration of draft bills, the issuance of opinions on concessions, and the performance of other *ad hoc* duties established by law (Articles 160–168 of the Statute of 1925). This institutional design closely resembles that of the *Conseil d'État* in France. In particular, Article 39(2) of the French Constitution provides that Government Bills shall be deliberated upon in the Council of Ministers after consultation with the *Conseil d'État* and shall subsequently be tabled before one or the other of the two Houses of Parliament.

<sup>31</sup> Under the Statute of 1925, the Supervisory Council was entrusted with the review of the public budget and the oversight of state finances (Articles 153–159 of the Statute of 1925). Its functions appear to anticipate those

The Constitution expressly regulated the composition of the High State Court. It was composed of the President of the Criminal Section of the Court of Indictment, who also presided over the court, four members of the Court of Indictment, and four members of the Council of State, selected by lot in a special session. The court adjudicated in accordance with domestic law and was constituted by Royal Decree whenever the need arose. Judgments rendered by the High State Court were final and there was a need of approval by two thirds of its components.

Finally, the 1928 Statute introduced, for the first time in Albanian constitutional history, military courts. Pursuant to Article 175, military courts exercised criminal jurisdiction in accordance with special laws and procedures. However, a literal interpretation of Article 186<sup>32</sup> suggests that their jurisdiction was limited to wartime and extended to both civilians and members of the armed forces.

## 5. Albania as part of Italy: The Statuti Themeltar i Mbretnisë së Shqipnisë

In 1939, the *Statuti Themeltar i Mbretnisë së Shqipnisë* (Fundamental Statute of the Kingdom of Albania) was enacted, marking a clear constitutional discontinuity with the monarchical model established under Zog I by the Statute of 1928. While the latter embodied a national democratic monarchy, the Statute of 1939 transformed Albania into a constitutional monarchy

---

exercised by modern Courts of Audit, insofar as it was designed to ensure financial control, accountability, and the lawful management of public resources.

<sup>32</sup> Any offence committed (*commis*) in peacetime by civilians, together with members of the armed forces, shall be adjudicated by the ordinary courts; whereas, in time of war, such offences shall fall within the jurisdiction of the military courts.

under a personal union with Italy.<sup>33</sup> Article 1(2) designated Victor Emmanuel III—King of Italy and Albania and Emperor of Ethiopia—as Head of State.

As a fundamental principle, Article 7 provided that *justice emanates from the King and is administered in his name by judges appointed by him*. This provision reflects a monarchical conception of judicial authority, whereby the source of justice is formally located in the person of the sovereign. In addition, Article 44 guaranteed the principle of adjudication by the natural judge as established by law. However, by law it was allowed the establishment of extraordinary courts.

The constitutional norms governing the administration of justice were extremely limited in number and scope, being confined to Articles 40–44 of the Statute. Despite their conciseness, these provisions laid down essential principles concerning judicial organisation and guarantees. Article 40 established the rule of law with regard to the organisation and competence of the courts, reserving such matters to legislative regulation. Article 41 affirmed both the independence of the judiciary and the life tenure of judges. Article 42 enshrined the principle of territorial jurisdiction and expressly prohibited the establishment of extraordinary courts. Unlike the Statutes of 1922, 1925, and 1928, the Statute of 1939 did not specify any exceptions or limitations to these principles.

Institutionally, the 1939 Statute departed from the earlier constitutional arrangements. Contrary to the Statute of 1928, it did not provide for a High State Court, a Court of Indictment, or military courts. Nevertheless, it introduced a specific *ad hoc* judicial mechanism concerning ministerial responsibility. Article 39 vested

---

<sup>33</sup> SHYLE, E., KOKA, E. and MORINA, A., “History Of Medical Civil Liability In Albania During the XXth Century: An Intersectoral Legal Approach”, in *International Journal of Legal History and Institutions*, 2025, pp. 145–166, p. 152.

the *Këshilli i Epërm Fashist Korporativ* (Supreme Fascist Corporative Council) with the power to indict the King's Ministers for offences committed in the exercise of their functions and to bring them before the *Gjyqi i Naltë i Drejtësisë* (High Court of Justice). While the procedural rules governing this court were to be established by law, its members were appointed by the King, pursuant to Article 43.

## V. Conclusions

This paper examined the organization of courts under Albanian constitutional norms through the application of a diachronic legal method.

In particular, it demonstrated that only the first Albanian basic law, the Statute of 1914, displayed a strong influence of the Ottoman legal legacy. Furthermore, all the basic laws adopted between 1914 and 1939 were designated as *Statuti* (Statutes) rather than *Kushtetuta* (Constitutions). From a structural perspective, whereas the 1914 Statute was primarily composed of articles without internal paragraph divisions, the Statute of 1922 was the first Albanian basic law to introduce a systematic subdivision of articles into paragraphs. Moreover, for the first time in Albanian constitutional history, the Statute of 1925 included a preamble. Finally, in all these Statutes regulating the administration of courts, judicial organization was governed through a combination of constitutional provisions, ordinary legislation, and the role of the Head of State.

With regard to court administration, while the Statute of 1914 structured judicial authorities at the constitutional level through the Council of Elders, the justices of the peace, the Courts of First Instance, and the Courts of Appeal, this model of ordinary court organization was no longer crystallized at the constitutional

level from 1922 onwards. Similarly, whereas in the first Albanian basic law particular emphasis was placed on the role of the procurator—who also exercised functions within civil proceedings—since 1922 the procurator’s role was confined to criminal proceedings.

It was only with the Statute of 1922 that several core principles of court administration were expressly established, including judicial independence and the irremovability of judges. In order to reinforce judicial independence, an *ad hoc* court, Court of Indictment, was created to exercise disciplinary jurisdiction over judges in relation to misconduct in the exercise of their functions. This court was subsequently confirmed by the Statutes of 1925 and 1928, but it was no longer provided for in the Statute of 1939.

Focusing on the institutional organization of the judiciary, the Statute of 1928 introduced additional judicial bodies alongside the ordinary courts and the Court of Indictment. These included a High State Court, entrusted with jurisdiction over certain high-ranking public and political officeholders, as well as military courts. By contrast, the Statute of 1939 did not constitutionally regulate military courts. Instead, it vested a High Court of Justice with the power to indict the King’s Ministers for offences committed in the exercise of their functions. Although this institution appears similar to the High State Court, it was not identical, as both the procedural framework and the categories of persons subject to its jurisdiction differed.

With respect to extraordinary courts, the Statute of 1914 empowered the Prince and his government to establish special courts. A significant shift occurred with the Statute of 1922, which provided that extraordinary courts could in no case be established to adjudicate specific disputes. The same approach was maintained in the Statute of 1925. Nevertheless, Article 126 of the Statute of 1928 introduced a limited temporal exception in cases of political

offences. This exception was broadened by the Statute of 1939, which provided that extraordinary courts could be established in cases expressly established by law.

As regards the fundamental principles of justice, the Statute of 1922 reflected a more developed constitutional framework. It expressly provided for principles such as reasoned judicial decisions and public hearings, subject to exceptions justified by morality—a limitation later removed by the Statute of 1925—as well as by law or public interest. The Statute also regulated the exercise of administrative functions by judges, even when performed without remuneration. The Statute of 1928 extended these incompatibility rules to private-sector activities, while prohibitions on political engagement by judges were further strengthened. In particular, the Statute of 1925 explicitly provided for the removal of judges from office in cases of political involvement.

In conclusion, this paper has highlighted both continuity and discontinuity in the constitutional regulation of court administration in Albania from independence to the establishment of the communist regime. It has demonstrated that these Statutes played a decisive role in crystallizing the fundamental principles of court administration. Among them, the Statute of 1922 stands out as the basic law that most significantly consolidated core principles of judicial organization, many of which were subsequently confirmed and refined in later constitutional texts.

## 6. Bibliography

AKKAS, S. A., “Appointment of Judges: A Key Issue of Judicial Independence”, in *Bond Law Review*, 2004, vol. 16, p. i.

BOBBIO, N. and MORRA, N., *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, 1979.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, “International Ministerial Meeting, 17 November 2025”, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-ministerial-meetings/2025/11/17/>

EUROPEAN COMMISSION, *Albania 2025 Report*, Brussels, 2025, available at: [https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/fe9138b7-90fe-4277-a12c-3a03f6d1957f\\_en?filename=albania-report-2025.pdf](https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/fe9138b7-90fe-4277-a12c-3a03f6d1957f_en?filename=albania-report-2025.pdf)

EURONEWS, “Albania Ranks Last in Europe for Scientific Research, According to Study”, 2023, available at: <https://euronews.al/en/albania-ranks-last-in-europe-for-scientific-research-according-to-study/>

FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

GAROUPA, N. and GINSBURG, T., “Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”, in *The American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57, no. 1, pp. 103–134.

GRIMM, D., *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016.

HALITI-MUSTAFA, E., MORINA, S. and MUSTAFA, V., “The Role of Notaries in a Modern Legal System in the Western Balkans”, in *Corporate Law and Governance Review*, 2024, vol. 6, no. 3, pp. 37–42.

HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Law and Morality*, Routledge, 2017, pp. 63–99.

KIRCHHEIMER, O., *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 2015.

MERKURI, E., “Të Drejtat Kushtetuese dhe e Drejta Penale (Constitutional Rights and Criminal Law)”, OSCE, 2024, ISBN 9789928395375.

MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale* (rist. ed.), Milano, 1998.

MUTHOO, A. and SHEPSLE, K., “The Constitutional Choice of Bicameralism”, 2007, available at: [https://mpr.aub.uni-muenchen.de/5825/1/MPPA\\_paper\\_5825.pdf](https://mpr.aub.uni-muenchen.de/5825/1/MPPA_paper_5825.pdf)

NDREU, A., “Characteristics of Local Governance after 1912 in Albania”, in *Social and Natural Sciences Journal*, 2016, vol. 10, no. 1.

OECD, *Making Justice Systems More Effective and People-Centred*, Paris, OECD Publishing, 2023, available at: [https://www.oecd.org/en/publications/making-justice-systems-more-effective-and-people-centred\\_e02fd90b-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/making-justice-systems-more-effective-and-people-centred_e02fd90b-en.html)

ORGAD, L., “The Preamble in Constitutional Interpretation”, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, no. 4, pp. 714–738.

PIERGIOVANNI, V., *Storia della giustizia e storia costituzionale*, Milano, 2007.

SCHMITT, C., *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008.

SCHMITT, C., *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, C., *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 2024.

SCHOMBURG, W., “The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Human Rights and Accountability”, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*.

SHYLE, E., KOKA, E. and MORINA, A., “History of Medical Civil Liability in Albania during the XXth Century: An Intersectoral Legal Approach”, in *International Journal of Legal History and Institutions*, 2025, pp. 145–166.

SHYLE, E. et al., “The Protection of Refugees in Albania during the XXth Century: A Historical Constitutional Approach”, in *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, 2025, n° 26, pp. 323–354.

STERIO, M. and SCHARF, M. (eds.), *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019.

URNS, D., “‘Internationalized’ or Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition”, in *Austrian Review of International and European Law*, 2003.

VINJAU, S., *E drejta konsitucionale*, Shtypshkronja “Nikaj”, Tiranë, 1923.

WHITE, A., *The Ad Hoc Tribunals: A Critical Appraisal of Their Legacy*, PhD thesis, University of Central Lancashire, 2022.

WINTER, L. B., “Disciplinary Sanctions against Judges: Punitive but not Criminal for the Strasbourg Court”, in *Eucrim: The European Criminal Law Associations’ Forum*, 2022, no. 4, pp. 260–265.

N. Llagami / Building justice in Albania from the independence to the...

ZWEIGERT, K. and KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, 1998.

# LIBERTAD RELIGIOSA Y ALIMENTACIÓN EN ITALIA Y ESPAÑA

## -RELIGIOUS FREEDOM AND FOOD IN ITALY AND SPAIN-

Fecha de presentación: 29 de enero de 2026

Fecha de aceptación: 19 de febrero de 2026

**Daniele Lo Cascio<sup>1</sup>**  
**Universidad Rey Juan Carlos**

**Resumen:** La cuestión de la libertad religiosa en relación con la alimentación es hoy un tema muy transversal que interpela a las sociedades modernas que pretenden definirse como democráticas, pluralistas e inclusivas. En la era premoderna, en el panorama jurídico internacional, el derecho a la alimentación se configuró simplemente como un mero derecho a tener un sustento para comer adecuada para la supervivencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que hay religiones que exigen prescripciones dietéticas muy

---

<sup>1</sup> [d.lo.2023@alumnos.urjc.es](mailto:d.lo.2023@alumnos.urjc.es); Investigador predoctoral en la Escuela Internacional de Doctorado, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

específicas que merecen ser respetadas, representando una expresión del mismo derecho a practicar una forma específica de culto. El problema surge cuando las personas residen en comunidades cerradas, como prisiones u hospitales. En este caso, el derecho a una dieta con orientación religiosa no es solo un derecho subjetivo, sino también un interés legítimo. En este caso, para que este derecho se disfrute, el Estado deberá activar los mecanismos adecuados para garantizar su aplicación efectiva.

**Abstract:** The theme of religious freedom is that all food is configured as a highly transversal theme that defines modern societies that can be defined democratically, pluralistically and inclusively. In the pre-modern era, in the international legal landscape, the right to food was configured simply as a mere right to have adequate sustenance for survival. However, it must be considered that there are religions that require very specific dietary prescriptions that deserve to be respected, representing an expression of the same right to practice a specific form of worship. The problem arises when people reside in so-called closed communities such as prisons or hospitals. In this case, the right to a religiously oriented diet is not only a subjective right but also a legitimate interest. In this case, for this right to be enjoyed, the State will need to activate the appropriate mechanisms to ensure its effective implementation.

**Palabras llaves:** Libertad religiosa, no discriminación, prescripciones dietéticas religiosas, comunidades cerradas, derecho alimentario, pluralismo alimentario.

**Keywords:** Religious freedom, non-discrimination, religious dietary prescriptions, closed communities, food law, food pluralism.

**Sumario:** 1. Las raíces del derecho a la libertad religiosa. 2. La protección de la discriminación por motivos religiosos a nivel supranacional y europeo. 3. El enfoque normativo en Italia y sus

diferentes áreas de protección. 3.1 Ámbito instituciones penitenciarias. 3.2 Ámbito ambiente hospitalario. 4. El enfoque normativo en España y sus diferentes áreas de protección. 4.1 Ámbito instituciones penitenciarias. 4.2 Ámbito ambiente hospitalario 5. Conclusiones.

## 1. Las raíces del derecho a la libertad religiosa

La reivindicación de la igualdad del hombre entre sus iguales constituye el primer núcleo del derecho antidiscriminatorio que a su vez tiene sus raíces ya a mediados del siglo XVIII, cuando comenzaron a establecerse los primeros asentamientos permanentes de colonos ingleses en América del Norte. En la base de la formación de las trece colonias estaban los objetivos expansionistas de la patria inglesa, el deseo de muchas personas que querían tener mejores posibilidades de realización de sus vidas más allá de las fronteras de la patria, pero también no participar, para algunos, en los conflictos religiosos que estallaron por el deseo del soberano Jaime I de Inglaterra de afirmar la centralidad del anglicanismo. De hecho, se estaba repitiendo la misma circunstancia que ocurrió en el momento del *descubrimiento*: el intento de homologación de la persona, como sujeto, también a nivel religioso. Por su parte, sin embargo, el individuo empezó a sentir la necesidad de profesar su religión en total libertad y serenidad como elemento fundamental de su autodeterminación, tanto que lo empujó a tomar acciones fuertes como la emigración. Entre los colonos americanos, un alto porcentaje puede atribuirse ciertamente a disidentes de la Iglesia anglicana dividida en cristianos protestantes (puritanos), cuáqueros, presbiterianos y católicos. La religión había asumido implícitamente un papel fundamental en la realización de la persona, su vida, su equilibrio y su felicidad.

Una fecha que dejó su huella en esta conciencia colectiva de una parte de la población que se sentía anormalmente subordinada a otra es el 12 de junio de 1776, fecha en la que el cuerpo representativo de la “buena gente de Virginia” se reunió en Williamsburg, y con pleno y libre convencimiento puso por escrito una declaración de derechos, entonces definidos como innatos, como la vida, la libertad, la propiedad, la búsqueda de la felicidad y la seguridad, verdaderos pilares sobre los que debería haberse basado la actividad del gobierno.

Una declaración de derechos empapada de las semillas de la Ilustración que unos años más tarde se reflejaría en la Declaración de Derechos de 1789. En particular, la declaración estaba compuesta por 16 artículos de los cuales el § 1 parece relevante para nuestros propósitos:

«Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad»<sup>2</sup>.

Y el §16:

«Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos

---

<sup>2</sup> Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (12 de junio de 1776), en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

el participar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo»<sup>3</sup>.

Si con la primera sección la declaración de derechos se había enunciado un derecho genérico a la libertad de disfrutar de derechos entonces considerados “innatos” como la propiedad, la felicidad y la seguridad, derechos que no podían ser comprimidos de ninguna manera por el contrato social, el último apartado se cerraba con un derecho más explícito a la libertad de cada uno de profesar su propia religión según los dictados de su propia conciencia. Este derecho se consideró tan importante que fue reafirmado en la primera de las diez enmiendas a la lesta primera enmienda:

«El Congreso no promulgará ley alguna por la que adopte una religión de Estado, o que prohíba el libre ejercicio de la misma, o que restrinja la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de agravios»<sup>4</sup>.

Las semillas de la Ilustración habían encontrado ya terreno fértil en ultramar y el derecho a la libertad religiosa había asumido ahora estatus constitucional.

De forma casi contemporánea, en el viejo continente, en Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, creada por una Comisión especial para ser premisa de la futura Constitución, establecía en su art. 10 que:

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (ratificada el 15 de diciembre de 1791) en U.S. Department of State, [www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Spanish-translation-U.S.-Bill-of-Rights.pdf](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Spanish-translation-U.S.-Bill-of-Rights.pdf)

«Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley» (5).

Por tanto, a finales del siglo XVIII la libertad religiosa era un derecho constitucionalmente establecido en ambos continentes. Sin embargo, el camino hacia la realización efectiva de este derecho habría sido todavía largo y tortuoso.

## **2. La protección de la discriminación por motivos religiosos a nivel supranacional y europeo**

En la época contemporánea, el compromiso de respetar los derechos y libertades fundamentales sin distinción alguna lo habría hecho suyo el grupo de 51 países (6) que el 26 de junio de 1945 adoptaron en San Francisco la Carta fundacional de las Naciones Unidas (ONU), en conclusión, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. El acto final fue la firma de la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

De especial interés a los efectos de nuestra investigación es el punto 3 del art. 1 de este Estatuto que incluye entre los propósitos de las Naciones Unidas:

---

5

[www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

6 Polonia, que no estuvo presente en la conferencia, firmó en el octubre de 1945.

«Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»<sup>(7)</sup>.

Con este artículo, los estados firmantes acordaron que la cooperación internacional no podrá verse socavada por ninguna forma de discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Tres años más tarde, la misma ONU reunida en la Asamblea General de París firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos, también conocida como UDHR (Universal Declaration of Human Rights) el 10 de diciembre de 1948<sup>(8)</sup> que tras reiterar en su art. 1 la igualdad en dignidad y derechos para todos los seres humanos, en la primera parte del art. 2 establece que:

«Toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]»<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 1990, Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Ministerio de Asuntos Exteriores Referencia: BOE-A-1990-27553. Sobre derechos fundamentales, ver SOZIO, M., “¿Más allá de los derechos humanos? los derechos fundamentales entre justicia, validez y eficacia”, *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 25, 2025.

<sup>8</sup> Resolución 219077A

<sup>9</sup> Texto de la edición de la Oficina de Comunicación Institucional y de la Oficina de Información Parlamentaria, del archivo y las publicaciones del Senado de la República Italiana 2018.

Estas normas, gracias a su constante aplicación en el tiempo por parte de los Estados firmantes, han dado origen a un derecho internacional consuetudinario con alcance vinculante para los mismos países que a su vez han desarrollado su propio derecho acorde con estos principios.

Además, hay que considerar que cuando hablamos de libertad religiosa, hay que incluir el tema de alimentación, ya que en realidad nos referimos a un concepto muy amplio que va más allá de la simple definición del mero derecho a la alimentación como un derecho humano fundamental reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25:

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]».

De hecho, la libertad religiosa debe enmarcarse en una doble perspectiva: la del derecho subjetivo y la del interés legítimo. La primera corresponde al individuo en virtud de su pertenencia a una sociedad civil que quiere asegurar a todos sus miembros un nivel de vida adecuado para alcanzar el bienestar sobre la base de un principio de igualdad, tanto en términos de libertad como de derechos sociales. La segunda, la del interés legítimo, surge cuando el ejercicio de la libertad religiosa, en todas sus formas, como la oración, pero también la alimentación, depende del mismo Estado que debe garantizar este derecho en el momento de su realización. En este sentido nos referimos a situaciones en las que la alimentación de la persona de fe islámica o judía depende del Estado. Las prisiones, los comedores escolares, los militares, los hospitales, las llamadas comunidades separadas, deben garantizar la igualdad de trato hacia sus usuarios, garantizando que ninguno de sus derechos, en particular el de seguir una dieta acorde con sus creencias religiosas, se vea comprometido injustificadamente.

El tema de la alimentación como expresión de la libertad religiosa hoy merece especial atención porque los movimientos migratorios, ya sean legales o ilegales, han cambiado significativamente el tamaño de la población europea en las últimas décadas. Hoy en día, en Europa ya existe una parte de la población activa que es hija de inmigrantes de segunda generación que ya está integrada en el tejido social. Esta generación, considerada junto con los primeros flujos migratorios estratificados en el tiempo y las llegadas ilegales que sin embargo permanecen en el territorio, da la medida de lo importante numéricamente que es el tema de la libertad religiosa también en su acepción alimentaria. Por tanto, el compromiso de los Estados europeos de garantizar, cuando de ellos dependa, una dieta que se ajuste a las diferentes confesiones religiosas para poder definirse como igualitarios y democráticos debe ser proporcional.

De hecho, la cuestión de la protección de los derechos y libertades fundamentales pronto encontraría protección también en el viejo continente. Sólo dos años después, el Consejo de Europa firmó en Roma el 4 de noviembre 1950 el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales (CEDH). Posteriormente el 21 de enero de 1959 se estableció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) — también denominado Tribunal de Estrasburgo, órgano judicial encargado de velar por el cumplimiento de la CEDH por parte de los estados contratantes, pudiéndose recurrir directamente ante él de manera subsidiaria, una vez agotados los recursos internos nacionales de cada estado, presentando una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio.

La CEDH establece dos principios fundamentales para los efectos de nuestro análisis: el de la libertad de pensamiento, conciencia y religión y una prohibición general de la no discriminación. La primera está establecida en el art. 9, c.1 que establece:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad, individualmente o en comunidad con otros, en público o en privado, de manifestar su religión o creencias, en el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia»<sup>10</sup>.

En el segundo apartado del mismo artículo también se establecen como únicas restricciones a la libertad de profesar las propias creencias en una sociedad democrática la búsqueda de la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral pública y la protección de los derechos y la libertad de otros. Posteriormente, la CEDH en su art.14 vuelve sobre la prohibición de la discriminación, enmarcándola como un requisito previo, necesario para la plena realización de la libertad religiosa:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, *religión*, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»<sup>11</sup>.

Esta disposición, inicialmente limitada a los derechos y libertades reconocidos en el propio Convenio, ha visto ampliado su alcance gracias al Protocolo Adicional al CEDH n.º 12/2000, vigente desde 2005. Para extender el disfrute de estos derechos a todos los

---

<sup>10</sup> «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Jefatura del Estado Referencia: BOE-A-1979-24010.

<sup>11</sup> «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Jefatura del Estado Referencia: BOE-A-1979-24010.

derechos previstos por la legislación nacional de los países firmantes del protocolo, así establece su artículo 1:

Art. 1 Prohibición general de la discriminación.

«1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»<sup>12</sup>.

En el año 2000, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), también conocida como Carta de Niza, vinculante para los Estados miembros, porque tiene el mismo valor jurídico que los tratados en virtud del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, tras establecer en el artículo 20 la igualdad de todos ante la ley, en los dos artículos siguientes la Unión reafirma primero el principio de no discriminación y luego abraza el respeto a la diversidad:

«Art. 21, 1. «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (Art.21, 1). La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística (Art.22)»<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> «BOE» núm. 64, de 14 de marzo de 2008. Sección: I. Disposiciones generales, Departamento: Jefatura del Estado Referencia: BOE-A-2008-4891.

<sup>13</sup> DOCE» núm. 364, de 18 de diciembre de 2000, Departamento: Unión Europea, Referencia: DOUE-Z-2000-70001.

Como si esto no fuera suficiente, con el posterior artículo 34, n.2, se amplía la seguridad y asistencia social a

«Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales».

El principio de no discriminación también está consagrado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su artículo 10, que establece:

«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»<sup>14</sup>.

Y en el posterior art. 19 (antiguo art. 13 TCE) punto 1, se establece que:

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010.

<sup>15</sup> «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, Departamento: Unión Europea Referencia: DOUE-Z-2010-70002.

### 3. El enfoque normativo en Italia y sus diferentes áreas de protección

Al 1 de enero de 2024, aproximadamente 5,3 millones de ciudadanos extranjeros residían en Italia, lo que representa el 8,9 % de una población residente de aproximadamente 59 millones de personas. Esta cifra sitúa a Italia en el decimotercer puesto entre los 27 países europeos, después de Alemania (14,6 %) y España (12,7 %), pero por delante de Francia (8,2 %). En estos países, la historia de la inmigración tiene raíces más antiguas y una proporción más significativa de residentes que originalmente eran ciudadanos extranjeros y pueden haber adquirido la ciudadanía. A 1 de enero de 2024, había 3.607.160 ciudadanos extracomunitarios presentes regularmente en Italia, de los cuales solo el 59,3 por ciento tenía un permiso de residencia de larga duración<sup>16</sup>.

El sistema jurídico italiano en materia de libertad religiosa se estructura en torno a los pilares fundamentales de las disposiciones constitucionales, de las que se deriva toda la legislación posterior. Es importante señalar, en primer lugar, que el Estado italiano se presenta hoy como aconfesional, estableciendo la Constitución de la República Italiana (<sup>17</sup>) en su art.8, 1 c. la igualdad de todas las confesiones ante la ley. Más concretamente, examinando los artículos relevantes para nuestro análisis, el art. 2 reconoce los derechos inviolables del hombre:

«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede

---

<sup>16</sup> Fuente Istat (Instituto Nacional de Estadística), <https://noi.italia.istat.it/pagina.php?L=0&categoria=4&dove=ITA>

<sup>17</sup> Aprobada por la Asamblea Constituyente el 22 de diciembre de 1947 y promulgada por el jefe de Estado provisional Enrico De Nicola el 27 de diciembre de 1948.

l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»<sup>18</sup>.

En el siguiente art. 3 1c. la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley lleva implícitamente un principio de no discriminación:

«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»<sup>19</sup>.

El segundo apartado persigue la igualdad sustantiva comprometiendo a la República a eliminar cualquier obstáculo en esta dirección:

«È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en los grupos sociales en que se expresa su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inalienables de solidaridad política, económica y social».

<sup>19</sup> «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opinión política o condición personal o social».

<sup>20</sup> «Es deber de la República remover los obstáculos económicos y sociales que, limitando efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

El deber de solidaridad social del artículo 2, la igualdad formal establecida en el artículo 3, la conciencia de la ineficacia de dicha igualdad y la necesidad del compromiso del Estado para perseguirla, hacen de Italia un país socialmente comprometido en la búsqueda de la igualdad social y por tanto también en una de sus acepciones más refinadas, la religiosa.

Una actitud de apertura y acogida que se hace aún más clara y explícita en el artículo 19 de la Constitución, que establece que:

«Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume»<sup>21</sup>.

Estableciendo así explícitamente la libertad religiosa como un derecho.

En concreto, hay que distinguir entre la relación del Estado italiano con la Iglesia católica y la que existe entre con las demás confesiones religiosas.

En el primer caso, el primer apartado del Artículo 7 de la Constitución declara que el Estado y la Iglesia Católica son independientes y soberanos, cada uno en su propia esfera. Sus relaciones se rigen por un régimen contractual que comenzó con los Pactos de Letrán, firmados entre el entonces Reino de Italia y la Santa Sede el 11 de febrero de 1929, y se modificó posteriormente con el Acuerdo de Revisión del Concordato de Letrán, firmado el 18

---

<sup>21</sup> Toda persona tiene derecho a profesar libremente su fe religiosa en cualquier forma, individual o colectivamente, a propagarla y a practicarla en privado o en público, siempre que estos ritos no sean contrarios a la moral.

de febrero de 1984 en Villa Madama <sup>(22)</sup> mejor conocido como el nuevo concordato.

En el caso de otras confesiones religiosas, el artículo 8, apartado 3 de la Constitución italiana establece que:

«i rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze»<sup>23</sup>.

El artículo 117 de la Constitución italiana introduce reservas legales sobre cuestiones que los padres fundadores pretendían que se trataran de manera uniforme a nivel nacional. Entre ellas, el Estado tiene competencia legislativa exclusiva sobre las relaciones con las confesiones religiosas, de conformidad con la Constitución y las limitaciones derivadas del derecho comunitario y las obligaciones internacionales analizadas al inicio de este capítulo. Es patente la intención de garantizar un tratamiento uniforme en todo el país, incluso para denominaciones distintas a la católica.

En aplicación de los artículos 8 y 117 de la Constitución, el Estado italiano, en el ámbito de su competencia legislativa, ha estipulado hasta la fecha trece acuerdos <sup>(24)</sup> con confesiones

---

<sup>22</sup> Legge n.121 del 25 marzo 1985 in GU Serie Generale n.85 del 10-04-1985.

<sup>23</sup> «Las relaciones con el Estado se regulan por ley sobre la base de acuerdos con los representantes pertinentes».

<sup>24</sup> Tavola valdese, intesa del 21 febbraio 1984, Legge 449/1984 e successive modifiche; Assemblee di Dio in Italia (ADI), intesa del 29 dicembre 1986, Legge 517/1988;Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno, intesa del 29 dicembre 1986, Legge 516/1988 e successive modifiche; Unione Comunità Ebraiche in Italia (UCEI) intesa del 27 febbraio 1987, Legge 101/1989, e successive modifiche; Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia (UCEBI), intesa del 29 marzo 1993, Legge 116/1995 (modifica) legge n.34/12; Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI), intesa del 20 aprile 1993, Legge 520/1995; Sacra Arcidiocesi ortodossa

religiosas distintas a la católica. Salvo el acuerdo con la Unión de la Unione delle Comunità Ebraiche in Italia (UCEI), estas no contienen normas específicas sobre reglas dietéticas religiosas (en adelante, RDR) pero sólo reconocen el derecho de los miembros de diferentes confesiones a profesar su fe y a practicar libremente su religión en cualquier forma, individualmente o en asociación, y a ejercer su culto en privado o en público.

El acuerdo firmado con la Unione Comunità Ebraiche in Italia (Unión de Comunidades Judías de Italia - UCEI) el 27 de febrero de 1987, que entró en vigor con la Ley n. 101 del 8 de marzo de 1989 y fue modificado posteriormente el 6 de noviembre de 1996 con la Ley n. 638/1996, prevé expresamente en el primer apartado del artículo 7 que:

«L'appartenenza alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto<sup>25</sup>».

---

d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, intesa del 4 aprile 2007, Legge n. 126/12; Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, intesa del 4 aprile 2007 Legge n. 127/12; Chiesa Apostolica in Italia, intesa del 4 aprile 2007 Legge n. 128/12; Unione Buddista italiana (UBI), intesa del 4 aprile 2007 Legge n. 245/12; Unione Induista Italiana, intesa del 4 aprile 2007 Legge n. 246/12; Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, (IBISG) intesa del 27 giugno 2015 Legge n. 130/16; Associazione «Chiesa d'Inghilterra» intesa del 30 luglio 2019 Legge n. 240/21.

<sup>25</sup> «La pertenencia a las fuerzas armadas, a la policía o a otros servicios similares, la hospitalización en hospitales, residencias de ancianos o centros de asistencia pública y la residencia en instituciones preventivas y penitenciarias no pueden dar lugar a ningún impedimento en el ejercicio de la libertad religiosa ni en la realización de prácticas religiosas».

Por lo tanto, el hecho de formar parte de una supuesta comunidad separada no puede interpretarse como un factor de discriminación contra los creyentes judíos dentro del Estado italiano. El mismo artículo establece en el segundo apartado:

«È riconosciuto agli ebrei che si trovano nelle condizioni di cui al comma 1 il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano<sup>26</sup>».

Es esta una disposición de cierre que libera al Estado italiano de las mayores cargas económicas que podrían derivar de la aplicación de RDR diferenciadas en el seno de comunidades cerradas y ciertamente consolida la protección efectiva de ese derecho fundamental que es la libertad religiosa en su sentido más amplio, incluida la libertad alimentaria religiosa.

Además, la disposición constitucional fue reforzada y concretada más recientemente por el Decreto legislativo n. 286 del 25 de julio de 1998, más conocido como Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (<sup>27</sup>) en cuyo artículo 43, apartado 1, establece explícitamente una definición de discriminación:

«costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il

---

<sup>26</sup> «A los judíos que se encuentren en las condiciones a que se refiere el apartado 1 se les reconoce el derecho a observar, a petición propia y con la asistencia de la Comunidad competente, las prescripciones judías en materia de alimentación, sin coste alguno para las instituciones en que se encuentren».

<sup>27</sup> G.U. Serie Generale n.191 del 18-08-1998 - Suppl. Ordinario n. 139.

colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose<sup>28</sup> [...].

Sin embargo, la parte más significativa de la ley a los efectos de nuestra investigación sobre posible discriminación por motivos religiosos es el siguiente apartado 2, letra b, que identifica a quien comete un acto de discriminación como:

«chiunque imponga condizioni piu' svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità»<sup>29</sup>.

Esta última cláusula resulta fundamental para identificar al Estado como la entidad de la que depende el disfrute de un derecho como la libertad religiosa, en particular cuando esto tiene implicaciones para la alimentación. De hecho, existen diversas situaciones en las que la provisión de una comida por parte de una administración pública, por una persona que siga o no los dictados de una creencia religiosa determinada puede constituir una negación por parte del Estado de un derecho humano fundamental, ya que negar la igualdad sustantiva de las personas constituye una conducta discriminatoria de facto. El artículo 44 del mismo decreto legislativo dispone que:

---

<sup>28</sup> «La discriminación es cualquier comportamiento que, directa o indirectamente, conduzca a una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las creencias y prácticas religiosas».

<sup>29</sup> «Quien imponga condiciones más desventajosas o se niegue a proporcionar bienes o servicios ofrecidos al público a un extranjero únicamente por su condición de extranjero o de miembro de una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad».

«quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione»<sup>30</sup>.

Esta disposición otorga a la parte potencialmente perjudicada en este derecho una acción civil contra la discriminación, pudiendo solicitar al juez su restitución. Esta es una acción que muchas personas de fe islámica o judía podrían invocar, pero desconocen o carecen de los medios para hacerla valer.

Además de cuanto se ha expuesto hasta ahora, aunque se trate de sólo indicaciones programáticas, conviene recordar que el 17 de marzo de 2006 el Pleno del Comité Nacional de Bioética de la Presidencia del Consejo de ministros del Gobierno italiano emitió unas directrices bioéticas en materia de nutrición diferenciada e interculturalidad (<sup>31</sup>) en él, se espera que la cuestión de la nutrición en instituciones públicas como escuelas, hospitales y prisiones sea tomada *debidamente en serio por las autoridades competentes* para fomentar una convivencia armoniosa y sin tensiones entre personas pertenecientes a diferentes comunidades étnicas, religiosas y culturales. En concreto, el Comité define brevemente un concepto fundamental: la inalienabilidad de las creencias religiosas y filosóficas, estableciendo que:

---

<sup>30</sup> «Cuando la conducta de un particular o de una administración pública dé lugar a una discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, el juez podrá, a petición de parte, ordenar el cese de la conducta perjudicial y adoptar cualquier otra medida adecuada, según las circunstancias, para eliminar los efectos de la discriminación».

<sup>31</sup> <https://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri/alimentazione-differenziata-ed-interculturalita/>

«nelle istituzioni pubbliche, una persona non deve mai essere posta di fronte all'alternativa di cibarsi o di violare le proprie convinzioni religiose o filosofiche<sup>32</sup>»

No seguir este principio conduciría al riesgo de una homologación generalizada de la persona, con el resultado de mortificarla en su esencia, queriendo globalizar algo, o mejor dicho, a alguien —el individuo— que por naturaleza no puede ser globalizado. Solo apoyándose en un enfoque basado en el aprendizaje del significado cultural de los alimentos será posible transformar las reglas dietéticas religiosas (RDR) en un motor de integración y enriquecimiento social dentro de las comunidades de acogida.

### 3.1 Ámbito instituciones penitenciarias

La circunstancia por excelencia en la que el individuo percibe el derecho subjetivo a profesar su fe, incluso como interés legítimo a través de un régimen coherente con ella, se da cuando se encuentra en una comunidad cerrada, es decir, privado de su libertad en una institución penitenciaria.

Es precisamente en este contexto que este derecho se manifiesta como un interés legítimo, es decir, como el interés del individuo en que el Estado, o más específicamente, la Administración Pública, cumpla o comprima sus derechos mediante sus acciones. Para una administración pública, la prisión es sin duda el marco de referencia más difícil para medir la efectividad de la igualdad individual, que no consiste en la ausencia de privilegios, sino en garantizar los derechos humanos fundamentales, entre los que destaca la libertad de religión, incluida la de alimentación. La

---

<sup>32</sup> «En las instituciones públicas, una persona nunca debería encontrarse ante la alternativa de comer o violar sus creencias religiosas o filosóficas».

prisión es precisamente el lugar donde el derecho a la libertad religiosa puede verse especialmente restringido debido a la imposibilidad de gestionar de forma autónoma los tiempos y espacios de oración, además de tener que depender de las administraciones públicas para el suministro de comidas.

La doctrina y la jurisprudencia son hoy unánimes al señalar que el artículo 9 del CEDH es la norma principal en la protección de la libertad religiosa en un sentido tan amplio que incluye toda manifestación, incluidas las RDR <sup>(33)</sup>.

La resolución de la ONU del 30 de agosto de 1955, que contenía las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, se limitó a garantizar a los reclusos, en la medida de lo posible, sus necesidades espirituales (n.42) y una alimentación adecuada para su sustento personal (n.20). No hizo alguna referencia a las reglas dietéticas religiosas (RDR), lo cual es comprensible dado que en aquel entonces el número de presos de confesiones distintas al catolicismo era aún limitado.

El Estado italiano dio un primer y decisivo paso al reconocer los RDR basándose en el Artículo 8 de la Constitución, que establece que las relaciones con el Estado se rigen por ley mediante acuerdos con los representantes pertinentes. La Ley n. 101, de 8 de marzo de 1989, implementó así el acuerdo alcanzado con la Unione delle Comunità Ebraiche (Unión de Comunidades Judías). Esta ley estableció por primera vez el reconocimiento expreso del derecho a la alimentación con fines religiosos. El Artículo 7 establece:

---

<sup>33</sup> CHIZZONITI, A.G. *Diritto ecclesiastico. Manuale breve*, Milano, 2015, p.56 e 255. GIANFREDA, A. “La tutela della libertà religiosa alimentare nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo”, in *Cibo, Religione e Diritto, Nutrimento per il corpo e per l’anima*, a cura di CHIZZONITI, A.G., 2015, Tricase (LE), p. 453.

«1. L'appartenenza alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto.

2. È riconosciuto agli ebrei che si trovano nelle condizioni di cui al comma 1 il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano»<sup>34</sup>.

È vero che la norma costituisce un primo riconoscimento delle RAR ma in quanto corredata dalla clausola che solleva le istituzioni statali dal sopportare ogni tipo di costo, ha una portata fortemente limitata, per questo autorevole dottrina ha ravvisato in essa il riconoscimento di un diritto prevalentemente negativo e non positivo, il che non solo equivale a supporre che il fedele non potrà «pretendere l'erogazione della prestazione alimentare a spese dello Stato», ma solleva una serie di dubbi circa il grado effettivo della tutela in esame<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> «1. La afiliación a las fuerzas armadas, la policía u otros servicios similares, el internamiento en hospitales, residencias de ancianos o centros de asistencia pública, o la residencia en instituciones preventivas y penitenciarias no constituirán impedimento alguno para el ejercicio de la libertad religiosa ni para la realización de prácticas religiosas. 2. Se reconoce a los judíos que se encuentren en las condiciones a que se refiere el apartado 1 el derecho a observar, a petición propia y con la asistencia de la comunidad competente, las normas dietéticas judías sin coste alguno para las instituciones en las que se encuentren».

<sup>35</sup> JACOVINO, A. “Libertà religiosa alimentare e tutela giuridica della diversità”, *en Diritto e Religioni*, Semestrale Anno XV – n. 2-2021 p.267.

En lo que respecta a otras confesiones religiosas, a falta de acuerdos, las Regole minime per il trattamento dei detenuti (*Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*), aprobadas por el Comité de ministros del Consejo de Europa mediante la recomendación n. R (87) 3, de 12 de febrero de 1987, en tema de administración, en su artículo 25, exigen a la administración penitenciaria que proporcione a los reclusos:

«una alimentazione convenientemente preparata e presentata, rispondente in quantità e qualità alle regole della dietetica e dell'igiene moderna e che tenga conto della loro età, della loro salute, della natura del loro lavoro e, *nella misura del possibile*, delle esigenze religiose e culturali»<sup>36</sup>.

Una recomendación supranacional que, aunque no es jurídicamente vinculante para los países miembros, asocia por primera vez la palabra «religión» con la palabra «nutrición».

Posteriormente, se dio un paso adelante con la adopción de la Recomendación R (2006)2 (<sup>37</sup>), en el que el Consejo de Europa introdujo una nueva revisión de las Reglas Penitenciarias Europeas, en cuyo artículo 22, apartado 1, sobre el régimen dietético, especifica que:

«I detenuti devono beneficiare di un regime alimentare che tenga conto del loro sesso, della loro età, del

---

<sup>36</sup> «Una dieta adecuadamente preparada y presentada, que corresponda en cantidad y calidad a las reglas de la dietética y de la higiene modernas y que tenga en cuenta su edad, su salud, la naturaleza de su trabajo y, *en la medida de lo posible*, sus necesidades religiosas y culturales».

<sup>37</sup>[https://rassegnapenitenziaria.giustizia.it/raspenitenziaria/cmsresources/cms/documents/92.pdf&ved=2ahUKEwiSocmtpLOJAXAg\\_0HHbjKKRUQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw1rKuh04AR-YSayD0qDeZS2](https://rassegnapenitenziaria.giustizia.it/raspenitenziaria/cmsresources/cms/documents/92.pdf&ved=2ahUKEwiSocmtpLOJAXAg_0HHbjKKRUQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw1rKuh04AR-YSayD0qDeZS2)

loro stato di salute, della loro religione, della loro cultura e della natura del loro lavoro»<sup>38</sup>.

Así pues, la frase «en la medida de lo posible», que daba a la disposición un tono puramente posibilista, se ha eliminado definitivamente. Naturalmente, dado que esta recomendación tampoco es vinculante, sigue siendo un referente tanto para la Corte como para la Comisión Europea de Derechos Humanos, así como para las buenas prácticas de los Estados miembros en materia de administración penitenciaria.

En Italia, el problema se ha agravado debido a los flujos migratorios ilegales que han incrementado significativamente la presencia de personas procedentes de países predominantemente islámicos. Hoy en día, los extranjeros representan un tercio de la población carcelaria del sistema penitenciario italiano: en los últimos veinte años, su presencia ha aumentado del 15 % al 36 % de la población carcelaria total (<sup>39</sup>). En concreto, según los últimos datos proporcionados por el Ministerio de Justicia a 30 de septiembre de 2023, de un total de 18.572 extranjeros, 1.922 eran albaneses, 3.898 marroquíes, 1.186 nigerianos, 2.062 rumanos y 1.888 tunecinos. Estas cifras revelan claramente el predominio de ciudadanos marroquíes y tunecinos (<sup>40</sup>), notoriamente a mayoría musulmana. En Italia la ley de referencia es la n. 354 del 26 de julio

---

<sup>38</sup> «Los presos deben beneficiarse de una dieta que tenga en cuenta su sexo, edad, salud, religión, cultura y la naturaleza de su trabajo».

<sup>39</sup> Fonte Ministero della Giustizia, en [https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pubblicazioni\\_studi\\_ricerche\\_test\\_o\\_selezionato?contentId=SPS1189979](https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pubblicazioni_studi_ricerche_test_o_selezionato?contentId=SPS1189979).

<sup>40</sup> Fuente: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica, in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page?contentId=SST446497](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST446497).

de 1975 <sup>(41)</sup> nombrada *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* que incluye la religión entre los factores que rigen el tratamiento de los presos condenados e internados. El artículo 1 de esa ley identifica la religión entre las directrices para configurar el tratamiento:

«Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona.

Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. [...] <sup>42</sup>».

El siguiente artículo 15 reitera la presencia de la religión entre los elementos del tratamiento:

«Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. [...] <sup>43</sup>».

---

<sup>41</sup> In GU Serie Generale n.212 del 09-08-1975 - Suppl. Ordinario.

<sup>42</sup> «El trato penitenziario debe ser humano y garantizar el respeto a la dignidad de la persona. El trato se caracteriza por la absoluta imparcialidad, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, condición económica y social, opiniones políticas o creencias religiosas».

<sup>43</sup> «El tratamiento del recluso y del internado se realiza recurriendo principalmente a la educación, al trabajo, a la religión, a actividades culturales, recreativas y deportivas y facilitando contactos adecuados con el mundo exterior y relaciones con la familia».

Cabe señalar que el término «tratamiento» ha perdido el significado que tenía antes de que Italia ratificara las convenciones internacionales sobre libertad religiosa (antes de 1975), cuando la religión dominante era el catolicismo y se concebía como una herramienta para tratar la desviación. Hoy, sin embargo, ha adquirido el significado de una herramienta de apoyo psicológico en un contexto de aniquilación general del individuo.

El siguiente artículo 26 titulado “Religión y prácticas de culto” establece que:

«I detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto»<sup>44</sup>.

En materia de nutrición la ley, en su artículo 9, después de haber establecido en el apartado 1 que:

«Ai detenuti e agli internati e' assicurata un'alimentazione sana e sufficiente, adeguata all'eta', al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima»<sup>45</sup>.

En el apartado 4 establece:

---

<sup>44</sup> «Los presos y los internados tienen libertad de profesar su fe religiosa, de ser educados en ella y de practicarla».

<sup>45</sup> «A los presos e internados se les garantiza una alimentación sana y suficiente, adecuada a su edad, sexo, estado de salud, trabajo, estación y clima».

«La quantità e la qualità del vitto giornaliero sono determinate da apposite tabelle approvate con decreto ministeriale»<sup>46</sup>.

Y en el apartado 7 introduce la posibilidad del llamado *sopravitto*:

«Ai detenuti e agli internati è consentito l'acquisto, a proprie spese, di generi alimentari e di conforto, entro i limiti fissati dal regolamento. La vendita dei generi alimentari o di conforto deve essere affidata di regola a spacci gestiti direttamente dall'amministrazione carceraria o da imprese che esercitano la vendita a prezzi controllati dall'autorità comunale. [...]»<sup>47</sup>.

Sin embargo, estas normas son bastante generales y no ofrecen garantías sobre la posibilidad de seguir una dieta halal o kosher en prisión.

Más recientemente, el reglamento de aplicación se emitió mediante decreto del Presidente de la República n.230 del 30 junio 2000<sup>48</sup>, nombrado *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

---

<sup>46</sup> «La cantidad y calidad de la alimentación diaria se determinan mediante tablas específicas aprobadas por decreto ministerial».

<sup>47</sup> Los reclusos e internados pueden adquirir, a su propio coste, alimentos y otros artículos esenciales, dentro de los límites establecidos por el reglamento. La venta de alimentos y otros artículos esenciales generalmente debe confiarse a establecimientos gestionados directamente por la administración penitenciaria o a comercios que vendan a precios regulados por la autoridad municipal.

<sup>48</sup> In G.U. Serie Generale n.195 del 22-08-2000 - Suppl. Ordinario.

Tres artículos de este decreto merecen atención para nuestro análisis. En primer lugar, el artículo 58, titulado específicamente “Manifestaciones de la Libertad Religiosa”, que ofrece un análisis amplio de las opciones disponibles para los reclusos, al menos en teoría, para practicar su religión en prisión.

En el primer apartado se garantiza el derecho a participar en los ritos de la confesión religiosa de referencia, en el segundo a exhibir imágenes y símbolos en la celda, en el tercero a practicarlo en el tiempo libre, el cuarto garantiza la presencia de un capellán en cada institución penitenciaria para la asistencia espiritual de los católicos, el quinto prevé la provisión de locales adecuados para el culto de denominaciones distintas a la católica, el sexto garantiza la asistencia espiritual y la celebración de ritos por ministros de denominaciones distintas de la católica.

En materia de nutrición, el artículo 11, denominado *Vitto giornaliero* (alimentación diaria), prevé la administración de tres comidas al día, estableciendo que la primera puede ser consumida no muy lejos del despertador, la segunda aproximadamente cinco horas después de la primera y la tercera aproximadamente seis horas después de la segunda.

Esta norma plantea dudas, o al menos requiere medidas de adaptación, respecto a su aplicabilidad durante el Ramadán, especialmente cuando coincide con el verano, y, por lo tanto, no permite una conservación óptima de los alimentos. Sin embargo, la disposición clave sobre el interés legítimo de cada preso en solicitar comidas de acuerdo con su religión es el apartado 4 del artículo 11, que establece:

«Nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, *in quanto possibile*, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose»<sup>49</sup>.

Esta norma abre una grieta de cómo enmarcar la alimentación como expresión de libertad religiosa y, por lo tanto, merecedora de garantías. Sin embargo, tras ese “en la medida de lo posible”, esta norma esconde un amplio margen de discrecionalidad y tal vez, de arbitrariedad que corre el riesgo de anular, mediante la auto absolución, el alcance mismo de la norma.

Queda averiguar hoy en día, cómo se actúa esto en la práctica en las diversas instituciones penitenciarias. El legislador ciertamente ha equilibrado esta disposición con los dos artículos siguientes. El artículo 12 ofrece la posibilidad a los representantes de los reclusos e internados la oportunidad de presenciar la recogida de alimentos para verificar su calidad, involucrándolos así en la preparación de los alimentos previamente. El artículo 13, por otro lado, constituye una disposición que cierra el sistema. Mientras que el apartado 3 establece la regla general de que los alimentos deben consumirse en áreas designadas, el apartado 4 permite a los reclusos:

«l'uso di fornelli personali nelle proprie camere per riscaldare liquidi e cibi già cotti nonchè per la preparazione di bevande e cibi di facile approntamento»<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> «A la hora de elaborar las tablas de alimentos se deberán tener en cuenta, en la medida de lo posible, las prescripciones de las diferentes confesiones religiosas».

<sup>50</sup> «El uso de fogones personales en sus habitaciones para calentar líquidos y alimentos ya cocinados, así como para preparar bebidas y alimentos fáciles de preparar».

En este caso, el legislador ha creado una válvula de seguridad en un sistema a veces no preparado para garantizar determinadas prestaciones que sobre el papel parecen fáciles de implementar pero que en la práctica no lo son tanto.

La circolare dell'Amministrazione penitenziaria facente capo al Ministero della Giustizia DAP-0442050-2011 del 22 novembre 2011 riguardante il «*Vitto detenuti*», da per assodato l'impossibilità di attuare in modo omogeneo per motivi strutturali ed economici le condizioni stabilite dai commi 1 e 3 dell'art. 13 del d.P.R. 230 del 30 giugno 2000,

La circular de la Administración Penitenciaria del Ministerio de Justicia DAP-0442050-2011, de 22 de noviembre de 2011, relativa a la *Vitto detenuti* (alimentación de los reclusos), da por sentado que, por razones estructurales y económicas, es imposible aplicar de manera uniforme las condiciones establecidas en los apartados 1 y 3 del artículo 13 del Decreto del Presidente de la Republica n. 230, de 30 de junio de 2000. Es decir, tener una cocina por cada 200 internos y poder consumir alimentos en áreas designadas, pero espera que una aplicación más rigurosa del artículo 9 sobre alimentación, de la Ley n. 354 del sistema penitenciario, y del artículo 12 de su Reglamento, al menos reduzca algunas de las quejas señaladas por la población penitenciaria respecto a la mala cantidad y calidad de los alimentos.

Cinco años más tarde, el d.P.R. del 13 maggio 2005, *Approvazione del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato per il triennio 2004-2006*, (Aprobación del documento programático relativo a la política de inmigración y extranjería en el territorio del Estado para el trienio 2004-2006), dio un paso más al establecer que:

«Per le religioni per le quali lo Stato Italiano non ha stipulato apposite convenzioni, come nel caso della religione islamica, sono infine riconosciuti ai detenuti il diritto alla

pratica e professione della propria fede religiosa (in particolare, ai musulmani è garantito il diritto al vitto e il diritto di consumare i pasti dopo il tramonto nel periodo del Ramadan) e sono allestite ove possibile apposite sale per la preghiera islamica»<sup>51</sup>.

Un esfuerzo apreciable del Estado italiano en el perseguimiento de una igualdad sustancial en ausencia de un acuerdo con la comunidad islámica, que, aunque mayor que la judía, parece carecer de una organización jerárquica capaz de sustentar sus propios intereses.

Después ha llegado el anexo n.11 del Decreto 12 diciembre 2006, n.306 en tema de *Disciplina del trattamento dei dati sensibili e giudiziari del Ministero della Giustizia* (<sup>52</sup>). En ello en relación con las relaciones con otros cultos religiosos se establece que:

«Il ministero provvede altresì ad assicurare l'esercizio del diritto di culto da parte dei detenuti appartenenti a confessioni religiose diverse [dalla cattolica], attraverso l'instaurazione di rapporti formali con altri enti di culto. Il

---

<sup>51</sup> Para las religiones para las que el Estado italiano no ha estipulado acuerdos específicos, como en el caso de la religión islámica, se reconoce a los presos el derecho a practicar y profesar su fe religiosa (en particular, a los musulmanes se les garantiza el derecho a la alimentación y el derecho a consumir comidas después del atardecer durante el periodo de Ramadán) y, cuando es posible, se habilitan salas especiales para la oración islámica. En <https://www.agens.it/uncategorized/decreto-del-presidente-della-repubblica-13-maggio> 2005-approvazione-del-documento-programmatico-relativo-alla-politica-dell-immigrazione-e-degli-stranieri-nel-territorio-dello-stato-per-il-triennio-2.html.

<sup>52</sup> In G.U. n.11 del 15-01-2007 - Suppl. Ordinario n. 10.

ministero garantisce inoltre il rispetto di regimi alimentari particolari derivanti da prescrizioni religiose»<sup>53</sup>.

Desde un punto de vista práctico, la *Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati* (Carta de Derechos y Deberes de los Detenidos e Internados), que se proporciona al ingresar en el centro de detención, si bien garantiza una dieta sana y adaptada a las condiciones de cada uno, no hace referencia a la posibilidad de cumplir con los RDR, sino que simplemente reitera la posibilidad de una dieta sana y adaptada a las condiciones de cada uno.

La prisión también permite la compra, a expensas propias, de alimentos y otros artículos esenciales (denominados “sopravitto”), así como el derecho a recibir artículos similares en paquetes del exterior. Además, existe un órgano de representación de los reclusos que supervisa tanto la preparación de los alimentos como los precios de los productos vendidos en la institución, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley n. 354 del 26 de julio de 1975 y el artículo 12 del Decreto n.230 del 30 de junio de 2000.

Nel pieno rispetto della riserva di legge dell’art. 117, il Ministero della Giustizia ha sin’ora stipulato tre protocolli di intesa con le Regioni Toscana, Puglia e Calabria

En pleno cumplimiento de la reserva legal del artículo 117, el Ministerio de Justicia ha firmado hasta ahora tres memorándum de entendimiento con las Regiones Toscana, Puglia y Calabria<sup>54</sup>, en los

---

<sup>53</sup> «El Ministerio también garantiza el ejercicio del derecho al culto por parte de los reclusos pertenecientes a confesiones religiosas distintas [del catolicismo], mediante el establecimiento de relaciones formales con otras organizaciones religiosas. El Ministerio también garantiza el cumplimiento de los regímenes dietéticos especiales derivados de las prescripciones religiosas».

<sup>54</sup> [https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/dap\\_provveditorati\\_regionali#](https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/dap_provveditorati_regionali#)

que estas regiones se comprometen a facilitar el ingreso a prisiones de ministros de religiones distintas a la católica, así como la práctica religiosa en materia alimentaria. Estas nuevas e inesperadas formas de colaboración surgen a petición de confesiones religiosas con distintos grados de presencia en el territorio, con el objetivo de fortalecer el pluralismo religioso.

Tratando de resumir este abanico de normas en materia de alimentación en prisión, se puede decir que por una parte el Estado tiene la obligación de garantizar ese derecho fundamental que es la libertad religiosa incluso en su forma más manifiesta que es la observancia de los preceptos dietéticos (OPD), por otro lado, es realista reconocer que este compromiso enfrenta dos limitaciones: los derechos y libertades de los demás reclusos y el coste de mantener diferentes estándares alimentarios. Por lo tanto, en diferentes circunstancias, debe lograrse un equilibrio justo entre los derechos e intereses en juego, teniendo en cuenta los diferentes presupuestos disponibles para cada unidad de detención.

### 3.2 Ámbito ambiente hospitalario.

Si bien la posibilidad de profesar la propia fe religiosa sigue siendo esencial para el sustento diario de quienes se encuentran privados de todo en prisión, es igualmente esencial para quienes ingresan en hospitales y centros de tratamiento. En estos casos, la recuperación física y mental completa exige el pleno respeto de la libertad religiosa y de las exigencias dietéticas asociadas, elementos que, en su conjunto, conforman el derecho a la salud.

El primer reconocimiento normativo del valor del “tema religioso” en el sector sanitario lo dio la ley n. 132 del 12 de febrero de 1968<sup>55</sup> rubricada *Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera*. El artículo 1 de la ley establece que:

«L'assistenza ospedaliera pubblica è svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri esclusivamente dagli enti ospedalieri»<sup>56</sup>.

El artículo 39 incluye a los ministros católicos entre el personal hospitalario, definiéndolos como *personal de atención religiosa*, lo que implica reconocer implícitamente la atención religiosa como parte integral de la recuperación física y mental de una persona. Finalmente, el mismo artículo establece que «*los pacientes de otras confesiones tienen derecho a la asistencia de los ministros de sus respectivas confesiones*».

Se trata de una ley propia de su época, que, si bien consideraba la religión católica como predominante, dejaba la puerta abierta a cualquier otra confesión religiosa.

Diez años después, la Ley n. 833, de 23 de diciembre de 1978, por la que se creó el Servizio Sanitario Nazionale (<sup>57</sup>) en el artículo 38 establecía que los hospitales del Servicio Nacional de Salud (SNS) *deben prestar servicios de asistencia religiosa, en el respeto de la voluntad y de la libertad de conciencia del ciudadano*. Para ello, exige un acuerdo entre las Unità Sanitarie Locali (ASL) y los ordinarios diocesanos responsables del culto católico, reservando la responsabilidad de los otros cultos religiosos a las respectivas autoridades competentes por territorio.

---

<sup>55</sup> G.U. n.68 del 12-3-1968.

<sup>56</sup>«La asistencia hospitalaria pública se presta a todos los ciudadanos italianos y extranjeros exclusivamente por instituciones hospitalarias».

<sup>57</sup> G.U. Serie Generale n.360 del 28-12-1978 - Suppl. Ordinario.

Un conjunto de normas que hasta entonces había garantizado el derecho general a la libertad religiosa sin abordar en ningún momento los requisitos dietéticos específicos de la religión. En este sentido, un primer paso adelante para la religión católica se dio con el mencionado Acuerdo de Villa Madama, cuyo artículo 11, al primer apartado, establece que:

«La Repubblica italiana assicura che l'appartenenza alle forze armate, alla polizia, o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto dei cattolici»<sup>58</sup>.

Paralelamente en la religión judía, el citado acuerdo estipulado con la Unione delle Comunità Ebraiche (Unión de Comunidades Judías) el 27 de febrero de 1987 y aprobado por la ley n. 101 de 8 de marzo de 1989 (<sup>59</sup>) establece en su art. 7 que:

1. L'appartenenza alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e pena non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto.

---

<sup>58</sup> «La República Italiana garantiza que la pertenencia a las fuerzas armadas, a la policía o a otros servicios similares, *la hospitalización en hospitales, residencias de ancianos o centros de asistencia pública y la residencia en instituciones preventivas y penales no pueden dar lugar a ningún impedimento en el ejercicio de la libertad religiosa y en el cumplimiento de las prácticas de culto de los católicos*».

<sup>59</sup> G.U. Serie Generale n.69 del 23-03-1989 - Suppl. Ordinario n. 21.

2. È riconosciuto agli ebrei che si trovano nelle condizioni di cui al comma 1 il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano<sup>60</sup>.

En la misma línea están los acuerdos con la Unión Cristiana Evangélica Bautista de Italia (UCEBI)<sup>61</sup> y el de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (<sup>62</sup>). Se trata de las primeras aproximaciones concretas a la cuestión de la protección de la alimentación de orientación religiosa (que parece más estricta en el caso de la confesión judía) en consonancia con el principio de la inalienabilidad de las creencias religiosas anunciado por el Comité Nacional de Bioética de la Presidencia del Consejo de Ministros del Gobierno italiano en 2006.

En cambio, en los acuerdos estipulados con otras confesiones religiosas no hay referencias expresas al cumplimiento de las RDR, pero su cumplimiento debe entenderse dentro de la norma más general del derecho a la libertad religiosa.

---

<sup>60</sup> «1. La afiliación a las fuerzas armadas, la policía u otros servicios similares, el internamiento en hospitales, residencias de ancianos o centros de asistencia pública, o el internamiento en instituciones preventivas y penitenciarias, no constituirán impedimento alguno para el ejercicio de la libertad religiosa ni para la realización de prácticas religiosas.

2. Se reconoce a los judíos que se encuentren en las condiciones a que se refiere el apartado 1 el derecho a observar, a petición propia y con la asistencia de la comunidad competente, las normas dietéticas judías sin coste alguno para las instituciones en las que se encuentren».

<sup>61</sup> Legge n. 116 del 12 aprile 1995, in G.U. n. 94 del 22 aprile 1995 – Suppl. Ordinario n.46.

<sup>62</sup> Legge n. 127 del 30 luglio 2012, in G.U. n.183 del 07 agosto 2012 - Suppl. Ordinario n. 168.

El 4 de abril de 2007 se llegó a un acuerdo con la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová, que, sin embargo, no se convirtió en ley. No obstante, el artículo 3 del acuerdo reconocía el derecho a observar las normas dietéticas previa solicitud, sin coste alguno para los centros de acogida. En cuanto al islam, hasta la fecha solo se han presentado borradores de acuerdo, que son un reflejo del acuerdo ya alcanzado con la Unión de Comunidades Judías al otorgar el derecho a observar las normas dietéticas a los creyentes dentro de las comunidades cerradas<sup>63</sup>.

Posteriormente, la Directiva del Presidente del Consejo de ministros, de 27 de enero de 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici* (<sup>64</sup>), al identificar la igualdad entre los principios fundamentales de la prestación de servicios públicos, se establece que «no se hará distinción alguna en la prestación de servicios por motivos de sexo, raza, idioma, religión u opinión política». Este principio de no discriminación abarca, evidentemente, todo tipo de servicio público ofrecido. L'anno dopo il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 19 maggio 1995 nello stabilire lo Schema generale di riferimento della *Carta dei servizi pubblici sanitari*.

El año siguiente al Decreto del Presidente del Consejo de ministros, de 19 de mayo de 1995, estableciendo el marco general de referencia de la *Carta dei servizi pubblici sanitari* (Carta de los servicios de salud pública) (<sup>65</sup>) en el *Regolamento dei diritti e dei doveri dell'utente malato* - Reglamento de los derechos y deberes del usuario enfermo - (Anexo 7) establece en el art. 1 que:

---

<sup>63</sup> Proyecto de acuerdo propuesto por la Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia (U.C.O.I.I.) nel 1992; Proyecto de acuerdo propuesto por la Unione Musulmani Italiani (UMI) en el 1996; Proyecto de acuerdo propuesto por la Comunità religiosa islamica in Italia (CO.RE.IS) en el 1998.

<sup>64</sup> G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

<sup>65</sup> G.U. 31 maggio 1995, n. 125.

«Il paziente ha diritto di essere assistito e curato con premura ed attenzione, nel rispetto della dignità umana e delle proprie convinzioni filosofiche e religiose»<sup>66</sup>.

Además, según la misma carta, cada centro sanitario estará obligado a elaborar un folleto informativo sobre los servicios que ofrece su establecimiento, incluida información sobre la asistencia religiosa, que estará disponible casi a diario para los católicos y, previa solicitud, para las personas de otras religiones.

Las directrices nacionales emitidas por el Ministerio de Salud mediante el Decreto de 28 de octubre de 2021 denominadas *Definizione ed aggiornamento delle «Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica»* <sup>(67)</sup> en una perspectiva intercultural y transcultural prevén expresamente <sup>(68)</sup>:

«la necessità di programmare diete che rispondano alle specifiche esigenze etiche/culturali/religiose di differenti gruppi, e che contemporaneamente siano adeguate dal punto di vista nutrizionale per gli utenti delle mense scolastiche o per soggetti ricoverati in ospedale, e quindi potenzialmente a rischio di malnutrizione<sup>69</sup>».

---

<sup>66</sup> «El paciente tiene derecho a ser asistido y tratado con cuidado y atención, con respeto a la dignidad humana y a sus creencias filosóficas y religiosas».

<sup>67</sup> Definición y actualización de las «Directrices nacionales para la restauración hospitalaria, sanitaria y escolar

<sup>68</sup> G.U. 11 noviembre 2021, n.269

<sup>69</sup> «La necesidad de planificar dietas que satisfagan las necesidades éticas, culturales y religiosas específicas de los diferentes grupos y que, al mismo tiempo, sean nutricionalmente adecuadas para los usuarios de los comedores escolares o para los sujetos hospitalizados y, por tanto, potencialmente en riesgo de desnutrición». Ivi, p.25.

En la práctica, sin embargo, estas directrices políticas chocan con una realidad distinta, con regulaciones establecidas a nivel regional. El artículo 117 de la Constitución italiana otorga a *las regiones competencias legislativas concurrentes en materia de salud*.

Refiriéndose pues a los principios ya citados de igualdad y libertad religiosa de los artículos 8, 19 y 20 de la Constitución, muchas regiones han asumido con su propia ley regional el respeto de la identidad cultural, religiosa y lingüística en el ámbito sanitario y/o escolar reconociendo las prescripciones alimentarias confesionales a veces sólo implícitamente en el contexto más amplio de la libertad religiosa, a veces con un reconocimiento directo <sup>(70)</sup>.

Entre estas, en primer lugar, la Región Toscana que ya en 1983 con la ley n.36 <sup>(71)</sup> preveía que “en los establecimientos residenciales, de acuerdo con la normativa sanitaria, el régimen alimentario deberá tener en cuenta las necesidades manifestadas por los usuarios con relación a sus creencias religiosas”.

Posteriormente, en 2005, en la misma región, se firmó un primer memorando de entendimiento entre el Hospital Careggi y la Comunidad Islámica de Florencia, que consideró relevante y significativa la presencia de la Comunidad Islámica en el territorio florentino y toscano y, en consecuencia, reguló el servicio de asistencia religiosa en el centro sanitario a través de los ministros de

---

<sup>70</sup> Regione Toscana, legge n.36 del 1983, Regione Abruzzo, legge n.20 del 1985, Regione Liguria, legge n.27 del 1985, Regione Umbria, legge n.18 del 1990, Regione Siciliana, legge n.7 del 1991, Regione Basilicata, legge n.6 del 1991, Regione Molise, legge n.28 del 1997, Regione Sardegna, legge n.13 del 1997, Regione Romagna, legge n.5 del 2004, Regione Campania, legge n.6 del 2010.

<sup>71</sup> L.R. Toscana, 1 giugno 1983, n. 36, “Norme per la salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle Unità sanitarie locali”, in Bollettino Ufficiale, Regione Toscana, n. 28, 8 giugno 1983.

la religión correspondiente, pero nada se dijo sobre el cumplimiento de las normas dietéticas religiosas islámicas<sup>72</sup>.

Tan sólo un mes después, el mismo Hospital Careggi, en línea con el acuerdo nacional entre el Estado y la Unión de Comunidades Judías, firmó un memorando de entendimiento con la Comunidad Judía de Florencia<sup>73</sup> en cuyo artículo 3 se establece:

«E' riconosciuto agli ebrei che si trovano nelle condizioni di cui al presente Protocollo il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità, *le prescrizioni ebraiche in materia alimentare senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano*. In tale contesto, su richiesta dell'interessato, d'intesa con la Comunità Ebraica di Firenze, verrà organizzato un servizio per la fornitura di pasti conformi alle prescrizioni alimentari ebraiche ("pasti casher") da parte della Comunità o Ente/Persona fisica delegata dalla Comunità stessa. Tale servizio dovrà essere concordato con la Direzione Aziendale e Sanitaria per quanto concerne le modalità di accesso, distribuzione, conservazione del cibo nonché per la tipologia del pasto stesso in funzione delle condizioni sanitarie del degente»<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Protocollo di intesa 26 gennaio 2005, n.33, Azienda Ospedaliera-Universitaria Careggi. Provvedimento del Direttore Generale 26 gennaio 2005, n. 33: "Umanizzazione del percorso clinico. Approvazione del Protocollo d'intesa con la Comunità Islamica per l'assistenza religiosa di pazienti di A.O.U.C.", in [www.olir.it](http://www.olir.it).

<sup>73</sup> Protocollo di intesa 25 febbraio 2005, n.72, Azienda Ospedaliera-Universitaria Careggi. Provvedimento del Direttore Generale 25 febbraio 2005, n. 72: "Umanizzazione del percorso clinico. Approvazione del Protocollo d'Intesa con la Comunità Ebraica per l'assistenza religiosa di pazienti di A.O.U.C.", in [www.olir.it](http://www.olir.it).

<sup>74</sup> «Se reconoce a los judíos que se encuentren en las condiciones establecidas en este Protocolo el derecho a observar, a petición propia y con la asistencia de la Comunidad, *las normas dietéticas judías sin coste alguno para las instituciones en las que se encuentren*. En este contexto, a petición del interesado, de acuerdo con la Comunidad Judía de Florencia, se

En esta ocasión, se hace referencia explícita a las reglas dietéticas. De más amplio alcance institucional, pero con el mismo contenido es Convenio entre la Región Lombardía y la Comunidad Judía de Milán para los servicios de asistencia religiosa en los centros sanitarios de Lombardía. En su artículo 4 establece:

«la possibilità ai pazienti ebrei di ricevere pasti kasher prodotti da servizi facenti capo alla Comunità Ebraica che rispettino le normative igienico alimentari HACCPP secondo modalità e termini risultanti da specifici accordi diretti tra i Legali Rappresentanti delle strutture stesse e l'ufficio Rabbिनico della Comunità ebraica di Milano»<sup>75</sup>.

El siguiente artículo 5 establece que cada hospital y centro asistencial será responsable de *indicar en su carta de servicios la posibilidad de acceder a la asistencia religiosa judía y a los servicios de alimentación kosher*. Finalmente, el Artículo 9 establece que:

«L'attuazione del presente Accordo non comporta alcun onere finanziario a carico della Regione e/o delle strutture sanitarie di ricovero e cura lombarde. Restano a

---

organizará un servicio para el suministro de comidas que cumplan con las normas dietéticas judías (comidas kosher) por parte de la Comunidad o de una entidad o persona delegada por ella. Este servicio debe acordarse con la Dirección de la Empresa y la de Salud respecto a los métodos de acceso, distribución y almacenamiento de los alimentos, así como el tipo de comida, en función del estado de salud del paciente».

<sup>75</sup> «La posibilidad de que los pacientes judíos reciban comidas kosher elaboradas por servicios bajo el control de la Comunidad Judía que cumplan con las normas de higiene alimentaria del sistema HACCPP, según las modalidades y condiciones resultantes de acuerdos específicos concertados directamente entre los representantes legales de las propias instalaciones y la Oficina Rabínica de la Comunidad Judía de Milán».

carico esclusivo della Comunità ebraica gli eventuali costi che potrebbero derivarne»<sup>76</sup>.

Estos acuerdos demuestran, sin duda, una actitud abierta al principio de igualdad y no discriminación entre confesiones religiosas, pero corren el riesgo de quedarse en meros aspectos teóricos en cuanto al ejercicio real de la libertad religiosa en entornos hospitalarios. En última instancia, condicionan el acceso al servicio a la existencia de una comunidad judía local capaz de brindar apoyo práctico y financiero para la provisión de comidas kosher.

Este examen general del derecho al ejercicio de la libertad religiosa en las estructuras sanitarias italianas revela un marco regulatorio caleidoscópico compuesto de diversas fuentes: principios constitucionales, legislación nacional y regional resultante de acuerdos con denominaciones religiosas (acuerdos) y memorandos de entendimiento entre administraciones individuales en áreas específicas donde hay una presencia religiosa significativa.

Este panorama heterogéneo pone de relieve la falta de reconocimiento explícito en la legislación nacional del derecho a respetar las prescripciones dietéticas religiosas, que se mantiene dentro del marco constitucional más amplio que abarca la libertad de religión garantizada por el artículo 19 y la protección del derecho a la salud en virtud del artículo 32.

Una ley nacional, sin embargo, garantizaría un nivel de protección superior al actual, que limita este derecho no sólo a las zonas geográficas donde se haya estipulado un acuerdo en forma de entendimiento o protocolo, sino que lo supedita a la capacidad de

---

<sup>76</sup> La implementación de este Acuerdo no supondrá ninguna carga financiera para la Región ni para los centros de salud de Lombardía. Cualquier coste que pueda surgir será asumido exclusivamente por la Comunidad Judía.

gasto del beneficiario del derecho o a los recursos financieros de la comunidad religiosa a la que pertenece, que sustituye al Estado en la preparación y prestación de comidas diferenciadas.

#### **4. El enfoque normativo en España y sus diferentes áreas de protección**

Es evidente para todos que, entre los países europeos ribereños del Mediterráneo, España se encuentra entre los que tienen mayor inmigración y, por extensión, presencia intercultural, junto con Italia. España, primero con su herencia árabe-andaluza, luego con la secuela de la diáspora sefardí, y más recientemente con los flujos migratorios regulares e irregulares procedentes de América Latina y de la ribera sur del Mediterráneo, ha sido siempre un crisol de culturas y un modelo de integración. El judaísmo y el islam, con sus propias peculiaridades religiosas y alimentarias, siempre han coexistido en esta tierra, interrogando al mundo circundante, el católico, sobre la mejor manera de convivir en un mismo territorio.

Hoy, más que nunca, la cuestión de la convivencia y el respeto a la diversidad religiosa se plantea especialmente en el contexto específico de las comunidades cerradas.

Si bien es cierto que, según el concepto de laicidad estatal, este debe ser neutral respecto a todas las religiones, como acertadamente observa Miren Gorrotxategi Azurmendi<sup>77</sup>, esta misma laicidad puede ser más o menos abierta respecto a las prácticas religiosas y alimentarias cuando estas se consideran más allá del ámbito privado. Por esta razón, puede afirmarse con certeza que la laicidad del Estado es inseparable de la integración social de

---

<sup>77</sup> GORROTXATEGI AZURMENDI, M. Implicaciones jurídicas de la libertad religiosa en la alimentación, *Leioa*, 2011, 34, p.391-411

los inmigrantes y en ningún caso puede expresarse como una actitud de inercia por parte del propio Estado.

En el Censo Anual de Población de España resulta que al 1 de enero de 2024 el 13,4% de la población tenía nacionalidad extranjera sobre una población de España de 48.619.695 habitantes (<sup>78</sup>). Este dato es muy importante porque indica la prevalencia de la población extranjera en el país y en consecuencia la necesidad de proteger la libertad religiosa, en todas sus formas, para las personas de una religión distinta al catolicismo en un país que se proclama democrático y pluralista.

El marco legislativo se basa en disposiciones constitucionales, iniciando con el artículo 14 de la Constitución del 1978<sup>79</sup>, que establece:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

También está el Artículo 16, que garantiza la libertad religiosa y la libertad de culto, sujetas únicamente al orden público. Además, el mismo artículo, al establecer que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal, califica indirectamente al Estado como laico y, simultáneamente, exige relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas.

Esta última obligación de cooperación es coherente con lo dispuesto en el Artículo 9, apartado 2, que establece:

---

<sup>78</sup> Fuente Ine (Instituto Nacional de Estadística), <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/CENSO2024.htm>.

<sup>79</sup> BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, Referencia: BOE-A-1978-31229.

«2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La intención conjunta de estos dos artículos es promover una efectiva libertad religiosa. El objetivo es superar la libertad negativa que tradicionalmente acompaña al Estado laico, <sup>(80)</sup> con acciones concretas de este último para eliminar todos los obstáculos que impiden el pleno disfrute del derecho a practicar la propia religión en todas sus formas y contextos sociales.

Después del marco normativo constitucional, la fuente más importante es la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, en tema de libertad religiosa<sup>81</sup>.

En su artículo 1, el Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa, reiterando que ninguna confesión tendrá estatus de estatal. El Artículo 2, letra b), declara el derecho de toda persona a:

---

<sup>80</sup> Cfr. Enrique SOMAVILLA, E., “Aconfesionalidad, laicidad, libertad religiosa y protocolo”, en *Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, Vol. 12, Nº. 22, 2025, págs. 69-96; FERNANDEZ CODINA, G., “El principio de neutralidad estatal: una propuesta gradualista”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 49, 2025, págs. 271-294.

CASTRO JOVER. A., Iglesias, Confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea, Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 120 y ss.

<sup>81</sup> Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, «BOE» núm. 177, de 24/07/1980.

«Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión».

Pero el meollo de la cuestión se encuentra entre el apartado 3 del mismo artículo donde se especifica que:

«Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos *adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos*, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

Como puede observarse, esta disposición implementa el requisito constitucional de que la igualdad de las personas sea real y efectiva. Por lo tanto, si bien no reconoce explícitamente el derecho a comer según las creencias religiosas, sin duda este puede incluirse dentro del derecho más amplio a expresar la propia religión.

En caso de que este derecho sea violado por las autoridades públicas, es posible, de conformidad con el artículo 4 de la misma ley proponer un Recurso de Amparo ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos.

El objetivo es involucrar al Estado como parte activa, particularmente en las llamadas comunidades cerradas, aquellas en las que las personas al carecer de autonomía de movimiento requieren la intervención activa del Estado, como su interés legítimo, para disfrutar de forma efectiva e igualitaria del derecho a la libertad religiosa. Para dar mas fuerza a la anterior disposición el artículo 7 asigna al Estado la tarea de concluir acuerdos estableciendo que:

«El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales».

El notorio arraigo<sup>82</sup> según el artículo 8 de la misma ley es reconocido por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa creada en el Ministerio de Justicia y compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas o Federaciones de las mismas [...].

En 1992 el Estado español firmó tres acuerdos con confesiones distintas a la católica:

1) con la Comunidad Protestante/Evangélica (Ley 24/1992)<sup>83</sup>: acordado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE). En ello se reconocen sus matrimonios, asistencia religiosa en centros públicos y enseñanza; 2) con la Comunidad Judía (Ley 25/1992)<sup>(84)</sup>: acordado con la Federación de Comunidades Judías de España (FCJE). En ello se regula el derecho a no asistir a clase o trabajo en festividades judías y shabat, enseñanza, protección del patrimonio cultural y asistencia religiosa en fuerzas armadas; 3) con la Comunidad Islámica (Ley 26/1992)

---

<sup>82</sup> Cfr. GUTIÉRREZ TORRES, A., La declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2024, N.º. 64.

<sup>83</sup> Ley 24/1992, de 10 de noviembre, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

<sup>84</sup> Ley 25/1992, de 10 de noviembre, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

(<sup>85</sup>), acordado con la agrupación de la Federación de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE). En ello se reconocen festividades, enseñanza religiosa, asistencia en prisiones y centros hospitalarios, y derecho a parcelas en cementerios municipales. De estos tres acuerdos, sólo el celebrado con la Comunidad Islámica, en su artículo 14, apartado 4, establece que:

«La alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, *se procurará adecuar* a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)».

Esta disposición, a pesar de su contenido posibilista, reviste importancia estratégica, al menos formalmente en el acuerdo con la UCIDE; sin embargo, su ausencia en el acuerdo con la FCJE es incomprensible. Si bien apoya una concepción positiva de la libertad religiosa, en términos de efectividad no garantiza nada, pues, como señalan académicos de renombre, carece de valor prescriptivo (<sup>86</sup>). Parece claro que, en estos términos, el grado de satisfacción del derecho a disfrutar de una comida de orientación religiosa parece estar enteramente en manos de la gestión del establecimiento de acogida, de su organización interna y de su capacidad financiera, así como de cualquier otra disposición de aplicación, reglamentaria o regional que pueda marcar la diferencia en los distintos territorios del país en cuanto al disfrute de este derecho.

---

<sup>85</sup> Ley 26/1992, de 10 de noviembre, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

<sup>86</sup> Cfr. ROSSEL, J. *Religión y prescripciones alimentarias*, Madrid, 2020, p.22.; JIMÉNEZ-AYBAR, I, *La alimentación «halal» de los musulmanes en España: aspectos jurídicos, económicos y sociales*, Pamplona, Vol. 45, N.90, 2005, págs. 631-666.

#### 4.1 Ámbito instituciones penitenciarias.

El sistema posibilista previsto por el art. 14 apartado 4 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España también queda reflejado en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria <sup>(87)</sup>. De hecho, en el Capítulo IX, dedicado a la asistencia religiosa, el artículo 54 establece que:

«La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y *facilitará los medios* para que dicha libertad pueda ejercitarse».

Y en el artículo 21, apartado 2, establece:

La Administración *proporcionará* a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, *en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas* [...].

De este modo, vuelve a surgir la posibilidad de que en la práctica no se ofrezca ninguna garantía al preso que pretenda seguir las prescripciones dietéticas de la ley islámica<sup>88</sup>.

La raíz del problema reside, sin duda, en factores tanto organizativos como económicos. Si bien es cierto que servir comidas *halal* o *kosher* conlleva costes adicionales para la administración penitenciaria, también lo es que, precisamente a la luz de las normas

---

<sup>87</sup> BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

<sup>88</sup> COGLIEVINA, S. “La tutela delle diversità alimentari religiose in Spagna, en *Cibo, Religione e Diritto, Nutrimiento per il corpo e per l’anima*, a cura di CHIZZONITI, A.G., 2015, Tricase (LE), p. 420.

examinadas hasta ahora, existe margen para equilibrar los intereses, sin costes adicionales para la administración pública, como ofrecer menús sin carne de cerdo o permitir la introducción de alimentos del exterior.

A este respecto resulta de utilidad el artículo 24 de la Ley 1/79, que establece:

«Se establecerán y estimularán, en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos.

*Se permitirá a los internos la adquisición por su propia cuenta de productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados. La venta de dichos productos será gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por Empresas concesionarias [...]».*

Bajo estas normas, los reclusos podrían comprar de forma independiente alimentos etiquetados como halal<sup>89</sup> y, en ocasiones, incluso participar en la preparación de las comidas. Por su parte, si no se sirven alimentos halal, la administración podría, sin duda, encargarse de excluir la carne de cerdo del menú y evitar el consumo de bebidas embriagantes como el vino. Estas posibilidades, que repetimos siempre dependen del nivel de acogida de cada centro, son prerrogativa exclusiva del convenio con la CIE y no también del de la FCIE, que de hecho limita la protección normativa respecto de las dietas de orientación religiosa para judíos y cualquier otra religión

---

<sup>89</sup> Cfr. IACOVINO A., “Diritto al cibo e tutela giuridica della diversità : la libertà religiosa alimentare alla prova del benessere animale”, Napoli, 2025.

al principio general de libertad religiosa previsto por la Ley Orgánica 7/1980.

El Artículo 226 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de ejecución del Reglamento Penitenciario<sup>90</sup> expresamente reservado al tema de la nutrición establece así:

En todos los Centros penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, *en la medida de lo posible*, convicciones personales y religiosas [...].

Diecisiete años después del artículo 21.2 de la Ley Orgánica, el Reglamento Penitenciario también ha vuelto a ese régimen posibilista, que en la práctica no garantiza nada respecto a la certeza del disfrute del derecho a una alimentación acorde con las creencias religiosas durante el internamiento en un centro penitenciario.

Más recientemente, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero<sup>91</sup>, que regula la responsabilidad penal de los menores en su artículo 56 (Derechos de los menores internados) establece:

Todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su *libertad ideológica y religiosa* y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil cuando sea el caso.

En consecuencia, se reconocen a los menores internados los siguientes derechos:

[...]

---

<sup>90</sup> BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

<sup>91</sup> BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

d) Derecho al *ejercicio de los derechos* civiles, políticos, sociales, *religiosos*, económicos y culturales que les correspondan, salvo cuando sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena.

En este caso, también nos encontramos ante una garantía general para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Esta disposición, sin embargo, se complementaría en materia de alimentación cuatro años después mediante el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, que establece en su artículo 39, en materia de asistencia religiosa:

«1. Todos los menores internados tendrán *derecho a dirigirse a una confesión religiosa* registrada, de conformidad con lo previsto por la legislación vigente.

2. Ningún *menor* internado podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa.

3. *La entidad pública facilitará que los menores puedan respetar la alimentación, los ritos y las fiestas de su propia confesión*, siempre que sea compatible con los derechos fundamentales de los otros internos y no afecte a la seguridad del centro y al desarrollo de la vida en el centro».

Esta es la primera ley que enuncia directamente, aunque se refiere sólo a los menores, la necesidad de seguir una dieta que refleje las propias creencias religiosas de un modo más decidido y menos posibilista.

#### 4.2 Ámbito ambiente hospitalario

El sector sanitario, al igual que el penitenciario, es uno en el que la nutrición cobra especial importancia en el proceso de recuperación de una persona. Por ello, en 1978, el legislador español decidió promulgar el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto <sup>(92)</sup> con el que aprobó las «Normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios».

Este decreto, entre las garantías otorgadas a los usuarios, en virtud del artículo 13.1 j), solo contempla la asistencia religiosa general según cada confesión. Obviamente, en el momento de redactarse la ley, no se consideraba que el aspecto nutricional para algunas confesiones fuera parte integral de la vida espiritual de los fieles y, por lo tanto, indisolublemente ligado al culto.

Esta conciencia nos ha llegado hoy cuando observamos cómo los seguidores de la religión islámica o judía se encuentran dependientes del Estado para ejercer su fe cuando están confinados en hospitales o centros de detención. Sin embargo, mientras que en el ámbito penitenciario existe una Ley Orgánica General Penitenciaria que en cierta medida incentiva a la Administración penitenciaria a administrar una alimentación que tenga en cuenta, en la medida de lo posible, las creencias religiosas y filosóficas de los internos, sin crear ninguna obligación vinculante, no puede decirse lo mismo en el ámbito sanitario, para lo cual es necesario remitirse a las indicaciones constitucionales generales sobre libertad religiosa y al Acuerdo con la Comunidad Islámica (Ley 26/1992), que tiene un contenido igualmente exhortativo y no vinculante.

---

<sup>92</sup> BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1978.

Quedan por anunciar en el ámbito local dos convenios recientes firmados por la Comunidad de Madrid, el primero con la Comunidad Judía de Madrid<sup>93</sup> donde entre las obligaciones de la primera se incluyen:

«Facilitar alimentación o la distribución de alimentos de acuerdo con el rito judío en aquellos centros en los que el número de usuarios de religión judía resulte significativo, si media petición al respecto por parte de los mismos y previo acuerdo de la Comisión de seguimiento prevista en la cláusula octava».

El segundo, con la Unión de Comunidades Islámicas de España<sup>94</sup>, se refiere únicamente a una subvención para la implementación de actividades educativas y no menciona aspectos relacionados con la nutrición con orientación religiosa. Sin duda, las consideraciones realizadas para el entorno penitenciario también se pueden aplicar al hospital, ya que en este caso la nutrición también depende del servicio público.

Sin embargo, la base de todo es la cuestión de los costes y de si el organismo público los asumirá o no. El lugar de residencia de una persona ya sea en una u otra comunidad autónoma, también influirá en las diferentes maneras en que se disfruta de este derecho. De hecho, muchos hospitales han elaborado directrices que, si bien no son vinculantes, marcan el camino a seguir y ofrecen importantes

---

<sup>93</sup> B.O.C.M. Núm. 278, 22 de noviembre 2021, *Convenio de 8 de noviembre de 2021, entre la Comunidad de Madrid y la Comunidad Judía de Madrid, para la colaboración en los ámbitos social, educativo y cultural*, pág. 280.

<sup>94</sup> B.O.C.M. Núm. 293, 9 diciembre 2022, *Convenio de colaboración de 17 de noviembre de 2022, entre la Comunidad de Madrid y la Unión de Comunidades Islámicas de España para la realización de actividades educativas durante 2022*, pág.77.

pautas de comportamiento para los responsables de la preparación de alimentos.

Estas iniciativas son fragmentadas; en cambio, sería deseable una iniciativa legislativa unificada, complementada con normas de aplicación uniformes a nivel local. La solución, al menos a corto plazo, podría ser adoptar una dieta vegetariana. Esto satisfaría las necesidades de musulmanes, judíos, budistas, adventistas, hindúes y sikhs al limitar la ingesta de proteínas a proteínas vegetales como las legumbres, ya que sería simplista sustituir la carne de cerdo por pollo u otras carnes si no fueran *halal o kosher*.

Mientras tanto, se pide a los operadores de hacer de las herramientas a su disposición de necesidad, virtud, es decir, ser capaces de equilibrar, basándose en un principio general de razonabilidad, todos los intereses en juego y los recursos disponibles, sabiendo evaluar en cada momento la mejor solución, sin comprometer los derechos y la salud de los demás.

## 5. Conclusiones

Según los datos proporcionados por Ayuda a la Iglesia Necesitada (ACN), la Fundación Pontificia que apoya a la Iglesia católica en su labor evangelizadora en las comunidades más necesitadas, discriminadas y perseguidas del mundo, en 2025 en Italia en los últimos dos años la presencia de los musulmanes ha aumentado del 4,63% al 6,7%, con un incremento del 2,07%, los budistas han pasado del 0,04% al 0,2%, los hindúes del 0,22% al 0,3% todo ello frente a un descenso de la presencia cristiana del 2,43%, ya que han pasado del 77,53% al 75,1% de la población total de 58.993.475 millones de habitantes sobre una superficie total de

301.336 km<sup>2</sup> (95). La imagen es la de un país que se descristianiza progresivamente en favor de una islamización progresiva (96). No solo los datos hablan por sí solos, sino también algunas de las medidas políticas adoptadas. En 2022, se presentó un proyecto de ley constitucional a la Cámara de Diputados (97) que tenía como objetivo la abolición del Concordato con la Iglesia católica, la supresión de la hora de instrucción religiosa católica en las escuelas públicas y una serie de privilegios considerados incompatibles con un Estado laico y pluralista.

Por otra parte, en 2024 el obispo Derio Olivero, presidente de la Comisión Episcopal para el Ecumenismo y el Diálogo Interreligioso de la Conferencia Episcopal Italiana (CEI), propuso

“non più un’ora di religione cattolica, facoltativa, quanto piuttosto un insegnamento obbligatorio del fenomeno religioso in chiave plurale per abilitare lo studente a diventare un cittadino capace di meglio comprendere la società in cui si trova, favorendo uno spirito ecumenico verso chi professa altre confessioni cristiane, altre fedi così come verso i nones, cioè chi non appartiene ad alcuna religione”<sup>98</sup>.

---

95

<https://rfr-acninternational.vercel.app/religiousfreedomreport/es/informe/pais/2025/italia>.

<sup>96</sup> Cfr. DAHIRI M., *El islam y los musulmanes en España entre el reconocimiento legal y el desafío de la convivencia*, Madrid, 2025, págs. 249-294.

<sup>97</sup> PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE VITO, presentata in data 17 febbraio 2022 : “Modifiche agli articoli 7 e 8 della Costituzione concernenti l’abolizione del principio concordatario nei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica” (3470) su iniziativa dei deputati VITO E.; COSTANZO J.; SARLI D.; SIRAGUSA E.; TERMINI G., in <https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=3470>.

<sup>98</sup> OLIVERO D., *Insegnamento, religioni, spazio laico. Verso un nuovo statuto dell’ora di religione nella scuola pubblica*, La rivista del clero italiano, 7-8, Milano 2024.

Sólo de esta manera la Iglesia católica podrá dar un paso atrás y permitir a la sociedad dar un paso adelante en la dirección del pluralismo religioso, entendido como un tema educativo en términos de inclusión y no de exclusividad.

En 2023 el gobierno italiano ha instituido la Commissione per le intese con le confessioni religiose e per la libertà religiosa<sup>99</sup> che sostituisce tutte le commissioni interministeriali precedentemente istituite, al fine di revisar y facilitar los acuerdos entre el Estado y los grupos religiosos, de conformidad con el artículo 8 de la Constitución. Aunque la población musulmana es la más grande en Italia<sup>100</sup> ya que representa a más de un tercio de la población inmigrante del país (34,3%), todavía no ha sido posible llegar a ningún tipo de acuerdo con ella debido a problemas estructurales como su gran fragmentación, con más de 255 asociaciones de inspiración islámica en Italia, o la falta de un liderazgo unitario con poder de negociación efectivo que pueda considerarse representativo.

En 2016 se creó, dentro del Ministerio del Interior, el Consejo para las Relaciones con el Islam Italiano, que en 2017 firmó con 10 asociaciones islámicas el Pacto Nacional para un Islam Italiano.

Sin embargo, los miembros del Consejo dimitieron en masa en octubre de 2024, informando al ministro del Interior Piantedosi que, en los últimos dos años, el organismo había sido despojado de sus poderes debido a la falta de programación de iniciativas, la falta de promoción de procesos de reconocimiento de personalidades y la

---

<sup>99</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 agosto 2023, modificato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 novembre 2023 e da ultimo con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 luglio 2024.

<sup>100</sup> <https://www.dossierimmigrazione.it/wp-content/uploads/2024/10/Scheda-DSI-2024.pdf>

suspensión de la colaboración con la ANCI (Asociación de Municipios Italianos) para resolver la cuestión de los cementerios.

De la encuesta “Italianos e islam” realizada por SWG S.p.A. en los primeros meses de 2025<sup>101</sup> se reveló que el 67% de los italianos mantiene una actitud predominante de desconfianza hacia el islam. Un tercio de los ciudadanos cree que se está produciendo un proceso de islamización de la sociedad italiana, y otro 36% considera que este riesgo es real para el futuro.

El informe añade: «La línea divisoria es el cumplimiento de las leyes italianas; sin embargo, puede haber casos en los que las costumbres y prácticas extranjeras entren en conflicto con las normas y valores sociales occidentales<sup>102</sup>. Este es el ejemplo del velo islámico, que ha suscitado un intenso debate público en muchos países europeos. En Italia, la mayoría apoyaría la prohibición de su uso en las escuelas o en eventos deportivos».

Aún más firme es la idea de prohibir el burka, o en general, la vestimenta que cubre el rostro en espacios públicos.

En junio de 2023, el gobierno italiano nombró a Davide Dionisi Enviado Especial para la Promoción de la Libertad Religiosa<sup>103</sup>.

En octubre de 2024, durante el G7 en Pescara, se presentó la Consulta Italiana para la Libertad Religiosa, organismo integrado por académicos y representantes de diversas organizaciones de la

---

101

[https://www.swg.it/pa/attachment/67a1c91f366ea/Radar\\_27%20gennaio%20-%202025%20febbraio%202025.pdf](https://www.swg.it/pa/attachment/67a1c91f366ea/Radar_27%20gennaio%20-%202025%20febbraio%202025.pdf)

<sup>102</sup> Cfr. CIOCCA F., Breve storia dell'Islam in Italia, Brienza (PZ), 2025

<sup>103</sup> Ya responsable del Servicio internacional de L'Osservatore Romano y por más de 25 años en Radio Vaticana - Vatican News.

sociedad civil activas en la defensa de este derecho fundamental<sup>104</sup>, con la misión de promover iniciativas de sensibilización, monitorear el nivel de respeto por la libertad religiosa<sup>105</sup> a nivel mundial y llamar la atención de las instituciones italianas sobre las violaciones de este derecho en el contexto internacional.

Según datos facilitados por ACN, en 2025 en España en los dos últimos años la presencia de musulmanes ha aumentado del 2,76% al 3,5%, con un incremento del 0,74%, los budistas han pasado del 0,03% al 0,0%, los hindúes del 0,06% al 0,0% todo ello frente a un descenso de la presencia cristiana del 2,08%, habiendo pasado del 86,68% al 84,6% de la población total de 48.347.910 millones de habitantes sobre una superficie total de 505.992 km<sup>2</sup><sup>106</sup>.

En España mediante el Real Decreto 204/2024<sup>107</sup>, se crea una Dirección General para las relaciones con las Confesiones Religiosas como máximo órgano administrativo encargado del tratamiento de la libertad religiosa. Según el artículo 15 de este decreto, corresponde a esa dirección: a) La elaboración de los proyectos normativos sobre las materias propias del ejercicio del derecho de libertad religiosa y de culto, y, en su caso, informe de cuantos proyectos normativos puedan afectar a dicho ejercicio; b)

---

<sup>104</sup> Entre ellas: Aiuto alla Chiesa che Soffre, l'Associazione Pakistani Cristiani in Italia, Avs, la Comunità di Sant'Egidio, la Fondazione Internazionale Oasis e Pro Terra Sancta.

<sup>105</sup> Cfr. Ferrari A., “*La libertà religiosa in Italia : un percorso incompiuto (1848-2024)*”, Roma, 2025; BUCCARELLO L., “*Libertà religiosa, dialogo interreligioso, costruzione della pace nel contesto del Mediterraneo : sfide e opportunità*”, Napoli, 2025.

<sup>106</sup>

<https://rfr-acninternational.vercel.app/religiousfreedomreport/es/informe/pais/2025/espaa>.

<sup>107</sup> «BOE» núm. 52, de 28/02/2024, Real Decreto 204/2024, de 27 de febrero.

La promoción, análisis, estudio; c) Las relaciones ordinarias con las entidades religiosas; d) La elaboración de las propuestas de acuerdos y convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; e) La dirección y la gestión del Registro de Entidades Religiosas. f) El estudio, promoción y defensa del derecho de libertad religiosa y de culto; g) Las relaciones con los organismos internacionales competentes en materia de libertad religiosa.

Italia y España son dos países mediterráneos que se encuentran entre los primeros en experimentar una ola de inmigración, tanto legal como ilegal, dentro del más amplio contexto europeo, con todo lo que ello conlleva para la convivencia.

Italia, que recibe más flujos migratorios directos del norte de África, tiene un mayor número de musulmanes que España, que recibe la mayor afluencia desde Latinoamérica, donde el catolicismo es la religión mayoritaria. Sin embargo, ambos países están experimentando una progresiva descristianización, con un descenso del 2,08 % en España y del 2,43 % en Italia.

Este hecho es preocupante, ya que demuestra la pérdida de la identidad de un pueblo en medio de la integración desorganizada de otro. Actualmente, el panorama general es de aparente equilibrio, pero en realidad oculta un conflicto que ya no es tan latente, dado el reciente aumento de los delitos islamófobos y antisemitas en ambos países, lo que revela la importancia del factor religioso.

Esta situación sólo se puede superar si se promueve con prontitud un mayor diálogo y entendimiento mutuo entre los representantes de las denominaciones e instituciones religiosas, a fin de llegar a iniciativas legislativas que puedan aplicarse de manera uniforme en todo el país y para todas las confesiones religiosas.

El camino hacia la plena igualdad y coexistencia entre personas y religiones es todavía largo, pero la realidad multiconfesional de Europa en la que los dos países considerados ya han adquirido experiencia y herramientas adecuadas, impone ahora nuevas y decisivas responsabilidades a sus legisladores para hacer de España e Italia dos países verdaderamente democráticos y pluralistas.

**EL TRASFONDO PROCESAL DE LA FIANZA  
POR MANDATO DE UN TERCERO EN  
PAPINIANO D. 17,1,53 (9 *QUAEST.*):  
ANALOGÍAS CON EL *MANDATUM  
PECUNIAE CREDENDAE***

-THE PROCEDURAL BACKGROUND OF BAIL BY  
MANDATE OF A THIRD PARTY IN PAPINIANUS D.  
17,1,53 (9 *QUAEST.*): ANALOGIES WITH *MANDATUM  
PECUNIAE CREDENDAE*-

Fecha de Recepción: 3 de febrero de 2025  
Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2026

**Juan Carlos Prado Rodríguez<sup>1</sup>**  
**Universidad San Francisco de Quito**

---

<sup>1</sup> jprado@usfq.edu.ec

**Resumen:** En D. 17,1,53 (9 *Quaest.*) Papiniano aborda el supuesto de la *fideiussio* constituida por mandato de un tercero, cuyo trasfondo radica en la variedad de las vías procesales con las que el *solvens* podrá obtener el regreso de lo pagado. Asimismo, para tal contexto estuvo operativo el *mandatum pecuniae credendae* con el que un sujeto encargaba a otro de conceder un préstamo de mutuo en favor de un tercero y en el que el mandante respondía ante el incumplimiento del deudor garantizado. Por tanto, la investigación pretende resaltar las analogías existentes entre estas dos formas de garantías personales, en particular, en lo que respecta a los mecanismos procesales que tenían el objetivo común de restablecer la *aequitas* patrimonial quebrantada a causa del desplazamiento pecuniario consecuencia del mandato otorgado en beneficio del deudor principal.

**Palabras clave:** *Fideiussio, Mandatum pecuniae credendae, Actio mandati contraria, Condictio certae creditae pecuniae, Beneficium cedendarium actionum*

**Abstract:** In D. 17,1,53 (9 *Quaest.*) Papinianus deals with the case of the *fideiussio* constituted by mandate of a third party, the background of which lies in the variety of the procedural means with which the *solvens* may obtain the restitution of what was paid. Likewise, in this context the *mandatum pecuniae credendae* was operative, consisted in one party commissioned another person to grant a mutual loan in favor of a third party, and in which the principal was responsible for the non-compliance of the guaranteed debtor. Than been said, this research aims to highlight the analogies between these two forms of personal guarantees, in particular, with regard to the procedural mechanisms that had the common objective of restoring the patrimonial *aequitas* broken due to the pecuniary displacement that is consequence of the mandate granted for the benefit of the main debtor.

**Key words:** *Fideiussio, Mandatum pecuniae credendae, Actio mandati contraria, Condictio certae creditae pecuniae, Beneficium cedendarium actionum*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La fianza por mandato de un tercero: exegesis de D. 17,1,53 (Pap. 9 *Quaest.*). 2.1. El recurso a la *actio mandati contraria* en favor del *fideiussor praesente et non recusante debitore*. 2.2. Alternativas para obtener el regreso en la *fideiussio invito vel ignorante debitore*. 3. Analogías con el *mandatum pecuniae credendae*. 3.1. Operatividad en la praxis negocial romana y su relación con la *fideiussio*. 3.2. Incumplimiento del deudor y el recurso a la *actio mandati contraria* en favor del *creditor*. 3.3. El *beneficium cedendarum actionum* en favor del mandante *solvens*. 4. Conclusiones.

## 1.- Introducción

Como es sabido, a través de la *fideiussio*<sup>2</sup> un tercero garantizaba la deuda ajena al objeto de responder ante el incumplimiento del deudor principal<sup>3</sup>. Por lo general, esta

---

<sup>2</sup> Sobre las connotaciones de esta garantía personal en el Derecho romano, véase por todos TALAMANCA, M., voz “Fideiussione» (Parte storica)”, en *Enciclopedia del Diritto*, nº 17, 1968, pp. 329-339.

<sup>3</sup> Según TORRENT, A., “Accesoriedad de las garantías personales y *beneficium excussionis*”, en *Estudios Calonge*, nº II, Salamanca, 2002, p. 1034: “Los acreedores [...] en el momento de la constitución del vínculo obligatorio pretendían la intervención de otras personas solventes (fiadores) que se obligaran a cumplir la misma prestación junto al deudor, convirtiéndose así en deudores expuestos en caso de incumplimiento al mismo sistema de ejecución”. Ahora bien, según ARANGIO RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell’Università di Roma. Anno 1948-1949*, Napoli, 1949, p. 128 s., en la *fideiussio* se estableció un régimen de solidaridad pasiva entre el *fideiussor* y el deudor garantizado, por lo que el *creditor* podía dirigirse de forma indistinta hacia uno de ellos. En este sentido, para BORTOLUCCI, G., “Il mandato di credito”, en

intervención tenía lugar en consecuencia del mandato otorgado por el deudor al fiador, a pesar de que este último también podía intervenir *absente vel ignorante debitore*, es decir, en calidad de *negotiorum gestor* e, inclusive, en contra de su voluntad, distinguiendo entre *invito* o *vetante debitore*. Para tales supuestos se admitieron determinadas vías procesales dirigidas a hacer valer el derecho de regreso en favor del *solvens* mediante el llamado

---

*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, nº 27, 1914, p. 116, la obligación que surge en la *fideiussio* es accesoria, pero no subsidiaria a la principal, pues precede o es contemporánea a aquella. En efecto, observa TORRES PARRA, M.J., *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, 1998, p. 141, que, en teoría, la obligación del garante debería ser subsidiaria, por lo que, cuando el deudor principal incumple, el *creditor* podía solicitar del garante su cumplimiento, y a esto añade: “Pero la realidad del ordenamiento jurídico romano muestra cómo, originalmente, deudor y garante se encuentran en un mismo plano”. Por tanto, la obligación sería solidaria, así como se recaba de IJ. 3,16,1 *Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes libera*. No obstante esta tendencia doctrinal, sobre el origen griego de la subsidiariedad en las garantías personales, véase CANTARELLA, E., “La garanzia personale delle obbligazioni in Omero: ripensando all’adulterio di Afrodite”, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano. Milano, 7-9 aprile 1987*, nº I, Milano, 1988, pp. 270 ss. Y, con respecto a la experiencia jurídica moderna, tomando en consideración aquella italiana, manifiesta AMORTH, G., *L’obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 13: “[...] poichè non vi è dubbio che il fideiussore sia un condebitore solidale, tale essendo considerato espressamente dalla legge (art. 1944) ne deriva che si può verificare solidarietà e sussidiarietà [...]”.

*iudicium contrarium*<sup>4</sup> y con base en el negocio jurídico que determinó el surgimiento de la *fideiussio*<sup>5</sup>: así con la *actio mandati*

---

<sup>4</sup> A este respecto manifiesta ALBANESE, B., “*Iudicium contrarium*” e “ignominia” nel mandato”, en *IVRA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, nº 21, 1970, p. 50: “[...] l’azione del mandatario contro il mandante è un *iudicium contrarium mandati* (quindi: un’azione qualificata, per così dire, un quanto «anomala», nel senso della sua direzione non normale)”. Sobre las connotaciones etimológicas del *iudicium contrarium* en las *actiones mandati*, véase CRISTALDI, S.A., “*Iudicia contraria* in Cic. de off. III.17.70”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 26, 2020, pp. 111. Y, sobre las diferentes posturas adoptadas por la doctrina respecto a la referida locución, véase BERNAD SEGARRA, L., *Relaciones entre fianza y mandato en derecho romano*, Alicante, 1999, pp. 232 ss.

<sup>5</sup> Siguiendo a BRIGUGLIO, F., ‘*Fideiussoribus succuri solet*’, Milano, 1999, pp. 214 ss., la *sponsio* y la *fidepromissio* conocieron un derecho de regreso basado en la relación de garantía entre las partes y fundamentado en la *fides*, es decir, en la confianza que una persona depositaba hacia otra. Este derecho de regreso habría sido introducido por la *lex Publilia* (véase Gai. 4.22), y determinaba que el garante que pagaba y no era reembolsado en seis meses por el deudor principal podía ejercitar la *manus iniectio pro iudicato*. Luego, en el proceso *per formulas*, al *sponsor* se le concedió la *actio depensi* por el doble (véase Gai. 3.127). Y, con respecto a la *fideiussio*, sería la jurisprudencia clásica la que elaboró un sistema dirigido a la obtención de una acción con base en el negocio establecido entre el deudor y el garante.

*contraria*<sup>6</sup>, con la *actio negotiorum gestorum contraria*<sup>7</sup> y, en el caso de la *solutio vetante debitorum* se discutía sobre admitir una *actio*

---

<sup>6</sup> Manifiesta TALAMANCA, voz “Fideiussione”, p. 337: “[...] se la garanzia fu assunta per incarico del debitore principale, il garante potrà esperire, come azione di regresso, l’*actio mandati contraria*”. A este respecto observa VOICI, P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, p. 168, que la *actio mandati contraria* le competía al *fideiussor*, “purchè il debitore principale sappia e non si opponga alla prestazione di garanzia”. Así la fórmula procesal de la referida acción en BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, 4ª ed., Sevilla, 2014, p. 620: “*Quod Numerius Negidius Aulo Agerio mandavit ut ..., quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare faecere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absoluito*”. Véase también MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1992, p. 49, nota 150. Sobre la esencia del mandato como contrato consensual del que nace la referida *actio mandati contraria*, véase GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, 1963, pp. 144 s. Y, con respecto a la datación de la *actio mandati contraria*, SANFILIPPO, C., “Corso di diritto romano, Il mandato. Parte prima. Con una introduzione di Giovanni Nicosia”, en *Rivista di Diritto Romano*, nº IV, 2004, p. 9, resalta la hipótesis que aquella fuere posterior al año 287 a.C., pues con anterioridad existían acciones específicas, como en el caso del derecho de regreso regulado por la *lex Publilia* del 327 a.C. o por la *lex Aquilia* del 287 a.C.; sin embargo, sobre ciertas posturas contrarias véase dicho autor en pp. 9 s. Ahora bien, de importancia para la datación de la referida acción es la referencia a Quinto Mucio Escévola realizada por Celso en D. 17,1,48 pr. (7 *Digest.*) *Quintus Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset et reus in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam et fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum. Sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse nec is reus propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. Hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fideiussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: ceterum in posteriore casu non oportet esse noxae fideiussori, si pepercisset pudori suo*. Sobre la identificación de la acción específica para el regreso en el texto, afirma NÖRR, D., “Sulla specificità del mandato romano”, en *Studia*

*utilis ex aequitate*<sup>8</sup>. Además, existió el recurso a la *cessio actionum* del acreedor satisfecho en favor del *solvens*, y conocido como *beneficium cedendarum actionum*<sup>9</sup>, el cual constituía una vía alternativa para obtener el regreso en el caso de que el *solvens* no

---

*et Documenta Historiae et Iuris*, n° LX, 1994, pp. 369 s.: “[...] tuttavia potrebbe essere stata anche in questo caso più opportuna l’*actio mandati (contraria)*”.

<sup>7</sup> Como se recaba de lo referido por Paulo en D. 17,1,20,1 (1 *ad Sab.*) *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum*. Ante ello manifiesta GUARINO, A., *Mandatum credendi*, Napoli, 1982, pp. 29 s.: “[...] il fideiussore poteva citare il debitore principale davanti al pretore con l’*actio negotiorum gestorum (contraria)*, per aver utilmente gerito col pagamento del suo debito un affare (*negotium*) di sua spettanza”. Del mismo modo asevera TALAMANCA, voz “Fideiussione”, p. 337: “[...] mentre se incarico non vi fu, e non sussistano fatti che escludano del tutto la possibilità del regreso stesso, il garante potrà agire, allo stesso fine, con l’*actio negotiorum gestorum contraria*”. Véase al respecto también SEGRÈ, G., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni. I Le garanzie personali*, Torino, 1933, p. 175.

<sup>8</sup> Como plantea Paulo en D. 17,1,40 (9 *ad Ed.*) *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur*. Sobre esta posibilidad véase PRADO RODRÍGUEZ, J.C., “Estudio sobre la *actio utilis* referida en D. 17,1,40 (Paulo. IX *ad edictum*): su alcance en el Código civil de Bello”, en *Revista Ius et Praxis*, n° 25.1, 2019, pp. 253 ss.

<sup>9</sup> Introducido a través de la Novela 4 del año 535 d.C., con la que Justiniano hizo coactiva la cesión de las acciones de crédito al *solvens*, estableciendo que el acreedor que haya sido satisfecho deba obligatoriamente subrogarlo en sus derechos de crédito en contra del deudor principal, cfr. BRIGUGLIO, ‘*Fideiussoribus succurri solet*’, p. 8, quien, en p. 9 afirma que un tal *beneficium* tiene sus raíces en la *aequitas*; en efecto, a nuestro parecer era justo que el *solvens* obtenga la cesión de las acciones que ya no le servían al acreedor satisfecho y así restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado a causa del desplazamiento efectivizado por la *solutio* del *fideiussor*.

disponga de otro instrumento procesal idóneo para alcanzar dicho objetivo<sup>10</sup>.

Ahora bien, en un texto atribuido a Papiniano<sup>11</sup> y establecido por los compiladores en D. 17,1,53 (9 *Quaest.*), se narra acerca de la intervención del *fideiussor*, esta vez, en consecuencia del mandato

---

<sup>10</sup> En efecto, afirma BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*', pp. 224 s.: "Il *beneficium cedendarum actionum*, pertanto, trovava probabilmente applicazione proprio nei casi in cui si ravvisava la latenza di un negozio sottostante alla fideiussione, tale da consentire un'azione di regreso". Así pues, según TORRENT, "Accesoriedad de las garantías personales y *beneficium excussionis*", p. 1034: "Otro medio que pone al *fideiussor* en una posición más cómoda que le permite recuperar lo pagado es el *beneficium cedendarum actionum*, derecho a obtener la cesión de la acción del acreedor contra el deudor principal aunque la acción hubiera llegado a la *litis contestatio* que en principio la consumía, que en este caso, y para ventaja del fiador, renacía para reclamar al deudor principal lo pagado por el *fideiussor*". A esto añade VIGNERON, R., "*Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, n° 16 (LXXVII), 1974, p. 443, que dicha facultad remplazaría el recurso a las *actiones mandati y negotiorum gestorum*. Sin embargo, no se encuentra de acuerdo con ello TALAMANCA, voz "Fideiussione", p. 337, quien manifiesta: "Non sembra, invece, che a tutela del diritto al regresso del garante si possa annoverare, fra i mezzi predisposti dal diritto classico, il cosiddetto *beneficium cedendarum actionum*, e cioè la pretesa, coattiva, del garante convenuto in adempimento dal creditore, a che quest'ultimo gli cedesse – nei modi amessi nell'ordinamento romano – il proprio credito nei confronti del debitore principale [...]". Sobre dicho instituto véase también PROVERA, G. "Riflessioni sul *beneficium cedendarum actionum*", en *Studi Sanfilippo*, n° 4, Milano, 1983, pp. 609 ss.; FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Appunti dalle lezioni di Diritto Romano dell'anno 1955-'56*, Prima parte, Pisa, 1956, p. 287.

<sup>11</sup> Jurista de gran prestigio, así como resulta de su inclusión en la Ley de Citas del 426 d.C. Sobre sus rasgos véase BERGER, A., voz "*Papinianus, Aemilius*", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 617; DOMINGO R., (coord.), *Textos de Derecho Romano*, Navarra, 2002, p. 367.

otorgado por un tercero para que garantice la deuda ajena, pero ante ciertos comportamientos inherentes a la voluntad del deudor garantizado. En este sentido, el texto prevé una variedad de mecanismos procesales dirigidos a obtener el regreso en favor del *solvens*, tanto en contra del mismo mandante con la *actio mandati contraria*, como del deudor principal. Sin embargo, ante ciertas posturas del deudor, el texto excluye el regreso con la *actio mandati*, pero deja abierta la vía al intérprete para identificar una acción diferente con la que alcanzar el regreso, inclusive, recurriendo a la *cessio actionum* del acreedor satisfecho.

Por otra parte, un instituto que también estuvo operativo para el mismo contexto histórico y que presentó afinidades con la *fideiussio* por mandato de un tercero, fue el *mandatum pecuniae credendae*<sup>12</sup>, mediante el cual un sujeto daba mandato a otro para que conceda un préstamo en favor de un tercero en la forma del contrato de mutuo<sup>13</sup>. También aquí se estableció la vía para obtener el reembolso del crédito concedido por el mandatario (*creditor*) en contra del mandante con la *actio mandati contraria*; y, al objeto de que el mandante *solvens* no sufra algún detrimento patrimonial, de igual forma se admitió el recurso a la *cessio actionum* para ir en contra del deudor liberado.

---

<sup>12</sup> Instituto que se mantuvo operativo en la praxis negocial romana junto a otras formas de garantía personal, como la *fideiussio*, la *adpromissio* y el *constitutum debiti alieni*, véase GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 22. Sobre el origen y la evolución de dicho instituto, véase ARANGIO RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano*, pp. 118 ss.; BERNAD SEGARRA, *Relaciones entre fianza y mandato*, pp. 113 ss.; GONZÁLES – PALENZUELA GALLEGU, M.T., *El mandato de crédito en el derecho romano y su proyección en el derecho actual. Estudio histórico-comparativo*, Madrid, 2024, pp. 17 ss.

<sup>13</sup> Cfr. TORRES PARRA, *El mandato de crédito como garantía personal*, p. 48.

Ante esto, la investigación analiza, desde la perspectiva exegética, el trasfondo procesal del razonamiento de Papiniano plasmado en D. 17,1,53 e inherente a las vías dirigidas a obtener el regreso en favor del *solvens*, para de esta forma resaltar las analogías y aspectos comunes con el *mandatum pecuniae credendae*, en particular, en lo que respecta a los mecanismos procesales dirigidos a restablecer la *aequitas* patrimonial quebrantada a causa del desplazamiento pecuniario verificado en consecuencia del cumplimiento de la obligación ajena<sup>14</sup>. Y, con base en ello, se podrá constatar cómo ambas garantías personales mantuvieron el principio que prohíbe enriquecerse de manera injustificada y en perjuicio de quien solventó la deuda ajena<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Según NOCERA, G., *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma, 1942, p. 17, se recurría a la *aequitas*: “[...] per meglio raggiungere l’equilibrio degli interessi dei privati”. Sobre el sentido etimológico y la naturaleza jurídica de dicho principio, véase entre otros, SOLIDORO MARUOTTI, L., “*Aequitas e ius scriptum*. Profili storici”, en *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, n° 1, 2012, pp. 212 ss.; MANTOVANI, D., “L’*aequitas* romana: una nozione in cerca di equilibrio”, en *Quante equità?. Incontro di studio*, n° 70, Milano, 2017, pp. 20 ss.; USCATESCU BARRÓN, J., “Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual”, en *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos*, n° 5, 1993, p. 76; VACCA, L., “Considerazioni sull’*aequitas*’ come elemento del metodo della giurisprudenza romana, en *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, *passim*.; Id., “L’*aequitas* nell’*interpretatio prudentium* dai giuristi «*Qui fundaverunt ius civile*» a Labeone”, en «*Aequitas*». *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno, Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006, pp. 21-42; RIPOSATI, B., “Una singolare nozione di *aequitas* in Cicerone”, en *Studi in Onore B. Biondi*, n° II, 1965, pp. 447 ss.

<sup>15</sup> Observa BIONDI, B., “La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana”, en *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, n° 1, 1959, p. 146, que la referida *aequitas* se identifica como el mantenimiento del equilibrio patrimonial y que excluye que alguien se enriquezca con detrimento ajeno, lo cual tiene su fundamento en lo referido por Pomponio en D. 50,17,206 (9 *ex variis lect.*) *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*, y en D. 12,6,14 (21 *ad*

## 2.- La fianza por mandato de un tercero: exegesis de D. 17,1,53 (Pap. 9 Quaest.)

*D. 17,1,53 (9 Quaest.) Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas<sup>16</sup>.*

Según el texto, el que por la fe de uno fue fiador por otro que estaba presente y no lo rehusó, tiene obligados a ambos por

---

*Sab.) Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletatiorem.* Ambas fuentes aluden a la *aequitas naturalis*, concebida como la justicia distributiva para el caso concreto, y sobre la cual observa MASCHI, C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 211, que es una locución que pertenece al derecho postclásico - justinianeo. No obstante, véase las consideraciones de TALAMANCA, M., “L’*aequitas naturalis* e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,7”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, n° 35-36, 1993-1994, pp. 1-81. Y, sobre el derecho de regreso implícito en dichas fuentes, véase CANNATA, C.A., “*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletatiorem*. L’arricchimento ingiustificato nel diritto romano”, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell’indebito*. Padova-Verona-Padova, 25,26,27 settembre 2003, Torino, 2005, pp. 23 s. Véase también CORTESE, B., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanista e problemi attuali*, Padova, 2009, pp. 212 s.

<sup>16</sup> Sobre la colocación del texto, véase LENEL, O., *Palingenesi iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, p. 831. Y, sobre sus posibles interpolaciones, LEVY, E. – RABEL, E., *Index interpolationum*, I, Weimar, 1935, p. 294; DONATUTI, G., *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I, *L’actio mandati dell’adpromissor*, Perugia, 1929, p. 11; EMUNDS, C., *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreinden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007, pp. 130 ss.

derecho del mandato. Pero si habiendo seguido el mandato de uno, fue fiador por otro en contra de su voluntad o ignorándolo, puede demandar solo al que lo mandó, no así al reo de prometer: y no me hace variar, que el deudor se libre con dinero del fiador, porque esto acontece, aunque por mi mandato pagues por otro<sup>17</sup>.

En este sentido, la fianza por mandato de un tercero constituyó un supuesto particular al que se recurrió en la praxis negocial romana para reforzar el pago de la deuda ajena, siendo esta la razón por la que habría tenido la atención de Papiniano, al punto de ser objeto de un específico pronunciamiento de su parte y luego tomado en consideración por los compiladores del Digesto. Además, en virtud de su operatividad práctica, dicho supuesto llegaría a ser regulado, prácticamente de la misma manera que la descrita en el texto de D. 17,1,53, en algunas legislaciones propias del *iter* histórico del sistema jurídico romanístico, como en la legislación

---

<sup>17</sup> Así la versión al castellano en la edición de GARCÍA DEL CORRAL, I.L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T.I, Barcelona, 1889.

castellana de las Siete Partidas<sup>18</sup> y en algunas codificaciones civiles modernas<sup>19</sup>.

### 1.1. El recurso a la *actio mandati contraria* en favor del *fideiussor praesente et non recusante debitore*

El supuesto contemplado en la primera parte del texto es el de un *fideiussor* que interviene por encargo de un mandante para garantizar a un deudor que está presente pero que permanece en silencio (*praesente et non recusante debitore*); en cuyo caso Papiniano admite la *actio mandati contraria* para el regreso, tanto

---

<sup>18</sup> Así en P. 5,12,13: *Cómo el que mandase á uno que entrase fiador por otro tercero, le debe pechar el daño quel veniere por aquella fiadura*. Por otro que non estodiese delante entrando algunt home fiador, non lo faciendo por su mandando, mas por mandamiento de otro tercero, decimos que si tal fiador como este pagase alguna cosa a aquel a quien entro fiador, que non puede demandar lo que pagó á aquel a quien fió, mas al otro por cuyo mandado entró por fiador. Pero si quando desta manera feciese la fiadura, estodiese delante aquel a quien fiaba, et non lo contradixiese, o entrase fiador en nombre dél, maguer non estodiese delante, si se toma en pro de aquel por quien fizo la fiadura, entonce en su escogencia es de aquel que entró fiador de demandar lo que pagó a quien fió o al otro tercero por cuyo mandado fizo la fiadura, et ellos son tenudos de lo pagar"; así la versión en *Las Siete Partidas*. Edición de 1807 de la Imprenta Real, Tomo III, Partida Quinta, Sexta y Séptima. Conmemoración del octavo centenario del nacimiento de Alfonso X (1221-2021), BOE, ff. 283 s. Sobre la referida ley y su relación con el texto de Papiniano en D. 17,1,1,53, véase ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M., "Origen romano de la fianza en las partidas", en *Ivs Fvgit*, nº 7, 1998, pp. 113 s.

<sup>19</sup> Como en el Código civil de don Andrés Bello para Chile: art. 2371: Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante, sin perjuicio de la que le compete contra el principal deudor. Véase también el art. 2273 Cc. de Ecuador; y el art. 2396 Cc. de Colombia.

en contra del mandante como del deudor principal<sup>20</sup>. Ahora bien, procediendo con la reconstrucción inicial del supuesto que habría dado lugar a la referida acción, el *creditor* tenía la facultad de proceder indistintamente en contra del deudor o del *fideiussor*. A este respecto, de la formulación del texto se intuye que este último habría pagado la deuda garantizada y, en consecuencia, quedaría facultado a proceder en contra del mandante en busca del regreso. Sin embargo, en el caso de que el mandante no hubiere cumplido con el referido reembolso, entonces podrá ir en contra del deudor principal, pues su silencio habría determinado su consentimiento tácito, abriendo así la vía a la *actio mandati* en su contra. Esta circunstancia excluiría que el *solvens* recurra al mecanismo de la *cessio actionum*, ya que al estar el deudor al tanto de la intervención del *fideiussor*, este último dispondrá de la referida *actio mandati* para proceder en su contra.

Así las cosas, surge la cuestión de ¿por qué el mandante no afianzó directamente la deuda ajena y encomendó a un tercero para que salga fiador del deudor principal? Entre las posibles respuestas estaría la momentánea falta de dinero del mandante, la oposición del deudor principal a su intervención directa, o algún conflicto de intereses entre ellos. Hecho está que el *fideiussor* tuvo que pagar lo adeudado y, en consecuencia, adquirió el derecho de regreso en contra del mandante a través de la *actio mandati contraria*, la cual hacía parte de los *iudicia bonae fidei*<sup>21</sup> y en los que el *iudex* habría

---

<sup>20</sup> Sobre este último caso tiende a precisar GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 29 s.: «[...] solo nell'ipotesi che il debitore avesse assistito senza opporsi alla prestazione della *fideiussio*, con ciò implicitamente mandando al fideiussore di essergli garante».

<sup>21</sup> Así Gai. 4. 62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: [...] mandati [...]*. Sobre su origen, véase AMIRANTE, L. "L'origine dei contratti di buona fede", en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano. Milano, 7-9 aprile 1987*, n° I, Milano, 1988, pp. 81 ss. Y, respecto a la *bona fides* en el mandato, véase RANDAZZO, S., *Mandare. Radici*

condenado con un amplio margen de discrecionalidad en virtud de la cláusula *ex fide bona*<sup>22</sup>; esto comportaba que el mandante debía reembolsar no solo la cantidad pecuniaria objeto de la garantía pagada por el *fideussor*, sino también los intereses pactados entre el *creditor* y el *debitor*<sup>23</sup>.

Ahora bien, respecto a la *ratio iuris* a fundamento de la referida acción, se suele considerar al *mandatum* como un contrato bilateralmente imperfecto<sup>24</sup>, ya que, mientras la obligación del mandatario constituiría la causa del contrato, aquella del mandante, es decir, la de reembolsar los gastos o resarcir los daños verificados, sería una obligación eventual, accesoria y subordinada respecto a la primera. En este sentido, faltaría la reciprocidad de las obligaciones propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos (el *ultra citroque obligationem*)<sup>25</sup>, donde cada una de las obligaciones constituía la

---

*della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, pp. 149 ss.

<sup>22</sup> Con respecto a los criterios tomados en consideración para la decisión del *iudex*, véase CARCATERRA, A., *Intorno ai bona fidei iudicia*, Napoli, 1964, pp. 80 ss.

<sup>23</sup> Observa TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 544 s., que los intereses requerían de una *stipulatio* adicional, sobre la base de determinados límites, pues afirma: “La materia degli interessi convenzionali (le *usurae* per eccellenza) fu oggetto, in epoca repubblicana, di una serie di disposizioni legislative volte a fissare – nell’interesse del mutuuario, come contraente più debole – un tasso massimo che le parti non potevano superare”.

<sup>24</sup> ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, pp. 83 s., atribuye dicha connotación a las escuelas medievales, pues considera: “In diritto romano, la distinzione dogmatica che abbiamo ricordata non è stata formulata mai: ma, come è nel genio di quell’ordinamento giuridico, essa è implicita nel regime delle azioni nascenti da ciascun contratto”.

<sup>25</sup> Cuyo fundamento está en lo referido por Ulpiano en D. 50,16,19 (11 *ad Ed.*) *Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. Et «actum» quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel*

causa de la correspondiente *obligatio*<sup>26</sup>. Sin embargo, en Gai 3.155<sup>27</sup> se evidencia que en el mandato ambas partes se encontrarían obligadas en el *id quod bona fide praestare oportet*, siendo discreción del *iudex* constatar el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato con base en la *bona fide* de los *iudicia mandati*. A esto se añade la bilateralidad procesal, pues cada una de las partes dispone de la *actio mandati*, tanto en vía *directa* como *contraria*, para hacer valer sus respectivos derechos<sup>28</sup>. No obstante, Arangio Ruiz<sup>29</sup> considera que las *actiones* que nacen en consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones

---

*numeratione; «contractum» autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; «gestum» rem significare sine verbis factam.* Según GALLO, F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I*, Torino, 1992, p. 152: “*Ultro citroque* significa (di) qua e (di) là, da una parte e dall’altra, scambievolmente, vicendevolmente, recíprocamente”. Sobre el sentido del *ultro citroque obligationem*, véase CANNATA, C.A., “Labeone, Aristone e il sinalagma”, en *IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, n° 58, 2010, p. 47.

<sup>26</sup> Cfr. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 35.

<sup>27</sup> Gai. 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invecem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

<sup>28</sup> En este sentido considera SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 37 s., que en el derecho clásico existió una bilateralidad perfecta en el contrato de mandato, lo que fue alterado en época justiniana al establecerse aquella imperfecta, ya que afirma: “[...] nel sistema processuale classico, una mutua azionabilità, un’*actio ultro citroque* e quindi la bilateralità del contratto era fuori discussione, sia dal punto di vista processuale, sia dal conseguente punto di vista della bilateralità genetica dell’obbligazione”. Mientras que, en el derecho justiniano: “Il mandato viene dunque degradato da contratto bilaterale, quale era secondo il punto di vista classico, a contratto imperfettamente bilaterale”.

<sup>29</sup> ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, p. 85.

inherentes a los contratos bilateralmente imperfectos, no pueden surgir sino para aquella parte del contrato a cuyo favor la obligación se contrajo, y que se suele denominar como *actio directa*, pues refleja la conformidad con la dirección natural de la obligación que constituye la *ratio* del contrato.

Por otra parte, veamos la vía procesal de la que dispone el *solvens* en contra del deudor principal con la *actio mandati contraria*, la misma que se fundamenta en un hipotético consentimiento tácito de este último<sup>30</sup>, ya que la intervención del *fideiussor* tuvo lugar ante un deudor que estuvo presente pero que permaneció pasivo, lo que supuso que no exteriorice su voluntad contraria a que el *fideiussor* garantice su deuda. Esta circunstancia conlleva a abordar la cuestión del silencio en el contexto negocial romano. A tal respecto, Ulpiano en D. 50,17,60 (10 *Disp.*)<sup>31</sup> presenta la *regulae iuris* sobre ciertos modos dirigidos a concluir un mandato, al establecer: Siempre se cree que el que no prohíbe que se intervenga por él da para ello mandato. Pero también si alguno hubiere ratificado lo que se hizo se obliga por la acción de mandato<sup>32</sup>.

Por tanto, Ulpiano prevé dos formas de convertir una *gestio sine mandatu* y en la que falta el *iussum* específico del *dominus negotii*<sup>33</sup>, en un negocio con las connotaciones del mandato: en

---

<sup>30</sup> Sobre la tipología interna de las obligaciones consensuales, en particular, inherente al *mandatum* y los respectivos *iudicia bonae fidei*, véase CASCIONE, C., *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, pp. 464 ss.

<sup>31</sup> D. 50,17,60 (10 *Disp.*) *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

<sup>32</sup> Así la versión al castellano en GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T. III.

<sup>33</sup> Sobre el significado etimológico del *iussum -mandatum*, véase COPPOLA BISAZZA, G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*.

efecto, en la primera de ellas no existe una prohibición explícita a la intervención del tercero, lo que indicaría que el *dominus negotii* estuvo al tanto de aquella y su pasividad reflejada en el silencio que la envuelve equivaldría a una intrínseca manifestación de voluntad dirigida a permitir la *gestio* del tercero. Esto se entendería como un mandato tácito y abriría el paso a la *actio mandati contraria* para el regreso<sup>34</sup>. Por otro lado, la segunda forma se enlaza con el controvertido principio de que la ratificación del *dominus negotii* convierta la *gestio* realizada sin su conocimiento en un *mandatum*, admitiendo el texto la *actio mandati contraria* y no la *negotiorum gestorum contraria*.

Así pues, y con respecto a la cuestión del silencio entendido como manifestación de voluntad, este se enlaza con la naturaleza del mandato desde el momento que es concebido como un consentimiento imperfecto<sup>35</sup>. En efecto, el típico comportamiento

---

*Contributo allo studio della storia della rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008, pp. 51 ss.

<sup>34</sup> Véase a este respecto NASALLI ROCCA, A., *Il mandato. Studio di diritto romano*, Roma, 1972, p. 24.

<sup>35</sup> En efecto, la antítesis silencio/respuesta se evidencia en el *non prohibere*. De esta forma el silencio aparece como aquel comportamiento de quien no prohíbe pudiéndolo hacer y con ello autoriza. Además, en los textos en los que el silencio toma el rol de paciencia (*patientia*) esta aparece reflejada en la presencia de quien debería oponerse y no lo hace, como resulta de la frase *praesente et non recusante* en D. 17,1,53; otro ejemplo está en la frase *praesentes fuerunt et non contradixerunt* y referida por Ulpiano en D. 27,7,4,3 (36 ad Ed.) *Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent*. Véase GORETTI, M.S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, pp. 98 ss. Sin embargo, ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, pp. 92 ss., considera que el *non prohibere* no se coloca en la misma línea de un encargo o voluntad de autorizar. En efecto, en la hipótesis de garantía no

con el cual un sujeto exterioriza su voluntad sin manifestarla expresamente es el silencio. Y, con base en ello, en la praxis negocial romana se manejaron ciertas locuciones que reflejan una voluntad contraria a una prohibición<sup>36</sup>. Sin embargo, el no prohibir de manera

---

solicitada y dada en presencia del deudor, su silencio sería consecuencia de la vergüenza de no querer aceptar la ayuda prestada, a pesar de que refleja igualmente su voluntad.

<sup>36</sup> Así, entre otras fuentes, tenemos la referencia al *non contradicere* en Celso D. 1,7,5 (28 *Digest.*) *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo*; el *non pugnare* en Ulpiano D. 23,1,12 pr. (*sin. de spons.*) *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur; el non prohibere* en Ulpiano D. 50,17,60 (10 *Disp.*) *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione*; el *tacere* en Ulpiano D. 19,2,13,11 (32 *ad Ed.*) [...] *Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur; el praesens et non contradicere* en Ulpiano D. 27,7,4,3 (36 *ad Ed.*) *Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent*; el estar *praesens et non dissente* en Escévola D. 17,1,53; el estar *praesens et non dissente* en Escévola D. 21,2,12 (3 *Resp.*) *Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. Respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse*. Sobre otros supuestos inherentes al silencio y a la manifestación tácita de la voluntad, véase DONATUTI, G., “Il silenzio come manifestazione di volontà”, en *Studi Bonfante*, n° IV, Pavia, 1929, pp. 461

expresa no significa necesariamente autorizar, por lo que el silencio no equivaldría plenamente a consentir o disentir, pero sí exterioriza una cierta voluntad<sup>37</sup>.

Ante ello observa Sanfilippo<sup>38</sup> que el comportamiento pasivo reflejado en el silencio – *non contradicere* - no sería suficiente a establecer un consentimiento, pues quien mantiene dicha actitud es considerado *invitus*, es decir, alguien sin voluntad<sup>39</sup>. Este *non contradicere* es un hecho objetivo, ya que constituye la falta del comportamiento opuesto a una determinada propuesta que en realidad no indica un específico estado de ánimo y puede derivar de la ignorancia al hecho al que no se opone, o también a la ausencia o imposibilidad física o jurídica de oponerse. No obstante, si el *non contradicere* es acompañado de ciertos presupuestos, como la *scientia*, la *praesentia* o la posibilidad física o jurídica de oponerse, entonces este *non contradicere* se convierte en un *pati*, es decir, en un dejar hacer o tolerar (*non nolle*) que equivale a un “debole assentimento”<sup>40</sup>.

A tal respecto, el comportamiento de no oponerse a un acto permaneciendo en silencio se enlaza con el concepto de *patientia*, considerado como un factor interno (psíquico) de la voluntad del sujeto<sup>41</sup>. Por tanto, el no prohibir un acto permaneciendo pasivo se

---

ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, p. 289.

<sup>37</sup> A tal respecto se pronuncia WATSON, A., *Contract of mandate in roman law*, Oxford University Press, 1961, p. 64: “Although *non prohibere* is different from *mandare*, and *patientia* is not the same as *voluntas* [...]”.

<sup>38</sup> SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 13.

<sup>39</sup> En este sentido Ulpiano en D. 3,3,8,1 (8 *ad Ed.*) *Invitus procurator non solet dari. Invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur.*

<sup>40</sup> Así SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 14.

<sup>41</sup> Ante ello manifiesta PÉREZ ÁLVAREZ, *El valor jurídico del silencio*, p. 289: “[...] el término *pati*, que no indica un no hablar o un no hacer, sino

entendería como un consentimiento tácito, lo cual resulta de lo referido por Papiniano en D. 17,1,53, donde el factor de la presencia del deudor (*dominus negotii*), junto al no oponerse a la intervención del *fideiussor* (*praesente et non recusante*) determinan una pasividad y, en consecuencia, un consentimiento implícito a dicha intervención<sup>42</sup>. En este sentido, presupuesto del silencio es la falta de manifestación explícita de la voluntad. Sin embargo, observa Gorette<sup>43</sup> que el estar *praesens et non recusans* no se considera como un mandato *strictu sensu*, estando solo ante la extensión de sus efectos<sup>44</sup>. Así las cosas, la paciencia del deudor de por sí indicaría la falta de oposición a que otros salgan garantes en su favor<sup>45</sup>, lo que

---

tolerar una determinada situación. Y esta tolerancia se expresa a través del silencio. Los juristas hablan de *patientia* exigiendo la *scientia*, porque la demostración de aquélla exige un silencio consciente. En este último caso, es evidente que la conducta silenciosa se presenta ante un hecho concreto porque entre el silencio de quien tolera y el hecho tolerado debe haber un nexo bien preciso<sup>46</sup>. El ejemplo típico del silencio como consentimiento tácito lo encontramos en el ritual de la *in iure cessio* y descrito en Gai. 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogar eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur, hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum*. En materia véase CORBINO, A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Torino, 2006, pp. 38 ss.

<sup>42</sup> Cfr. DONATUTI, "Il silenzio come manifestazione di volontà", p. 469.

<sup>43</sup> GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, p. 103.

<sup>44</sup> Para GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, p. 103, si así fuese, sería una manifestación clara de voluntad; por tanto, el silencio se manifiesta cual antítesis del derecho de prohibir.

<sup>45</sup> Y cuya interpretación extensiva la podemos ver en lo referido por Ulpiano en D. 14,4,1,3 (9 *ad Ed.*) *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributaria*.

constituiría un elemento suficiente para proceder con la *actio mandati* en su contra<sup>46</sup>.

Por otra parte, y a pesar de que Papiniano no menciona a la ratificación del deudor a la *solutio del fideiussor*, la *regulae iuris* referida por Ulpiano en D. 50,17,60 admite la posibilidad de que al ratificar la *gestio* surja el regreso a través de la *actio mandati contaria*<sup>47</sup>. Sin embargo, esta parte del texto se ha considerado interpolada<sup>48</sup>, ya que la ratificación no cambiaba la naturaleza de la gestión precedente, dándose el carácter de mandato solo a los actos realizados con posterioridad<sup>49</sup>. A este respecto, se debate acerca de los efectos de la ratificación, pues por un lado se cree que aquella no transformaba la *gestio* en mandato, a pesar de que hacía

---

<sup>46</sup> Cfr. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I, p. 18.

<sup>47</sup> Que el deudor (*dominus negotii*) ratifique la *solutio* del *fideiussor* resultaba factible desde el momento que el primero obtuvo una utilidad efectiva en su patrimonio, esto al ser la *solutio* del tercero considerada útil para mejorar la condición del deudor, así como refiere Gayo en D. 3,5,38 (3 de verb. oblig.) [...] *Naturalis enim simul et civiles ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse*, y en D. 46,3,53 (5 ad ed. prov) [...] *meliorem conditionem facere*.

<sup>48</sup> En efecto, SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 17, es de la opinión de que sería la *actio negotiorum gestorum* la originalmente prevista en lugar de la *actio mandati*, para lo cual afirma: “I classici erano troppo rispettosi della tecnica giuridica e processuale per concedere un’*actio mandati* senza che un mandato vero e proprio ci fosse. Essi non potevano giungere che a questo: concedere in seguito alla ratifica l’*actio negotiorum gestorum* contraria, anche quando il gestore avesse gerito *male* o *prohibente domino* [...]”.

<sup>49</sup> A esto manifiesta SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 15: “Se la soluzione fosse affermativa, dovremmo concludere per l’esistenza di una nuova forma anomala di manifestazione del consenso nel contratto di mandato”. Véase al respecto también MAYNZ, K., *Curso de derecho romano* (trad. esp. D. A. J. Pou y Ordinas), II, Barcelona, 1892, p. 512.

incontestable su utilidad y eliminaba la eficacia de una precedente *prohibitio*<sup>50</sup>. Sin embargo, también está el principio *ratihabitio mandato comparatur*<sup>51</sup>, sobre el cual observa Arangio Ruiz<sup>52</sup> que su objetivo era el de atribuir a la *ratihabitio* del *dominus negotii* efectos similares a los del mandato, pero no aquel de transportar bajo dicho régimen las obligaciones de las partes. En tal sentido considera Kacprzak<sup>53</sup> que en los casos donde la *ratihabitio* procedía luego de la *negotiorum gestio*, la acción respectiva era la *negotiorum gestorum*.

En efecto, para Sanfilippo<sup>54</sup> la *gestio* ratificada no mantendría la principal característica del mandato, ya que no tendría como objeto el encargo de realizar una gestión, sino un negocio ya concluido por el *gestor*; esto se justifica porque el mandato era un negocio bilateral en el sentido de que se requería del previo acuerdo de las partes, mientras que la ratificación era un negocio unilateral que provenía de la sola voluntad del *dominus negotii*. A esto añade Bertolini<sup>55</sup> que en las fuentes donde se menciona a la ratificación, y en las que se indica la acción con la cual proceder, se habla de la *actio negotiorum gestorum* y no de la *actio mandati*<sup>56</sup>. Además, está

---

<sup>50</sup> Cfr. TALAMANCA, M., *Elementi di diritto romano privato*, Milano, 2001, p. 316.

<sup>51</sup> Y referido por Ulpiano en D. 46,3,12,4 (30 *ad Sab.*) *Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.*

<sup>52</sup> ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, p. 200.

<sup>53</sup> KACPRZAK, A., *La ratihabitio nel diritto romano classico*, Napoli, 2002, pp. 50 ss.

<sup>54</sup> SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, p. 15.

<sup>55</sup> BERTOLINI, C., *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I, Roma, 1889, pp. 39 ss.

<sup>56</sup> Así Papiniano en D. 47,2,81,5 (12 *Quest.*) *Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur*

lo referido por Celso en D. 17,1,50 pr. (38 *Dig.*)<sup>57</sup>, y en el que en el fondo se considera que la ratificación no convierte la *negotiorum gestio* en *mandatum*<sup>58</sup>.

## 2.2. Alternativas para obtener el regreso en la *fideiussio invito vel ignorante debitore*

En la segunda parte de D. 17,1,53 se narra que, si el *fideiussor* intervino por mandato de un tercero, pero en contra de la voluntad o sin el conocimiento del deudor principal, se podrá demandar solo al mandante con la *actio mandati contraria*, pero no al deudor, pues su actitud (*invito vel ignorante debitore*) se aparta

---

*ei furtiva conductio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur*; véase también CJ. 2,18(19),9; CJ. 2,18(19),19; CJ. 3,32,3. En este sentido observa BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici*, p. 41, que equiparar no significa identificar o transformar, ya que es como afirmar que la ratificación produce efectos análogos al mandato, pero no equivale a una relación basada en tal contrato.

<sup>57</sup> D. 17,1,50 pr. (38 *Dig.*) *Si is qui negotia fideiussoris gerebat ita solvit stipulatori, ut reum fideiussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotiorum gestorum actione fideiussorem habet obligatum, nec refert, ratum habuit nec ne fideiussor. Sed fideiussor etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem.*

<sup>58</sup> En efecto, en el primer supuesto narrado en el texto un *negotiorum gestor* paga al *stipulator*, liberando así el deudor y a su garante. Esta *solutio* vincula el garante hacia el *gestor*, el cual puede proceder contra él con la *actio negotiorum gestorum* sin relevancia que el mismo garante haya ratificado la gestión. Sobre el texto se ha sospechado su alteración en la frase *idque utiliter fecit*, a pesar de que se podría suponer que la referencia a la *utilitas* pertenecía a Celso; no obstante, se prefiere la tesis de la agregación compilatoria, ya que la *utilitas* de la *solutio* se encuadra en una perspectiva diversa de la discutida por los clásicos, véase CENDERELLI, A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 125 ss.

de los parámetros propios del mandato<sup>59</sup>. Esto se enlaza con lo referido por Ulpiano en D. 17,1,6,2 (31 *ad Ed.*)<sup>60</sup>, y en el que se afirma: si yo hubiera consentido que alguien sea fiador por mí, ode algún otro modo intervenga, me obligo por la acción de mandato; y a no ser que alguno hubiere sido fiador por otro contra la voluntad de este, o con ánimo de donar, o siendo gestor del negocio, habrá la acción de mandato<sup>61</sup>. Así pues, el texto de Ulpiano considera tres excepciones a la concesión de *la actio mandati*: el salir fiador en contra de la voluntad del deudor<sup>62</sup>, el haber pagado *donandi animo* o en calidad de *negotiorum gestor*<sup>63</sup>. Ante lo cual, Levy<sup>64</sup> observa

---

<sup>59</sup> A esto afirma BERNAD SEGARRA, *Relaciones entre fianza y mandato*, p. 305: “[...] existe un contrato de mandato entre garante y deudor principal, siempre que este último no se haya opuesto a la intervención del garante o no ignore tal actuación”.

<sup>60</sup> D. 17,1,6,2 (31 *ad Ed.*) *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.*

<sup>61</sup> Así GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T.I, A este respecto afirma TORRENT, “Accesoriedad de las garantías personales y *beneficium excussionis*”, pp. 1041 s.: “[...] la *actio mandati contraria*, excluida – y por tanto excluido el regreso – cuando se prestara la garantía contra la oposición de deudor (*pro invito*), o con ánimo de liberalidad (*aut dondandi animo*) o *in rem suam*, en cuyo caso precluido al fiador el ejercicio de la *actio mandati* podía actuar con la *actio negotiorum gestorum*; ambas conducían a un *iudicium bonae fidei* que requerían la buena fe en el cumplimiento de la obligación del fiador por lo que se refiere a su relación con el deudor principal [...]”. Sin embargo, TALAMANCA, voz “Fideiussione”, p. 337, nota 134, excluye la *actio negotiorum gestorum* ante la *solutio* “*invito reo, donandi animo od in rem suam*”.

<sup>62</sup> Véase a este respecto FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, pp. 192 ss.

<sup>63</sup> Véase DONATUTI, G., *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, II, *La volontà del mandante*, Perugia, 1929, pp. 3 ss.

<sup>64</sup> LEVY, E., *Sponsio, fideipromissio, fideiussio*, Berlin, 1907, pp. 207 ss.

que en esta última excepción la acción que tendrá el *solvens* será la *negotiorum gestorum contraria*<sup>65</sup>.

Desde esta perspectiva, en el caso de que el mandante no pueda reembolsar al mandatario, surge la cuestión de si el *solvens* podía proceder en contra del deudor principal para el regreso. Por tanto, se trata de identificar el mecanismo procesal considerado idóneo para alcanzar dicho objetivo, pues para el ordenamiento jurídico romano se consideró lícito pagar la deuda ajena, aun *invito vel ignorante debitore*<sup>66</sup>, es decir, ante la contrariedad y el desconocimiento del deudor principal, siempre que la naturaleza de la prestación lo permita<sup>67</sup>. Esto se corrobora de lo referido por Gayo en D. 3,5,38(39) (3 *de Verb. Obligat.*)<sup>68</sup> y en D. 46,3,53 (5 *ad ed. Prov.*)<sup>69</sup>, además que en lo narrado por Pomponio en D. 46,3,23 (24 *ad Sab.*)<sup>70</sup>, y cuyo trasfondo refleja la necesidad de que el *solvens* proceda con el *animus solvendi* y el consiguiente *animus repetendi*.

---

<sup>65</sup> En tal sentido también KRELLER, H., “Das Edikt *de negotiis gestis* in der Klassischer Praxis”, en ZSS, n° 59, 1939, pp. 423 ss.; BERNAD SEGARRA, *Relaciones entre fianza y mandato*, p. 303.

<sup>66</sup> Cfr. SOLAZZI, S., *L'estinzione della obbligazione nel diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1935, pp. 41 ss.; EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, pp. 337 ss.

<sup>67</sup> Véase TALAMANCA, *Istituzioni del diritto romano*, p. 637.

<sup>68</sup> D. 3,5,38(39) (3 *de Verb. Obligat.*) *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civiles ratio suasit alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et invitati nos facere posse, deteriozem non posse.*

<sup>69</sup> D. 46,3,53 (5 *ad ed. Prov.*) *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.*

<sup>70</sup> D. 46,3,23 (24 *ad Sab.*) *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et invitati et ignorantis liberari possumus.*

Esta praxis sería admitida también en el Derecho justiniano, como resulta de IJ. 3,29 pr.<sup>71</sup>.

Ahora bien, y por lo que se refiere al *fideiussor* que interviene *invito debitor*, resulta evidente la exclusión de la *actio mandati*, pues la actitud contraria del deudor refleja el sentido opuesto al mandato a *solvere*. Sin embargo, para tal supuesto surge la posibilidad de admitir alguna acción para el regreso en favor del *solvens*, pues de todos modos se verificó una transferencia pecuniaria que quebrantó la *aequitas* patrimonial entre él y el deudor liberado. Ante ello, existirían dos posibilidades: a). recurrir a la *actio negotiorum gestorum contraria* suponiendo que la voluntad contraria del deudor no fue exteriorizada sino hasta luego de haberse realizado la *solutio*<sup>72</sup>; b). admitir una *actio utilis ex aequitate* ante una prohibición expresa y simultánea del deudor a la *solutio* del *fideiussor*<sup>73</sup>. Y, para decidir cuál de las dos vías sería la idónea, asume relevancia el sentido intrínseco del término *invitus*.

---

<sup>71</sup> IJ. 3,29 pr. *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tantem interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.*

<sup>72</sup> Para FREZZA, *Le granzie delle obbligazioni*, p. 192, la frase *quod si pro invito vel ignorante alteriutrius mandatum secutus fideiussit*, identificaría el fiador como *negotiorum gestor*, ya que *invito* exprime una voluntad contraria pero conocida solo después de realizada la *solutio*; en consecuencia, se admitirá la *actio negotiorum gestorum contraria* para el regreso.

<sup>73</sup> Véase EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, pp. 360 s.

A este respecto, Pacchioni<sup>74</sup> resalta la diferencia existente entre una *gestio invito domino* de aquella *prohibente domino*, ya que *invito* aludiría a un deudor que en el fondo no quiere que se realice la *gestio* y no se encuentra ante dicha posibilidad: “*anche per non sapere*”<sup>75</sup>. Mientras que, *prohibente* sería aquel que no quiere que nadie intervenga y manifiesta su prohibición expresa ante dicha posibilidad. En este sentido, *invitus* equivaldría a una voluntad contraria del deudor, pero no manifestada de forma simultánea a la intervención del *solvens* y conocida solo después de la *solutio*; en cuyo caso se admitiría la *actio negotiorum gestorum contraria* en favor del *solvens*<sup>76</sup>. *Ex adverso*, ante el utilizzo de términos como *vetante* o *prohibente debitore*, se verificó un interesante debate jurisprudencial sobre el mecanismo idóneo para obtener el regreso<sup>77</sup>; en particular, algunos juristas estaban de acuerdo en admitir una *actio utilis*<sup>78</sup> o, de todos modos, una acción dirigida a contrastar el

---

<sup>74</sup> PACCHIONI, G., *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano, 1893, p. 670.

<sup>75</sup> Así PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, p. 670.

<sup>76</sup> En sentido contrario TALAMANCA, voz “Fideiussione”, p. 337, nota 134.

<sup>77</sup> Lo resume COGLIOLO, P., *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, II, Firenze, 1890, p. 11: “[...] Gaio e Papiniano ammettevano, malgrado la proibizione del *dominus*, le azioni di gestione; altri (e ci è ignoto chi fossero) le ammettevano come *utiles*; Giuliano, Pomponio e Paolo non le ammettevano. Giustiniano volle con una disposizione legislativa dirimere la controversia, e stabili che quando il *dominus* si opone a che altri s’ingerisca negli affari suoi il gestore non può pretendere nessun rimborso, se non che per le spese utili fatte prima di conoscere il divieto [...]”.

<sup>78</sup> Así como referido por Paulo en D. 17,1,40 (9 *ad Ed.*) *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur*. Sobre esta posibilidad, véase PRADO RODRÍGUEZ, “Estudio sobre la *actio utilis* referida en D. 17,1,40”, pp. 253 ss.; EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, pp. 128 ss. En

enriquecimiento injustamente verificado en el patrimonio del *dominus negotii*<sup>79</sup>.

Por tanto, la cuestión se centraría en la hipótesis a), es decir, la de admitir la *actio negotiorum gestorum contraria* en favor del *solvens invito debitore*, que es el término utilizado por Papiniano en D. 17,1,53. Pues bien, a este respecto en D. 3,5,42(43) (6 *Post. Epit. a Iavol.*)<sup>80</sup> Labeón consideraba que: Cuando pagaras dinero en

---

efecto, el recurso a la *actio utilis* se fundamenta en el hecho de dicha acción significaba la extensión por vía analógica, por razones de equidad y de utilidad práctica, de una acción preexistente llamada directa, que por ciertas circunstancias podía ser aplicada al caso concreto, cfr. SOTTY, R., “Les actions qualifiées d’«utiles» en droit classique”, en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, nº 25, 1979, p. 139. Sobre su concepción, véase VALIÑO, E., *Acciones utiles*, Pamplona, 1974, pp. 23 ss.

<sup>79</sup> A este respecto, se ha visto una acción general de enriquecimiento en lo referido por Ulpiano en D. 3,5,5,5(6,3) (10 *ad Ed.*) *Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.* Sobre el texto véase RICCOBONO, S., “Tracce di diritto romano classico”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, nº 18, 1906, p. 203 ss.; FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, *Requisiti delle acciones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, pp. 214 ss. Y, sobre la evolución de una acción de enriquecimiento injustificado desde la época clásica véase PRADO RODRÍGUEZ, J.C., “Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el artículo 1158.3 del Código civil español”, en *Revista Digital - Facultad de Derecho. UNED*, nº 5, 2012, pp. 12-35.

<sup>80</sup> D. 3,5,42(43) (6 *Post. Epit. a Iavol.*) *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit; nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.* Sobre el texto EMUNDS,

nombre de aquél que nada te habría mandado, te compete la acción de gestión de negocios, como quiera que por aquel pago el deudor haya quedado libre de su acreedor, salvo si le interesó al deudor que no se pagase aquel dinero<sup>81</sup>. Así pues, ante todo asume un rol fundamental el factor de la *utilitas*<sup>82</sup> reflejada en la liberación del deudor principal<sup>83</sup>. Sin embargo, la última frase del texto (*nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi*) podría interpretarse como una presunta voluntad contraria del deudor a la *solutio* del tercero, la cual para Labeón excluiría la *actio negotiorum gestorum*<sup>84</sup>; desde esta perspectiva, el no tener interés a que se pague la deuda anularía la referida *utilitas*<sup>85</sup>, y esto a raíz de las consecuencias que estarían detrás de dicha intromisión<sup>86</sup>, o si el

---

*Solvendo quisque pro alio liberat eum*, p. 358; FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, pp. 375 ss.

<sup>81</sup> Así la versión en GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T.I.

<sup>82</sup> Observa SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, p. 255, que la utilidad de la gestión determina el fomentar las intervenciones dirigidas a procurar un beneficio ajeno.

<sup>83</sup> A tal respecto observa FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, pp. 376 s., que el derecho del *solvens* a proceder con dicha acción sería consecuencia de la liberación del deudor, y siendo necesario que la voluntad del *solvens* fuese dirigida a extinguir la deuda ajena (*animus negotia aliena gerendi*), no se podía prescindir de la *contemplatio domini*.

<sup>84</sup> En este sentido afirma COGLIOLO, P., *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affrari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, I, Firenze, 1890, p. 384: “[...] un terzo paga un debito altrui, il creditore è così soddisfatto, il vero debitore liberato, e tra costui e il terzo sorge come azione di regresso un’azione di gestione purchè il debitore non provi che a lui conveniva di non pagare quel debito [...] *NISI SI QUID DEBITORIS INTERFUIT EAM PECUNIAM NON SOLVI* (L. 42 D. III 5)”.

<sup>85</sup> Cfr. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, p. 119.

<sup>86</sup> Como sería el vincularse a un nuevo acreedor, pues resultaba siempre invasivo que un extraño se entrometa en los negocios ajenos; por lo que admitir un derecho de regreso chocaría con una serie de principios en materia de autonomía privada, así aquel establecido por Pomponio en D. 50,17,36 (17 *ad Sab.*) *Culpa est immiscere se re ad se non pertinent*.

deudor hubiera podido liberarse del pago por alguna *exceptio* que habría paralizado la acción del acreedor en su contra<sup>87</sup>.

Así pues, ante la ambigüedad en admitir esta última acción en favor del *solvens invito debitore*, para tal supuesto existió la alternativa de que el *solvens* obtenga el regreso a través del recurso a la *cessio actionum* del acreedor satisfecho<sup>88</sup>. Este mecanismo, dada su complejidad técnica, determinó que se llegue a alterar la realidad fáctica para alcanzar la cesión, pues al haber pagado el *fideiussor*, la acción de la que disponía el *creditor* se habría extinguido por el efecto novatorio de la *litis contestatio*<sup>89</sup>, siendo necesario entender la cesión como el resultado de la compra ficticia de la referida acción, y la *solutio* como el precio de la compra<sup>90</sup>; de esta forma el *solvens* ingresaba en el lugar del acreedor desde el punto de vista procesal. Sobre este recurso se pronuncia Ulpiano en D. 46,1,10 pr.

---

<sup>87</sup> Y, refiriéndose justamente a la frase *nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi*, plantea como posibles ejemplos ATZERI, F., *La gestione d'affari altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, Torino, 1904, p. 268: “Tale, per es., l’eccezione di prescrizione, se questa fosse già verificata prima del pagamento: tali tutte le eccezioni di nullità contro il titolo costituente la fonte dell’obbligazione, alla quale il pagamento del terzo si riferisce [...]”.

<sup>88</sup> En sentido contrario, tal vez, por el carácter coactivo de dicha solicitud, TALAMANCA, voz “Fideiussione”, p. 337. Sin embargo, para SOTTY, R., *Recherche sur les utiles actions. La notion d’action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, pp. 257 s., el *fideiussor* que interviene en contra de la expresa voluntad del deudor, no tendrá ni la acción de mandato ni aquella de gestión de negocios, pero: “se faire céder l’action du créancier ou se la faire donner utile par le Prêteur”.

<sup>89</sup> Véase BETANCOURT SERNA, *Derecho romano clásico*, p. 228.

<sup>90</sup> Como observa SOLAZZI, *L’estinzione della obbligazione*, p. 53, la cesión de las acciones de crédito se configuraba como una *nominis emptio*. Sobre la *ratio* del referido carácter ficticio, véase LEVY, *Sponsio fideipromissio, fideiussio*, pp. 189 ss.

(7 Disp.)<sup>91</sup>, en el que un *fideiussor* solicitó al acreedor la cesión de sus acciones en la hipótesis de que pague el total de la deuda, y donde el *solvens* aparece como comprador del crédito, según la locución *nominis emptio*; por tanto, la *solutio* representaba el *pretium* del crédito<sup>92</sup>. Asimismo, Juliano en D. 46,1,17 (89 Dig.)<sup>93</sup> considera el caso de un *fideiussor* que pagó sin antes hacerse ceder las acciones que poseía el acreedor, liberando el deudor, pero necesitando que dicha cesión se haga simultáneamente a la *solutio*. Juliano refiere que la praxis procesal romana sería favorable en reconocerle al *fideiussor* la cesión de las acciones<sup>94</sup>. Sin embargo,

---

<sup>91</sup> D. 46,1,10 pr. (7 Disp.) *Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisfationes offerat et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint; nec enim semper facilis est nominis emptio, cum numerario totius debiti non sit in expeditio.*

<sup>92</sup> Confirma este razonamiento Papiniano en D. 20,5,2 (2 Resp.) *Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxist, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam huiusmodi venditio trasferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet.*

<sup>93</sup> D. 46,1,17 (89 Dig.) *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*

<sup>94</sup> Y, sobre la cuestión de la extinción de las acciones que el acreedor poseía, también Juliano consideraba que no se trata de una cesión, sino de su venta, de manera que la *solutio* se entienda como el precio de dicha venta, véase BRIGUGLIO, ‘*Fideiussoribus succurri solet*’, pp. 267 ss.; PROVERA, “*Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*”, pp. 639 ss.; BRANCA, G., voz “*Adempimento (Diritto romano e intermedio)*”, en *Enciclopedia del Diritto*, nº 1, 1958, p. 550. Otro supuesto de cesión de las acciones a través la venta del crédito está en Paulo D. 46,1,36 (14 ad Plaut.) *Cum is, qui et reum et fideiussores habens, ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*

Modestino en D. 46,3,76 (6 *Resp.*)<sup>95</sup>, considera que dicha cesión podrá realizarse después de la *solutio* solo en el caso que hubiere un previo acuerdo sobre ella; y, con base en ello se derogaría el requisito de la simultaneidad entre la *solutio* y la *cessio*<sup>96</sup>.

Por otra parte, en D. 17,1,53 se plantea también la intervención solutoria del *fideiussor ignorante debitore*, lo que presupone la ausencia y, por tanto, el desconocimiento de dicha intervención por el deudor principal<sup>97</sup>. Esta circunstancia conlleva a considerar el *solvens* como *negotiorum gestor*<sup>98</sup>, esto por intervenir sin haber recibido algún mandato, entrometiéndose en la obligación ajena tal vez al objeto de evitarle un perjuicio al deudor que podría derivar por su incumplimiento<sup>99</sup>; siendo en dicha *utilitas* donde

---

<sup>95</sup> D. 46,3,76 (6 *Resp.*) *Modestunus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit; quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandaderunt actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsequutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.*

<sup>96</sup> Cfr. BRIGUGLIO, ‘*Fideiussoribus succurri solet*’, p. 287.

<sup>97</sup> Sobre el factor de la ausencia, observa SERRAO, F., *Il procurator*, Milano, 1947, pp. 4 ss., que esta no pudo haber surgido en los primeros tiempos de Roma, cuando no existían relaciones comerciales internacionales que habrían requerido la ausencia de un *civis* del lugar de sus negocios; esta necesidad se habría presentado cuando Roma empezó su expansión por las rutas marítimas del mediterráneo.

<sup>98</sup> Sobre el surgimiento de la *negotiorum gestio* véase entre otros, SERRAO, *Il procurator*, pp. 4 ss.; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, pp. 3 ss.

<sup>99</sup> Ya desde las XII tablas se permitió la intervención solidaria de un tercero que pueda liberar al deudor ante la posibilidad de ser vendido *trans Tiberim* y posteriormente de sufrir las consecuencias de la *bonorum venditio*, sobre la transición de estas dos formas de ejecución, véase PRADO RODRÍGUEZ, J.C., “El régimen publicitario romano en materia de ejecución por deudas”, en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, n°

radicaría la *ratio* a fundamento de tal intervención. En efecto, es sabido que para configurar una *negotiorum gestio* se establecieron ciertos parámetros que se sustanciaban en un elemento de hecho y uno intencional: el primero consistente en un acto jurídico que podía ser la *solutio* de la deuda ajena y dirigida a impedir que los acreedores procedan sobre los bienes del deudor<sup>100</sup>, mientras que, el segundo consistía en la voluntad de gestionar un *negotium alienum* (el *animus negotia aliena gerendi*), el cual era imprescindible, ya que si faltaba el *gestor* no podrá ejercer la *actio negotiorum gestorum contraria* para el regreso<sup>101</sup>. A este respecto, Paulo en D. 17,1,20,1 (1 *ad Sab.*)<sup>102</sup> considera que el *fideiussor* puede proceder para el regreso con la *actio negotiorum gestorum contraria* si hubiera garantizado la deuda de un deudor ausente, pues no le corresponde la *actio mandati contraria* desde el momento que no hubo mandato entre ellos<sup>103</sup>.

---

41, 2013, pp. 363-379. Véase también GIRARD, P.F., *Manuale elementare di diritto romano* (trad. it. de la 4ªed. por I. Longo), Milano, 1909, pp. 638 ss.

<sup>100</sup> Véase por todos PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico*, Madrid, 2000, *passim*.

<sup>101</sup> Cfr. GIRARD, *Manuale elementare*, pp. 639 s.; BERTOLINI, C., *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1907, pp. 1065 ss. Sobre el surgimiento de la *actio negotiorum gestorum* véase entre otros SERRAO, *Il procurator*, pp. 89 ss.; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, pp. 19 ss.

<sup>102</sup> D. 17,1,20,1 (1 *ad Sab.*) *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*

<sup>103</sup> Véase NICOSIA, G., voz “Gestione di affari altrui (Premessa storica)”, en *Enciclopedia del Diritto*, n° 18, 1969, p. 633.

### 3. Analogías con el *mandatum pecuniae credendae*

#### 3.1. Operatividad en la praxis negocial romana y su relación con la *fideiussio*

Expuestas las connotaciones de la *fideiussio* por mandato de un tercero en lo que respecta a las vías procesales de las que disponía el *solvens* para obtener el regreso de lo pagado en favor del deudor principal según el texto de Papiniano en D. 17,1,53, surge ahora la cuestión inherente a las posibles analogías entre dicha garantía personal y el *mandatum pecuniae credendae* o *mandatum credendi*<sup>104</sup>, también operativo en la praxis negocial romana junto

---

<sup>104</sup> Sobre dicho instituto, Gai. 3.156: [...] *Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Seruius negavit: non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faenereret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Según el texto, se discute si queda obligado por mandato el que te mandó que prestaras con interés a Ticio. Servio lo niega, considerando que no hay aquí más obligación que cuando se manda a alguien que ponga a rédito su dinero, sin indicar a quien debe darlo. Pero nosotros seguimos la opinión contraria de Sabino, porque no se lo habrías dado a Ticio si no te lo hubiera mandado, así DOMINGO (coord.), *Textos de derecho romano*, pp. 177 s. Sobre el trasfondo del texto de Gayo, véase BORTOLUCCI, “Il mandato di credito”, pp. 9 s.

con la *fideiussio*<sup>105</sup>, y que para Guarino<sup>106</sup> tenía la apariencia de un mandato, pero su función objetiva era la de garantizar la deuda ajena<sup>107</sup>. En particular, a través de dicho instituto el *mandator* (garante) confería encargo al *mandatarius (creditor)* para que conceda un préstamo de mutuo a un tercero (*debitor*)<sup>108</sup>; en

---

<sup>105</sup> Por tanto, surge la cuestión de ¿por qué los compiladores lo mantuvieron, si ya existía la *fideiussio*? Y la razón radicaría en que los compiladores quisieron mantener la mayor parte de las instituciones romanas, pues afirma GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 24: “[...] il disegno politico perseguito ed attuato, con indubbia genialità, dal grande imperatore [...] fu il disegno di una ‘restaurazione’, in termini modernamente validi, della antica e gloriosa ‘romanità’”. Y, en p. 26: “[...] il classicismo lo induceva a non eliminare il ricordo della varietà di istituti fioriti [...] nell’ambiente del diritto romano dell’età classica”.

<sup>106</sup> GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 21.

<sup>107</sup> En tal sentido observa GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 55, que su función era la de cubrir con el patrimonio del mandante las expectativas solutorias del mandatario (*creditor*) en el supuesto de que el deudor incumpla con la obligación de devolver la cantidad obtenida en préstamo. Desde esta perspectiva, manifiesta PATENOTRE, H., *Droit romain. Du mandatum pecuniae credendae, Thèse pour le doctorat*, Paris, 1883, p. IX: “Facile á contracter, le *mandatum* donne au créancier une garantie solide [...]”. Véase también FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, pp. 199 ss.

<sup>108</sup> Según ANKUM, H., “Il ‘*beneficium cedendarum actionum*’ del mandante di credito: un beneficio basato sulla buona fede nel diritto romano classico”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, nº I, Padova, 2006, p. 174, nota 3: “Normalmente non si tratta di un semplice *mutuum*, ma di una *stipulatio* mediante la quale il debitore prometterà di pagare in una data fissata una somma di denaro che è composta dal denaro ricevuto e dall’interesse”. Sobre el mutuo de dinero como objeto del *mandatum pecuniae credendae*, véase TORRES PARRA, *El mandato de crédito como garantía personal*, pp. 120 ss. Mientras que, respecto a la praxis de los préstamos de dinero mediante *stipulatio* en tal contexto, véase GIUFFRÈ, V., *La «datio mutui». Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, pp. 85 ss. Y, sobre la génesis del mutuo en Roma,

consecuencia, el mandante respondía hacia el *creditor* en el caso de que el mutuario (*debitor*) incumpla con la devolución del préstamo concedido<sup>109</sup>. De forma que, cuando el *creditor* no obtenía el reembolso del *debitor* a través de la acción respectiva<sup>110</sup>, podía

---

véase SACCOCCIO, A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, pp. 23 ss. A este respecto, un caso específico verificado en la praxis negocial romana e inherente a dos *mutua cum stipulatione* está en las *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, véase DEL SORBO, F., “L’autonomia negoziale degli schiavi nella prassi giuridica campana: il dossier di C. novius Eunus”, en *Fides Hymnitas Ivs. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, pp. 1420 ss.

<sup>109</sup> Cfr. GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 22. A este respecto añade RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.M., “La accesoriadad de las garantías en el derecho romano. ¿Son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº XL, 2018, p. 52: “[...] Con ello se consigue que el prestamista se asegure el cobro de lo prestado, ya que si el mutuario no paga podrá dirigirse contra el mandante como ordenante del préstamo con la *actio mandati contraria*. En este caso la relación existente entre el garante y el acreedor, basada en el mandato, es independiente de la que nace del préstamo entre el acreedor y el deudor garantizado”. De su parte, manifiesta GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, p. 86: “L’*actio* fondata sulla *stipulatio* [...] comportava che l’attore non era tenuto a provare l’avvenuta *datio* (o altra ‘causa’) ma solo l’avvenuta pronuncia dei verba [...]: il che era ancor più semplice [...] quando vi fossero *testationes* scritte”. Sin embargo, afirma BIONDI, B., *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 304: “Il documento ha valore solo probatorio; prova, cioè quanto in esso è dichiarato. Poiché la *stipulatio* non si trasfonde nello scritto, è possibile provare che l’attestazione da esso risultante non risponde a realtà; in altri termini il documento fa fede fino a prova contraria. La base obbligatoria dell’atto risiede sempre nei verba e non nello scritto”.

<sup>110</sup> A este respecto SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, p. 241, tiende a precisar: “Il mandatario ha verso il terzo in base al mutuo, se di denaro, l’*actio pecuniae certae creditae*, se di altre cose fungibili, la *condictio certae rei*”. Asimismo, manifiesta TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, p. 546: “L’obbligazione che nasce dal mutuo è un’obbligazione civile di *dare certum*, la più rigorosa delle obbligazioni di stretto diritto, la

dirigirse al mandante a través de la *actio mandati contraria*<sup>111</sup>; en este sentido, la *litis contestatio* de la primera acción no extinguía la segunda<sup>112</sup>. A su vez, el mandante que reembolsó al *creditor* la cantidad garantizada, podrá ir en contra del *debitor* recurriendo al *beneficium cedendarum actionum*<sup>113</sup>. En consecuencia, el restablecimiento del equilibrio patrimonial quedaba garantizado, tanto en favor del *creditor* como del mandante *solvens*.

Así pues, al interno de dicho instituto se presentaban dos diferentes contratos: por un lado, aquel preliminar de mandato entre

---

quale - per il mutuo di danaro, caso di gran lunga il più frequente - viene tutelata giudizialmente con l'*actio certae creditae pecunia*; ove oggetto del mutuo fosse una quantità di cose fungibili, spettava la *condictio certae rei*". En efecto, el término *pecuniae* no solamente hace referencia al dinero, sino a todas las cosas susceptibles de comercio, cfr. PATENOTRE, *Droit romain. Du mandat pecuniae credendae*, p. VII. Y, véase Gai. 3.124. Sobre las connotaciones de la *condictio certae creditae pecuniae* en el contexto del *mandatum pecuniae credendae*, véase TORRES PARRA, *El mandato de crédito como garantía personal*, pp. 190 ss.

<sup>111</sup> Cfr. SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, p. 241.

<sup>112</sup> Cfr. ANKUM, "Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito", pp. 174 s. En este sentido manifiesta SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, p. 241: "non c'è adunque affatto *eadem res* fra le due azioni del mandatario contro il debitore e contro il *mandator*". A tal respecto añade RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La accesoriedad de las garantías en el derecho romano, p. 52: "La acción del prestamista para reclamar la devolución del mutuo -la *actio creditae pecuniae*- no impide el ejercicio de la *actio mandati contraria* en el caso de que el deudor fuera insolvente".

<sup>113</sup> Por lo que surge la cuestión de si el *creditor* ya hubiere procedido con la *condictio creditae certae pecunia*, esta se hubiere extinguido por el efecto de la *litis contestatio*. Ante lo cual, observa TORRENT, "Accesoriedad de las garantías personales y *beneficium excussionis*", p. 1034, refiriéndose al fiador, que "[...] la acción renacía para reclamar al deudor principal lo pagado por el *fideiussor*". En este sentido, se podría suponer la extensión en favor del mandante *solvens* del beneficio de recurrir a la *cessio actionum*, aun cuando el *creditor* hubiere procedido en contra del *debitor*.

el mandante (futuro garante) y el mandatario (futuro prestamista) y por otro, el de préstamo de mutuo entre el mutuante (*creditor*) y el mutuario (*debitor*). Por lo que resulta claro que el *mandatum credendi* se perfeccionaba solo cuando el segundo contrato llegaba a concretarse, y se caracterizó por constituir una seguridad adicional para el *creditor*, pues el mandante lo tenía cubierto si el *debitor* no hubiese pagado<sup>114</sup>.

Al parecer, dicho instituto tuvo gran aplicación en la praxis negocial de los *argentari*, banqueros que detrás del mandato de un tercero concedían préstamos para solventar las necesidades comerciales más variadas, como resulta de un expediente integrante las *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp. 48) e inherente a una negociación que se llevó a cabo en el año 48 d.C.<sup>115</sup>, y en el que C. Iulius Prudens habría conferido mandato al banquero C. Sulpicius Cinnamus para la apertura de ciertas prestaciones financieras en favor de algunos de sus colaboradores<sup>116</sup>, lo que habría sido avalado

---

<sup>114</sup> Esto equivale a que el *creditor* debía dirigirse primero hacia el deudor, cfr. ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* mandante di credito”, p. 176.

<sup>115</sup> En efecto, se trataría de un supuesto negocio con las connotaciones del *mandatum credendi*, para cuya transcripción véase DEL SORBO, F., “L’autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana: un’applicazione del *mandatum pecuniae credendae* (TPSulp. 48)?”, en *Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno. Atti del XXIII Convegno Internazionale G.I.R.E.A. dedicati alla memoria di F. Salerno*, Roma, 2014, pp. 434 s.

<sup>116</sup> Según DEL SORBO, “L’autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana”, p. 435: “L’atto [...] si apre con la dichiarazione di C. Iulius Prudens di aver conferito mandato a Cinnamus (linn. 3-4: *scripsi me rogasse Cinnamum eique mandasse ...*) al fine di consentire ai propri collaboratori, lo schiavo Hyginus ed il liberto Suavis, di ricevere dalla banca sulpiciana, nella persona di Cinnamus stesso, dei suoi quattro servi nominativamente indicati o del suo patrono Faustus, una serie di prestazioni finanziarie puntualmente specificate nel chirografo (Linn. 5-14)”.

mediante una ulterior *stipulatio* con la que el primero se comprometía a pagar al segundo toda deuda adquirida por sus colaboradores<sup>117</sup>. Además, del referido negocio se intuye la aplicación de la *actio mandati contraria* como mecanismo procesal activado por el *creditor* C. Sulpicius Cinnamus en contra del mandante C. Iulius Prudens y dirigido a recuperar el crédito concedido en favor del *debitor*. En este sentido, el negocio así instaurado se presentaba doblemente asegurado, tanto por la *actio mandati* como por la *actio ex stipulatu*<sup>118</sup>.

En relación con ello, se ha cuestionado si el *mandatum credendi* habría comportado alguna utilidad para el mandatario (*creditor*), desde el momento que el contrato de mandato se caracterizaba por su gratuidad<sup>119</sup>. Una respuesta afirmativa surgiría solo si se hubiere concretado el contrato de mutuo, pues ahí las partes, *creditor* y *debitor*, habrían estipulado intereses monetarios por el referido préstamo (*stipulatio usurarum*)<sup>120</sup>, y que se añadirían

---

<sup>117</sup> En este sentido prosigue DEL SORBO, “L’autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana”, p. 435: “[...] Prudens si impegna a pagare al solo Cinnamus l’importo risultante dalle future transazioni intercourse tra il proprio gruppo di operatori economici e la banca dei Sulpicii. Lo scopo da realizzare era quello di rendere responsabile C. Iulius Prudens nei confronti unicamente di C. Sulpicius Cinnamus per tutte le operazioni di credito e di garanzia contemplate [...]. In concreto Prudens ed i suoi avrebbero goduto di un’apertura di credito e di garanzia illimitati, sebbene le singole operazioni di credito sarebbero state concluse di volta in volta a discrezione dei Sulpicii e dei loro collaboratori”.

<sup>118</sup> Asevera DEL SORBO, “L’autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana”, p. 439: “[...] in tal caso egli potrà esperire efficacemente un’*actio mandati contraria* che andrà ad aggiungersi all’*actio ex stipulatu*, realizzando un fenomeno quanto meno analogo a quello della doppia tutela giurisdizionale garantita dallo schema del *mandatum pecuniae credendae*”.

<sup>119</sup> Véase GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 60 ss.

<sup>120</sup> Sobre el concepto de *usurae* afirma CARDILLI, R., “Il ‘*periculum*’ e le ‘*usurae*’ nei giudizi di buona fede”, en *Atti del Convegno L’usura ieri ed*

al momento de su devolución<sup>121</sup>. Esta circunstancia habría debido establecerse ya en el contrato de mandato preliminar, al objeto de que el mandante esté al tanto de tener que reembolsar no solo el capital objeto del préstamo de mutuo, sino también los intereses estipulados entre el *creditor* y *debitor*; de lo contrario, el negocio habría sido algo perjudicial para el patrimonio del mandante. Sin embargo, la función que desempeñó dicho instituto en la praxis negocial romana no se limitó a incentivar la concesión de préstamos con intereses entre los operadores económicos, y esto, al constituir una seguridad adicional para el prestamista en caso de incumplimiento del deudor beneficiado, sino también, la de incentivar el comercio, pues con ello se incrementaba la circulación de capital y, por consiguiente, la adquisición de mercancías, lo que iba de la mano con el transporte comercial terrestre y marítimo<sup>122</sup>.

Ahora bien, respecto a la relación del *mandatum credendi* con la *fideiussio*, sabemos que esta última forma de garantía se concretaba mediante un contrato verbal realizado mediante *stipulatio*, para cuya validez era necesaria la presencia de las partes; mientras que, el *mandatum credendi* era un contrato consensual más flexible, pudiendo instaurarse inclusive *inter absentes*<sup>123</sup>. Sin

---

oggi. *Foggia*, 7-8 aprile 1995, Bari, 1997, p. 15: “[...] si potrebbe pensare ad una considerazione di esso come ‘naturale’ corrispettivo dovuto da chi usa il danaro altrui, data la derivazione etimologica di *usura* da *utor*, *usus*”. Con respecto a la naturaleza jurídica de los intereses, véase LÓPEZ-RENDO, C., “Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho Romano”, en *Ridrom. Revista internacional de Derecho Romano*, n° 20, abril-2018, pp. 429 ss.

<sup>121</sup> Cfr. ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 174, nota 3.

<sup>122</sup> En efecto, para GUARINO, A., “Alle origini del «*mandatum credendi*»”, en *Pagine di Diritto Romano*, n° VI, Napoli, 1995, p. 207, la función del *mandato credendi* no era la de garantizar la devolución del préstamo concedido a un tercero, sino la de incentivar el comercio.

<sup>123</sup> Cfr. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, pp. 115 s. En efecto, observa GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 36 s., que dicho instituto se

embargo, la principal diferencia radicó en la accesoriedad que caracterizaba la *fideiussio*<sup>124</sup>, ya que el *mandatum credendi* era un contrato preliminar respecto al de préstamo de mutuo entre el mandatario y el deudor<sup>125</sup>. En este sentido, existió una conexión

---

caracterizaba por la libertad de forma, pues existía la posibilidad de que ambos contratantes no se encontrasen personalmente para la conclusión del contrato, pudiendo llegar a un acuerdo a distancia a través de un intercambio de cartas o por un *nuncius* que podía ser un tercero o uno de sus esclavos.

<sup>124</sup> En efecto, afirma RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “La accesoriedad de las garantías en el derecho romano”, p. 49: “El término *accessio* [...] alude, en primer lugar, a la acción de añadir o incorporar una obligación a otra ya existente”. Y tal respecto está lo referido en Gai. 3.119<sup>a</sup>: *Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est siue uerbis siue litteris siue consesu contractae fuerint obligationes, adici potest. [...]*.

<sup>125</sup> En este sentido está lo referido por Ulpiano en D. 17,1,12,14 (31 *ad Ed.*) *Si post creditam pecuniam manda uero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. Plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, manda uero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatore[m] pertinere*. En el texto se narra el caso de que Ticio hubiere dado mandato a Cayo de prestar dinero a Sempronio, pero lo haya hecho cuando ya se había establecido un mutuo entre ellos. Ante ello Ulpiano considera *nullum esse mandatum*. Ante ello observa GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 35, que dar encargo a alguien de hacer una cosa que ya la hizo es una contradicción, y esto con base en lo referido por Ulpiano en D. 17,1,8,6 (31 *ad Ed.*) *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta mandavi tibi, ut fundum emeris: si intererat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum*.

entre las partes que intervenían<sup>126</sup>, más no una relación de accesoriedad como en la *fideiussio*<sup>127</sup>, pues esta se fundamentaba en la existencia de una obligación principal válida, lo cual no ocurría en el *mandatum credendi*, ya que este era el primer paso para que el mandatario otorgue el préstamo al tercero<sup>128</sup>. Además, mandante y deudor no se constituían deudores solidarios<sup>129</sup>, lo que equivalía a que el mandatario dispondrá de dos vías para el regreso, pues primero lo hará a través de la *condictio creditae certae pecunia* en contra del deudor y, si no obtenía el reembolso de aquel, entonces irá en contra del mandante con la *actio mandati contraria*<sup>130</sup>.

No obstante estas diferencias con la *fideiussio*, hasta el momento la principal analogía entre el supuesto de la fianza por mandato de un tercero y el *mandatum credendi* radica en el rol fundamental que desempeñó el contrato de mandato. En efecto, la fianza por mandato de un tercero se basaba en el *mandatum* otorgado al *fideiussor* por un tercero para que garantice la obligación ajena; mientras que, en el *mandatum credendi* un sujeto encargaba a otro

---

<sup>126</sup> Un supuesto está en Paulo D. 46,1,71 pr. (4 *Quaest.*) *Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit [...]*.

<sup>127</sup> Además, en contra del mandatario el mandante podía hacer valer solo las excepciones inherentes a su relación obligatoria, no así aquellas que poseía el deudor principal, en materia véase MANNINO, V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992, *passim*.

<sup>128</sup> Como observa PATENOTRE, *Droit romain. Du mandatum pecuniae credendae*, p. XIX, el *mandatum*, a diferencia de la *fideiussio*, no se aplica a una obligación que ya existe, sino a una que está por surgir en el futuro. Por lo que si ya se acreditó el dinero no hay mandato, así como observado por Papiniano y referido por Ulpiano en D. 17,1,12,14 (31 *ad Ed.*) *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait*.

<sup>129</sup> Cfr. ANKUM, "Il 'beneficium cedendarum actionum' del mandante di credito", p. 175, nota 6.

<sup>130</sup> Cfr. GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 37 s.

de conceder un préstamo de mutuo en favor de un tercero. Por tanto, mientras se lleve a cumplimiento dichos mandatos y el deudor garantizado pague su obligación no surgen responsabilidades para ambos mandantes. Sin embargo, el problema se presentará ante el incumplimiento del deudor principal.

### **3.2. Incumplimiento del deudor y el recurso a la *actio mandati contraria* en favor del *creditor***

Pues bien, llegado el plazo para la devolución del préstamo de mutuo con los respectivos intereses, el *creditor* podía ver frustrada su expectativa ante el incumplimiento del *debitor*<sup>131</sup>; en

---

<sup>131</sup> Ahora bien, dicho incumplimiento podía deberse al verificarse de ciertas causas no imputables al deudor (*vis maior*) o a diferentes factores subjetivos de atribución de responsabilidad al deudor; en este último caso manifiesta BETTI, E., *Imputabilità dell'indamepimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958. p. 4: “[...] occorre infatti che, l’inadempimento o l’impossibilità di adempiere l’obbligazione siano imputabili, occorre cioè valutare [...] l’aspetto soggettivo (attribuzione di tale evento alla sfera giuridica dell’obbligato)”. Y, a este respecto, CANNATA, C.A., *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, pp. 5 ss., plantea el siguiente supuesto: el sujeto (B) se obliga a dar una cierta cosa a otro (A), como podía ser el esclavo de nombre Stichus; en caso de incumplimiento, la acción que disponía A en contra de B era la *condictio* para obtener la condena monetaria de B respecto al valor establecido por el juez. Sin embargo, en el caso de que la prestación se hubiere hecho imposible, habría que distinguir si fue o no por culpa del deudor: y, en el caso de la pérdida del esclavo debido a su muerte, habría que evaluar si la misma fue responsabilidad del deudor, en cual caso éste deberá ser condenado como si hubiere incumplido la obligación a causa de su voluntad, lo que se refleja en la llamada *perpetuatio obligationis*. En este sentido, observa el mismo autor, p. 9, que la obligación del deudor adquiere un nuevo objeto, el cual se identifica en aquella prestación supletoria conocida como resarcimiento del daño. En efecto, VOCI, P., *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938, pp. 4 s., observa que los romanos no admitieron el concepto de la extinción de la

cuyo caso habría procedido en su contra por la vía judicial a través de la *condictio creditae certae pecunia*<sup>132</sup>. Sin embargo, ante el

---

*obligatio* por haberse hecho imposible la misma en consecuencia de una causa imputable al deudor, ya que, para ellos, en virtud de la *perpetuatio*, continuaba a deberse el objeto de la obligación, por lo que en la *condemnatio* se determinará la respectiva evaluación pecuniaria. Véase a tal respecto también CANNATA, C.A., “Appunti sulla impossibilità sopravvenuta” e la ‘*culpa debitoris*’ nelle obbligazioni da ‘*stipulatio in dando*’”, en L. Vacca, *Scritti scelti di diritto romano*, nº I, Torino, 2011, pp. 169-212. Y, sobre el dolo y la culpa como criterios de imputación de responsabilidad por el incumplimiento de la prestación, véase de ROBERTIS, F.M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l’età postclassica*, Bari, 1996, en particular, pp. 209-236 y 295-310, respectivamente. Sobre el *dolus* véase Ulpiano en D. 16,3,1,47 (30 *ad Ed.*). Sobre la culpa, Ulpiano en D. 50,16,213,2 (1 *Reg.*) y Paulo en D. 50,16,226 (1 *Manual.*).

<sup>132</sup> Observa SARGENTI, M., “Problemi della responsabilità contrattuale”, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, nº I, Milano, 1988, pp. 99 s., las consecuencias del incumplimiento se traducían: “[...] nella formula processuale della *condictio, certae pecuniae* o *certae rei*, con la quale il giudice è chiamato a stabilire se esista [...] il *dare oportere* ed a condannare nella somma di danaro corrispondente”. Era esta una acción basada en la *aequitas* y dirigida a evitar el verificarse de un enriquecimiento injustificado, pues afirma BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, pp. 1100 s.: “Il principio che debba rimuoversi l’arricchimento ingiusto a danno altrui e che perciò chi in tal guisa trovasi avvantaggiato abbia l’obbligo della restituzione di fronte a chi subisce la perdita correlativa, è un principio senza dubbio antico, perchè fondato sopra la più elementare giustizia ed equità. Ed anticamente esso dovette farsi valere secondo ogni probabilità anche a favore del mutuatario, al fine di ottenere la restituzione [...]”. Así la fórmula procesal de la *condictio creditae certae pecunia*: “(1) *Titius iudex esto. (2) Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere. (3) Si inter Aulium Agerium et Numerium Negidium non convenit, neae pecunia intra annum peteretur, (4) aut si quod dolo malo Numerii Negidii factum est, (5) iudex Numerio Negidio Aulo Agerio sestertium decem milia condemnatio, si non paret absolvito*”, cfr. DOMINGO, *Textos de derecho romano*, p. 290. A continuación, un

tentativo fallido de obtener el monto adeudado mediante el referido mecanismo procesal, seguramente por el estado de insolvencia en el que se encontraba el deudor<sup>133</sup>, el *creditor* habría dirigido su atención en contra del mandante que garantizó el préstamo, esta vez con la *actio mandati contraria* y dirigida a recuperar lo prestado al *debitor*<sup>134</sup>. Ante ello hay que observar que al tratarse de un *iudicia bona fidei*, el *iudex* podía actuar con un amplio margen de discrecionalidad para condenar de forma equitativa al mandante<sup>135</sup>, en particular, por haber garantizado el cumplimiento de una obligación a él ajena<sup>136</sup>.

---

ejemplo de dicha acción recabado de *Tab. Pomp.* 34, y reproducido por MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, p. 43, nota 87: “*Ea res agetur de sponsione. | C. Blossius Celadus iudex esto. | Si paret C. Marcium Saturninum | C. Sulpicio Cinnamo HS I) m(ilia) d(are) oportere q(ua) d(e) r(e) agitur | C. Blossius Celadus iudex C. | Marcium Saturninum HS I) M(ilia) | C. Sulpicio Cinnamo condemnato | si non paret absolvito*”.

<sup>133</sup> Sobre la terminología utilizada para definir la insolvencia del deudor, NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, pp. 19 ss., observa que las expresiones comúnmente utilizadas en los textos son: *solvendo non esse; minus solvendo esse; nec solvendo esse*; y, para indicar al insolvente: *locuples non est; pauperior factus est; inops est; idoneus non est; defectus facultatibus*.

<sup>134</sup> Según manifiesta GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 88: “[...] la nostra azione si traduceva, nella procedura formulare, in questa formula-tipo: ‘*Quod Numerius Negidius (el mandator convenuto) Aulo Agerio (el mandatario attore) mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutuaret (o feneraret), qua de re agitur, uidquid ob euam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; si non partet, absolvito*’».

<sup>135</sup> Cfr. GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 37. Sobre la opinión contraria, afirma CARCATERRA, *Intorno ai bona fidei iudicia*, p. 113: “Parlare, invece, come fa il Riccobono, di una equità del giudice, è un abusare della parola, in quanto il giudice non crea e quindi non modifica il diritto”.

<sup>136</sup> Véase GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 89.

En este sentido, el mandante estaría obligado a reembolsar el capital monetario (*sors*) junto a los intereses pactados por el préstamo pecuniario (*stipulatio usurarum*) según la tasa vigente para aquel entonces<sup>137</sup>. Todo este sistema indemnizatorio se daba siempre y cuando existiese constancia para el *iudex* de que el *creditor* hubiere hecho lo posible para que el deudor le indemnice el préstamo<sup>138</sup>, lo cual resultaría del expediente procesal instaurado previamente por el *creditor* mediante la *condictio creditae certae pecunia*. Y, en el caso que el *creditor* hubiere logrado recuperar del *debitor* solo una parte del total adeudado, el reembolso del mandante se limitaría a la parte restante que no se pudo obtener en primera instancia<sup>139</sup>. Finalmente, el *creditor* también tenía el derecho a ser reembolsado en todas aquellas disminuciones patrimoniales que habría debido pagar por la *mora* y el incumplimiento definitivo del *debitor*, además, de los gastos judiciales que surgieron en consecuencia de la *condictio creditae certae pecunia* en contra del deudor<sup>140</sup>. En definitiva, el mandatario *creditor* nunca debía salir perjudicado<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> A este respecto observa GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, p. 79: “La realtà è che il prestito usurario era, specie nella Roma repubblicana e del primo Principato, attività diffusissima, data anche la ricorrente asfissia della circolazione monetaria. (Per non parlare dei grossi affari, talvolta gestiti da *societates* di banchieri, di finanziamento ad uomini ed a gruppi politici [...])”.

<sup>138</sup> Cfr. GUARINO, *Mandatum credendi*, p. 37.

<sup>139</sup> Así como resulta de lo referido por Juliano en la parte final de D. 46,1,13 (14 *Digest.*) [...] *Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*. Y de Gayo en D. 17,1,27,5 (9 *ad ed Prov.*) [...] *Sed si cum Ticio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*.

<sup>140</sup> Cfr. GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 90 s.

<sup>141</sup> Así como referido por Paulo en D. 17,1,20 pr. (11 *ad Sab.*) *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*.

Cabe observar, además, que en el supuesto de que el crédito otorgado en favor del deudor hubiere sido el resultado de un mandato realizado por una pluralidad de mandantes, el *creditor*, luego de haber intentado sin éxito la acción respectiva en contra del deudor, podía solicitar el total (*in solidum*) a uno de los referidos mandantes<sup>142</sup>, quien, una vez pagada la totalidad de lo adeudado también en nombre de los demás codeudores, habría procedido en contra de ellos para el regreso de la *pars quota* correspondiente que había pagado en su favor<sup>143</sup>. Estamos, pues, en el ámbito de la solidaridad obligacional<sup>144</sup>, cuyo trasfondo radica en el evitar un

---

<sup>142</sup> Y, si no obtenía satisfacción podía dirigirse en contra de los demás mandantes, en cuyo supuesto, sin embargo, se presentaba el problema de que, al proceder *in solidum* en contra de uno de ellos, generalmente el más solvente, la *litis contestatio* habría extinguido la *actio mandati contaria*, por lo que los demás mandantes quedarían libres de su obligación, véase GUARINO, *Mandatum credendi*, pp. 92 ss.; TORRES PARRA, *El mandato de crédito como garantía personal*, p. 143.

<sup>143</sup> Así Paulo en D. 17,1,59,3 (4 *Resp.*) *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere*. De esta manera se asiste al enriquecimiento de los deudores que no pagaron su parte y al correlativo empobrecimiento del *solvens*; sobre los efectos del enriquecimiento reflejados en el daño emergente y lucro cesante, véase CASTILLA BAREA, M., “La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario”, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell’indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003*, Torino, 2005, p. 110.

<sup>144</sup> Entre otros, ASCOLI, A., “Sulle obbligazioni solidali (a proposito di uno scritto di F. Eisler)”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, n° 3, 1891, pp. 287 ss.; ALBERTARIO, E., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948; SEGRÈ, G., *Lezioni di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, I y II, Torino, 1924; ARCHI, G.G., *Sul concetto di obbligazione solidale*, Milano, 1940; BRANCA, G., “Intorno alle fonti della solidarietà”, en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona, 1948, n° III, Milano, 1951, pp. 325 ss.;

enriquecimiento injustificado con detrimento ajeno a través del reconocimiento del derecho de regreso en favor del *solvens* que pagó por los demás obligados<sup>145</sup>, y de esta forma restablecer la *aequitas* patrimonial quebrantada por el desplazamiento pecuniario realizado en favor de aquellos que también estaban obligados, pues la intervención del *solvens* determinó una utilidad para ellos<sup>146</sup> al ser liberados del vínculo que los tenía sujetos a su acreedor. En efecto, a pesar de que el *solvens* está cumpliendo con una obligación que también le concierne, su intervención determinó la extinción de la

---

PROVERA, G., “Una costituzione Diocleziana in tema di solidarietà e regresso CI. 8,40,1”, en *Sodalitas: Scritti Guarino*, n° 5, Napoli, 1984, pp. 2491 ss.

<sup>145</sup> Al parecer, en la época clásica la estructura de la *obligatio* solidaria no permitió un derecho de regreso en favor del *solvens*, ya que el deudor solidario que pagaba en favor de los demás codeudores cumplía lo que él debía y no podía dirigirse en contra de los demás para obtener una *pars quota* de lo pagado, a pesar de que habría surgido con base en el negocio jurídico establecido entre los codeudores, como con la *actio pro socio*, la *actio negotiorum gestorum* o la *actio mandati*. Y, a este respecto, surgió un debate entre los glosadores, véase ROTA, A., *Note sulla doctrina del regresso nelle obbligazioni solidali presso i Glossatori*, Città di Castello, 1936, 17 ss. Sin embargo, parece seguro que el *solvens* tenía la facultad, antes de extinguir la deuda, de hacerse ceder del acreedor las acciones que este disponía en contra de los codeudores con base en el *beneficium cedendarum actionum*, véase ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, p. 209.

<sup>146</sup> Utilidad reflejada en la locución *utiliter gestum*, la cual, sin embargo, el *solvens* no está obligado a demostrar para obtener el regreso, ya que nace de la extinción de la obligación y del consiguiente desembolso patrimonial del *solvens*, cfr. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, p. 258. A tal respecto afirma DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., “El aprovechamiento de las ventajas de la gestión de negocios y sus consecuencias jurídicas”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, n° 75 (1989-1990), pp. 160 s.: “[...] el *utiliter gestum* exige que se produzca un resultado útil, ventajoso para el *dominus*”. Véase en materia FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II.2., pp. 527 ss.

obligación de la que también otros eran responsables<sup>147</sup>. De ahí que cuando el *solvens* interviene en favor del otro obligado, se le ampara con una acción que tiene el objetivo de recuperar la cantidad satisfecha al acreedor, y ello en alcance a la referida utilidad obtenida. Esta acción está dirigida a reclamar la cantidad que determinó que otros se hayan liberado sin dar nada a cambio, lo que equivale al haberse enriquecido de forma injustificada, quebrantando así el equilibrio que debió mantenerse entre todos los involucrados de la obligación<sup>148</sup>.

Por tanto, el recurso a la *actio mandati* en contra del mandante constituyó una ulterior analogía con la fianza por mandato por un tercero, pues ante el incumplimiento del deudor, tanto el *fideiussor* como el *creditor* estarían facultados a proceder en contra del respectivo mandante para el reembolso. Asimismo, al constituir la *actio mandati* un *iudicium bonae fidei*, en ambas instituciones el *iudex* habría debido condenar al mandante a reembolsar, tanto al *fideiussor* como al *creditor*, en todo lo que hubiere resultado necesario para mantenerles indemnes de cualquier perjuicio patrimonial ocasionado por desembolsar una cantidad pecuniaria en lugar del deudor principal.

### **3.3. El *beneficium cedendarum actionum* en favor del mandante *solvens***

Finalmente, el mandante que se encontró en la obligación de reembolsar al *creditor* en consecuencia de la *actio mandati*

---

<sup>147</sup> Y esta sería la razón a la base de la teoría que considera que el derecho de regreso no es connatural a la obligación solidaria, véase BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, IV. *Le obbligazioni (Dalle lezioni)*, Milano, 1979, p. 159.

<sup>148</sup> Cfr. TUR FAUNDEZ, M.N., *El derecho de reembolso. En el pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos*, Valencia, 1996, p. 43.

instaurada en su contra, gozaba, a su vez, de los beneficios concedidos en época clásica al *fideiussor*, en particular, el *beneficium cedendarum actionum*<sup>149</sup>, pues aquel *divisionis* habría sido objeto de extensión interpretativa<sup>150</sup>. A este respecto observa Ankum<sup>151</sup>, que la buena fe que dominaba las relaciones entre el mandante y el mandatario permitió a los juristas clásicos admitir la *cessio actionum* al preciso objeto de proteger al mandante<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Véase SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, p. 243.

<sup>150</sup> Siguiendo a Guarino, *Mandatum credendi*, pp. 43 ss., en CJ. 4,18,3 Justiniano considera que la equidad exige que un tal beneficio sea igualmente atribuido a todos los institutos de garantía, es decir, no solo cuando existan varios fiadores (*plures fideiussores*) sino también en el caso que existan varios mandantes (*plures mandatores pecuniae credendae*). Así el texto de la epístola: *Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitor, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est; aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet. Dat. Kal. Nov. Costantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae VV.C.C. [531].* Y Papiniano en D. 27,7,7 (3 *Resp.*) prevé la posibilidad de que el *beneficium divisiones* se conceda también a los *plures mandatores*: *Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?*

<sup>151</sup> ANKUM, “*Il beneficium cedendarum actionum del mandante di credito*”, p. 188.

<sup>152</sup> Cabe observar que también podía suceder que el mandante le pagaba de su iniciativa al *creditor* para luego proceder con la *actio mandati contraria* en contra del deudor en el caso que éste le hubiere encargado salir mandante (garante), o con la *negotiorum gestorum contraria* en el caso que el mandante se haya obligado en favor del deudor de manera espontánea, cfr. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, pp. 128 s.; PATENOTRE, *Droit romain. Du mandatum pecuniae credendae*, pp. XXXVII s.

Así pues, y con respecto a las fuentes que evidencian la cesión de acciones del acreedor satisfecho ante la *solutio* del mandante, está lo referido por Juliano en D. 46,1,13 (14 *dig.*)<sup>153</sup>, y en el que la dirección de la acción aparece invertida, pues ante el préstamo de diez mil sestercios dado a Ticio en virtud de un mandato conferido al mutuante, éste procede en contra del mandante con la *actio mandati contraria*, ya que, al parecer, el deudor resultaba insolvente. Y, debido a ello se afirma que el mandante será condenado hacia el mandatario, solo si éste le habrá cedido las acciones que disponía para ir en contra del deudor Ticio<sup>154</sup>. A este respecto observa Ankum<sup>155</sup> que cuando el mandante pagaba después de haber sido condenado, aquel podrá utilizar las acciones cedidas para proceder en contra del deudor liberado, ya que dicho pago dejaba inalterada la obligación del deudor. Y Juliano consideraba contrario a la buena fe que el mandante sea condenado sin que el *creditor* le haya transferido sus acciones<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> D. 46,1,13 (14 *Digest.*) *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

<sup>154</sup> Cfr. ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 179.

<sup>155</sup> ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 180.

<sup>156</sup> En tal sentido afirma ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 180: “È chiaro dalla formulazione del testo di Giuliano [...] che la cessione è una condizione della condanna che deve essere adempiuta prima di questa. La conclusione che qui la *cessio actionum* debba essere anteriore alla condanna del garante ed al pagamento effettuato da lui è quindi inevitabile”.

De idéntica portada resulta lo referido por Gayo en D. 17,1,27,5 (9 *ad ed. Prov.*)<sup>157</sup>, supuesto en el que un mandatario concedió un préstamo a Ticio en virtud de un mandato conferido por otro, pero luego el *creditor* habría procedido en contra del mandante con la *actio mandati contraria*, en cuyo caso este último será condenado solo si el *creditor* le cedió antes las acciones que tenía en contra de Ticio<sup>158</sup>. Como se puede observar, en ambos supuestos parece requerirse la previa cesión de las acciones para condenar al mandante *solvens*, y esto al objeto de que se encuentre provisto de aquellas para luego dirigirse en contra del deudor y así evitar que sufra algún detrimento patrimonial.

Sin embargo, existen dos textos que se caracterizan por resaltar que la *cessio actionum* procedía inclusive si se había condenado al mandante y este había realizado la respectiva *solutio*. Por un lado, está lo referido por Papiniano en D. 46,3,95,10 (28 *quaest.*)<sup>159</sup>, sobre el cual observa Ankum<sup>160</sup> que el punto de partida

---

<sup>157</sup> D. 17,1,27,5 (9 *ad ed. Prov.*) *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

<sup>158</sup> Véase ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 181.

<sup>159</sup> D. 46,3,95,10 (28 *Quaest.*) *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat. Et hoc pertinet tutoris et pupilli debitoris non fecisse comparisonem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat.*

<sup>160</sup> ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, p. 183.

es la *solutio* del mandante que fue condenado detrás de la *actio mandati contraria*. En efecto, para Papiniano el deudor quedará obligado inclusive después de haberse efectuado la *solutio* por el mandante, pues se observa que la *cessio actionum* aún es factible después de aquella y el acreedor estará en la obligación de realizarla.

Por otro lado, esta misma solución aparece también en D. 17,1,28 (14 *ad ed.*)<sup>161</sup>, y en el que Ulpiano hace alusión a lo referido antes por Papiniano, ya que en tal supuesto la *solutio* es realizada por el mandante al *creditor*, se entiende que en consecuencia de la *actio mandati* en su contra, y el jurista insiste en que el *creditor* deberá cederle al *solvens* sus acciones<sup>162</sup>. En este sentido, ambos textos prevén la posibilidad de que la *cessio actionum* se pueda realizar con posterioridad a la *solutio*, contradiciendo así la teoría sobre la simetría y contemporaneidad entre la *solutio* y la *cessio*<sup>163</sup>.

Por tanto, también en el *mandatum credendi* se observa una analogía con la fianza por mandato del tercero, pues de igual manera existió la posibilidad de recurrir al expediente de la *cessio actionum* del acreedor satisfecho. E inclusive, aquí aparece más clara dicha posibilidad, ya que se permitió la referida *cessio* en un momento posterior a la *solutio*, evitando así el recurso a la ficción de la compra de las acciones de crédito.

---

<sup>161</sup> D. 17,1,28 (14 *ad Ed.*) *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatore debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

<sup>162</sup> A este respecto afirma PATENOTRE, *Droit romain. Du mandatum pecuniae credendae*, pp. XLI: “En ce cas, porvait demander et obtenir la cession même après avoir payé le créancier. [...] En effet, l’obligation du débiteur principal subsistait encore après le payement fai tau créancier par le mandator”.

<sup>163</sup> Ante ello manifiesta ANKUM, “Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito”, pp. 186 s.: “Nella pratica i due atti di pagamento e della *cessio actionum* venivano fatto senza dubbio in molti casi quasi allo stesso momento, ma non esisteva la necessità che ciò avvenisse”.

#### 4. Conclusiones

Podemos concluir que, tanto la *fideiussio* por mandato de un tercero como el *mandatum credendi* se caracterizaron por el hecho de que, mientras en el primero el *fideiussor* intervenía detrás del encargo de un tercero para garantizar la deuda ajena y dispondrá de la *actio mandati contraria* dirigida a recuperar lo pagado en contra del mandante, o, dependiendo de la postura del deudor, también en su contra con la acción pertinente, en el *mandatum credendi* el *creditor* concederá un préstamo a un tercero y será el mandante quien responderá también con la *actio mandati* en su contra en el caso de que el *debitor* incumpla con la devolución de dicho préstamo. Por tanto, en ambas formas de garantías se prevé la posibilidad de obtener el regreso para así restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado a causa del desplazamiento pecuniario realizado en favor del deudor principal. Esta es la principal analogía entre estas garantías y se fundamenta en la prohibición de que nadie se enriquezca con daño ajeno y así evitar el quebrantamiento de la referida *aequitas*, cuyo restablecimiento justifica la concesión de una acción dirigida a obtener el regreso en favor de quien sufrió un empobrecimiento por causa del enriquecimiento de la contraparte. En efecto, en el momento que el mandatario cumplió con el encargo recibido, pero no obtuvo el correspondiente cumplimiento del mandante de ser rembolsado, el equilibrio intrínseco en la bilateralidad procesal que caracterizó al mandato se quebranta. En consecuencia, la *actio mandati contraria* tenía el objetivo de restablecer el referido equilibrio patrimonial y para ello el *iudex* disponía de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de condenar, fundamentando su decisión en el principio de la buena fe contractual, la cual llevaba intrínseca en sí también a la referida *aequitas*.



**EL CONFLICTO DE OBJETIVOS EN LA  
EMPRESA:  
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA  
DOCTRINA CATÓLICA**

**-CONFLICT OF OBJECTIVES IN BUSINESS: A  
CATHOLIC PERSPECTIVE-**

Fecha de Recepción: 4 de abril de 2025.  
Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2026.

**Eduardo Gómez Melero<sup>1</sup>**  
**Universidad Católica de Murcia**

**José Torres Remírez<sup>2</sup>**  
**Universidad de las Hespérides**

---

<sup>1</sup> ORCID: 0000-0003-0421-8210. Universidad Católica de Murcia

<sup>2</sup> ORCID: 0000-0002-2967-0548 Universidad de las Hespérides. Escuela de Negocios EUNCET (torresremirez13@gmail.com)

**Resumen:** El presente trabajo pretende abordar el conflicto institucional en el seno de la empresa desde una mirada católica, desmontando los intereses de parte, que a menudo se anteponen al bien de la organización. Lo que exige una mirada crítica y una propuesta alternativa tanto al problema del conflicto de objetivos, como a la insuficiencia de las teorías convencionales sobre el asunto por muy detractoras que sean de dicho problema. El artículo trata de ofrecer una visión del conflicto de objetivos acercándose a la doctrina social de la Iglesia católica. Analiza una problemática cuya vigencia parece perenne e intenta abordarla ofreciendo soluciones distintas a las consideradas en la teoría de la economía de la Empresa. Se aborda la teoría de agencia desde un enfoque exterior que es el de la doctrina social católica y otras corrientes de pensamiento homólogas (o al menos convergentes) en busca de evidenciar sus deficiencias teórico-prácticas, y de una nueva vía para dar respuesta a la colisión de objetivos en la organización, con frecuencia enfocado desde una perspectiva exclusivamente técnica. A lo largo del presente artículo veremos cómo desde la concepción de la empresa y del bien de la organización dada por la Iglesia católica, puede dar una respuesta más completa al problema que los enfoques convencionales de la Economía de la Empresa a los eternos problemas organizativos de toda compañía como son la política de objetivos de la organización, el conflicto de intereses y objetivos, las relaciones entre la propiedad y el control, o los costes de agencia.

**Abstract:** This paper aims to address institutional conflict within companies from a Catholic perspective, dismantling partisan interests that are often prioritized over the good of the organization. This requires a critical examination and an alternative approach to both the problem of conflicting objectives and the inadequacy of conventional theories on the matter, however critical they may be of the issue. The article seeks to offer a view of conflicting objectives by drawing on the social doctrine of the Catholic Church. It analyzes a problem whose relevance seems perennial and attempts to address it by offering solutions different from those considered in business

economics theory. Agency theory is approached from an external perspective—that of Catholic social doctrine and other similar (or at least convergent) schools of thought—in order to highlight its theoretical and practical shortcomings and to offer a new way of responding to the clash of objectives in organizations, which is frequently approached from a purely technical perspective. Throughout this article we will see how the Catholic Church's conception of the company and the good of the organization can provide a more complete answer to the problem than conventional approaches to Business Economics regarding the eternal organizational problems of every company, such as the organization's objectives policy, the conflict of interests and objectives, the relationships between ownership and control, or agency costs.

**Palabras Clave:** Doctrina Social de la Iglesia, Responsabilidad Social Corporativa, Normas, Costumbre, Tradiciones, Cultura empresarial

**Keywords:** Social Doctrine of the Church, Corporate Social Responsibility, Norms, Custom, Traditions, Corporate Culture

## 1.- Introducción

El debate sobre la conciliación y coordinación de los objetivos y aspiraciones personales y el desempeño empresarial sigue vigente en el mundo de las organizaciones y sus líderes (Pantoja-Aguilar y Garza-Treviño, 2019) Si bien su abordamiento se produce sobre todo desde un enfoque científico-técnico, sin profundizar lo suficiente en otro tipo de cuestiones como el bien común que al estar encuadrado en la cultura empresarial tiene un importante impacto en el desempeño (Perez, 2019; y Bravo et. al, 2023).

La ética basada en la virtud que ordena las preferencias se encuentra en un estadio superior a otras alternativas consistentes en la mera maximización de preferencias (Sison et. al, 2012), dicho de otro modo, elegir óptima y virtuosamente entre las opciones posibles es anterior a la mera optimización de cualquier opción. Esto se explica porque mientras las virtudes están enraizadas en la biología y psicología humanas (Sison et. al, 2012), las preferencias irrumpen a posteriori en el devenir sociológico de los acontecimientos. En ese sentido, el mundo del trabajo y los negocios son espacios vitales para la puesta en práctica de tales virtudes (Sison et. al, 2012). Por otro lado, las formas específicas de comunidad vinculadas a la religiosidad proporcionan perspectivas diferentes que dan lugar a nuevas alternativas en el mundo de los negocios y sus problemas (Cornuel et. al, 2010). Lo cual ha sido corroborado por investigaciones previas (Zollo et. al, 2002).

Desgraciadamente, el conflicto de intereses es una constante en las instituciones de diversa naturaleza que estructuran la vida política, y la socioeconómica (Becchetti y Cermelli, 2014), y su acontecer en la empresa es un hecho respaldado por la evidencia científica (Ispizua Mendieta, 2023). El conflicto de objetivos podría asimilarse al conflicto organizacional, el cual se define como la situación empresarial que se origina entre individuos o grupos cuyos metas, aspiraciones, intereses, o principios morales son antagónicos y como consecuencia entran en colisión (Jones y George, 2010). Como manifestación institucional de la discordia, supone uno de los grandes desafíos para la vida en común. En particular, el conflicto de objetivos es un asunto de suma importancia para la empresa, hasta el punto de que su devenir condiciona su existencia futura. Véase, por ejemplo, las grandes corporaciones en las que la discordia ha estado condicionada al enorme crecimiento y complejidad de las empresas. En su transnacionalización han privilegiado los intereses del inversor dando de lado los intereses legítimos del resto de miembros de la empresa, como así denunció Benedicto XVI en su encíclica *Caritas in Veritate* (2009). Convencionalmente en la

literatura de la Economía de la Empresa la teoría del conflicto de objetivos se ha focalizado en la pugna de poder organizacional entre socios y directivos con motivo de intereses contrapuestos, y su estudio se ha reducido a una cuestión técnica y sistémica tal como se refleja en algunas publicaciones (Chiavenato, 2009; y Ackoff, 2012) Pero lo cierto es que puede extenderse a los trabajadores, e incluso a los grupos de interés externos a la organización (Retolaza, 2013). E incluso puede darse un conflicto entre los socios en las denominadas “sociedades cerradas”<sup>3</sup> (Arruñada, 1998). Sintetizando, los conflictos en el interior de la organización pueden ser interpersonales, o intergrupales (Loguzzo et. al, 2019). Lo cual nos da una idea que hasta ahora la teoría económica de la empresa ha sostenido un enfoque reduccionista en cuanto a la concepción y complejidad de la empresa y en cuanto a las razones de los costes de agencia<sup>4</sup>. También ha sostenido un enfoque reduccionista respecto a la búsqueda de soluciones estrictamente técnicas. Razones por las cuales es fundamental abordar su estudio desde una perspectiva de la filosofía económica y política ateniéndonos a su evolución histórica. Las luchas de poder son frecuentes en las organizaciones humanas cuando hay colisión de intereses que son particulares y ajenos al bien común. El mundo de la empresa no queda exento de esta contienda, más aún siempre ha estado agitado por divergencias intestinas que han cavado la tumba de no pocas empresas, o como mínimo lesionado el bien de sus miembros. La doctrina social de la Iglesia (en adelante DSI) dispone de un amplio y profundo elenco de publicaciones que pueden ser dirigidas a arrojar luz y aportar soluciones a la problemática de los conflictos de intereses. A lo largo de su doctrina, la Iglesia Católica abarca todo el espectro en el que el hombre lleva a cabo su trabajo atendiendo a las distintas

---

<sup>3</sup> Empresas que no cotizan en bolsa y la propiedad de las acciones está muy concentrada en pocas manos

<sup>4</sup> Los costes de agencia se originan con motivo de “la falta de alineamiento de los intereses” en principio entre directivos y accionistas (Ispizua Mendieta, 2023), aunque dicha noción debe extender al resto de miembros de la organización.

dimensiones (Argandoña, 2017): social, económica, cultural, legal o estrictamente política. La Iglesia sostiene que el hombre con una conciencia rectamente ordenada y desde su condición de ser moral debe dirigir su actuación a todos los sectores de la vida social, incluidos la economía y la política (Delgado, 2012). Lo cual, aunque no da una medida exacta, sí nos da una idea de su potencial para contribuir a resolver los eternos problemas en el seno de la organización empresarial. Desde la perspectiva de la DSI puede operar un cambio de paradigma desde una concepción instrumental de la empresa por parte de propietarios y directivos para quienes la empresa sería un mero medio de enriquecimiento personal (lo cual está en la base del conflicto porque se convierte en factor concurrente), hacia una concepción orgánica de la compañía donde el fin institucional es algo necesariamente común a todos los miembros al ser inherente a la propia empresa. Investigando en esa línea, la Iglesia católica puede arrojar luz descubriendo nuevos recursos y valores en torno a lo creado (Juan Pablo II, 1981) y en este caso a elementos subsecuentes como la empresa.

## **2.- La Ilustración como precedente histórico del conflicto de objetivos**

Para tratar sobre el origen del conflicto de objetivos atendemos a lo que Alvaro D'Ors entiende como base del pensamiento económico capitalista (Vanney, 2009): la subversión moral del egoísmo erigido en causa del progreso y de una economía floreciente. Tal posicionamiento procede de la teoría de la mano invisible, que separa la ética social de la economía quedando ésta emancipada en aras del libre mercado (Marek and Jablónski, 2021). Matizando aún más el asunto, en sintonía con la noción de la mano invisible, el utilitarismo sustituye la ética basada en las virtudes y se convirtió en una suerte de ética *ad hoc* para los negocios al ajustarse casi miméticamente al análisis coste-beneficio (Sison et. al, 2012). Una ética que se dobllega completamente a la cuestión técnica,

erigida en la ética que acompaña a la teoría económica estándar. El problema es que este enfoque no discierne qué preferencias son las más adecuadas con respecto a las necesidades humanas de cooperación y de vivir en comunidad, sino que se centra solo en la optimización de las preferencias sean las que sean (Sison et. al, 2012), descuidando el bien común de la compañía.

Adicionalmente al utilitarismo hay otro aspecto que antecede el conflicto de objetivos. Dicho elemento es el contractualismo. Ateniéndonos a las enseñanzas de Aristóteles, los contratos no representan ningún orden social, tal pensamiento solo se corresponde con el individualismo (Melé, 2012). De igual modo que el bien común de la sociedad no se trata de dar lo establecido en un contrato, sino que va más allá (Booth and Peterson, 2018) ocurre lo mismo en el seno de una organización. El origen del conflicto de objetivos en la empresa tiene su precedente histórico en el siglo de las luces, en la Ilustración. El pensamiento ilustrado negó la existencia de un orden social natural<sup>5</sup> y propuso como alternativa el contrato social (Marek and Jablónski, 2021), además de sustituir en los negocios la moral objetiva por el utilitarismo. Con posterioridad a la Ilustración, convencionalmente, el bien común quedó reducido a la mera acumulación de los bienes individuales (Holland, 2020) Eso iba a afectar a todos los órdenes, también al empresarial puesto que la empresa acabaría concebida, desde una perspectiva contractualista como un conjunto de contratos, y desde una perspectiva moral como una agregación de utilidades individuales. El problema de la visión contractualista es que el contenido de los contratos, dentro de los términos legales, es subjetivo y arbitrario mientras que el orden social natural contiene unas pautas determinadas dirigidas hacia el bien común de modo que ambos podrían ser claramente disímiles; puesto que para la visión

---

<sup>5</sup> Siendo la sociabilidad una característica esencial del hombre, el orden social tiene un carácter natural y no puede ser algo arbitrario e indefinido, sino que presenta unas características básicas determinadas e ineludibles que ningún contrato puede obviar sin carecer de realismo.

contractualista lo único efectivamente existente en la vida y orden de la empresa es aquello que figura y dimana del contrato y la autoridad competente para hacerlo cumplir. Por otro lado, el problema de la visión utilitarista es que no tiene en cuenta los bienes compartidos cuyo carácter es universal y previo a los estrictamente individuales. Ambas explicaciones, fundamentales para entender como el orden empresarial se desvincula del orden social y moral al amparo de la teoría del libre mercado (Marek and Jablónski, 2021).

Desde la órbita del pensamiento ilustrado, el contrato social y la autoridad dimanante de la soberanía son elementos llamados a resolver el conflicto de objetivos entre los diferentes individuos (Marek and Jablónski, 2021). Sin embargo, emerge el conflicto de egoísmos surgido por la vía de la competencia que aflora en los mercados y también intramuros, es decir, en el interior de las empresas, pues el afán individual de lucro como motor del progreso legitima el poder de los socios en detrimento de los trabajadores según señala D'Ors (Vanney, 2009). Adicionalmente, también puede darse un conflicto entre los mismos socios (Arruñada, 1998). El enfoque contractualista cae aquí en una contradicción porque auspicia exactamente aquello que pretendía combatir: una guerra total entre los individuos (pugna entre empresarios, directivos y trabajadores) por actuar en favor de sus intereses, es decir, emerge en la empresa el estado de naturaleza que teorizaba Hobbes<sup>6</sup> y para el que supuestamente el contrato social y la soberanía eran solución. Los individuos amparados o desamparados por la relación contractual y la emancipación moral del mercado, y en defensa de sus propios intereses, pugnan con otros de igual o distinta condición, en defensa de su supervivencia económica. Llegados a este punto, el individualismo competidor acaba produciendo alianzas de clase o de grupo a la sombra del socialismo como colectivizador de interés

---

<sup>6</sup> El estado de naturaleza, según Hobbes, es una guerra generalizada entre todos los individuos, que al amparo de una libertad sin confines tratan de saciar egoístamente todos sus intereses y apetencias poniendo así en riesgo la vida de todos (Marek and Jablónski, 2021).

particulares, y así es como la lucha de clases manifiesta y organiza institucionalmente la discordia por la vía de la ideología. La figura utilitarista del interés auspicia el salto de lo individual a lo colectivo en la órbita del conflicto de objetivos. Es una pugna que vislumbra el hilo que aúna el individualismo y el colectivismo. Existe una complementariedad ideológica entre el individuo y la clase, entre el individualismo capitalista y el colectivismo socialista, que deriva y se sintetiza en el conflicto de agencia o conflicto de objetivos entre propietarios y directivos de una compañía: el individuo que vela por sus intereses de clase. Esta lucha de clases no se circunscribe a la pugna entre propietarios y directivos, también puede darse con el resto de los trabajadores. Al ampliar el espectro del conflicto encontramos que los focos de conflicto pueden ser varios y de hecho las huelgas son un claro ejemplo de un conflicto cuyos costes de agencia no se reducen a lo acaecido entre empresario y directivo.

La doctrina social de la Iglesia ya había terciado en la denominada “lucha de clases”. A través de la encíclica *Rerum Novarum*, Leon XIII justifica que las diferentes clases o estamentos sociales se necesitan para subsistir lo cual refuta que exista una ley natural que las enfrente espontáneamente, es más las clases necesitan (a pesar de sus diferencias) colaborar armónicamente dado que forman complementariamente unidades socioeconómicas (Leon XIII, 1980). Lo contrario sería muy perjudicial. pues el comportamiento de los grupos formados en el interior de la empresa tiene un impacto sobre la organización ya que forman parte del mismo sistema (Ackoff, 2012). La regla básica de la Iglesia parafraseando a Leon XIII sería la búsqueda de la armonía entre personas y cosas de distinta condición. En esa misma línea, siguiendo a Peter Drucker los objetivos económicos de la empresa atañan tanto a los clientes, por un lado, como a propietarios y empleados por otro (Gómez-Osorio, 2021). Se asume un destino común para el cual la lucha de grupos, o de individuos representa un obstáculo.

El bien común no es autorreferencial, sino que es aquello que genera la unión entre las personas por tanto el bien común no puede ser nunca la suma de bienes derivados de intereses meramente individuales (Vázquez, 2020), ni, en esa línea, tampoco vendría dado la mayor acumulación posible de bienes particulares como reza el utilitarismo. Además, los intereses individuales encaminados a la obtención de ganancias pecuniarias ignoran los denominados bienes relacionales<sup>7</sup>, que son los que realmente acercan a los hombres a una vida plena y satisfactoria (Bechetti y Cermelli, 2014). Es la implementación de una filosofía basada en el bien común la que puede superar el conflicto de intereses en la empresa mediante la adquisición de bienes relacionales por la vía de las actividades compartidas que supongan una verdadera participación en la deliberación de los asuntos corporativos. No se trata de establecer como prioridad la maximización de variables financieras, o de mercado (sin llegar a dejar de lado la cuestión) sino más bien articular de modo óptimo lo común haciendo del camino compartido algo tan gratificante como las cotas financieras finalmente alcanzadas, las cuales también son indicativas del trabajo en equipo.

### 3.- Crítica al enfoque reduccionista

Se teoriza la relación de agencia como la delegación parcial del poder, esto es, de la toma de decisiones por parte de los socios en dirección a los directivos. Sin embargo, la relación de agencia en un sentido amplio tiene lugar cuando la empresa afronta la contratación de cualquier agente ya sea directivo, u otro empleado. Es la divergencia entre los designios de la organización y los objetivos o necesidades del agente contratado (sea cual sea su posición en la estructura organizativa) lo que hace estallar el

---

<sup>7</sup> Bechetti y Cermelli (2014) definen los bienes relacionales como aquellos que, fruto de la interacción social y de la participación organizada en actividades comunes, producen efectos beneficiosos en la satisfacción de las personas

conflicto que da lugar al problema de agencia y sus costes. Dicho esto, el enfoque que reduce el conflicto de objetivos al dilema accionista-directivo presenta los siguientes problemas:

a) El sesgo de la empresa grande. La separación entre la propiedad y el control, visionada por Galbraith (Villalba, 2003), surge consecuencia del paulatino incremento del tamaño y la complejidad de las organizaciones, que da lugar al nacimiento y emergencia de la tecnoestructura, la cual se convierte en tecno-poder y superestructura. A esto habría que añadir el espíritu capitalista de las grandes corporaciones, junto a su carácter jurídico impersonal (propio de las sociedades anónimas). En las PYMES, tal separación entre propiedad y control es más atenuada e incluso inexistente para muchas pequeñas empresas; por lo que los costes de agencia serían diferentes en base a diferentes relaciones de agencia para empresas de menor tamaño.

b) Las reducciones y limitaciones del enfoque contractualista. El contrato no define *per se* la política empresarial, ni el conjunto de contratos celebrados abarca toda la realidad empresarial al no contemplar todas las relaciones y elementos que tienen lugar en la organización. El contractualismo es insuficiente para explicar la compleja realidad política de la empresa. Para empezar porque tampoco contempla la realidad antropológica, ya que las acciones humanas con bastante frecuencia no son completamente individuales, sino que van dirigidas a un entorno y en especial a otras personas distintas del agente (Argandoña, 2017). Toda acción de esta naturaleza obtiene respuestas del exterior («resultados extrínsecos»), y produce impactos en el exterior («resultados externos») además de los elementos intrínsecos (Argandoña, 2017). Razón que permite inferir que la relación de agencia no se puede limitar a un conjunto de contratos entre elementos humanos en apariencia inconexos hasta el

momento del contrato de agencia, que solo contemplaría los resultados y motivaciones intrínsecas de la acción. La relación de agencia tiene un alcance social más amplio, y los contratos no definen por sí ningún tipo de orden social (Melé, 2012).

c) La presunta e insostenible identidad entre empresa y empresario. La equivalencia propiamente dicha entre empresa y empresario solo se da en las empresas sin empleados, donde solo hay autónomos. La empresa es una realidad económica que trasciende la figura del empresario. A nivel humano, es un conjunto de personas que operan en común y que además se encuentran integradas en un entorno económico que las integra y las supera. La justificación económica es la siguiente: si la contribución de la empresa a la economía viene dada por el valor añadido y no por las ganancias (Bechetti y Cermelli, 2018), cabe señalar que tal contribución es producto del trabajo de todo el grupo humano.

d) El reduccionismo en la consideración de los riesgos asumidos. Se dice que si los directivos se convierten en accionistas desaparece el problema de agencia porque asumen el riesgo patrimonial correspondiente a sus propios bienes. Sin embargo, todos los miembros de la empresa asumen un riesgo patrimonial ya sea directa o indirectamente porque la marcha negativa de la empresa activa el riesgo de impago a los trabajadores, de despido, de pérdida de puesto de trabajo por cierre patronal y otros de índole similar que pueden poner en entredicho el patrimonio de cualquier trabajador de la compañía. Más aún, sostener que los socios asumen un mayor riesgo y con ello han de tener total prioridad a la hora de beneficiarse de los resultados de la obra empresarial, es una falsedad puesto que pueden diversificar sus inversiones en comparación con los trabajadores cuya dedicación exclusiva les hace ser dependientes por completo de la marcha de la empresa (Bechetti y Cermelli, 2018).

e) Se considera que el problema es estrictamente técnico y las soluciones se hallan en dicho ámbito sin considerar aspectos superiores como la ética y la política; Benedicto XVI denuncia este error en su encíclica *Caritas In Veritate* (Laraña, 2014)<sup>8</sup>.

#### 4.- Distinción entre el bien común y el interés particular

Mucho se ha tratado de justificar que el bien de la empresa debe estar priorizado en satisfacer el interés particular de los socios vía beneficios, pero el hecho de que hasta entre los propios socios pueda existir conflicto de interés y rivalidad denota un problema organizativo sentado en el individualismo. Mientras el bien común es el bien de las personas que forman parte de una organización, el interés privativo procedente del particularismo engloba las metas personales de cada sujeto por las cuales se adhiere, continua o abandona la empresa, llegado el momento. Este último coincidiría con el *finis operantis*, mientras que el bien común se correspondería con el *finis operis*<sup>9</sup>.

La noción de bien común que aportó la DSI y en especial San Juan Pablo II aplicable a la empresa no es la unión en busca de una serie de intereses particulares que puedan ser más o menos

---

<sup>8</sup> Camacho Laraña en *Propuestas históricas del Pensamiento Social Cristiano en tiempos de crisis económica* (2014) denomina como «ideología tecnocrática» el error tecnicista denunciado por Benedicto XVI, dado que lo propio de las ideologías es, mediante la abstracción, reducir los problemas a una sola cuestión, en este caso la cuestión técnica, sin atender a aspectos de índole superior.

<sup>9</sup> Esta distinción filosófica nos ayuda a entender la diferencia entre los fines propios de una comunidad empresarial y su obra (*finis operis*), y las metas que con carácter subjetivo se proponen los individuos pertenecientes a la organización (*finis operantis*). *Finis operis* y *finis operantis* pueden ser coincidentes o disímiles.

coincidentes o convergentes, sino el bien que produce la unión entre los miembros de la empresa (Vázquez, 2020), es un bien de comunión que ante todo suponga una guía para la vida y funcionamiento de la empresa. Es, por lo tanto, una vía de generación de la unidad que sigue un proceso inverso a la unidad que se da por intereses personales, o grupos de interés. La Iglesia propone un cambio de filosofía empresarial; que el *finis operantis* se someta al *finis operis*, o más bien; que ambos coincidan, que los fines propios de la empresa que manifiesta la DSI en el Pontificio Consejo Justicia y Paz (una producción verdaderamente útil, un trabajo propicio para el desarrollo de las personas, y una creación de valor abundante con un reparto ecuánime) coincidan con las metas subjetivas de los miembros de la empresa. Se trata de hacer coincidir la finalidad organizacional con las pretensiones de los sujetos. La DSI critica la ideología utilitarista de matriz liberal que legitima falazmente el interés privado alegando que lo que es útil para un sujeto lo es para la comunidad, lo hace Benedicto XVI en el Pontificio Consejo de la Paz y la Amistad (2004). Son múltiples los casos que dan la razón a dicha crítica, y corroboran que el interés de un socio, de un directivo, o de cualquier trabajador podría poner en riesgo el éxito en empresas de diversa naturaleza (Lozoya, 2013). Cabe recordar el ejemplo de ejecutivos que han vendido repentinamente una gran cantidad de acciones aprovechando una coyuntura favorable (La Vanguardia, 2020), o de directivos que han realizado operaciones en su provecho y han llevado a la ruina a las empresas como fue el famoso caso de Nick Leeson (Calvo et. al, 2023) o de los directivos de cajas de ahorro en España (Alonso Saravia, 2017). Casos donde hubo conflicto de objetivos. Cuando el *finis operantis* se desvincula y se impone al *finis operis* peligran los objetivos más elementales intrínsecos a toda organización económica; su supervivencia, estabilidad, y crecimiento, los cuales se corresponden con el principio de empresa en funcionamiento. Que más que un principio meramente contable, es un principio organizativo de carácter vital, pues tiene que ver con la viabilidad del negocio en un futuro previsible (Mejía et., al, 2021). En suma, la

separación del *finis operis* y el *finis operantis* puede comprometer el funcionamiento y la permanencia de la empresa. Es el Pontificio Consejo Justicia y Paz (2012) el que insta a que los líderes empresariales, y en especial a los cristianos, a que busquen el bien común para sobreponerse a las crisis económicas y velar por la supervivencia de las empresas. Dicho Pontificio Consejo propone una síntesis entre los elementos técnicos de gestión empresarial y el bien común, lo cual contribuiría a hacer efectivo el principio de empresa en funcionamiento. De hecho, si atendemos a definiciones de la empresa relativamente recientes y actualizadas como la de Trujillo Arias<sup>10</sup> (Mora-Pisco et., al,2016) deducimos que la viabilidad de la empresa y el bien común son interdependientes. Además, existe literatura abundante que religa el éxito empresarial con la cooperación interna (Melé, 2012), e incluso con la integridad personal (Solomon, 2003) factor necesario este último para el bien común. En esa línea Benedicto XVI propone una economía de comunión en la empresa, consistente en implementar criterios y herramientas para la reciprocidad, solidaridad y gratuidad internamente y en sus relaciones con el exterior (Aguado et., al, 2017)

Lo que causa el conflicto de objetivos es precisamente la disociación entre el bien común y el interés individual, porque, siguiendo a Aristóteles en su concepción asociativa del hombre, carece de sentido separar al individuo de su pertenencia a la organización a la que esté inserto incluso si se trata de una empresa (Price, 2007). La separación produce una ruptura de esa naturaleza organizativa que da a cada sujeto un sentido de pertenencia y a los fines de la empresa un sentido comunal. Alvaro D'Ors llega a señalar que el conflicto de intereses daña a toda comunidad política en relación con su fin, y a la efectividad misma del poder (Vio Vargas, 2004). Llevado al plano de la empresa, la pugna de intereses

---

<sup>10</sup> Trujillo Arias en *Ingeniería en gestión empresarial* (2012) concibe la empresa como unidad económica y social en donde todos los elementos convergen hacia una producción que satisfaga las necesidades propias del bien común

encontrados debilita la efectividad de la organización en el cumplimiento de sus fines. El predominio del interés particular genera desconfianza y empiezan a aparecer obstáculos al uso del poder (Fernández-Duarte, 2009). Tampoco un interés común, en tanto bien particular compartido, solucionaría el problema porque podría haber agentes dispuestos a hacerse con la parte correspondiente a otros (Fernandez-Duarte, 2009), prueba inequívoca de que ningún interés particular sea compartido o no, puede asemejarse al bien común. Tampoco sería una alternativa válida la negociación de intereses individuales de los miembros de la empresa pues en el momento que no puedan cumplirse por cualquier circunstancia, se rompe el equilibrio organizacional dando lugar a una lucha de bandos que rompe con la unidad.

La DSI nota que los vínculos que unen a los miembros de una empresa en tanto comunidad de personas no son ni los de carácter contractual o meramente legales, ni los intereses mutuos, sino los «compromisos con bienes reales, compartidos con otros para servir al mundo» (Consejo Pontificio para la Justicia y la Paz, 2012, n. 58). La relación contractual está supeditada a la no concurrencia de las causas de su extinción, y las alianzas por intereses son meramente contingentes: a lo largo de la Historia mediante tales alianzas los hombres solo han pospuesto sus ambiciones personales para salvaguardar su vida y patrimonio de un desafío puntual (Maquiavelo, 2008, p.402). En cambio, los bienes reales atinentes a todos los hombres trascienden a contratos y contingencias. Tal consideración de la empresa como comunidad de personas comprometidas con unos bienes reales, descarta que el fin último pueda ser la maximización de la riqueza del accionista, o maximizar el valor de mercado de las acciones, si bien son variables a tener en cuenta (Laraña, 2014).

El conflicto de objetivos ya sea entre empresario y directivo, empresario y operario, o directivo y operario, denota en todo caso una modalidad incompleta de acción conjunta puesto que una forma

completa implica que los componentes de una organización asumen y comparten los fines y objetivos de esta hasta el límite de que en caso de conflicto las motivaciones comunes y el compromiso asumido con la empresa priman sobre los disensos (Argandoña, 2017). Incluso, se considera que la forma de acción conjunta con menor grado de cooperación es aquella en el que cada persona dentro de la organización coopera como un agente independiente (Tuomela y Tuomela, 2005), que es a la postre la base individualista y la concepción antropológica de la teoría de la agencia que contempla el conflicto de objetivos como algo irremediable. Pero la forma más notable de acción conjunta pone de manifiesto los más altos niveles de compromiso, coordinación y confianza entre los miembros tanto en lo referente a los fines como a los medios y las acciones (Argandoña, 2017). Superados los motivos utilitaristas propios del agente independiente, tiende a imponerse el afecto entre los miembros de la organización que cohesiona el bien compartido (Argandoña, 2017). En la empresa, si esta forma adquiere plena vigencia, sus miembros asumirán los objetivos de la organización como propios y compartidos, en cuyo caso sería más improbable un conflicto de esta índole.

## **5.- El bien común como filosofía alternativa al contrato de agencia**

Si bien se sostiene que a los directivos les puede interesar maximizar el valor de mercado de la empresa y con ello satisfacer a los socios, en la armonización de esos intereses no se agota la cuestión porque los intereses y preferencias son cambiantes mientras el bien común por su carácter objetivo es estable por definición, y eso proporciona una guía para su mantenimiento e inclusión en la planificación empresarial. Se podría objetar que la amenaza de despido de directivos u otros trabajadores está vigente en todo momento si no actúan en beneficio del accionista o la tendencia financiera de la empresa es negativa, como también es cierto que

pueden actuar en perjuicio de la empresa si con ello se benefician. Lo que denota que el problema es consustancial al enfoque de la relación de agencia.

Dicho esto, aunque en el estudio del conflicto organizacional se ha contemplado como una posible solución entre otras la búsqueda de objetivos comunes (Chiavenato, 2009) y también se ha concebido la organización como estructura social en donde se colabora para alcanzar objetivos específicos (Herrscher, 2009) no se ha llegado a proponer una teoría organizacional explícita sobre un bien común que haga frente a los conflictos de objetivos. El Papa Juan pablo II implícitamente reclama en su encíclica *laborem Exercens* (1981) que el bien común en la empresa no es algo que vaya a ser impartido, ni repartido, sino compartido<sup>11</sup>. En el Consejo Pontificio para la Justicia y la Paz (2012, n.57), la doctrina social de la Iglesia establece un cuadro terminológico para significar la empresa, señalando la etimología de las palabras “compañía” y “compañeros” (ambos términos proceden de *cum* y *panis* que vienen a significar “partir juntos el pan”) como la de la palabra “corporación” que procede del término *corpus* haciendo referencia a un grupo de personas “unidas en cuerpo”. Esto significa que la doctrina social de la Iglesia rescata el significado primigenio de toda empresa llevada a cabo por un conjunto de hombres, que viene a ser siempre un organismo social con un fin natural compartido: el bien común. Hay que tener en cuenta que cualquier concepción de la empresa va a determinar la ética y la política empresarial a seguir, y en general, la forma de organización a los diferentes niveles (Laraña, 2014). El desarrollo de los principios de la DSI, así como el análisis de las encíclicas sociales, conduce a un mayor y más profundo conocimiento de la concepción social<sup>12</sup> de la empresa (Zadroga,

---

<sup>11</sup> El papa Juan Pablo II en *Laborem Exercens* impele a que la justicia en el lugar de trabajo sea responsabilidad tanto del conjunto de la comunidad política, como de los empresarios y de los trabajadores (Delgado, 2012).

<sup>12</sup> Si bien no existe una concepción unívoca universalmente aceptada de empresa social, Zadroga presenta en *Catholic Social Teaching as a source*

2022) con independencia de la forma jurídica adoptada y de la existencia de afán de lucro. Más en detalle: la aplicación empresarial de los principios del bien común y la solidaridad enraizados en la DSI puede conducir a la creación de estructuras empresariales que permitan resolver eficazmente los problemas sociales, detectar las causas de estos y «pensar en términos de sistemas»<sup>13</sup> (Zadroga, 2022). Para ello se ha de especificar en qué consistiría el bien común en la empresa. Inspirándose en la encíclica *Caritas in Veritate* (2009), Aguado et. al (2017) sostienen que consiste en crear un espacio común para la disposición de cada persona a la cooperación e integración con los demás miembros de la organización, tanto en el desarrollo de competencias técnicas y demás saberes profesionales, como en el de aptitudes éticas y sociales. Una concepción como la presentada anteriormente por la etimología, y como la que se acaba de esbozar, inspirará una ética basada en la búsqueda del bien de la empresa y promoverá la participación de los miembros en la toma de decisiones; algo que ha sido demandando por la Iglesia Católica en encíclicas tales como *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Labor Exccercens*, o *Centesimus Annus* (Neffa, 2020). Sin ir más lejos, uno de los principios que conforman la doctrina social de la Iglesia es el de Participación en la vida social<sup>14</sup>, que sostiene la necesaria

---

*of enrichment of the moral dimensión* (2022) una serie de criterios establecidos por EMES, entre los que se encuentran el establecimiento de objetivos en beneficio de toda la comunidad empresarial, la gobernanza participativa, y el poder de decisión no centrado en la propiedad del capital.

<sup>13</sup> «Pensar en términos de sistemas» consiste en ver a la empresa precisamente como un sistema, es decir, un conjunto de elementos que operan juntas porque forman parte de una misma organización y son partes de un mismo mecanismo. De hecho, la definición técnica de la empresa como un todo complejo procede de la Teoría General de Sistemas.

<sup>14</sup> Delgado en *La Doctrina Social de la Iglesia: fuentes y principios de los derechos humanos* (2012), entiende que el Principio de participación social es una manifestación de la libertad del trabajador y de su presencia en la actividad política como búsqueda del bien común.

participación de los trabajadores para alcanzar el bien común (Delgado, 2012), y que la participación es factor indispensable para la cooperación. Incluso podría tratarse de la mejor forma de cooperación intraempresa, en el sentido de que la participación de los trabajadores en la toma de decisiones es el mejor camino para obtener mejoras significativas en la productividad (Charles et al., 2021). En analogía con lo afirmado por Delgado<sup>15</sup> (2012) la participación convierte a los trabajadores en miembros activos de la vida de la empresa en todos sus ámbitos (productivo, social, cultural...).

Previamente es requisito indispensable la integridad corporativa, pues la falta de integridad en el seno de toda organización debilita la confianza entre sus miembros y la eficacia de sus actuaciones. Un debilitamiento que radica en el reduccionismo antropológico del *homo economicus*, que conduce a otro reduccionismo; el de limitar la producción creativa de la empresa a la obtención del beneficio (Becchetti y Cermelli, 2018).<sup>16</sup> La integridad corporativa requiere de propósitos valiosos y distintos a la obtención de beneficios, la maximización del valor de mercado de la compañía, o cualquier otro fin estrictamente técnico-económico (Brown, 2005). La razón es que la finalidad práctica de todo cuerpo u organismo social coincide con la función que desempeña en la sociedad (Brown, 2005). De donde se sigue que la causa del conflicto de objetivos tiene que ver con la ausencia de propósitos comunes diferentes a las ganancias y similares, que divorcian el quehacer de las empresas de su función social, que

---

<sup>15</sup> Siguiendo la DSI, Delgado (2012) afirma que la participación es crucial para la cooperación en aras del bien de la empresa «porque todos somos miembros activos de la vida socioeconómica, política y cultural».

<sup>16</sup> Dicho reduccionismo constituye un error técnico ya que, como señalan Becchetti y Cermelli (2018), la contribución de la empresa al conjunto de la economía viene dada por el valor añadido y no por el beneficio, que es una suerte de punta del iceberg de las utilidades económicas.

quiebran la relación entre “el ser” y “el hacer” de las compañías.<sup>17</sup> En ese sentido, el hecho de dotar a la empresa de un carácter íntegro también debe formar parte de los fines primordiales si se quiere luchar contra la existencia latente y permanente de un conflicto institucional de objetivos que pueda lesionar a la empresa en su supervivencia y desarrollo.

Aunque la teoría comúnmente aceptada entiende que el problema de agencia es imposible de erradicar y se reduce en sus soluciones a la búsqueda de su minimización, lo cierto es que profundizar en la filosofía empresarial del bien común y su implementación podría cambiar el paradigma o al menos ayudar a minimizar el problema. Se trataría de implementar una cultura empresarial basada en el bien común específico de la organización, en oposición a la mentalidad individualista que es la que auspicia el conflicto de intereses dimanante del contrato de agencia. Para la justificación de que el problema de agencia trae consigo el conflicto de intereses indefectiblemente, se aduce la existencia de una separación entre la propiedad, la autoridad jerárquica y la competencia técnica. Pero en realidad se trata de una división (que no una separación fáctica) del poder, la autoridad, y el saber. Por lo que, no es la separación en sí sino el conflicto de intereses dimanante del individualismo contractualista lo que genera los problemas de agencia, porque no existe una separación estricta entre el poder y la autoridad, entre la autoridad y el saber, o entre el poder y el saber, sino que son vasos comunicantes.

---

<sup>17</sup> El artículo de Brown *Corporate Integrity: Rethinking Organizational Ethics and Leadership* (2005), desde el aristotelismo, aporta dos ideas fundamentales. Por un lado, la empresa no se puede entender sin comprender en profundidad el lugar que ocupa en el sistema social al que pertenece. Y por otro, la virtud corporativa es lo que denota la ética empresarial, en la cual “el ser” precede a “el hacer”.

La solución pasa por un cambio de paradigma optimizador; ninguna de las variables financieras o de mercado cuya maximización se pretende (sea el valor de la empresa, o sea el beneficio) constituyen una perfección o un bien digno de perfectibilidad, dado que no conducen *per se* hacia la cooperación y la unidad. Más bien son fuente de disenso y conflicto entre propietarios, directivos y demás agentes miembros a causa de intereses particulares encontrados (Cifuentes, 1997; y Fernández-Duarte, 2009). Esto nos lleva a que el grupo humano necesita establecer un fin empresarial que lo cohesione y con ello perfeccione, esto es, que le proporcione satisfacción plena. Dicho fin ha de ser algo necesariamente distinto a la generación de riqueza monetaria (Fernández-Duarte, 2009). La razón estriba en que el bien común tiene una mayor capacidad de perfeccionar a los miembros de una empresa que los bienes privados<sup>18</sup>. La obtención de beneficios, o de ganancias patrimoniales se asemejan a la noción de bien privado, dada su naturaleza material se trata de bienes rivales y excluibles porque la riqueza económica que pertenece a un sujeto no puede pertenecer a otros. Su carácter concurrente supone una gran desventaja a la hora de establecer este tipo de bienes como fines de la empresa (Cifuentes, 1997). Del mismo modo que hay acciones que contribuyen a un fin mayor a ellas mismas e incluso que no procuran una satisfacción inmediata, los beneficios empresariales o los aumentos patrimoniales no son bienes en sí mismos, sino que una vez obtenidos van a servir para satisfacer cotas que sin son fines en sentido estricto. Entendido esto, los fines y objetivos particulares de cada empresa pueden establecerse en busca de un bien mayor (que podría ser el bien común). Tal concepción va ligada a la naturaleza de la empresa en toda su amplitud, sin reduccionismos contractualistas. La empresa es una institución de carácter social antes que societario, porque societario implica asociarse por unas motivaciones particulares o intereses (cuestiones que afectan a

---

<sup>18</sup> Entendemos por bienes privados, aquellos que siendo rivales y excluibles, se encuentran dentro de las preferencias subjetivas.

algunos), en tanto que social implica una condición humana con una clara proyección política: hacer vida en común y buscar el bien de todos.

La implementación del bien común en la empresa tiene como condición indispensable el trabajo conjunto de todos los hombres de la organización (Vaccaro and Sison, 2012). También es condición indispensable que los líderes empresariales sean capaces de emitir «juicios bien razonados», cabales y prudentes, en definitiva; los cuales se sientan en la cultura moral y espiritual de dichos líderes tal como se expone en el *Pontificio Consejo Justicia y Paz* (2012). De igual modo que los pueblos se parecen a quienes gobiernan y los líderes políticos sabios influyen decisivamente en el buen hacer de los ciudadanos (Maquiavelo, 2008, p.401 y 402), los buenos líderes empresariales influyen en el rendimiento del resto del grupo humano de la empresa. Pero además una empresa comprometida y arraigada en las necesidades sociales de su entorno puede producir mayores niveles de desempeño organizacional porque los trabajadores se identifican con el negocio y se comprometen más con la cultura empresarial (Meyer, 2022). Además, la correcta adecuación de los medios al bien común resultará fundamental en la empresa, la armonización entre ambos es un requisito obligatorio en la doctrina católica, que reza que el bien común también implica oponerse a medios dañinos para obtenerlo (Wojtyła, 2017). Esto se traduce en que para alcanzar el bien específico de la empresa no se pueden emplear medios que dañen a personas del ámbito exterior. El bien común general ha de ser cuidado.

## **6.- La implantación del bien común como solución al conflicto de objetivos**

La cultura empresarial es la que dota de un sentido de identidad compartida a los miembros de la compañía, e insta a que el compromiso colectivo supere los intereses individuales (Gómez-

Mejía et. al, 2008). El bien común que preconiza la DSI se sitúa en el centro de la cultura empresarial, y la unidad es la propuesta general de la Iglesia Católica a cualquier conflicto de objetivos, pues la unidad está por encima del conflicto cuando aquella se basa en el bien común que ofrece una visión unificadora de la empresa (Fremaux and Michelsen, 2017). Esa visión unificadora que sostiene el principio de unidad es la que permite afrontar y resolver los conflictos de la organización, tal como aparece en la enseñanza de la exhortación *Evangelii Gaudium* (Francisco, 2013). En *Quadragesimo Anno* (1931) Pío XI señala que la unidad de todo cuerpo social implica renunciar a las clases o bandos y al conflicto entre ellas, papa apostar por la cooperación entre oficios y profesiones. Fue el Papa Leon XIII en *Rerum Novarum* (1891) quien vinculaba, mediante el amor cristiano, una “laboriosidad eficaz” con la unidad en los fines de la organización, tal unidad dota a la empresa de un destino único que impele a asumir la responsabilidad empresarial de manera mancomunada. De este modo, advierte Leon XIII que es la unidad un atributo colectivo esencial que impulsará el rendimiento del grupo humano en el seno de las organizaciones. Lo cual es respaldado por recientes investigaciones (Charles et. al, 2021; y Omodan, 2022). Desde el punto de vista técnico también se confirma tal proposición puesto que, en un sistema empresarial, la agregación de las partes puede producir un resultado organizacional superior en el logro de las metas establecidas beneficiando también “de manera más contundente y equitativa a todos sus integrantes” (Pantoja-Aguilar y Garza-Treviño, 2019). La implantación de la unidad pasa necesariamente por la participación activa<sup>19</sup> de los trabajadores en la planificación y organización de la vida

---

<sup>19</sup> Se trata de una participación activa, y por tanto no solamente técnica sino también política en la medida en que se interviene en la toma de decisiones. Una participación meramente técnica tendría un carácter pasivo, por ende, no político, del mismo modo que Aristóteles enseña que la libertad del ciudadano o su capacidad para deliberar como miembro de la comunidad política se caracteriza por tomar partido activamente en la organización de la vida en común.

empresarial. No pueden asumir la empresa y sus fines como algo propio si no son parte activa. Fue Peter Drucker quien advirtió que los objetivos de la empresa debían fijarse mediante la participación de las personas de la empresa que toman partido en una tarea y tienen unos fines comunes (Gómez-Osorio, 2021). Pío XI en *Quadragesimo Anno* demanda como punto de partida la «Cristianización de la vida socioeconómica» (Delgado, 2012) y una distribución de los bienes acorde al bien común, que llevado al mundo empresarial implica una participación en la propiedad de la empresa, o al menos en la toma de decisiones concernientes a los frutos de la misma, algo que más adelante, al tratar directamente la problemática del trabajo humano, demanda San Juan Pablo II en *Laborens Exercens* (1981) al exigir la participación de los trabajadores tanto en la propiedad, como en la administración y en los beneficios repartibles. La participación podrá adoptar diversas formas, pero todas habrán de tener como denominador común la capacidad para deliberar sobre los asuntos propios de la empresa en tanto son asuntos afectos a su vida laboral (Brown, 2005). A la hora de deliberar sobre la participación en la propiedad de la empresa, la doctrina católica reconoce el derecho a la propiedad tanto privada como comunitaria, ergo sostiene que la propiedad tiene una función social (Delgado, 2012)<sup>20</sup>. He aquí la importancia de incorporar mecanismos de participación de los trabajadores en la propiedad. La función social de la propiedad (también la de las empresas) hace que ésta forme parte del bien común. Para contribuir al bien común de la organización y minimizar el conflicto de objetivos, una concepción social de la empresa favorece la implantación de una cultura democrática en la dirección de la empresa (Zadroga, 2022), de modo que proporcione al grupo humano en general la libertad de tomar partido en el desarrollo de la compañía. Una forma de implementar

---

<sup>20</sup> En la encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), Pío XI en el punto 45 establece que la propiedad tiene un doble carácter: individual y social. Por un lado, se asocia a los individuos, pero a su vez se refiere también al bien común.

dicha cultura sería mediante el acceso a la propiedad colectiva, que también podría contribuir a la obtención de remuneraciones justas.

La razón principal por la cual la asunción del bien común en la planificación estratégica de la empresa puede contribuir a eliminar o minimizar el conflicto de objetivos es que su implementación no consiste en una imposición normativa, sino que se trata de un principio interno consustancial a la propia organización cuya aprehensión incide en el bienestar y mejoramiento de sus miembros, y ayuda a deliberar las acciones adecuadas para el éxito de los negocios (Zadroga, 2022). Esta posición estriba en la doctrina de Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) cuando pontificaba sobre la restauración del orden social. Pío XI sostiene que «toda acción de la sociedad debe, por su propia fuerza y naturaleza, proporcionar ayuda a los miembros del cuerpo social pero no destruirlos ni absorberlos» La afirmación de Pío XI impele al entendimiento de la empresa como un todo humano, técnico y financiero que fomenta el espíritu de grupo y el trabajo en equipo. De donde se sigue que dicha concepción puede evitar la escisión de intereses que antecede al conflicto de objetivos. En el Pontificio Consejo Justicia y Paz (2012) la DSI cita una serie de principios prácticos para hacer efectivo el bien común, dentro de los cuales cobran especial relevancia dos para solucionar el asunto tratado: el principio de organización del trabajo y el de subsidiariedad. La organización de la empresa ha de internalizar en su diseño y ejecución otro principio superior, como es el de la dignidad humana. Por otro lado, la aplicación del principio de subsidiariedad ha de servir para elevar la iniciativa, creatividad, y participación de los empleados, de modo que en términos fácticos sean «comprendedores». Y no solo eso, la subsidiariedad contribuye a elevar la sabiduría práctica en los distintos puestos y niveles de la organización (Cornuel et. al, 2010) mejorando así la eficacia y eficiencia. La razón es que las personas que se enfrentan directamente con los desafíos en la empresa tienen un mayor conocimiento sobre las causas y las soluciones, y eso les permite

tomar las mejores decisiones posibles (Cornuel et. al, 2010). En suma, la subsidiariedad incorpora a la empresa una mayor sabiduría práctica. La integración de ambos principios (subsidiariedad y organización) puede no solo evitar que los disensos sean fuente de conflictos organizativos, también puede dar vigor a otro principio organizativo muy ventajoso para la empresa; el de cooperación, en tanto que, tal como afirma la doctrina social reciente en encíclicas como *Populorum Progressio* (1967) y en particular el Papa Francisco, la cooperación produce sinergias (Becchetti y Cermelli, 2018). De hecho, el mismo Francisco en su discurso a la Confederación italiana de Cooperativas (2019) afirmaba que el modelo empresarial cooperativo resulta exitoso porque armoniza «por un lado la lógica de la empresa, y, por otro, la de la solidaridad: solidaridad interna con sus miembros y solidaridad externa con sus destinatarios» En la misma línea, se manifestó la Iglesia Católica en *Populorum Progreso* (1967) y en *Gaudium et Spes* (2021) del Concilio Vaticano II al afirmar que la solidaridad es uno de los motores del desarrollo en las actividades económicas. Existen investigaciones que lo corroboran como la de Zollo et. al (2002), la cual denota que los buenos directivos son capaces de optimizar la competitividad, y los vínculos sociales en el seno de la organización basados en la confianza y la cohesión. En términos corporativos y siguiendo a Juan pablo II en *Sollicitudo Rei Socialis* (1987), la solidaridad es una necesidad debido a la interdependencia existente entre los miembros de la empresa. En todo caso, el bien común aumenta la eficiencia en la organización de la empresa, pues facilita en general la coordinación de actividades tanto públicas como privadas (Dierksmeier and Celano, 2012) y en particular va a ayudar a mejorar la “coordinación de los procesos técnico-económicos” (Aguado et. al, 2017) lo cual incide en la competitividad empresarial. A más integración y cooperación, más posibilidades de una mayor coordinación y mejor comunicación en la empresa.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Recordemos que la organización entraña el conjunto de relaciones, de coordinación, comunicación y autoridad en el interior de la empresa y con su contexto.

Dicho lo anterior, en el Pontificio Consejo Justicia y Paz también se recogen los tres criterios para hacer efectivo el bien común: a) una producción de bienes y servicios que sean realmente buenos<sup>22</sup> para la comunidad que abastecen, b) una organización del trabajo idónea para que los empleados saquen provecho de sus capacidades y su talento en general (conocimiento y grandeza) y permitan su desarrollo social, y c) la creación de riqueza, que sea sostenible y repartida equánimamente. Una producción buena para las comunidades ahorrará costes de agencia derivados de contenciosos con agentes externos y fomentará la unidad interna en propósito común. Una buena organización que fomente la perfección profesional y la integración social evitará frustraciones que generan divisiones y luchas intestinas. Y la creación de valor constituye un nexo más de unión pues garantiza la permanencia. Si la generación de riqueza es producto de una planificación que busca la estabilidad, y los criterios de reparto del valor añadido son aceptados por su cabalidad y equidad, entonces se reduce la posibilidad de conflicto y los costes de agencia asociados a reivindicaciones por remuneraciones no satisfactorias. El reparto del valor creado se inspira por un lado en el punto 27 de la encíclica *Rerum Novarum* (1891) escrita por Leon XIII de donde se infiere que todos los miembros de la empresa participan en la creación de riqueza.; y por otro lado en el punto 57 de *Quadragesimo Anno* (1931) donde Pío XI explicita que la riqueza creada se debe repartir entre cada persona y grupo con la condición de mantener la utilidad común, es decir, el bien de todos.

En lo referente a su implantación, si en la vida social la virtud según Aristóteles se puede adquirir y perfeccionar mediante la instrucción y el hábito, la empresa no constituye una excepción

---

<sup>22</sup> “Los bienes realmente buenos atienden las necesidades de los consumidores siguiendo un orden jerárquico...” Un orden que debe cumplir con la verdad y la utilidad y los productos y servicios deben hacer un verdadero bien a quienes los consuman. (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2012, 42, p.14)

(Audi, 2012), de modo que la habituación a las buenas prácticas (virtuosas) consolida el bien común en la organización. El compendio de la DSI (2006) en el punto 19 resalta la importancia de saber “cultivar las virtudes morales y sociales y difundirlas en la sociedad”.

## 7.- Conclusión

Para resolver los principales problemas económicos y empresariales (y el conflicto de objetivos es uno de ellos) la DSI tiene como premisa inicial recuperar la primacía de la política sobre la economía y las finanzas (Laraña, 2014), siendo el elemento central de la política no tanto la actividad estatal como la noción de bien común. La DSI puede incorporar de manera efectiva su sabiduría práctica a problemas de gran complejidad técnica a nivel organizacional a menudo tratados de manera unilateral (Cornuel et. al, 2010). Es el caso del conflicto de objetivos en la empresa. Por ese camino la DSI insta a los líderes empresariales a no ocuparse tanto en lo material sino de los aspectos más trascendentales del trabajo (Marek and Jablonski, 2021). Si la integridad organizacional aúna el bien comunal y el individual y da respuesta a desacuerdos y conflictos (Brown, 2005), la superación del conflicto de objetivos y la solución para evitar los costes de agencia pasa necesariamente por la integridad como elemento sistemático que vincula a todos los miembros de la empresa. Mientras que la teoría de la agencia es un enfoque organizativo donde el fundamento de la sociabilidad humana en la empresa es el acuerdo, es decir, el contrato entre individuos presuntamente libres, en la doctrina católica ese fundamento es el bien común. Siguiendo a Fernández-Duarte (2009), dicho aserto se puede sostener en base a que ya que el bien común acepta todos los fines particulares que sean legítimos y que para el logro del fin de cualquier organización humana es necesaria una participación activa y común; lo conveniente es que el fundamento social de la empresa sea el bien común y no un acuerdo abstracto.

Sobre ese bien común se planificarían los objetivos propios de cada corporación. Para solucionar de raíz el problema del conflicto de objetivos, el fin de la empresa ya no podrá coincidir con el interés particular de socios, o directivos. Por lo tanto, socios, directivos y demás miembros de la empresa han de trabajar en la concreción y aplicación del bien común como referencia para las principales decisiones corporativas. Consistirá en alcanzar el bien específico de la empresa como organización humana aplicando para ello el principio de prudencia: aplicar el enfoque del bien común específico (interno a la organización) a los aspectos contingentes que se enfrenta la empresa. Ya que «el norte de la prudencia consiste en portarse a la ocasión» (Gracián, 2023). En todo caso, la solución al conflicto de objetivos parte de que el bien de la empresa se entienda como algo común, si bien cada compañía tendrá una receta específica para su implantación (Fernandez-Duarte) estableciendo sus propios objetivos. Aun dando prioridad a la concepción social de la empresa y tratando de implementar los criterios propios de este tipo de empresa aplicando y desarrollando los principios de la DSI, los miembros de las organizaciones se adaptarán a su entorno específico, a los desafíos contingentes y a las propias particularidades de cada empresa (Zadroga, 2022). De donde se sigue que la solución al conflicto de objetivos tiene una base común pero no de aplicación unívoca. En realidad, consiste en operar en la práctica de la organización empresarial con la virtud de la prudencia, principio que ya ha sido implantado en otras áreas como la de la contabilidad y las finanzas. Y una de las áreas problemáticas en donde es de conveniente aplicación este principio es en los conflictos de intereses (Aguado et. al, 2017).

## 8.- Referencias

-Ackoff, R. (2012). *El paradigma de Ackoff: Una administración sistémica*. México. Editorial Limusa.

-Aguado, R., Alcañiz, L., & Martínez, J. (2017). Economía de comunión: una visión ética del desarrollo económico y de la empresa a luz de la encíclica Caritas in Veritate. *Revista de responsabilidad social de la empresa*, 26, 87-100.

- Alonso Saravia, L. (2017, 21 de abril). *Desaparición de las cajas de ahorros: causas, causantes y culpables*. Diario de León.

<https://www.diariodeleon.es/opinion/tribunas/170421/1360547/desaparicion-cajas-ahorros-causas-causantes-culpables.html>

- Argandoña, A. (2017). *El trabajo en la empresa: Acción colectiva y bien común* (Doctoral dissertation, IESE Business School).

- Arruñada, B. (1998). *Teoría contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.

- Audi, R. 2012. Virtue ethics as a resource in business. *Business Ethics Quarterly*, 22: 273-91.

- Bravo, J. C. M., Piedrahita, C. J. B., y Bravo, M. A. M. (2023). La cultura organizacional y su efecto en el desempeño empresarial. *Revista Eruditus*, 4(1), 59-74.

- Becchetti, L., & Cermelli, M. (2018). Empresas financieras y desarrollo humano integral. *Revista de Fomento Social*, (290), 325-348.

- Benedicto XVI. (2009). *Caritas in veritate*. Roma: Libreria Editrice Vaticana.

- Booth, P. M., & Petersen, M. (2018). Social justice, the role of business and the common good.

-Brown, Marvin T. (2005). *Corporate Integrity: Rethinking Organizational Ethics and Leadership*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Calvo, J., Asensio, C. y Vicario R. (2023, 9 de enero). *Nick Leeson, el inversor que quebró el banco de la reina Inglaterra*. [elEconomista.es](https://www.economista.es) [Nick Leeson, el inversor que quebró el banco de la reina de Inglaterra \(eleconomista.es\)](https://www.economista.es/nick-leeson-el-inversor-que-quebro-el-banco-de-la-reina-de-inglaterra/)

- Charles, J., Francis, F., and Zirra, C. T. O. P. (2021). Effect of employee involvement in decision making and organization productivity. *Archives of Business Research (ABR)*, 9(3), 28-34.

-Catholic Church. Pontificium Consilium de Iustitia et Pace. (2006). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Paulinas.

- Cornuel, E., Habisch, A., and Kletz, P. (2010), "The practical wisdom of the Catholic social teachings", *Journal of Management Development*, 29 (7/8), 747 – 75.

- Chiavenato, I. (2009). *Comportamiento organizacional*.

- Cifuentes, C. L. (1997). *Dilemas éticos de la empresa contemporánea*. Fondo de Cultura Económica. USA.

- Delgado, R. A. E. (2012). La Doctrina Social de la Iglesia: Fuentes, Principios y Concepción de los Derechos Humanos. *Prolegómenos: Derechos y valores*, 15(30), 99-117.

- Dierksmeier, C., & Celano, A. (2012). Thomas Aquinas on justice as a global virtue in business. *Business Ethics Quarterly*, 22(2), 247-272.

- El CEO de Pfizer vendió el 60% de sus acciones tras anunciar la vacuna. (2020, 12 de noviembre). La Vanguardia

<https://www.lavanguardia.com/economia/20201112/49412826596/ceo-pfizer-albert-bourla.html>

- Francisco. (2013). *Evangelii Gaudium: exhortación apostólica del Santo Padre Francisco a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas, a los fieles laicos, sobre el anuncio del Evangelio en el mundo actual*. La Paz: Paulinas. Iglesia Católica.

-Francisco (2019, 16 de marzo). Discurso del Papa Francisco a los miembros de la Confederación Italiana de Cooperativas. <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2019-03/papa-francisco-trabajo-cooperativo-contra-mentalidad-consumista.html>

-Fernández-Duarte, J. C. (2009). El bien común como finalidad de la empresa. Una perspectiva desde la libertad. Instituto Empresa y Humanismo, Cuaderno 110. Universidad de Navarra.

- Frémeaux, S., & Michelson, G. (2017). The common good of the firm and humanistic management: Conscious capitalism and economy of communion. *Journal of Business Ethics*, 145, 701-709.

- Gómez-Mejía, L. R.; Balkin, D.B.; Cardy, R.L. (2008). *Management: people, performance, change*. McGraw-Hill. Estados Unidos.

-Gómez-Osorio, J. I. (2021). Peter Drucker y la comprensión actual de la empresa. *Nuevas Tendencias*, (105), 3-6.

-Gracián, B. (2023). *El arte de la prudencia*. EDAF.

-Herrscher, E. (2009). *Planeamiento sistémico: un enfoque estratégico en la turbulencia*. México: Argentina Garnica.

-Holland, J. (2020). Theological Economy, Catholic Social Teaching and Human Flourishing. *Journal of Futures Studies*, 24(3).

- Ispizua Mendieta, Á. (2023). Financiación del emprendimiento, capital riesgo y conflictos de interés. *Revista Española de Capital Riesgo*, 18(4).

- Jones, G. y George, J. (2010). Administración contemporánea. 6ª ed. México, Mc Graw Hill.

- Juan Pablo II. (1987). Sollicitudo rei sociales. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_30121987\\_sollicitudo-rei-socialis.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html)

- Justicia, P. C. (2004). *Compendio de la doctrina Social de la Iglesia*. Opus Dei Oficina de Información.

- Justicia, C. P. (2012). La vocación del líder empresarial: una reflexión (selección de textos). *Cultura Económica*, 30(84), 63-67.

-Laraña, I. C. (2014). Propuestas históricas del Pensamiento Social Cristiano en tiempos de crisis económica. *Revista de Fomento Social*, 37-63.

- León, XIII. (1980). *Rerum novarum*. Paulinas.

- Loguzzo, H. A., Marcó, F. and Fedi, J.L. (2019). *Introducción a la Gestión y Administración en las Organizaciones*.

- Lozoya, M. R. (2013). Factores de innovación éxito y fracaso en las empresas familiares de Salvador Alvarado, Sinaloa. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo* ISSN: 2007-2619, (11).

-Maquiavelo, N. (2008). Discursos sobre la primera década de Tito Livio. *Alianza Editorial. Madrid.*

- Marek, A., and Jabłoński, A. (2021). Care of the Common Good as a Responsibility of Business Leaders. Catholic Social Teaching Perspective. *Religions, 12(2)*, 125.

-Mejía, D. A. C., Palacios, M. C. M., and Cardona, N. V. (2021). Los indicadores financieros: Herramienta para evaluar el principio de negocio en marcha. *Desarrollo Gerencial, 13(2)*, 1-24.

-Melé, D. (2012). The firm as a “community of persons”: A pillar of humanistic business ethos. *Journal of Business Ethics, 106*, 89-101.

- Meyer, H. (2022). Why businesses need to be social and political actors. *LSE Business Review.*

-Mora-Pisco, L. L., Duran-Vasco, M. E., and Zambrano-Loor, J. G. (2016). Consideraciones actuales sobre gestión empresarial. *Domino de las Ciencias, 2(4)*, 511-520.

- Neffa, J. C. (2020). *La participación de los trabajadores en la gestión de las empresas.* Universidad Nacional de Moreno.

- Omodan, B. I. (2022). Conceptual Analysis of Transformational Leadership Approach as a Productive Management Process in Universities. *Journal of Advocacy, Research and Education, 9(1)*, 27-35.

- Pablo II, P. J., & Caffarra, C. (1981). *Laborem exercens.* Libreria editrice vaticana.

- Pantoja-Aguilar, M. P., & Garza-Treviño, J. R. S. (2019). Etapas de la administración: hacia un enfoque sistémico. *Revista EAN*, (87), 139-154.

- Pastoral, C. (2021). Gaudium et spes. *Espíritu*, 5, 31.

- Pérez, J. B. (2019). *Cultural empresarial*. Editorial Elearning, SL.

- Pío, X. I. (1931). Quadragesimo Anno. Sobre la restauración del orden social. *Ciudad del Vaticano*.

- Price, T. L. (2007). Aristotle and the good business life. *Business Ethics Quarterly*, 17(2), 325-340.

- Retolaza, J. L., & San-Jose, L. (2013). Bien común y teoría de stakeholder common good and stakeholder theory. *Construir confianza: Intuiciones y propuestas desde la Ética para la empresa sostenible. EBEN Spain 2013*.

- Sison, A. J. G., Hartman, E. M., & Fontrodona, J. (2012). Guest editors' introduction reviving tradition: Virtue and the common good in business and management. *Business Ethics Quarterly*, 22(2), 207-210.

-Solomon, R. C. (2003). *A better way to think about business: How personal integrity leads to corporate success*. Oxford University Press, USA.

- Tuomela, R., y M. Tuomela (2005). Cooperation and Trust in Group Context», *Mind & Society*, 4(1), pp. 49-84.

-Vaccaro, A. & Sison, A. J. (2012). Transparency in Business: The Perspective of Catholic Social Teaching and the “Caritas in Veritate”. *Journal of Business Ethics* 100, 17–27.

-Vanney, M. A. (2009). Potestas, auctoritas y estado moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro D'ors. Cuadernos Empresa y Humanismo, 109. Universidad de Navarra.

- Vázquez, M. T. C. (2020). La superación de la autorreferencialidad del bien común en las fuentes wojtylianas. *Cuadernos de pensamiento*, (33), 15-48.

- Villalva, M. B. (2003). Accionistas y mángers profesionales: ¿sigue siendo capitalista el capitalismo? *RES. Revista Española de Sociología*, (3), 7-26.

- Vío Vargas, J. (2004). Álvaro D ors: Bien común y enemigo público. Marcial Pons, Madrid, 2002 (102 pp.). *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, 283-286.

- Wojtyła, K. (1993). *Person and community. Selected essays* (O. Theresa Sandok, Trans.). New York: Peter Lang

- Wojtyła, K. (2017). *Persona y acción* (Vol. 40). Palabra.

-Zadroga, A. (2022). Catholic Social Teaching as a Source of Enrichment of the Moral Dimension of Social Enterprise Management. *Verbum Vitae*, 40(4), 989-1006.

- Zollo, M., Reuer, J. J., & Singh, H. (2002). Interorganizational routines and performance in strategic alliances. *Organization science*, 13(6), 701-713.



## EL PROCESO CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. UNA REVISIÓN EN PERSPECTIVA

-THE CONSTITUTIONAL PROCESS IN THE SPANISH  
CONSTITUTION OF 1978. A REVIEW IN  
PERSPECTIVE-

Fecha de Recepción: 19 de octubre de 2025.

Fecha de Aceptación: 9 de febrero de 2026.

**José Domínguez Hacha<sup>1</sup>**  
**UNED (Centro Asociado de Sevilla)**

**Resumen:** El proceso constituyente en la Constitución española de 1978 es un tema que precisa de revisiones y puestas al día, a tenor de los contenidos acumulados a lo largo de décadas. Ha despertado mucho interés entre los investigadores, si bien no suele contarse con abundantes nuevas aportaciones, que pongan énfasis en su materialización, el resultado en el texto constitucional, las posibles interpretaciones que se agreguen a lo ya investigado, así como su proyección en España y en el mundo. Por otro lado, se intenta sintetizar algunos de los aspectos relevantes en cuanto a lo emanado del proceso constituyente, como la Corona, las

---

<sup>1</sup> Doctorando en la Universidad de Sevilla.

aportaciones de la investigación histórica, el ambiente que derivó en consenso, los principales problemas que fueron superados en el debate, el intento de trasladar a la educación ciudadana estos contenidos, entre otros. Se tiene en cuenta la mirada crítica hacia la Constitución, el interés despertado entre los investigadores, a lo largo de décadas, por elaborar repertorios bibliográficos sobre el proceso y el texto constitucional, y la mirada de algunos de los actores que intervinieron, directamente o no, en el proceso. Se ha llevado a cabo una revisión de las publicaciones del primer momento y las acumuladas durante años, realizando una selección de trabajos significativos.

**Abstract:** The constituent process in the Spanish Constitution of 1978 is a topic that requires revision and updating, based on the content accumulated over decades. It has aroused considerable interest among researchers, although there are rarely many new contributions emphasizing its materialization, the result in the constitutional ext, possible interpretations that can be added to what has already been researched, as well as its impact on Spain and the world. Furthermore, this article attempts to synthesize some of the relevant aspects of the constituent process, such as the Crown, the contributions of historical research, the atmosphere that led to consensus, the main problems that were overcome in the debate, and the attempt to translate this content into civic education, among others. It takes into account the critical perspective on the Constitution, the interest aroused among researchers over decades in compiling bibliographical repertoires on the process and the constitutional text, and the perspectives of some of the actors who intervened, directly or indirectly, in the process. A review of the publications from the first moment and those accumulated over the years has been carried out, making a selection of significant works.

**Palabras clave:** Proceso constituyente español en 1978, Constitución española de 1978, historiografía sobre la Constitución española de 1978, partidos políticos en la España de la Transición, consenso en la España de la Transición.

**Keywords:** Spanish constituent process in 1978, Spanish Constitution of 1978, historiography of the Spanish Constitution of 1978, political parties in Spain during the Transition, consensus in Spain during the Transition.

## 1.- Introducción. Objetivos y metodología.

Los objetivos de este trabajo se centran en la revisión del proceso constituyente a través de las publicaciones iniciales, así como de los años inmediatamente posteriores, agregando las significativas que vieron la luz en décadas siguientes. A la vez, se pretende ver el contraste de visiones que solo destacan el consenso, la Transición y la Constitución, frente a otras que ofrecen una interpretación crítica. Cabe destacar en este aspecto las aportaciones explicativas de investigadores, tanto los que abordaron el tema en los primeros años, como los que han continuado realizando aportaciones reseñables, desde distintas áreas de conocimiento.

La metodología para realizar esta investigación de revisión ha consistido en la consulta de fuentes de variada naturaleza, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, si bien ha sido preciso seleccionar, sobre todo, aquello que confiriese un valor jurídico, histórico, político y social al análisis y revisión. Por ello, se acumulan documentos constatados en revistas científicas, junto a otros de naturaleza un tanto dispar, aunque siempre en relación con el tema investigado. Metodológicamente cobran un importante valor las aportaciones realizadas como repertorios bibliográficos, en tanto ofrecen una idea acerca de la visión en cada momento

sobre el proceso investigado, a la vez que muestran una especie de evolución acerca de lo que se consideraba relevante bajo la óptica de algunas disciplinas. De otra parte, y siguiendo una línea académica, los repertorios bibliográficos primeros constituyen un gran reto, dado que en los momentos iniciales no se contaba con tantos medios técnicos para compilación de referencias, clasificaciones, selección, junto a un largo etcétera. Por este motivo es obligado reconocer el afán de los investigadores que llevaban a cabo dichos trabajos.

Cuando faltan pocos años para que se cumpla el 50 aniversario de la elaboración y proclamación de la Constitución española de 1978, parece conveniente realizar una revisión, en perspectiva, acerca del proceso constituyente, en tanto, a lo largo de las décadas transcurridas, se ha podido percibir una inquietud por parte de los investigadores, desde diferentes áreas de conocimiento y líneas de trabajo e investigación, que va más allá de la preocupación de juristas, constitucionalistas fundamentalmente, por realizar detallados análisis sobre el proceso en sí, así como sus consecuencias y proyección.

En esta perspectiva se puede apreciar que, desde los primeros momentos, se produjo un claro interés por abordar la cuestión del proceso constituyente, sobre todo desde la óptica de constitucionalistas. A ello se fue agregando un intenso trabajo desarrollado por historiadores, del Derecho, del ámbito de la Historia Contemporánea, politólogos, sociólogos y de cuantos entendían que era posible abordar el tema desde muy diferentes visiones. Esto, por consiguiente, daría lugar a variadas interpretaciones, que hasta la actualidad se han ido sumando a una recopilación abundante, desde distintos campos de estudio.

Paralelamente, se fue acumulando un muy interesante caudal de testimonios facilitados, en gran medida, por algunos de los principales actores de hecho del proceso constituyente, a quienes se

unían visiones e interpretaciones acerca de los acontecimientos, unas casi en una primera versión y de forma inmediata; otras, contempladas desde el prisma de quienes elaboran sus memorias o, incluso, de quienes se convierten en entrevistados, o entrevistadores, en la seguridad de obtener un conjunto de testimonios, a modo de opiniones, muy particulares de algunos de los líderes o actores principales de estos procesos. De aquí que se convierta en material de gran relevancia el conjunto de estas manifestaciones, esbozadas en revistas de investigación, prensa o revistas especializadas, distintos medios de comunicación, a la vez que en publicaciones de muy amplia naturaleza.

No quedan atrás los discursos que algunos de los actores pronunciaron en academias, ya fuese por sus recepciones como académicos, por conferencias pronunciadas en momentos relevantes de la vida académica, o por otros motivos relacionados con la necesidad de recibir de estos verdaderos líderes un resumen sobre sus experiencias, aportaciones, contradicciones percibidas o valoraciones acerca de realidades que se habían transformado, en ciertos casos, en mitos. De otra parte, conforme transcurrían los años y se afianzaba el modelo constitucional, con luces y sombras, se puede avanzar que era posible percibir el interés por contar con más testimonios de los líderes de formaciones políticas de esta ya pasada etapa, a la vez que de responsables de instituciones públicas próximas al proceso constituyente.

Sirva este artículo también para valorar, desde la faceta de la investigación, esas aportaciones que se recogen y citan a modo de referencias. Se han seleccionado aquellas que pueden considerarse destacadas, aunque en un trabajo de mayor extensión se podría ampliar este terreno a referencias que aporten perfiles algo más extensos.

Por otro lado, es necesario integrar las aportaciones tanto de juristas como de historiadores, junto a politólogos, sociólogos e investigadores que pueden investigar en este ámbito. Tal vez hagan falta aproximaciones generales que pongan de relieve, precisamente, la globalidad del proceso constituyente, así como su proyección hacia la Transición y la consolidación de la democracia. En este sentido se ha valorado la Constitución de 1978 como el gran eje para la modernización de España, como vehículo para la Transición y la superación de enfrentamientos mantenidos durante décadas, a la vez que situar al país en una posición de avance democrático y de progreso (Domínguez León, 2014: 548-580).

Una compilación sintética, aunque pormenorizada a la vez, sobre el contenido de la discusión del texto de la Constitución, tanto en la Comisión Constitucional como en el Pleno, la llevó a cabo Ollero, quien recurrió a detallar todos los aspectos que articulaban la Constitución, tanto en la estructuración del articulado como en los elementos destacables en cuanto a su discusión en los órganos correspondientes. Ello fue llevado a un volumen que concentraba de esta forma el sentido del Derecho y la Teoría Política en el Proceso Constituyente español (Ollero Gómez, 1986).

Desde la perspectiva de la proyección de la situación política determinada por la Constitución de 1978, cabe contemplar cómo durante las siguientes décadas a su promulgación se fueron experimentando distintos procesos de lo que los politólogos denominaron reconstrucción racional de la identidad ideológica, según se desprende de la relación entre ideología y voto. El análisis de esos procesos entre 1979 y 2000 muestra una serie de factores que caracterizan la relación izquierda-derecha, a través de la evolución de sus componentes, así cómo esto influyó en el voto. Factores como estos muestran que durante el proceso constituyente y los comienzos de la Transición se produjo un apoyo electoral a la derecha, que en parte pudiera estar relacionado con la necesidad de

alcanzar estabilidad y que se consolidase el proceso de cambios. Más adelante se materializaría el apoyo electoral a la izquierda. Esta dinámica se puede conectar con la reconstrucción racional de la identidad ideológica (Torcal & Medina, 2002: 57-96).

## 2.- El proceso constituyente

El profesor Joaquín Tomás Villarroya publicó un análisis crítico del proceso constituyente, justo en el año siguiente de la andadura de la Constitución. Su crítica era notoria en algunos de los aspectos definitorios del contenido constitucional, no dejando atrás que se trataba de una constitución convencional, apoyándose para esta apreciación en su propio criterio, a la vez de en lo que habían señalado otros destacados personajes públicos. Afiló su pluma incluso con el estilo y la sistemática con que había sido redactada la Constitución. Era una censura a la redacción aunque, aclarando que no debían contabilizarse las cualidades literarias, sino el desarrollo de la capacidad para ordenar adecuadamente tanto los poderes del Estado como las libertades de que gozarían los individuos. Tildaba a la Constitución de extensa e incompleta, dado lo que había abarcado el articulado, si bien señalada ciertos aspectos no debidamente abordados. Igualmente, la calificaba de rígida, aunque contenía dos procedimientos distintos de cara a su modificación. Indicaba que el texto se había redactado buscando el consenso. Los términos utopía y realismo estaban presentes en su valoración, que concluía con la apreciación de que en tanto no se completase el texto con los estatutos de autonomía y las leyes para regular las instituciones públicas y las libertades individuales, no se podría establecer una reflexión más detallada. Lo sintetizaba en cuatro observaciones. La primera, que la Constitución era un texto modesto, que obligaría a meditar e imaginar, para su aplicación. La segunda, que era un texto de ruptura respecto al ordenamiento político anterior, dado que no se pasaba de una constitución a otra, sino que mediaba una ruptura. La tercera, que contenía una

voluntad de transformación, de cara al futuro. La cuarta, que tenía un futuro incierto, debido al condicionamiento por el porvenir político (Tomás Villarroya, 1979: 57-96).

Powell realizó en 1997 una descripción de la crisis del franquismo, cómo habían ido emergiendo los sectores reformistas dentro del régimen, a lo cual agregaba sus pasos que contribuyeron a la transición a la democracia. Sin este tipo de síntesis emanadas de una historiografía que profundice en la situación de los grupos surgidos del marco del régimen, tal vez no se pueda entender cómo se organizaron las derechas españolas, ni de qué forma actuaron como sector determinante en el momento del proceso constituyente. Powell definía como una crisis lo que el franquismo vivió durante sus últimos años, lo cual ayuda a la comprensión de las actitudes de quienes fueron destacados dirigentes de las derechas tras la muerte de Franco, durante la Transición y a lo largo del proceso constituyente. Este periodo es crucial, en tanto permite captar los intereses de estos sectores, así como su participación en el proceso constituyente. Los periodos que establece este autor denotan cómo los reformistas de las derechas se fueron organizando, de tal suerte que serían un sector determinante en dicho proceso. Incluso, se ha repetido que el consenso que parecía implícito en la elaboración del texto constitucional fue, en cierta medida, un equilibrio entre esas derechas reformistas y otros sectores, como las izquierdas. En realidad, esas derechas se transformaron, evolucionando hacia grupos concretos que cristalizaron en partidos, articulados en torno a un dirigente que podía provenir de ese régimen extinto (Powell, 1997: 247).

Los antecedentes de dicho reformismo provenían del debate surgido en el ámbito del régimen anterior, debido a la elaboración de la Ley Orgánica del Estado, que sería aprobada en 1966. La evolución de esas tendencias, algunas orientadas a una cierta facilitación de la participación política, verían en junio de 1973,

con el nombramiento de Luis Carrero Blanco como presidente del gobierno una opción a encauzar sus aspiraciones. Los tres sectores claramente definidos eran los denominados “azules”, los encabezados por Manuel Fraga Iribarne, y los del grupo Tácito, estos últimos de inspiración democristiana, aparentemente todos frente y en contra de la posición continuista representada por Carrero Blanco. Se establecía así una estrategia de carácter reformista orientada al futuro postfranquismo, en la que asumían cambios después de Franco. La muerte de Carrero Blanco llevó al nombramiento de Arias Navarro y al posterior establecimiento del denominado espíritu del 12 de febrero de 1974. En vísperas de la muerte de Franco parecía patente la ruptura entre el gobierno y los reformistas. Los acontecimientos de la llegada como Jefe del Estado de Juan Carlos I, y varios meses después, ya en 1976 el nombramiento como presidente del gobierno de Adolfo Suárez, fueron decisivos para articular en torno al mismo a una parte muy importante, y heterogénea, de los reformistas de las derechas. Esta síntesis explica, en cierta medida, el papel de derechas que pretendían modernizar el país, acomodándolo a la democracia, como forma de hacer frente a una emergente izquierda. De ahí que se insistiera en el proceso constituyente posterior en la necesidad de consenso y en la renuncia de aspiraciones partidistas muy definidas, siempre a favor de lograrlo. No es esta una síntesis ajena a los avatares del proceso constituyente, por lo que resulta inevitable recurrir a la misma para explicarse el desarrollo de los hechos posteriores. Powell señala que fue de gran importancia el que los reformistas estuviesen en el poder en el periodo 1975-1977 (Powell, 1997: 248-269). Otras visiones acerca de este periodo del tránsito del régimen franquista a la Transición, el proceso constituyente y la Constitución de 1978, han tenido una indudable proyección internacional, en función de los investigadores que las refrendaron, sobre todo las de corte historiográfico, recogiendo la evolución en España desde la dictadura a la democracia. Algunas de estas publicaciones tuvieron un largo recorrido, tanto en español, como en inglés, lo cual hizo que se convirtieran en

referencia para investigadores de varios países (Carr&FusiAizpurúa, 1979, 1981).

A partir de esta síntesis realizada por Powell, profundizando en el papel desempeñado por los dirigentes que provenían del régimen anterior, es conveniente centrar cómo las élites del sistema autoritario empiezan a tomar las riendas del cambio político, orientándolo hacia la democracia. Este modelo de cambio comenzó a impulsar una investigación que generaba interesantes estudios durante la década de los años ochenta del pasado siglo, centrándose en las denominadas *transiciones vía transacción*, haciendo referencia a los casos en que las aludidas élites de los sistemas autoritarios iniciaban la transición a la democracia, de tal forma que establecían determinados límites en el proceso político, en tanto eran sectores con una presencia fácilmente convertible a los procesos electorales, que podían dominar. El hecho de la transacción se relaciona con la negociación que estos sectores, o élites del régimen anterior, llevaban a cabo con la oposición democrática. De distintas formas, dichas élites ejercen la iniciativa en cuanto a impulsar el proceso de liberalización, lo cual les concede una influencia neta en todo el proceso del cambio, en las posteriores acciones constitucionales y en la estructuración del nuevo sistema. La oposición, por su parte, lleva a cabo negociaciones en las que puede obtener importantes logros, bajo el control de las anteriores élites, ahora negociadoras. El ejercicio de este control puede ir aminorando en la medida en que se va consolidando el nuevo sistema democrático. Esto determina una dinámica en la que encaja, en cierta medida, la Transición y el posterior proceso constituyente que daría lugar a la Constitución de 1978. Este periodo, y los procesos que acarrea, ha sido estudiado por Share y Mainwaring, en aplicación al caso español y al de Brasil, analizando sus vías de democratización (Share & Mainwaring, 1986: 87-135; Share, 1983). Si se conectan la interpretación de estos investigadores con la de Powell sobre la consolidación del sector reformista ya dentro del régimen de

Franco, se puede entender su influencia en el quehacer político durante el proceso constituyente.

Luis Sánchez Agesta elabora un manual al poco tiempo de promulgarse la Constitución de 1978 (Sánchez Agesta, 1980), de forma que en 1980 ve su primera edición. En el primer capítulo, a modo de lección, abordaba el proceso constituyente, marcando también cómo se había producido la evolución desde el poder, en el sentido de haberse materializado la reforma desde el poder, subrayando que el proceso venía matizado por la ley electoral, los partidos políticos y la regionalización, pilares que caracterizaban el nuevo sistema (Sánchez Agesta, 1980: 24-32). También hacía hincapié en las preautonomías y el pluralismo político, sin dejar atrás la importancia de los Pactos de la Moncloa, junto a la plasmación del Gobierno por consenso. Añadía la presencia de los sindicatos y la consistencia del pluralismo social, a la vez que marcaba las incidencias en el debate constituyente (Sánchez Agesta, 1980: 33-44). Parece que en este primer bloque de su libro, al poco tiempo de contar con la Constitución de 1978, volvía a matizar la importancia de la reforma iniciada desde el poder, lo cual coincide con las apreciaciones de los investigadores que líneas antes se han señalado (Sánchez Agesta, 1980: 7-20).

Otras interesantes aportaciones han hecho una particular definición de lo fundamental que han sido para la elaboración de la Constitución las instituciones que la propiciaron. Así, se ha subrayado el valor que tiene la labor desarrollada en las Cortes durante el periodo constituyente, matizando que ello condujo a la nación desde la dictadura a la democracia (De Esteban Alonso & López Guerra, 1979). Profundizando aún más en dicha decisiva tarea, se ha investigado el sentido y cometido, así como el trabajo desarrollado por la Diputación permanente, de cara a la elaboración de la Constitución (Alonso de Antonio, 1992). Igualmente, se ha insistido en la importancia de la Diputación Permanente en la Constitución (Alós Martín, 1989: 7-65). Estos elementos

configuran una parte del procedimiento en todo proceso legislativo. Por otro lado, se ha realizado un gran esfuerzo colectivo para el análisis de la Constitución de 1978, destacando en este apartado el trabajo dedicado a las Diputaciones permanentes del Congreso y del Senado (Lavilla Rubira, 1998:683-762). Puede arrojar luz en este aspecto de la Diputación Permanente de las Cortes a lo largo de la historia constitucional de España un análisis general sobre esta cuestión (Alonso de Antonio, 1991). Otros trabajos han hecho una sintética revisión del proceso constituyente y del desarrollo constitucional de España, aportando sugerente bibliografía para facilitar la comprensión del periodo, incluyendo una resumida explicación de la articulación del texto constitucional de 1978 (Montilla Martos, 2000:233-260).

Una vez elaborado y consensuado el texto constitucional, que habría de ser sometido a la aprobación en las urnas, se ponen de manifiesto aquellos factores que pueden definir el proceso del referéndum que, aunque no sea considerado siempre como parte del propio proceso constituyente, formaba un núcleo en el que se materializaban algunas de las conexiones entre los sectores políticos actores en la elaboración consensuada del texto constitucional, de una parte, y de otra los votantes, quienes tenían en sus manos refrendarlo. Por ello, Del Castillo Vera analizó la campaña del referéndum constitucional, ejemplificándolo en una publicación del mismo año 1978. Destacaba el papel activo de las organizaciones distintas de los partidos políticos y del Gobierno, los riesgos que comporta toda campaña gubernamental en cuanto a que sea, o pueda ser utilizada, para defender, indirectamente, algunas opciones de los partidos que integran el gobierno. Se derivaban del análisis cinco cuestiones a profundizar, de cierto calado: una, sobre la incidencia de la información y la propaganda; dos, sobre los problemas derivados de la financiación de las campañas; tres, sobre los efectos de las campañas electorales, sobre todo por la utilización de la publicidad; cuatro, sobre los problemas que estas campañas acarrear en torno a una posible quiebra del

principio democrático de igualdad de oportunidades para todas las opciones políticas; y cinco, la campaña electoral en cuanto a fuente de legitimación política del sistema (Del Castillo Vera, 1978:153-174).

En 2020 realizó una entrevista la *Revista de las Cortes Generales* a los dos Padres de la Constitución que aún vivían en ese momento, Miquel Roca i Junyent y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. El valor testimonial de estos dos artífices del texto constitucional cobra una relevancia particular, sobre todo cuando se les hace la pregunta acerca de cuál es la vivencia más importante que recuerdan de la Transición, en la que fueron actores privilegiados. Las respuestas pueden considerarse significativas, viniendo de personas tan relevantes en el proceso constituyente. Roca aludió a algo más que la Constitución, refiriéndose a la primera experiencia de unas elecciones en libertad, con una campaña electoral matizada por la libertad de expresión, a lo cual agregaba el pluralismo, la complicidad democrática y la sensación de superar los cuarenta años anteriores. Por su parte, Herrero fue muy explícito en cuanto a destacar el valor de las leyes, al señalar que la Transición política se caracterizó por cuatro marcas distintivas: el Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976, de Amnistía; la Ley para la Reforma Política, de diciembre de ese año; el Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1977, sobre Normas Electorales; y la Constitución de 1978. De esta forma, Herrero había subrayado aquellos elementos que definieron la Transición y el proceso constituyente (*Entrevista a los ponentes de la Constitución española .....*, 2020: 29-38).

La revisión de los hechos que tuvieron lugar a lo largo del proceso constituyente da lugar a pormenorizar algunas de las diatribas que se produjeron entre los actores más directos en la elaboración del texto constitucional. Es el caso del debate sobre el Título I de la Constitución española de 1978, entre 1977 y 1978, acerca de su contenido y estructura, con el sistema de derechos

fundamentales. Se recuerda cómo los implicados llevaron a cabo un verdadero esfuerzo para resolver todos los escollos, tal vez llegando a un consenso caracterizado por los acuerdos acerca de las palabras empleadas, incluso más allá de las ideas y los principios (González-Hernández, 2019: 681-713).

No deben quedar atrás las propuestas desde la teoría que trata de explicar el poder constituyente, en el marco del paso de un conglomerado social desorganizado, con pluralidad e inconexo, a uno caracterizado por un sistema jurídico de carácter estatal organizado, a la vez que adaptado a una norma constitucional. El hecho es que la experiencia constituyente española ha propiciado aportaciones teóricas acerca de cómo el poder constituyente puede, o no, encajar en unos parámetros de análisis jurídico de carácter teórico. Se ha señalado cómo el poder constituyente parecía significar el surgir del poder político. Se señala que en los sistemas políticos presentes y establecidos en las sociedades contemporáneas es complejo que pueda producirse la formación y materialización de la denominada voluntad popular en un estado neto (Porras Nadales, 1981:175-200). En el caso del proceso de materialización del poder constituyente en la experiencia española, se ha constatado cómo el proceso es atractivo para los investigadores en este área.

Durante el proceso constituyente fue significativo el debate en torno a los considerados mecanismos de democracia participativa, que concluyó de una forma breve, dado que, según señala Ramírez Nardiz, solo llegaron a aparecer ciertos instrumentos participativos, por otra parte, ya muy conocidos en el corpus constitucionalista europeo. Este investigador subraya que en unos pocos artículos se contiene una media docena de instrumentos participativos, referidos unos al marco local, otros al autonómico. La Constitución regulaba tres instrumentos participativos para el ámbito nacional: la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE), el refrendo consultivo para decisiones políticas de significativa

trascendencia (art. 92 CE), así como los referendos orientados a la ratificación de la reforma de la Constitución (arts. 167 CE y 168 CE). Lo limitado de las iniciativas legislativas populares muestra la corta extensión o proyección de esto en la sociedad española (Ramírez Nárdiz, 2009: 167-178).

Un aspecto en el que poco se entra cuando se trata sobre el proceso constituyente, desde ciertas ópticas disciplinares, es el de las conexiones de la elaboración del texto constitucional, y la labor del Gobierno español en aquellos momentos, con la negociación concordataria. Si se tiene en cuenta que después de casi diez años con negociaciones, se firmó el 28 de julio de 1976 el acuerdo entre España y la Santa Sede, por el que el Jefe del Estado renunciaba al derecho de presentación de obispos, parece que se estaba proyectando la idea de que España se adentraba de lleno en la transición, dando la impresión de constituirse un Estado que pretendía no estar tan estrechamente vinculado a aspectos decisivos para la Iglesia, como era el nombramiento de sus prelados para regir sus diócesis. De Carli muestra cómo la revisión del Concordato de 1953 se relacionó con la elaboración de la Constitución. Así, los pactos con la Santa Sede elaborados a lo largo del proceso y debate constitucional cimentan una estructura en la que se articulan los acuerdos concordatarios de enero de 1979, entre lo que se puede destacar la línea de la política educativa a seguir en la nueva sociedad democrática. Esto se encuentra erizado de comisiones conformadas por ambos negociadores, a la vez que por un muy intenso flujo de documentación, que ha dejado constancia en los archivos correspondientes. Cuestiones como esta, parece que no han sido suficientemente profundizadas y trasladadas a la extensa producción académica y científica sobre el proceso constituyente (De Carli, 2008: 333-364). De otra parte, factores como este muestran la necesidad de acercar la aportación historiográfica a la investigación desde otras áreas de conocimiento.

Valorando los aspectos hasta aquí expuestos, tal vez habría que subrayar la importancia de los instrumentos de que se fue dotando el Estado español para llegar a la elaboración de la Constitución. Unos están muy nítidos y es posible percibirlos y constatarlos. En cambio, otros han de ser adecuadamente estudiados. Precisamente, en un trabajo como el presente es posible encontrar líneas de investigación no suficientemente desarrolladas.

En ciertos casos se ha realizado una incursión entre los ámbitos jurídico e histórico, al efectuar una aproximación a debates, como por ejemplo el relativo a la justicia constitucional-democracia, comparando los procesos constituyentes de 1931 y 1978. Garrarena Morales sostiene que la tensión entre justicia constitucional y democracia es un hecho, en tanto se plantea la necesidad de someter la aplicación de la ley a los jueces, sin olvidar la legitimidad democrática del Parlamento. Se destaca la compleja relación en este debate, en el caso español en los citados procesos constituyentes, dando ello lugar a un amplio conjunto de proposiciones (Garrarena Morales, 2011: 31-68).

Se ha destacado la importancia del principio de participación en la Constitución española. La idea de participación está presente en las democracias occidentales. El artículo 125 de la Constitución prevé la institución del Jurado en el ámbito de los procesos penales en que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. Se deduce una previsión, desde el artículo 131, en cuanto a la programación económica, lo cual implica un signo participativo. Por otro lado, los artículos 148 y 149 atribuyen al Estado la competencia en exclusividad para establecer las bases de la planificación general, y la ejecución de los objetivos es competencia fundamental de las Comunidades autónomas. Esto despertaba un interés entre juristas, desde los momentos iniciales de entrar en vigor la Constitución de 1978 (Sánchez Morón, 1979: 171-206).

Algunos juristas han abordado la cuestión de los problemas de legitimación en los procesos constitucionales, en cuanto a revisar las fallas que el sistema presenta desde la disposición hacia un mejor funcionamiento de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico, en cuanto a la plena eficacia de la Constitución (Torres Muro, 2008: 609-640).

En las publicaciones centradas en analizar los principios constitucionales presentes en la transición política, destacan algunas que ponen énfasis en aclarar los postulados de ciertas tesis amparadas en el formalismo y el funcionalismo jurídico, que hacen por destacar el Poder Constituyente muy por encima de la realidad, haciendo que ciertas posiciones de la doctrina jurídica española, que formularían algo parecido al definir que la Constitución de 1978 significaría un acto de un poder constituido aplicando procedimientos de reforma de Leyes Fundamentales del franquismo. Si se analiza esta cuestión en profundidad, tal vez se pueda concluir que la ya expuesta participación de sectores reformistas del franquismo en la Transición, y el proceso constituyente, pudieran influir desde la teoría jurídica en posiciones de estas características. Ruipérez Alamillo lo puso en claro, en algunos de sus trabajos, tanto en artículos en revistas científicas como en otros medios académicos (Ruipepeze Alamillo, 2003).

Una de las cuestiones que puede precisar de profundización a partir de documentación disponible en la actualidad, así como desde la interpretación desde una contemplación de amplios núcleos de problemas planteados durante el proceso constituyente, es la del análisis de las razones que llevaron al consenso. Hace décadas formuló Flores Juberías una valoración general acerca de este acuerdo constitucional, sobre la base de factores que llevan al investigador actual a revisar lo hasta ahora publicado. Proponía una serie de motivos, argumentando cada uno desde una posición jurídica muy nítida. En primer lugar, que las Cortes que elaboraron

la Constitución no habían sido formalmente convocadas para ello; en segundo lugar, que se trató de un proceso constituyente con condicionantes, en tanto se obraba desde la Ley para la Reforma Política; en tercer lugar, que el legislativo bicameral, una vez concluidos los trabajos de elaboración del texto, derivó el mismo para someterlo a referéndum, siendo esto algo que nunca se había ensayado; en cuarto lugar, que el ambiente en el que se elaboró el texto fue impulsado por el consenso, destacando en ello, y en paralelo, el propio proceso de cambio a la Transición, a la vez que la Ley de Amnistía, la restauración de la Generalitat de Cataluña o, un aspecto no estrictamente parlamentario, los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977. Por otro lado, destaca la dinámica del consenso, ejemplificada en la composición de la Ponencia, con debates en la misma, en la Comisión y en el Pleno, todo en medio de la supervisión de los partidos políticos y dentro de una marcada discreción o, como también se calificó, de secretismo. De ahí que se estructurasen los frutos deseables del consenso, aunque a la vez eso mismo pudiera determinar algunas carencias en el texto constitucional definitivo. Este último aspecto ha de ser entendido dentro del imperio del deseo por la mayoría de implicados en la elaboración del texto de llegar a acuerdos sólidos, no solo en el mismo, sino también en las citadas leyes que precisaban de un gran equilibrio entre las posiciones de todas las partes (Flores Juberías, 2002: 9-23).

En algunas revisiones se ha matizado que en el ambiente político y económico de la España de la Transición no todas las voces fueron al unísono. Así se cita a los empresarios durante dicho periodo, que en parte mostraron discordancias con el gobierno de Adolfo Suárez, llegando incluso al enfrentamiento. Este sector llegó relativamente fragmentado al proceso de la Transición, en el sentido de que las organizaciones patronales venían de hallarse insertas en la anterior Organización Sindical, factor que las llevaba a carecer de una reconocida legitimidad ante las organizaciones sindicales legalizadas en la nueva situación. En ciertos análisis se

califica de desorientación e incertidumbre la situación vivida por los empresarios durante estos años cruciales, poniendo el acento en que la actitud de los empresarios en estos momentos no se definía por el apoyo a las reformas, ni tampoco por el rechazo, lo cual indica que tardaron más tiempo en encajar en las líneas de acción acordes con las circunstancias (Flores Andrade, 2000: 695–726).

Las concordancias y las divergencias en materia jurídica cobran una particular relevancia en cuanto a la construcción del Senado en el proceso constituyente. Ya desde los primeros años posteriores a la Constitución de 1978 fueron apareciendo estudios que ponían una marcada visión crítica, subrayando determinadas cuestiones que se mostraban en el texto, después de que se derivase el Senado como Cámara autonómica. Así lo analizó Fernández Segado, poniendo el consecuente esfuerzo en definir lo que se argumentaba como el Senado en tanto Cámara de representación de las entidades territoriales, o como Cámara de representación provincial, e incluso como una Cámara híbrida de representación territorial, sin dejar atrás un particular juicio crítico (Fernández Segado, 1984: 695–726). Con las décadas transcurridas, tal vez se ponga en interés profundizar en la investigación sobre estos aspectos.

No se ha de dejar atrás la cuestión de la Defensa, aspecto establecido en la Constitución de 1978, ordenando la misma, el poder militar. Así lo ha analizado Porras Nadales (Porras Nadales, 1983: 183-234). Una visión de primera mano, realizada por Trillo-Figueroa sobre las Fuerzas Armadas en la Constitución y el proceso constituyente, publicada en 1979, desarrolla el contenido del debate sobre el tema, así como los elementos que articularon su papel dentro del texto constitucional (Trillo-Figueroa Martínez-Conde, 1979: 67-104). Recientemente se han seguido publicando obras de envergadura sobre la Constitución y las Fuerzas Armadas, prueba de que se trata de un tema de gran interés, considerado por

juristas e historiadores como elemento de gran importancia (Alonso de Antonio, 2025).

### **3.- La Monarquía y la Corona en el proceso constituyente**

Determinados aspectos cobran una especial relevancia a lo largo de la Transición, el proceso constituyente y la posterior fase de afianzamiento de la democracia. Uno de ellos es el de la Corona. No cabe duda de que la monarquía cobra un lugar de primer orden en la Transición, el proceso constituyente y la consolidación democrática. Es probable que desde la perspectiva jurídica se le conceda a esto un valor relativo. Sin embargo, contemplada esta cuestión desde una óptica histórica e historiográfica se obtiene una apreciación muy sugerente. Así lo llevó a cabo Galbis de la Mora, quien analizó la monarquía española en el proceso constituyente, desde una perspectiva histórica y a partir del análisis del debate parlamentario alrededor de su encaje constitucional. No parte exclusivamente de dichos debates, sino de la contemplación de la monarquía que había llegado a ese momento de la Transición y el proceso constituyente, es decir, teniendo en consideración la conexión con el régimen anterior. Aspectos como su legitimidad, y la legitimación de fondo, son abordados a través de una pormenorizada verificación histórica, a modo de repaso de cuantos factores pudieron caracterizar a la monarquía en sus inicios, junto a los que fueron definiéndola en esa evolución a partir de lo que cabía considerar como sus propias posiciones (Galbis de la Mora, 2016). No basta con valorar la imagen y proyección de la monarquía únicamente desde la visión constitucional sino, a la vez, como un conjunto de presencias en el contexto que rodeaba a un país que se abría a unas relaciones exteriores complejas, en las que se encontraba en el punto de mira del mundo democrático.

La perspectiva constitucional hacía posible y necesaria una revisión de la Constitución no solo desde un punto de vista analítico, en cuanto a su articulado, en el que se podían hacer patentes los acuerdos a los que había llegado en todo aspecto, también en cuanto a la Monarquía. Los investigadores de esos años hicieron una innegable y valiosa aportación a las futuras generaciones dedicadas al estudio e investigación de este núcleo de la Constitución. Una cuestión esencial la constituía las atribuciones de la Corona, las funciones del rey, o los aspectos intrínsecos en cuanto a legitimidad. Además de ello, se describió, con cierto detenimiento, cómo estos y otros factores despertaron en el Parlamento encendidas sesiones de debate, incluyendo en los artículos científicos publicados elementos como las propuestas de enmiendas de partidos, precisamente contra la monarquía, tal vez como una forma de dejar constancia de su naturaleza o ideología republicana. Sin duda, en algunos de estos casos se trataba de hechos testimoniales que estaban fuera del consenso que anteriormente ya habían respaldado esos mismos objetores. El investigador que estudie los documentos originales, como los Diarios de Sesiones, ha de atenerse a la explicación previa que hace ya décadas pusieron en artículos de investigación quienes vivieron esa etapa del proceso constituyente. Algunas de estas aportaciones sobresalen por su pormenorización, detalles que podrían escapar al investigador de hoy que no hubiese vivido en primera persona esos procesos, o que se valiese de exposiciones sesgadas o escoradas, desde un punto de vista ideológico o político (Sánchez Agesta, 1986: 9–20).

Aunque transcurrieran los años tras la promulgación de la Constitución de 1978, seguía siendo un aspecto de interés para los investigadores y profesores de Derecho argumentar en torno a la historia de la monarquía constitucional. Casi una década más tarde se analizaba la cuestión de los perfiles históricos de la monarquía constitucional, por Sánchez Agesta, haciendo un sintético recorrido por monarquías como la británica, así como por la senda

constitucional española desde el siglo XIX, para concluir que todo ese proceso histórico había determinado alcanzar el concepto presente en la Constitución de 1978, en la que se definía que la forma política del Estado español era la monarquía parlamentaria (Sánchez Agesta, 1987: 9-25). Aunque a los ojos de la investigación actual pueda parecer esta descripción histórica relativamente simple, la realidad es que en la década siguiente a 1978 ya se habían decantado gran parte de los problemas políticos que afectaban a España, por lo que tal vez sería justificado respaldar el papel y la definición sintética de la monarquía española.

Sigue siendo un aspecto relevante en el ámbito del constitucionalismo la aclaración de los retos que tiene la monarquía parlamentaria en España, más allá de lo que pueda percibirse en el proceso constituyente. En realidad, su adaptación a los tiempos ha sido una especie de constante, aunque sin la renuncia a su trayectoria según su sentido histórico, ni lo que los constitucionalistas definen como esencia legitimadora constitucional. Esto se encuentra presente en el proceso constituyente y en la Constitución de 1978. A ello hay que agregar la evolución hacia la monarquía parlamentaria, en cuanto significa de punto culminante del proceso de limitación del poder del monarca, superando una historia de siglos caracterizada por toda una serie de tensiones. La Constitución de 1978 define el papel del rey, sus funciones, estableciendo límites, en el sentido de aparecer ciertas paradojas. Reiterando que esto conlleve una línea de investigación clave para constitucionalistas, tal vez sea preciso insistir en que las constantes propuestas en torno a nuevas transformaciones en lo relativo al estatuto del rey, ponen de relieve que las instituciones evolucionan, sin perder su perfil ni su esencia (Díaz Revorio, 2015: 141-184). Se han elaborado síntesis que recogen la forma en que la Constitución de 1978 ubica el papel de la Corona, lo cual permite valorar las formas en que se llevaron a

cabo los debates para llegar al texto definitivo (Lucas Verdú, 1983).

Galbis de la Mora puso énfasis en revisar las posiciones de las fuerzas políticas presentes en el Parlamento español durante el proceso constituyente, lo cual muestra lo fragmentado que podía estar en torno al apoyo a la monarquía parlamentaria hacia la que la Constitución había de establecer (Galbis de la Mora, 2016: 205-238). En ese debate estaba inmerso uno de los grandes pilares de la monarquía constitucional, como era la legitimación de fondo de la monarquía parlamentaria en aras de un proyecto democrático, junto a las funciones de la monarquía, todo ello orientado hacia la monarquía en tanto que proyecto de futuro (Galbis de la Mora, 2016: 267-301).

#### **4.- Algunos aspectos históricos e historiográficos destacables. La sociedad de la España de la Transición y el proceso constituyente**

La revisión del proceso constituyente, desde un punto de vista histórico e historiográfico, resulta imprescindible para una captación de los aspectos que lo integraron. Hoy se cuenta con cierta abundancia de estudios desde esta óptica, unos que son claramente encajables en disciplinas académicas, con un alto valor científico, reflejando muy heterogéneas formas de entender el análisis de los hechos que integran este complejo proceso. Otros pueden rondar los tópicos y estar ubicados en las meras opiniones, incluso emitidas por quienes no cuentan con la formación académica y científica para ello con garantía de objetividad. En la sociedad actual la extensión de Internet y el fácil acceso a elaborar y difundir contenidos de todo tipo también afecta a este terreno. Lo esencial cabe sintetizarlo en que los más directamente constructores del texto constitucional, los denominados como Padres de la Constitución, fueron Gabriel Cisneros Laborda,

Manuel Fraga Iribarne, Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, Gregorio Peces-Barba Martínez, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Miquel Roca i Junyent y Jordi Solé Tura. En algunas versiones hemerográficas se destaca también la figura del teniente general Manuel Gutiérrez Mellado, de Alfonso Guerra, Fernando Abril Martorell o Enrique Fuentes Quintana, quienes aparecen reiteradamente, por sus cargos políticos y responsabilidades, como probables artífices constitucionales. Hay un sector que en los últimos años ha sido reconocido en diferentes fuentes como coadyuvante al desarrollo del texto constitucional. Se trata de mujeres que hoy son reconocidas, como María Teresa Revilla (UCD), quien formó parte de la Comisión que debatió sobre el texto constitucional. También se destaca a Belén Landáburu González, única mujer en la ponencia de la Ley para la Reforma Política de 1977.

Si se tiene en consideración que alcanzar el anhelado consenso era particularmente complicado en el ámbito de la elaboración y perfilado de los artículos que reflejaban un marco de disparidades más claro, es lógico que las discrepancias aparecieran, sobre todo en el articulado referente a la definición del Estado democrático y social de derecho, la forma política del Estado y la Monarquía, las Fuerzas Armadas, los derechos y libertades fundamentales, así como la Organización del Estado, esto último como antesala a la apertura que algunos territorios reclamaban y que se podía hacer extensible más adelante a casi todos, desde una perspectiva histórico-regional.

Como culminación de la necesidad de llevar el conocimiento al ciudadano sobre la Constitución de 1978, han tenido los gobiernos central y autonómicos una continua tarea legislativa y organizadora, en cuanto a trasladar a la enseñanza, en la Educación Primaria y Secundaria, lo que se consideran contenidos fundamentales que han de estudiar los ciudadanos, en su época infantil y adolescente, al objeto de alcanzar el conocimiento

requerido. Suele conectarse la enseñanza de la Constitución española con el conocimiento en historia, en tanto es necesario asimilar los procesos históricos correspondientes con la propia Constitución. Se han llevado a cabo estudios de la enseñanza de la Constitución, a la vez que de los libros de texto de historia en ESO y Bachillerato. No es una mera relación de normas, contenidos y elementos de carácter pedagógico, sino de la vinculación entre asignaturas como la Historia, en el proceso de enseñanza-aprendizaje en la orientación de la formación ciudadana en este campo. Esto conlleva realizar algunas comparaciones con la situación en este terreno en algunos países democráticos y avanzados. En España se ha incidido, durante las décadas posteriores a la implantación de la Constitución de 1978, en una intensa actividad en la elaboración de libros de texto al efecto, en las distintas Etapas de la educación. Esto, por otra parte, permite estudiar cómo, desde la entrada en vigor del texto constitucional, se ha ido perfilando toda una didáctica en este campo, incluyendo gradualmente metodologías novedosas (Domínguez López, 2022).

Recientemente se ha puesto de manifiesto que en España no se ha hecho lo suficiente para instaurar la educación ciudadana en cuanto al conocimiento de la Constitución, lo cual no sería propio de un país democrático y avanzado. La falta de conocimiento en este campo puede generar desafección, sobre todo entre los más jóvenes. De la misma forma, se corre el riesgo de que el desconocimiento de los jóvenes, y de los ciudadanos en general, pueda ser un territorio propicio para la aparición de nuevos relatos que se oponen a la historia y a las realidades constatables, descalificando así un proceso histórico. Esta revisión conecta con el consenso del proceso constituyente de 1978, a la vez que con las reiteradas aportaciones de los constitucionalistas e historiadores que pusieron sus esfuerzos en llamar hacia una formación ciudadana, precisamente para no repetir errores cometidos anteriormente (Vidal Prado, 2023: 135-169).

Incluso se ha llevado adelante el esfuerzo por hacer asequible el conocimiento constitucional a explicar cómo valerse del cine a tal efecto. Algunos ejemplos en esta dinámica inciden en la aportación del cine. Uno de ellos se refiere a la Constitución en su contexto histórico (Alguacil González-Aurioles, 2012: 21-48). Otro, al proceso constituyente y el cine español, arrancando del consenso político, hasta llegar a una situación de cierta dejación (Cancio Fernández, 2012:321-334)

En todo caso, la realidad del proceso constituyente no era del todo aplicable en su traslado al ciudadano sin contar con estos aspectos de la educación. Cuestión muy distinta es que en la medida en que ha avanzado la sociedad digitalizada, se hace necesario que estas funciones de educación incluyan los contenidos fundamentales para que el ciudadano se forme en aspectos no solo relativos a la Constitución, los derechos y deberes, sino también en aquello que le ha de llevar a desarrollar su mente analítica y el conocimiento crítico. En esta sociedad digitalizada, el ciudadano ha de aprender a discernir sobre la educación que recibe, a no ser víctima de la desinformación, ni a caer en las quimeras del culto a la innovación. Sobre la desinformación y su incidencia en la sociedad y en la necesidad de formación del ciudadano, se ha insistido desde una perspectiva conectada con los derechos (Domínguez Hacha, 2020: 93-110). Sobre la condición digital y las tecnologías del humanismo se han realizado importantes aportaciones (Suárez Sánchez de León, 2011, 2018: 446-447, 2020: 2-20, 2023). Igualmente, es preciso en este terreno abordar la proyección de la imaginación tecnológica, la ideología y el culto a la innovación (Aibar Puentes, 2022: 1-19, 2023).

Desde una visión más puramente historiográfica, cabe señalar que se ha realizado en las décadas posteriores a 1978 una serie de aportaciones sobre la Constitución de 1978, poniéndola en relación con las constituciones españolas anteriores, tanto en el resultado del texto alcanzado, como en las características de los

procesos que dieron lugar a las mismas. Esto define en España una historia constitucional en la que destacan diferentes direcciones (Varela Suanzes-Carpegna, 2003: 31-67). Otros estudios se han centrado en el proceso constituyente (Rubio Llorente, 1997: 5-41), o en si la Constitución de 1978 supuso en su momento una ruptura o llevaba a una reforma constitucional (Aláez, 1997: 161-188). En algunos casos se ha efectuado una aportación al proceso de la Constitución de 1978, como culminación a manuales o libros dedicados al constitucionalismo (Jiménez Asensio, 2003).

Aunque se han publicado distintos repertorios bibliográficos sobre la Constitución de 1978, el proceso constituyente y otros aspectos de estos temas, a modo de grandes recopilaciones, también cobra gran valor el recurso, desde la historiografía, de sintetizar la historia del constitucionalismo español, elaborando una síntesis comentada a base de las principales publicaciones que han visto la luz durante un largo periodo. Así, destaca la aportación de Fernández Sarasola, con una abundante relación crítica de dichas obras (Fernández Sarasola, 2007: 249-272).

## **5.- Una mirada hacia los partidos políticos españoles en la Transición y décadas siguientes**

Una de las cuestiones que suele quedar aparte de las revisiones del proceso constituyente, y de la proyección de la Constitución de 1978, es la de los partidos políticos. Se han realizado muy heterogéneas aportaciones sobre la forma en que funcionaron y se articularon los partidos políticos en la España del proceso constituyente y la Transición, unas desde las ópticas de investigadores españoles, otras desde institutos y revistas científicas de distintos países en los que el camino democratizador español despertaba la atención. Algunas de estas últimas se centraron años más tarde en investigar si los partidos se habían hecho más democráticos en España, en particular en relación a la

transformación de las normas para elegir el líder, centrando la cuestión en el hecho de si había aumentado la democracia interna, de forma muy concreta en los sistemas de participación para elegir al líder, y si esto se había llevado a cabo favoreciendo sistemas representativos o de elección directa. Así, los resultados de la investigación indican que los partidos políticos reforzaron, durante las décadas posteriores a 1978, los sistemas representativos para la elección de sus líderes. No se constata una tendencia hacia una mayor apertura e igualdad que la verificada al comienzo de este periodo, a pesar de que los requisitos y cláusulas de la elección eran relativamente poco restrictivos (Rodríguez Teruel, Barbera Arete, Barrio López & Baras Gómez, 2010: 159-183).

Otras investigaciones han insistido en los procesos de selección del líder en los partidos políticos, en el sistema español, en su evolución. Se ha llevado a cabo esto partiendo de un modelo teórico en función de veinticuatro variables. Parece que los datos indican que los partidos políticos españoles se orientaron a adoptar las primarias cuando se encuentran en una situación de crisis competitiva, en relación a otros partidos, siempre tomando de referente su situación inmediatamente anterior (Villaplana Jiménez, 2021).

De otra parte, se han realizado interesantes aportaciones en la investigación sobre las transiciones a la democracia en España, en Iberoamérica y Europa oriental, en un estudio comparativo, lo que ayuda a comprender el sistema de partidos y el papel reservado a la elección del líder. Si se partía de regímenes caracterizados por la falta de democracia, se podía constatar cómo el liderazgo democrático pudo facilitar un claro impulso a los procesos de transición política, tanto en España como en Europa oriental, mientras que en Iberoamérica fue una tónica la falta de este liderazgo (Alcántara Sáez, 1992: 9-42).

Las revisiones que se han realizado acerca de la realidad de lo que se ha considerado extrema derecha española de este periodo, suelen ser muy precisas en cuanto a presentarla como una continuidad de lo que eran las formaciones políticas surgidas durante el franquismo, de forma que se puede entender que, en líneas muy generales, se produjese gradualmente una debilitación de sus fuerzas organizadas. Así lo han reflejado aproximaciones de corte historiográfico, que analizan el intento de modernización de estas formaciones, superando las primeras connotaciones de nostalgia propugnando la vuelta a alguna realidad política similar a la del pasado franquista. En estas formaciones se mantiene, en tanto que organizaciones o partidos, una de las características de su trayectoria histórica, como es la del seguimiento de un líder carismático y la fe y obediencia al mismo, por ello es de muy significativo testimonio el constatar los resultados electorales iniciales de este proceso, si bien se fueron diluyendo las fuerzas en cuanto a votos obtenidos, o que el voto de parte de los sectores que eran su fiel electorado tal vez fuese orientando su sufragio hacia líderes conectados con el régimen anterior aunque ubicados en partidos de nuevo cuño y constituidos en clara ruptura con ese pasado (Gallego, 2008: 175–209).

Se ha investigado desde la psicología el componente psicosocial, en cuanto a características del liderazgo político en el proceso de transición hacia la democracia, llevando a cabo un análisis comparado de algunos de sus líderes y poniéndolos en relación con los de otros países. Kalpokaite lo ha efectuado analizando los perfiles de Adolfo Suárez y del Rey Juan Carlos, realizando la comparación con los de sendos líderes lituanos. El estudio se fundamentó en aspectos tan cruciales como el control como objeto de poder, el estilo de toma de decisiones de los líderes políticos, la negociación que llevan a cabo, y la visión del proceso a impulsar. Las aportaciones desde disciplinas que no suelen tener una presencia determinante en los estudios jurídicos e historiográficos, cobra relevancia en el análisis de los perfiles de

personajes que jugaron un papel decisivo en la articulación de partidos políticos, así como en la articulación de complejos procesos de transición hacia la definición de regímenes en busca de sistemas democráticos (Kalpokaite, 2014).

Desde estas revisiones se puede deducir que durante la Transición y el proceso constituyente fue determinante la presencia de líderes, tanto en partidos políticos como al frente de las instituciones que obraron a favor del cambio político. No obstante, y a pesar de la abundancia de fuentes periodísticas y de corte no siempre valorables para la investigación, tal vez sea conveniente poder contar con una mayor cantidad de estudios, desde diferentes áreas de conocimiento, que ahonden en las características de los líderes políticos en la España de esta etapa, así como en el papel desempeñado por los partidos políticos y organizaciones sociales.

Precisamente en la interpretación histórica e historiográfica de la Transición se han abierto líneas de investigación que conducen a diferentes concepciones. De un lado, la que se ha orientado a estudiar el conjunto de las instituciones políticas, así como al sector dirigente que se encontraba presente en ellas. De aquí se deduce una interpretación que pone en alza el papel desempeñado por la reforma política, como elemento que conduciría a la democratización, con la añadidura del proceso constituyente y la Constitución de 1978. De otro, surgieron, años más tarde, algunas interpretaciones que insistían en que era necesario investigar el proceso sin adjudicar, en principio, el carácter de una valoración positiva al mismo, como se viene dando por lo general. De ello se deduce la necesidad de centrar la investigación en unos actores políticos diferentes, en una visión no estrictamente dibujada por las instituciones, a la vez que ahondar más en determinados puntos de los procesos estudiados. Estas posiciones ya se estaban constatando en la primera década del presente siglo, de tal manera que, en cierta medida, apostarían por

una profunda revisión del proceso constituyente (Ysàs, 2010: 31–57).

También desde la Historia Contemporánea se señaló que la Transición encerraba en sus interpretaciones mitos y realidades, en referencia a su culminación en el proceso constituyente, recogiendo algunas de las recientes líneas de investigación (Aguilar Gavilán, 2018).

Soto Carmona subraya, igualmente, que han aparecido visiones y versiones del proceso de la Transición restando valor a las interpretaciones que ponían el énfasis en lo esencial del mismo. Mantiene la necesidad de poner de acuerdo a historiadores y científicos de lo social, a la vez que se ha puesto de relieve en el caso español el protagonismo de la sociedad civil hasta las elecciones de junio de 1977, argumentando que a lo largo de la etapa reformista de la Transición se vio condicionado el comportamiento de las élites políticas dirigentes, por la opinión y la presión de la sociedad civil (Soto Carmona, 2012: 117-156).

Las aproximaciones que se han hecho al estudio de la Transición y el proceso constituyente suelen reiterar la importancia para el investigador, y para la sociedad en general, de contar con recopilaciones de textos que ayuden a comprenderla, sobre todo a partir de los documentos. Para ello se han realizado publicaciones que, después de seleccionar algunos de los más importantes o interesantes, ponen en las manos del interesado normas, debates parlamentarios, programas políticos, datos de opinión, discursos relevantes y otros documentos destacados (Sánchez Navarro, 1998).

## **6.- Los repertorios bibliográficos sobre el tema. Valor de su selección en su coyuntura**

Una de las más útiles herramientas para la investigación de este proceso radica en la revisión de la literatura sobre el mismo, tanto la académica y científica como la relativa a testimonios, fuentes periodísticas, literatura de muy diferentes orígenes que puede ofrecer una visión particular, etc. Desde los primeros años de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se empezó a reconstruir el proceso de la Transición y el constituyente, en gran medida sobre la base de la elaboración de repertorios bibliográficos. La factura de estos era relativamente simple, a modo de recopilaciones de títulos, clasificados por grandes áreas temáticas, de manera que ofrecieran una aproximación para el conocimiento y la investigación del tema.

Es muy probable que estas herramientas guardasen una estrecha relación con los recursos metodológicos presentes en el ámbito académico y científico, en el que resultaba de gran valor contar con un acopio y clasificación de estas fuentes. Todo ello estaría de acuerdo con las técnicas bibliométricas imperantes durante esos años y hasta bien entrado el presente siglo. La extensión de los recursos informáticos y de aplicaciones, repertorios, repositorios y modelos de localización precisa de la información requerida por el investigador, fue dejando atrás estas fuentes, si bien hoy se pueden considerar de gran consistencia en cuanto a obtener, a través de ellas, una panorámica elaborada con las técnicas de la confección de fichas, su ordenación y disposición en publicaciones que sirviesen para orientar el conocimiento y la investigación.

Para hacer una breve síntesis sobre los repertorios bibliográficos dedicados a la Constitución de 1978 y el proceso constituyente, es conveniente recurrir a alguna fuente que los clasifique someramente, de tal forma que se muestren algunos de

los posibles caminos a seguir para profundizar en la investigación. En la página web del Congreso de los Diputados se publica en 2003 una Guía bibliográfica, a modo de bibliografía de bibliografías sobre la Constitución, que posteriormente se ha revisado. Contiene un acercamiento a los repertorios bibliográficos publicados sobre ello (Congreso de los Diputados, 2003). Destaca cómo al año de la aprobación de la Constitución publicó Aguiar de Luque una bibliografía sobre la Constitución de 1978, en la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Complutense (Aguiar de Luque, 1979:256-284). Así se fueron sucediendo otros repertorios bibliográficos sobre el tema, como el de Herrero de Lera, sobre la Transición, 1979, y pocos años después otro repertorio sobre el proceso constituyente (Herrero de Lera, 1979: 279-297, 1982: 241-256). En otro orden, se publicaron trabajos de envergadura, como el dirigido por Linde Paniagua en 1980, al que se agrega el de 1984, que dirigió sobre materiales para el estudio y aplicación de la Constitución de 1978 (Linde Paniagua, 1980: 709-856, 1984). Por esta época, en 1982, se publicó el trabajo de Nicolás Muñiz y Blanco Canales, sobre materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional (Nicolás Muñiz & Blanco Canales, 1982: 323-352). En 1984 publicó Alonso de Antonio su bibliografía jurídica sobre la organización territorial del Estado en la Constitución española de 1978 (Alonso de Antonio, 1984: 303-349). Conforme transcurrían los años, se publicaron trabajos que completaban los repertorios, como el de García Atance (García Atance, 1990: 277-299), sobre la reforma en la Constitución; el de González Trevijano, sobre la costumbre en Derecho constitucional (González Trevijano, 1991: 263-299); o el de García Martínez, sobre control de constitucionalidad (García Martínez, 1993: 423-440).

La dinámica en la publicación de repertorios bibliográficos en torno a la Constitución de 1978 se fue orientando, conforme era posible contar con medios informáticos avanzados, hacia la especialización, acorde con cada momento. En el cumplimiento de

los veinticinco años de la Constitución se volvió a editar bibliografías, recogiendo lo publicado durante esas décadas, a la vez que se incorporó, en algún caso, el soporte digital en CD-ROM, para una rápida tarea de acceso o para su grabación en otras unidades informáticas. En todo caso, estas publicaciones están recogidas en la página web del Congreso antes citada.

Es de destacar el trabajo que publican, en 2019, Ferrer Martín de Vidales y Álvarez Rodríguez sobre una revisión bibliográfica al cumplirse los cuarenta años de la Constitución de 1978. Destacan que se han multiplicado las obras referentes a la Transición, a la Constitución, los órganos constitucionales, los derechos fundamentales y la reforma constitucional. Además, aparecen obras divulgativas, en distintos formatos y soportes, así como de Historia adaptada a los más jóvenes. En ellas se puede seguir el proceso constituyente de una forma general (Ferrer Martín de Vidales & Álvarez Rodríguez, 2019: 361-381).

## **7.- Testimonios de algunos actores principales**

Al investigador le puede orientar en gran medida el conjunto de testimonios que se ha ido recogiendo, de publicaciones directas de los protagonistas, o de otras personas, a través de entrevistas o de medios para recopilar la obra de esos destacados actores. Siempre es preciso tener la cautela de ubicarlos en una consideración como fruto de la posible subjetividad de sus autores.

Desde los primeros momentos del proceso constituyente se cuenta con este tipo de documentos. Lo que se recoge a continuación intenta ser una muestra breve y significativa, lejos de la exhaustividad, por limitación de espacio. No obstante, cabe matizar que esta es una tarea que podría convertirse en un posible trabajo a desarrollar.

Tal vez una de las figuras que se pueda incluir en esta muestra, por su condición de actor político y de profesor universitario, sea la de Óscar Alzaga Villaamil, quien en 2010 ingresaba en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con un discurso de ingreso sobre *el Consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)*. Señalaba, refiriéndose al consenso en el proceso constituyente español, que es preciso ser realistas y cautos, sin caer en interpretaciones como algunas de las no asumibles teorizaciones posteriores. Ni hubo un movimiento pendular, ni se siguió el modelo de la llamada democracia consociacional. El consenso no se refería a aprobar, sino que radicaba en aceptar y compartir con otros (Alzaga Villaamil, 2010: 113-128).

Ya se ha citado el importante trabajo de Tomás Villarroya en cuanto al proceso constituyente y la nueva Constitución, manifestando en su publicación que se elaboraba bajo la forma de un análisis crítico. Es necesario subrayar que se trata de la visión analítica de un reputado jurista, refiriéndose al proceso de elaboración y al contenido o redacción del texto constitucional (Tomás Villarroya, 1979: 59-86).

Otro destacado protagonista fue Morodo, quien ya en 1978 sintetizaba en un artículo el proceso constituyente y la Constitución, con anotaciones al Preámbulo constitucional. Se trata de apreciaciones tanto de jurista como de actor de algunos de estos acontecimientos (Morodo, 1978: 5-17).

Uno de los actores más significados, Fraga Iribarne, publicaba en 1978 un texto sobre la Constitución de 1978 “a vista de ponente”. Aparte de sintetizar el recorrido de la elaboración del texto constitucional, establecía una división en fases, definidas por los pasos a lo largo del proceso, junto a la pormenorización del articulado objeto de discusión, hasta llegar al acuerdo. Este escrito tiene la particularidad de que aclara las posiciones en cada punto

de conflicto, singularizando los pasos dados por Alianza Popular. Estos aspectos pueden resultar esclarecedores acerca de las tensiones experimentadas a lo largo del proceso (Fraga Iribarne, 1978: 9-18).

Años más tarde, en 2019, publicaba Alfonso Guerra González un libro en defensa de la Constitución, trasladando en el mismo el significado de la España en la que creía. Al tratarse de una argumentación realizada y publicada casi cuatro décadas después de aprobada la Constitución, cobra el valor del doble plano histórico. De una parte, el apoyo al consenso obtenido; de otra, la defensa de la Constitución precisamente en momentos en que se establecían serias objeciones a la misma, así como al sistema social y económico en que se había derivado (Guerra González, 2019).

## 8.- Conclusiones

Las conclusiones, necesariamente, han de ser provisionales, en función de las características y naturaleza de una parte amplia de los contenidos y fuentes empleados en este trabajo. Estas conclusiones pueden ir evolucionando en la medida en que, en ciertos aspectos, se obtengan nuevos referentes y se logren avances concretos. Sin embargo, esta relación de conclusiones recoge una sintética elaboración de aquello que puede resaltarse como más significativo de lo investigado.

De acuerdo con los objetivos iniciales, en la revisión del proceso constituyente, así como de la Transición, se constata una muy pronta publicación de visiones sobre estos procesos, algunas, probablemente, caracterizadas por su aparente parcialidad, sin un tiempo ni perspectiva necesarios para realizar no solo críticas, sino también aportaciones. Las visiones realizadas por académicos de gran talla, con independencia de su carácter crítico o su adscripción ideológica, suelen ir acompañadas de propuestas, en un intento de

aportar herramientas viables de cara al posible futuro que traería las deseadas modificaciones.

Es notable el contraste entre unas aportaciones y otras, en tanto la identificación ideológica con la posición crítica ante el proceso constituye y la Transición puede denotar un rechazo a lo elaborado, a pesar de haberse logrado en un ambiente de seria oposición ante el futuro que algunas opciones políticas deseaban articular.

La investigación ha procurado al marco académico y científico de muy interesantes instrumentos para su labor, como son los repertorios bibliográficos, que empiezan a surgir casi al aprobarse la Constitución. De la misma forma, estos han ido mejorándose en contenidos y soportes, conforme se contaba con nuevas y más efectivas metodologías técnicas. No queda atrás la necesidad de continuar estudiando estos procesos, poniendo al día la revisión de publicaciones y de contenidos.

Las principales aportaciones en el análisis del tema estudiado vienen del Campo del Derecho y de la Historia, siendo destacables el área de conocimiento del Derecho Constitucional de una parte, y de otra la de Historia Contemporánea, con un nutrido campo historiográfico engrosado durante décadas.

Es patente la necesidad de trasladar al ciudadano, a través de la educación, una historia de estos procesos, para su buen conocimiento y formación como parte responsable. En este sentido cabe señalar el papel de las instituciones para acercar todo ello al ciudadano, sin olvidar que la formación básica la adquiere en la educación, en las Etapas de Primaria, Secundaria y Bachillerato.

## 9.- Bibliografía

AGUIAR DE LUQUE, LUIS (1979). *Bibliografía sistemática sobre la Constitución española de 1978* en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Nº 2, 1979, pp. 256-284.

AGUILAR GAVILÁN, ENRIQUE (2018). *La transición española y su culminación en el proceso constituyente. Mitos y realidades*. UCOPress Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 2018, 76 pp.

AIBAR PUENTES, EDUARD (2022). *Imaginación tecnológica e ideología de la innovación*, en *Artnodes: revista de arte, ciencia y tecnología*, Nº 29, 2022 (*Ejemplar dedicado a: Node: «Ecología de la imaginación»* (coord.: Marina Garcés), pp. 1-9 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8391859>

AIBAR PUENTES, EDUARD (2023). *El culto a la innovación. Estragos de la visión sesgada de la tecnología*. Nuevos Emprendimientos Editoriales, Barcelona, 224 pp.

ALÁEZ, BENITO (1997). *La Constitución de 1978: ¿Ruptura o reforma constitucional?*, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Nº 9, Murcia, 1997, pp. 161-188.

ALCÁNTARA SÁEZ, MANUEL (1992). *Las transiciones a la democracia en España, América Latina y Europa Oriental. Elementos de aproximación a un estudio comparativo*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9 Nº II, Enero-abril 1992, pp. 9-42.

Alguacil González-Aurioles, Jorge (2012). *La Constitución en su contexto histórico: del Estado liberal a la crisis del Estado social*, en REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO (editor) (2012), *Proyecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-48.

ALONSO DE ANTONIO, ÁNGEL LUIS (1991). *La Diputación Permanente de las Cortes en la historia constitucional española*. Congreso de los Diputados. Madrid, 1991, 565 pp.

ALONSO DE ANTONIO, ÁNGEL LUIS (1992). *La Diputación permanente en la Constitución Española de 1978*. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones y Librería de la Facultad de Derecho, Madrid, 1992, 217 pp. Colección Monografías. ISBN 8486926386.

ALONSO DE ANTONIO, ÁNGEL LUIS (2025). *Constitución y Fuerzas Armadas*. Universidad Complutense de Madrid. (UCM), Madrid, 2025, 554 pp.

ALONSO DE ANTONIO, JOSÉ ANTONIO (1984). *Bibliografía jurídica sobre la organización territorial del Estado en la Constitución española de 1978*, en *Revista de Derecho Político*, Nº 21, 1984, pp. 303-349.

ALÓS MARTÍN, IGNACIO DE (1989). *La Diputación Permanente en la Constitución Española*, en *Revista de las Cortes Generales*, Nº 18 (3er. trimestre 1989), pp. 7-65.

ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR (2010). *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 113-128.

CANCIO FERNÁNDEZ, RAÚL CÉSAR (2012). *El proceso constituyente y el cine español. Del consenso político al adocenamiento creativo*, en REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO (editor) (2012), *Proyecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 321-334.

CARR, RAYMOND& FUSI AIZPURÚA, JUAN PABLO (1979). *España, de la dictadura a la democracia*. Editorial Planeta, Barcelona, 323 pp.

CARR, RAYMOND& FUSI AIZPURÚA, JUAN PABLO (1981). *Spain, dictatorship to democracy*. Allen & Unwin, London; Boston, 1981, 288 pp.

CARR, RAYMOND& FUSI AIZPURÚA, JUAN PABLO (1981). *Spain, dictatorship to democracy*. Allen & Unwin, London; Boston, 1981, 288 pp.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2003). *Guía bibliográfica. Bibliografía de bibliografías*, en *páginaweb del*

Congreso de los Diputados.  
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/bibliografia/bibliog11.htm>

DE CARLI, ROMINA (2008). *La negociación concordataria y el proceso constituyente durante la Transición*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 30, 2008, pp. 333-364.

DE ESTEBAN ALONSO, JORGE & LÓPEZ GUERRA, LUIS MARÍA. *De la dictadura a la democracia: Diario político de un período constituyente*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979, 505 pp.

DEL CASTILLO VERA, PILAR (1978), *La campaña del referéndum constitucional*, en *Revista de estudios políticos*, Nº 6, 1978, pp. 153-174.

DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER (2015). *Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencia legitimadora constitucional*, en *Parlamento y Constitución. Anuario 2014*, Nº 16, 2015, pp. 141-184,

DOMÍNGUEZ HACHA, JOSÉ (2020). *Falsas noticias y desinformación en el ámbito de inteligencia*, en *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 5(2), 2020, pp. 93-110. ([www.cisdejournal.com](http://www.cisdejournal.com)).

DOMÍNGUEZ LEÓN, JOSÉ (2014). *La Constitución de 1978. Ensayo sobre la modernización de España y el agotamiento de la Transición*, en *Discursos de ingreso (1995-2014)*, Academia Iberoamericana de La Rábida, Huelva, 2014, pp. 548-580.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, JOSÉ LUIS (2022). *La enseñanza de la Constitución española de 1978 a través del análisis comparativo de libros de texto de Historia de ESO y Bachillerato (1979-2020). Una perspectiva histórico-educativa*. Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2022.

ENTREVISTA A LOS PONENTES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, EXCMOS. SRES. D. MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN Y D. MIQUEL ROCA I JUNYENT

(2020), en *Revista de las Cortes Generales*. Nº 108, Primer semestre (2020), pp. 29-38  
<https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1507>

FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO (2007). *Historia e historiografía constitucionales en España: una nueva perspectiva*, en *Revista Ayer*, 68/2007 (4), pp. 249-272. ISSN: 1134-2277

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (1984). *La construcción del Senado en el proceso constituyente*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 38, Marzo-Abril 1984, pp. 63-125.

FERRER MARTÍN DE VIDALES, COVADONGA & ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO (2019). *40 Años de Constitución. Una revisión bibliográfica*, en *Revista de las Cortes Generales*, Nº 107, Segundo semestre (2019), pp. 361-381.  
<https://doi.org/10.33426/rcg/2019/1447>

FLORES ANDRADE, ANSELMO (2000). *Los empresarios y la transición a la democracia en España*, en *Estudios Sociológicos*, 18(54), 2000, pp. 695-726.

FLORES JUBERÍAS, CARLOS (2002). *La Constitución de consenso. Una visión valorativa, 25 años después*, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique FurióCeriol*, Nº 40, 2002, Valencia, pp. 9-23.

FRAGA IRIBARNE, MANUEL (1978). *La Constitución de 1978, a vista de ponente*, en *Documentación administrativa*, Nº 180, 1978, pp. 9-18.

GALBIS DE LA MORA, JUAN (2016). *La monarquía española en el proceso constituyente en perspectiva histórica: una explicación a partir del debate parlamentario en torno a su configuración constitucional*, Tesis doctoral, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2016.

GALLEGO, FERRÁN (2008). *Nostalgia y modernización. La extrema derecha española entre la crisis final del franquismo y la consolidación de la democracia (1973-1986)*, en *Revista Ayer*, 71, 2008, pp. 175-209.

GARCÍA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. ASUNCIÓN (1993). *Bibliografía sobre control de constitucionalidad (recurso y cuestión de inconstitucionalidad)*, en *Revista de Derecho Político*, N<sup>o</sup> 38, 1993, pp. 423-440.

GARCÍA-ATANCE, M<sup>a</sup>. VICTORIA (1990). *Bibliografía sobre la reforma en la Constitución española de 1978*, en *Revista de Derecho Político*, N<sup>o</sup> 31, 1990, pp. 277-299.

GARRORENA MORALES, ÁNGEL (2011). *El debate “justicia constitucional-democracia” en los procesos constituyentes de 1931 y 1978* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N<sup>o</sup> 91, 2011, pp. 31-68.

GONZÁLEZ TREVIJANO, PEDRO JOSÉ (1991). *Repertoriobibliográfico sobre “La costumbre en Derecho constitucional”*, en *Revista de Derecho Político*, N<sup>o</sup> 32, 1991, pp. 263-299.

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, ESTHER (2019). *El debate constituyente sobre el Título I de la Constitución española de 1978, o la constitución “cenada”*, en *Revista de Historia Constitucional*, N<sup>o</sup> 20, 2019, pp. 681-713, <http://www.historiaconstitucional.com>,

GUERRA GONZÁLEZ, ALFONSO (2019). *La España en la que creo: En defensa de la Constitución*, La Esfera de los Libros, Madrid, 256 pp. ISBN 9788491645085

HERRERO DE LERA, MIGUEL (1979). *Repertorio bibliográfico sobre la transición sociopolítica española*, en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, N<sup>o</sup> 4, 1979, pp. 279-297. <https://doi.org/10.5944/rdp.4.1979.7993>

Herrero de Lera, Miguel (1982). *Repertorio bibliográfico sobre el proceso constituyente español (I y II)*, en *Revista de Derecho Político*, N<sup>o</sup> 14, 1982, pp. 241-256, y N<sup>o</sup> 15, pp 377-407.

JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2003). *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2003, 3<sup>a</sup>. edición, revisada y ampliada, 221 pp.

KALPOKAITE, NERINGA (2014). *Características psicosociales del liderazgo político en los procesos de la transición*

*hacia la democracia. Análisis comparado entre los líderes de España y Lituania.* Tesis doctoral, Universidad Complutense, Facultad de Psicología, 2014.

LAVILLA RUBIRA, JUAN JOSÉ (1998). *Artículo 78: las diputaciones permanentes del conjunto del Congreso de los Diputados y el Senado*, en ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. 6, Tomo 6, 1998 (Artículos 66 a 80), pp. 683-762. ISBN 8471309149

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE (1980). *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución de 1978*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, pp. 709-856.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE (dir.) (1984). *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución de 1978 (1978-1982)*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 3 vol. (Tomo I - Tomo II, vol. 1º - Tomo II, vol. 2º).

LUCAS VERDÚ, PABLO (dir.) (1983). *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones y Librería de la Facultad de Derecho, 1983, 288 pp.

MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO (2000). *Proceso constituyente y desarrollo constitucional en España*, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL & VALDÉS, DIEGO (Coords.) (2000), *Constitucionalismo iberoamericano en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2000, pp. 233-260.

MORODO, RAÚL (1978). *Proceso constituyente y nueva Constitución española: anotaciones al Preámbulo Constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, (1) 1978, pp. 5-17.

NICOLÁS MUÑIZ, JAIME & BLANCO CANALES, RICARDO (1982). *Materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, Nº 16, 1982-1983, pp. 323-352. <https://doi.org/10.5944/rdp.16.1982.8217>

OLLERO, CARLOS (1986). *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, 216 pp.

PORRAS NADALES, ANTONIO (1981). *Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº. 24, Noviembre-Diciembre 1981, pp. 175-200.

PORRAS NADALES, ANTONIO (1983). *Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 35, Septiembre-October 1983, pp. 183-234.

POWELL, CHARLES T. (1979), *Crisis del franquismo, reformismo y transición a la democracia*, en MONTERO, FELICIANO & MARTÍN ARCE, JOSÉ MARÍA (eds.) (1997), *Las derechas en la España contemporánea*, Anthropos, Barcelona, pp. 247-270.

PRATTI, GUILHERME, *A legitimidade da justiça constitucional em Habermas: um guia de leitura*, en *Revista Aequitas. Estudos sobre História, Direito e Instituições*, Nº 25, 2025, pp. 1-44.

RAMÍREZ NÁRDIZ, ALFREDO (2009). *El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español*, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique FurióCeriol*, Nº 67-68, 2009, pp. 167-178.

RODRÍGUEZ TERUEL, JUAN; BARBERA ARESTE, ÓSCAR; BARRIO LÓPEZ, ASTRID & BARAS GÓMEZ, MONTSERRAT (2010). *¿Se han hecho más democráticos los partidos en España? La evolución en las reglas de elección del líder (1977-2008)*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 52(208), 2010, pp. 159-183.  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-19182010000100009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182010000100009&lng=es&tlng=es).

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1997). *El proceso constituyente en España*, en *La Forma del Poder. Estudios sobre la*

*Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales - CEC, Madrid, 2ª edición, 1997, pp. 5-41.

RUIPÉREZ ALAMILLO, JAVIER (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, 398 pp.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS (1986). *La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Nº18, 1986, pp. 9-20.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS (1987). *Los perfiles históricos de la monarquía constitucional en España*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 55, Enero-Marzo 1987, pp. 9-25.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Sistema político de la Constitución de 1978. Ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Editora Nacional, Madrid, 1980, Tercera Edición, 535 pp.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL(1979). *El principio de participación en la Constitución española*, en *Revista de administración pública*, Núm. 89, 1979, pp. 171-206.

SÁNCHEZ NAVARRO, ÁNGEL JOSÉ (1999). *La transición española en sus documentos*. BOE. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Colección textos y documentos. Madrid, 1999, 661 pp.

SHARE, DONALD & MAINWARING, SCOTT (1986), *Transiciones via transacción: la democratización en Brasil y en España*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº. 49, Enero-Febrero1986, pp. 87-135.

SHARE, DONALD (1983). *Transition Through Transaction: The Polines of Democratization in Spain, 1975-1977*. Tesis doctoral, Stanford University, 1983.

SOTO CARMONA, ÁLVARO (2012). *Ni modélica ni fracasada. La transición a la democracia en España: 1975-1982*, en *Índice Histórico Español*, 125/2012, pp. 117-156.

SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, JUAN LUIS(2011). *Tecnologías del Humanismo*. Universidad de Huelva, Huelva, 225 pp.

SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, JUAN LUIS (2018). *La nacionalización de la estrategia en torno a la inteligencia artificial: Estado, política y futuro*, en *Revista de Occidente*, N° 446-447, 2018 (*Ejemplar dedicado a: Inteligencia Artificial. El mundo que viene*), pp. 5-18. [https://ortegaygasset.edu/wp-content/uploads/2018/07/Rev.OccidenteJulio-Agosto2018\\_J.L.Suarez.pdf](https://ortegaygasset.edu/wp-content/uploads/2018/07/Rev.OccidenteJulio-Agosto2018_J.L.Suarez.pdf)

SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, JUAN LUIS (2020). *La condición digital*, en *Revista de Occidente*, N° 472, 2020, pp. 2-20.

SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, JUAN LUIS (2023). *La condición digital*, Editorial Trotta, Madrid, 264 pp.

TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN (1979). *Proceso constituyente y nueva constitución. Un análisis crítico*, en *Revista de estudios políticos*, N° 10, 1979, pp. 59-86.

TORCAL, MARIANO & MEDINA, LUCÍA (2002). *Ideología y voto en España 1979-2000. Los procesos de reconstrucción racional de la identidad ideológica*, en *Revista Española de Ciencia Política*. N° 6, Abril 2002, pp. 57-96.

TORRES MURO, IGNACIO (2008). *Problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, en *Revista de Derecho Político*, N° 71-72, enero-agosto 2008, pp. 609-640. <https://doi.org/10.5944/rdp.71-72.2008.9053>

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, FEDERICO (1979). *Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)*, en *Revista española de derecho militar*, N° 38 (jul.-dic.), 1979, pp. 67-104.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN (2003). *La Constitución de 1978 en la historia constitucional española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, N°69, Septiembre-Diciembre2003, pp. 31-67.

VIDAL PRADO, CARLOS (2023). *La educación cívica y constitucional en España*, en *Revista de las Cortes Generales*, N° 116, Segundo semestre, 2023, pp. 135-169. <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1774>

VILLAPLANA JIMÉNEZ, FRANCISCO RAMÓN (2021). *Los procesos de selección de líder en los partidos del sistema político español: evolución, democratización y primarias (1974-2018)*. Tesis doctoral, 2021, Universidad de Murcia.

YSÀS, PERE (2010). *La Transición española. Luces y sombras*, en *Revista Ayer*, 79, 2010, pp. 31–57.



**VULNERABILIDAD Y DELINCUENCIA:  
TRANSICIÓN A LA MAYORÍA DE EDAD DE LOS  
MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN  
ESPAÑA**

-VULNERABILITY AND DELINQUENCY: TRANSITION  
TO MATURITY OF UNACCOMPANIED FOREIGN  
MINORS IN SPAIN-

Fecha de Recepción: 4 de marzo de 2025.  
Fecha de Aceptación: 9 de febrero de 2026.

**Julio Ortiz Herráiz<sup>1</sup>**  
**Universidad Rey Juan Carlos**

**Resumen:** Este artículo examina la situación de los menores extranjeros no acompañados (MENA) en España, centrándose en los desafíos que enfrentan al llegar a la mayoría de edad y en los factores de riesgo que contribuyen a su posible implicación en actividades delictivas. Se analizan aspectos como la pérdida de protección institucional, las dificultades de inserción laboral y social, el estigma y la discriminación, así como los problemas psicológicos y emocionales. Además, se comparan las tasas de delincuencia entre

---

<sup>1</sup> Julio.ortiz@urjc.es

los MENA y los jóvenes españoles, identificando los tipos de delitos más comunes y los factores que los impulsan. Finalmente, se discuten las carencias en las políticas de apoyo y se proponen enfoques integrales para mejorar la situación de estos jóvenes.

**Abstract:** This article examines the situation of unaccompanied foreign minors (MENA) in Spain, focusing on the challenges they face upon reaching adulthood and the risk factors contributing to their potential involvement in criminal activities. The analysis covers issues such as the loss of institutional protection, difficulties in social and labor integration, stigma and discrimination, as well as psychological and emotional problems. Additionally, the article compares crime rates between MENA and Spanish youth, identifying common types of offenses and the factors driving them. Finally, the article discusses the shortcomings in support policies and proposes comprehensive approaches to improve the situation of these young people.

**Palabras clave:** MENAS, Delincuencia, Integración, Protección, Factores de Riesgo.

**Keywords:** MENAS, Juvenile, Integration, Protection, Risk Factors.

## 1.- Introducción

El fenómeno de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) en España ha suscitado debates intensos tanto en la sociedad como en los medios de comunicación. Estos jóvenes, que llegan al país en busca de un futuro mejor, enfrentan una serie de desafíos que complican su integración en la sociedad española. Uno de los aspectos más preocupantes es la situación de desamparo que enfrentan al alcanzar la mayoría de edad, lo que en algunos casos los lleva a incurrir en actividades delictivas. Este artículo analiza los

factores que contribuyen a esta problemática, examina el papel de la exclusión social y la falta de apoyo institucional, y compara la situación de los MENA con la de los jóvenes españoles.

Al cumplir los 18 años, los MENAS dejan de estar bajo la tutela del Estado y, con ello, pierden el acceso a los servicios y apoyos que se les brindaban anteriormente. Esta abrupta transición puede ser devastadora, ya que se enfrentan a la falta de recursos, apoyo institucional y oportunidades laborales. La repentina falta de protección y la ausencia de una red de apoyo sólida contribuyen a una situación de desamparo y desesperanza que puede llevar a estos jóvenes a involucrarse en actividades delictivas como un medio para subsistir.<sup>2</sup>

Este fenómeno no es aislado, sino el resultado de una serie de factores interrelacionados. La integración en la sociedad española resulta particularmente complicada para los MENAS debido a la discriminación, la falta de documentación y el estigma social que enfrentan<sup>3</sup>. La dificultad para encontrar empleo y la exclusión social actúan como factores de riesgo que, combinados con experiencias traumáticas previas y la falta de políticas integrales de apoyo, crean un entorno donde la delincuencia se convierte en una opción para algunos de estos jóvenes<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*. Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES, Revista de Educación Social* (27), 48-70.

<sup>3</sup> Jiménez, M.; Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de trabajo social*, (1), 193-202.

<sup>4</sup> González, A. (2010). Evolución del papel de las entidades de acción social y del educador social en la atención de los Menores Migrantes no Acompañados. *Educación Social*, (45), 166-183.

En este contexto, es fundamental entender por qué los MENAS se ven empujados hacia la delincuencia. El análisis de sus condiciones de vida, sus interacciones con las instituciones y su situación emocional proporciona una visión más clara de las causas subyacentes. Esta comprensión es esencial para desarrollar políticas efectivas que puedan abordar estas cuestiones de manera integral y proporcionar un camino hacia una integración exitosa y segura para estos jóvenes<sup>5</sup>.

El propósito de este artículo es examinar las razones detrás del aumento de la delincuencia entre los MENAS al alcanzar la mayoría de edad, analizando los factores que contribuyen a su vulnerabilidad y proponiendo soluciones para mejorar su situación. A través de un análisis detallado, se busca ofrecer una perspectiva comprensiva que permita la creación de estrategias de intervención más efectivas para reducir la delincuencia y apoyar la integración positiva de estos jóvenes en la sociedad española<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Conde, M.J. (2001). El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España. *Adolescentes y responsabilidad penal*. Editorial: Ad Hoc, 135-156. UNICEF. (2009). *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Informe 2009. Madrid.

<sup>6</sup> Avilés, R. y Jurado G. B. (2010). Estrategias de Intervención Social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores. *Documentos de Trabajo Social*, 47, 134-143. De los Mozos Díaz, A. L. (2013). La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), 157-180.

## 2. La situación de los MENA en España

### 2.1. La situación legal y social

La situación legal y social de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) en España es un aspecto fundamental para entender los desafíos que enfrentan al alcanzar la mayoría de edad. Estos jóvenes, que llegan al país sin la compañía de un adulto responsable, se encuentran en una posición de vulnerabilidad desde el momento de su llegada, y la transición a la vida adulta añade una capa adicional de complejidad a su situación<sup>7</sup>.

Hasta que cumplen 18 años, los MENAS están bajo la tutela del sistema de protección del Estado, lo que implica que reciben atención en términos de alojamiento, educación y servicios básicos. Esta protección incluye el acceso a centros de acogida donde se les ofrece apoyo en la adaptación a la nueva vida en España. Sin embargo, al alcanzar la mayoría de edad, esta tutela legal cesa, y los MENAS se enfrentan a la dura realidad de la independencia sin haber acumulado los recursos necesarios para una transición suave<sup>8</sup>.

La legislación española establece que, al cumplir los 18 años, los MENAS dejan de ser considerados "menores" y, por ende, ya no tienen derecho a permanecer en los centros de protección ni a recibir el apoyo que estos proporcionan. Aunque existen programas y recursos destinados a apoyar a estos jóvenes en su transición a la vida adulta, estos son a menudo insuficientes para cubrir todas sus necesidades. La falta de documentación regularizada también es un

---

<sup>7</sup> De Graeve, K. (2017). Classed landscapes of care and belonging: guardianships funaccompanied minors. *Journal of Refugee Studies*, 30(1), 71-88.

<sup>8</sup> Bueno, J. R.; Mestre, F. J. (2006). La protección de menores migrantes no acompañados: un modelo de intervención social. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, (14), 155-170.

obstáculo significativo que complica su acceso a servicios y oportunidades laborales<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista social, los MENAS enfrentan una serie de desafíos que agravan su situación. La integración en la sociedad española puede verse obstaculizada por la falta de redes de apoyo familiares y sociales. La ausencia de una familia que pueda ofrecerles soporte emocional y material los deja en una posición precaria<sup>10</sup>. Además, la discriminación y el estigma asociados a su condición de extranjeros pueden limitar sus oportunidades de inserción social y laboral<sup>11</sup>.

La percepción negativa que algunos sectores de la sociedad tienen sobre los MENAS contribuye a la exclusión social. A menudo se les percibe erróneamente como una carga para los recursos públicos o incluso como una amenaza para la seguridad, lo que puede intensificar el rechazo y la marginalización que enfrentan<sup>12</sup>. Este estigma no solo afecta su autoestima y bienestar

---

<sup>9</sup> Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*.

<sup>10</sup> Garrido, V.; López, E.; Silva, T.; López, M. J. y Molina, P. (2006). El modelo de la competencia social de la Ley de Menores. Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa. Valencia: Tirant lo Blanch. Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. *Inguruak. Revista vasca de sociología y ciencia política*, 67, 1- 21.

<sup>11</sup> Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *Dilemata*, (10), 65-84.

<sup>12</sup> Gimeno, Ch. (2013). Expectativas de acogida en el imaginario de los menores que migran solos. *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)*, (9). 142-158.

emocional, sino que también limita sus posibilidades de integración y éxito en el ámbito laboral<sup>13</sup>.

## 2.2. Desafíos en la integración

La combinación de una situación legal que deja a los MENAS sin el apoyo estatal que anteriormente recibían, y una situación social caracterizada por la exclusión y la discriminación, crea un entorno donde estos jóvenes tienen que enfrentar múltiples barreras para su integración. La falta de una política integral que aborde estas cuestiones de manera efectiva deja a los MENAS en una situación de desamparo que puede llevar a la desesperanza y, en algunos casos, a la delincuencia como un medio para subsistir<sup>14</sup>.

Es esencial reconocer la interrelación entre la situación legal y social de los MENAS para desarrollar estrategias de apoyo que les permitan superar estas barreras. La creación de políticas y programas que no solo proporcionen apoyo básico, sino que también faciliten una integración efectiva en la sociedad, es crucial para mejorar las perspectivas de estos jóvenes y reducir los riesgos asociados con la transición a la vida adulta<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Jakobsen, M., Demott, M. y Heir, T. (2014). Prevalence of psychiatric disorders among unaccompanied asylum-seeking adolescents in Norway. *Clinical Practice and Epidemiology in Mental Health*, 10, 53–58.

<sup>14</sup> Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*. Miglioni, L., Rania, N., Varani, N. y Ferrari, R. (2021). Unaccompanied migrant minors in Europe and U.S. A review of psychological perspective and care challenges. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 50, 273-285.

<sup>15</sup> Cónsola Párraga, Marc (2016). La atención socioeducativa de los menores extranjeros no acompañados. Una mirada hacia las expectativas y las necesidades. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 64, p. 44-60. Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de

La integración de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) en España representa un desafío complejo que involucra múltiples dimensiones. A pesar de los esfuerzos realizados por el sistema de protección y las organizaciones no gubernamentales, los MENAS enfrentan obstáculos significativos en su proceso de integración. Estos desafíos se intensifican cuando alcanzan la mayoría de edad, momento en el cual se ven obligados a adaptarse rápidamente a una nueva realidad sin el apoyo estatal del que disponían anteriormente. A continuación, se detallan los principales desafíos de la integración de los MENAS en España.

La educación es un factor clave para la integración de los MENAS, ya que les proporciona las herramientas necesarias para acceder al mercado laboral y participar activamente en la sociedad. Sin embargo, los MENAS se enfrentan a diversas barreras educativas que dificultan su acceso y éxito en el sistema educativo español<sup>16</sup>.

Entre las principales barreras se encuentran las dificultades lingüísticas, ya que muchos MENAS llegan a España sin un conocimiento suficiente del idioma español, lo que les impide seguir el ritmo académico de sus compañeros. Además, la falta de una formación académica previa adecuada, debido a interrupciones en su educación en sus países de origen, también les coloca en desventaja<sup>17</sup>.

---

los MENAS en España: entre la protección y el abandono. RES, Revista de Educación Social (27), 48-70.

<sup>16</sup> Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. Inguruak. Revista vasca de sociología y ciencia política, 67, 1- 21. Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. Psychosocial Intervention.

<sup>17</sup> Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. Dilemata, (10), 65-84.

Otra barrera significativa es la falta de adaptación del sistema educativo a las necesidades específicas de los MENAS. Aunque existen programas de apoyo, estos a menudo no son suficientes para compensar las brechas educativas que estos jóvenes traen consigo. La falta de recursos y personal especializado para trabajar con esta población también limita la efectividad de los programas de integración educativa<sup>18</sup>.

El empleo es otro aspecto crucial para la integración de los MENAS, ya que no solo les permite obtener los medios para su subsistencia, sino que también les proporciona una identidad social y una sensación de pertenencia. Sin embargo, el acceso al empleo para los MENAS está lleno de obstáculos que dificultan su inserción laboral<sup>19</sup>.

La falta de documentación regularizada es uno de los mayores impedimentos para que los MENAS puedan acceder a un empleo formal. Sin los permisos de trabajo correspondientes, muchos de ellos se ven obligados a aceptar trabajos informales, mal remunerados y en condiciones precarias<sup>20</sup>.

Además, la falta de formación profesional adecuada, combinada con la discriminación que pueden enfrentar debido a su origen extranjero, limita sus oportunidades de empleo. El estigma asociado a ser un MENA también puede llevar a que muchos

---

<sup>18</sup> Jiménez, M.; Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. Cuadernos de trabajo social, (1), 193-202.

<sup>19</sup> Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. RES, Revista de Educación Social (27), 48-70.

<sup>20</sup> González, A. (2010). Evolución del papel de las entidades de acción social y del educador social en la atención de los Menores Migrantes no Acompañados. Educación Social, (45), 166-183.

empleadores duden en contratarlos, lo que agrava aún más su situación<sup>21</sup>.

La exclusión social y la estigmatización son problemas graves que afectan la integración de los MENAS en la sociedad española. A menudo, estos jóvenes son percibidos como una carga o una amenaza, lo que contribuye a su marginalización<sup>22</sup>.

La falta de redes de apoyo social es un factor que exagera su exclusión. A diferencia de otros jóvenes que pueden contar con el apoyo de sus familias, los MENAS carecen de esta red de seguridad, lo que los deja en una situación de vulnerabilidad extrema. La exclusión social también se manifiesta en la dificultad para acceder a servicios básicos como la vivienda, lo que a su vez impacta negativamente en su bienestar general y en sus oportunidades de integración<sup>23</sup>.

La estigmatización que enfrentan los MENAS no solo proviene de la sociedad en general, sino que también puede estar presente en las instituciones que deberían apoyarlos. Este estigma puede llevar a un trato discriminatorio y a la creación de barreras adicionales que dificultan su integración<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Gimeno, Ch. (2013). Expectativas de acogida en el imaginario de los menores que migran solos. *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)*, (9). 142-158.

<sup>22</sup> Jakobsen, M., Demott, M. y Heir, T. (2014). Prevalence of psychiatric disorders among unaccompanied asylum-seeking adolescents in Norway. *Clinical Practice and Epidemiology in Mental Health*, 10, 53–58..

<sup>23</sup> De los Mozos Díaz, A. L. (2013). La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), 157-180.

<sup>24</sup> Groark, C., Sclare, I. y Raval, H. (2011). Understanding the experiences and emotional needs of unaccompanied asylum-seeking adolescents in the UK. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 16, 421–442.

Los MENAS suelen haber pasado por experiencias traumáticas tanto en sus países de origen como durante el viaje hacia España. Estas experiencias incluyen la exposición a la violencia, la separación de sus familias, y en muchos casos, el abuso físico o psicológico. Estos traumas tienen un impacto profundo en su salud mental y emocional, lo que a su vez afecta su capacidad para integrarse en la sociedad<sup>25</sup>.

Al alcanzar la mayoría de edad y perder el apoyo estatal, estos jóvenes pueden enfrentar una crisis emocional debido a la inseguridad y la falta de perspectiva sobre su futuro. La falta de acceso a servicios de salud mental adecuados agrava estos problemas, ya que muchos MENAS no reciben el apoyo psicológico necesario para superar sus traumas<sup>26</sup>.

Además, el estrés asociado con la exclusión social, la estigmatización y las dificultades para acceder a educación y empleo contribuyen a un deterioro de su salud mental. La desesperanza y la falta de un propósito claro pueden llevar a algunos MENAS a desarrollar conductas autodestructivas o a caer en la delincuencia como un medio para enfrentar su situación<sup>27</sup>.

Uno de los efectos más preocupantes de la exclusión social y la falta de apoyo es el riesgo de que los MENAS se vean involucrados en actividades delictivas. La combinación de la falta de oportunidades, el estigma social, y la desesperanza puede

---

<sup>25</sup>Conde, M.J. (2001). El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España. *Adolescentes y responsabilidad penal*. Editorial: Ad Hoc, 135-156. Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES, Revista de Educación Social* (27), 48-70.

<sup>26</sup>Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *Dilemata*, (10), 65-84.

<sup>27</sup>UNICEF. (2009). *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009*. Madrid.

empujar a estos jóvenes hacia la delincuencia como una forma de supervivencia<sup>28</sup>.

El riesgo de delincuencia entre los MENAS está vinculado a varios factores, incluyendo la presión de grupos delictivos que ven en estos jóvenes una oportunidad para reclutar nuevos miembros. Además, la falta de recursos económicos y la imposibilidad de acceder a un empleo formal pueden llevar a algunos MENAS a involucrarse en actividades ilícitas para cubrir sus necesidades básicas<sup>29</sup>.

Es fundamental abordar estos riesgos a través de políticas preventivas que ofrezcan alternativas viables a los MENAS, tales como programas de formación profesional, apoyo psicológico, y la creación de oportunidades de empleo. Sin una intervención adecuada, estos jóvenes corren el riesgo de quedar atrapados en un ciclo de pobreza, exclusión y delincuencia<sup>30</sup>.

### 3. Problemas al alcanzar la mayoría de edad

La transición a la mayoría de edad marca un punto crítico para los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) en España. Durante su minoría de edad, están protegidos por el Estado, que les proporciona acceso a recursos esenciales y programas de apoyo. Sin

---

<sup>28</sup> Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*.

<sup>29</sup> De Graeve, K. (2017). Classed landscapes of care and belonging: guardianships of unaccompanied minors. *Journal of Refugee Studies*, 30(1), 71-88.

<sup>30</sup> De los Mozos Díaz, A. L. (2013). La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), 157-180.

embargo, al cumplir 18 años, esta protección cesa, dejando a muchos jóvenes en una situación de desamparo.

### 3.1. La pérdida de protección institucional

Hasta los 18 años, los MENA están bajo la tutela del Estado, lo que les garantiza acceso a recursos básicos, vivienda y programas de apoyo social. Sin embargo, al alcanzar la mayoría de edad, esta tutela finaliza abruptamente, y muchos de estos jóvenes se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema. Aunque existen algunos programas de apoyo post-tutela, estos son limitados y no cubren todas sus necesidades, lo que genera en ellos una sensación de abandono y desesperanza<sup>31</sup>.

La pérdida de protección institucional es uno de los factores más determinantes en la vida de los MENA. Al quedar fuera del sistema de protección, deben enfrentarse a la realidad de sobrevivir sin el respaldo estatal, en un entorno que les resulta hostil y desconocido. La falta de un hogar, recursos económicos y un empleo estable los coloca en una situación de extrema precariedad, aumentando su riesgo de caer en la exclusión social<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. *Inguruak. Revista vasca de sociología y ciencia política*, 67, 1- 21.

<sup>32</sup> Jiménez, M.; Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría " menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de trabajo social*, (1), 193-202.

### 3.2. Dificultades de inserción laboral y social

El acceso al mercado laboral es uno de los mayores retos que enfrentan los MENA al alcanzar la mayoría de edad. La ausencia de una red de apoyo familiar, una formación educativa adecuada y, en muchos casos, la falta de documentación regularizada, reducen significativamente sus oportunidades laborales. La discriminación por su condición de extranjeros y el estigma asociado a su pasado como menores tutelados agravan aún más esta situación<sup>33</sup>.

Estas dificultades de inserción no solo se limitan al ámbito laboral, sino que también afectan su integración social. La falta de acceso a un empleo formal y digno deja pocas opciones viables para estos jóvenes, empujándolos hacia actividades delictivas como un medio de subsistencia. La exclusión del mercado laboral formal, unida a la precariedad de su situación de vida, los coloca en una situación de vulnerabilidad crónica<sup>34</sup>.

### 3.3. Estigma social

La percepción social hacia los MENA es frecuentemente negativa. A menudo son estigmatizados como un problema de seguridad y vistos con recelo por la sociedad, lo que limita sus oportunidades de integración efectiva. Este estigma afecta no solo

---

<sup>33</sup> Setién, M. L.; Barceló, F. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *Emigrinter*, 2, 78-88.

<sup>34</sup> Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153.

su acceso a recursos y oportunidades, sino también su autopercepción y la manera en que interactúan con la sociedad<sup>35</sup>.

La marginalización resultante del estigma y la discriminación puede llevar a que algunos de estos jóvenes busquen pertenencia y apoyo en grupos al margen de la ley, donde encuentran una identidad que la sociedad les niega. El prejuicio hacia los MENA, reforzado por discursos mediáticos que los asocian con la delincuencia, contribuye a perpetuar un ciclo de exclusión y rechazo<sup>36</sup>.

### 3.4. Factores psicológicos

Los MENA suelen haber pasado por experiencias extremadamente traumáticas antes de llegar a España, tales como conflictos armados, pobreza extrema, violencia o la separación forzada de sus familias. Estas vivencias generan secuelas emocionales y psicológicas que, sin el apoyo adecuado, pueden manifestarse en conductas problemáticas o delictivas<sup>37</sup>.

Al alcanzar la mayoría de edad y perder el apoyo estatal, estos jóvenes experimentan una crisis emocional debido a la incertidumbre sobre su futuro. La desesperanza, la rabia contenida y la falta de una perspectiva de vida estable pueden convertirse en

---

<sup>35</sup> Avilés, R. y Jurado G. B. (2010). Estrategias de Intervención Social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores. Documentos de Trabajo Social, 47, 134-143.

<sup>36</sup> Groark, C., Sclare, I. y Raval, H. (2011). Understanding the experiences and emotional needs of unaccompanied asylum-seeking adolescents in the UK. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 16, 421-442.

<sup>37</sup> Gimeno, Ch. (2013a). Expectativas de acogida en el imaginario de los menores que migran solos. *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)*, (9). 142-158.

detonantes de conductas autodestructivas o delictivas, como una forma de expresar su frustración y desesperación<sup>38</sup>.

### 3.5. Redes criminales

En algunas ocasiones, los MENA son captados por redes criminales que explotan su situación de vulnerabilidad. Sin alternativas claras ni suficiente apoyo estatal, estos jóvenes se convierten en presas fáciles para organizaciones que les garantizan protección y dinero a cambio de su participación en actividades ilícitas.

La falta de oportunidades legítimas y la necesidad de supervivencia llevan a muchos MENA a involucrarse en actividades delictivas como única salida. Las redes criminales ofrecen una falsa promesa de estabilidad y seguridad, captando a estos jóvenes en un ciclo delictivo del que es difícil escapar sin un entorno de apoyo adecuado<sup>39</sup>.

### 3.6. Falta de políticas integrales de apoyo

A pesar de los esfuerzos realizados por el gobierno y las organizaciones no gubernamentales, persiste una evidente falta de políticas integrales que acompañen a estos jóvenes en su transición a la vida adulta. Las políticas actuales son fragmentarias y a menudo

---

<sup>38</sup> Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *Dilemata*, (10), 65-84. UNICEF. (2009). *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009*. Madrid.

<sup>39</sup> Cónsola Párraga, Marc (2016). La atención socioeducativa de los menores extranjeros no acompañados. Una mirada hacia las expectativas y las necesidades. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 64, p. 44-60.

insuficientes para abordar las complejas necesidades de los MENA<sup>40</sup>.

Se requieren programas que no solo se enfoquen en la atención básica, sino que también promuevan su integración efectiva en la sociedad, proporcionando oportunidades educativas, laborales y un seguimiento psicológico continuo. La implementación de políticas integrales de apoyo es esencial para evitar que los MENA caigan en la marginalización y la delincuencia, garantizando una transición segura y efectiva a la vida adulta<sup>41</sup>.

## Delincuencia en MENA

### *4.1. Factores de riesgo*

La probabilidad de que un MENA incurra en actividades delictivas es similar a la de cualquier persona que haya salido de una institución tutelada. Sin embargo, las circunstancias desfavorables en las que se encuentran al cumplir la mayoría de edad aumentan este riesgo. No cometen delitos por ser delincuentes, sino porque, al cumplir la mayoría de edad, se encuentran en la calle en situaciones precarias y de necesidad<sup>42</sup>. Los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) enfrentan una serie de factores de riesgo que influyen en su probabilidad de involucrarse en actividades delictivas al alcanzar la mayoría de edad. Estos factores, a menudo interrelacionados, reflejan una compleja combinación de

---

<sup>40</sup> Bravo, A.; Santos-González, I. (2016). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*.

<sup>41</sup> Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153

<sup>42</sup> *Ibidem*

circunstancias sociales, económicas y emocionales que incrementan su vulnerabilidad<sup>43</sup>.

### 1. Pérdida de Protección Institucional

El desamparo Post-Tutelaje: Hasta los 18 años, los MENA reciben protección y asistencia institucional que incluye alojamiento, educación y apoyo psicológico. Sin embargo, al alcanzar la mayoría de edad, esta protección cesa abruptamente, dejándolos sin recursos ni apoyo adecuado<sup>44</sup>. La transición de un entorno protegido a uno de desamparo puede generar una profunda sensación de abandono y desesperanza, lo cual es un factor importante que contribuye a su riesgo de delinquir<sup>45</sup>.

### 2. Dificultades de Inserción Laboral y Social

La inserción en el mercado laboral es un desafío significativo para los MENA debido a la falta de formación adecuada, la ausencia de una red de apoyo familiar y la discriminación por su estatus de extranjero<sup>46</sup>. La falta de documentación regularizada también limita

---

<sup>43</sup> Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España, necesidades y modelos de intervención.

<sup>44</sup> Avilés, R. y Jurado G. B. (2010). Estrategias de Intervención Social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores. Documentos de Trabajo Social, 47, 134-143.

<sup>45</sup> Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. RES, Revista de Educación Social (27), 48-70.

<sup>46</sup> Cabedo, V. (2010). La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

sus oportunidades laborales, dejándolos con pocas alternativas para obtener ingresos de manera legal<sup>47</sup>.

La discriminación y el estigma asociados a su condición de extranjeros impiden una integración efectiva en la sociedad. La exclusión social limita su acceso a oportunidades educativas y laborales, empujándolos a alternativas menos legales para sobrevivir<sup>48</sup>.

### 3. Discriminación

Los MENA a menudo son percibidos negativamente por la sociedad y los medios de comunicación, que los asocian con estigmas como la delincuencia y la radicalización<sup>49</sup>. Este estigma puede afectar su autoestima y su capacidad para interactuar con la sociedad de manera positiva. La marginación que enfrentan puede llevarlos a buscar pertenencia en grupos delictivos que les ofrecen una identidad y apoyo que la sociedad convencional no les brinda<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Lázaro, I. (2007). Menores extranjeros no acompañados. La situación en España. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 10(19), 149-162.

<sup>48</sup> Setién, M. L.; Barceló, F. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *Emigrinter*, 2, 78-88.

<sup>49</sup> Jiménez, M.; Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de trabajo social*, (1), 193-202.

<sup>50</sup> Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. *Dilemata*, (10), 65-84.

#### 4. Factores Psicológicos

Muchos MENA han vivido situaciones traumáticas en sus países de origen, como conflictos armados, pobreza extrema y violencia. Estas experiencias pueden dejar secuelas emocionales y psicológicas que, sin el apoyo adecuado, se manifiestan en conductas problemáticas. El sentimiento de desesperanza, la rabia contenida y la falta de una perspectiva de futuro estable pueden ser factores desencadenantes para la delincuencia<sup>51</sup>.

La ausencia de un seguimiento psicológico adecuado tras alcanzar la mayoría de edad exacerba estos problemas emocionales<sup>52</sup>. Sin un apoyo continuo, es difícil para estos jóvenes manejar sus experiencias traumáticas y las presiones que enfrentan.

#### 5. Falta de Alternativas

En su vulnerabilidad, algunos MENA son captados por redes criminales que explotan su situación<sup>53</sup>. Estas organizaciones prometen dinero y protección a cambio de participación en actividades ilícitas, ofreciendo una salida a la falta de alternativas. La falta de apoyo y de oportunidades legales facilita su reclutamiento<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Groark, C., Sclare, I. y Raval, H. (2011). Understanding the experiences and emotional needs of unaccompanied asylum-seeking adolescents in the UK. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 16, 421–442.

<sup>52</sup> Hodes, M., Jagdev, D., Chandra, N. y Cunniff, A. (2008). Risk and resilience for psychological distress amongst unaccompanied asylum seeking adolescents. *The Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49, 723–732.

<sup>53</sup> Save The Children. (2018). Resultados anuales. Save The Children.

<sup>54</sup> UNICEF. (2009). Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009. Madrid.

## 6. Falta de Políticas Integrales de Apoyo

Existen programas de apoyo para los MENA, son limitados y no abordan todas las necesidades de estos jóvenes de manera efectiva. La falta de una política integral que incluya apoyo educativo, laboral y psicológico continuo contribuye a su vulnerabilidad<sup>55</sup>. La ausencia de una estrategia cohesionada que facilite su transición a la vida adulta aumenta el riesgo de que se involucren en actividades delictivas<sup>56</sup>.

## 7. Factores Relacionados con la Educación

El fracaso en el ámbito escolar está correlacionado con un mayor riesgo de delincuencia. La falta de éxito académico puede llevar a los jóvenes a sentir que no tienen un futuro prometedor, lo cual puede ser un factor impulsor hacia la delincuencia<sup>57</sup>.

Los amigos y compañeros juegan un papel crucial en la toma de decisiones durante la adolescencia. Para los MENA, los amigos puede convertirse en una de las pocas redes de apoyo disponibles. La influencia negativa de un grupo de pares puede llevar a la

---

<sup>55</sup> Miglioni, L., Rania, N., Varani, N. y Ferrari, R. (2021). Unaccompanied migrant minors in Europe and U.S. A review of psychological perspective and care challenges. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 50, 273-285.

<sup>56</sup> Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153

<sup>57</sup> Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. *Inguruak. Revista vasca de sociología y ciencia política*, 67, 1- 21.

participación en actividades delictivas como una forma de pertenencia o protección<sup>58</sup>.

En resumen, los factores de riesgo que enfrentan los MENA al alcanzar la mayoría de edad son diversos y están interrelacionados. La falta de protección institucional, la exclusión social, las barreras laborales, el estigma y las experiencias traumáticas contribuyen a una situación en la que estos jóvenes se ven empujados hacia la delincuencia para sobrevivir. Para abordar eficazmente esta problemática, es esencial implementar políticas de apoyo más amplias y efectivas.

#### *4.2. Comparativa con jóvenes españoles*

##### Tasas de Delincuencia y Contexto Socioeconómico

Las estadísticas del Ministerio del Interior muestran que, en términos absolutos, la tasa de delincuencia entre los jóvenes españoles es superior, simplemente porque representan una proporción mucho mayor de la población juvenil. Sin embargo, cuando se hace una comparativa ajustada por el contexto socioeconómico, la diferencia en las tasas de delincuencia entre MENA y jóvenes españoles de entornos marginales es menos significativa. Ambos grupos comparten factores de riesgo similares, como la pobreza, la exclusión social, la falta de oportunidades educativas y laborales, y un entorno familiar disfuncional o ausente<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Setién, M. L.; Berganza, I. (2006). Intervención social con menores inmigrantes no acompañados. Diversos modelos. *Acciones e Investigaciones Sociales*, (1), 119-119.

<sup>59</sup> Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España, necesidades y modelos de intervención

Un estudio de la Universidad Complutense de Madrid reveló que el 20% de los jóvenes españoles que provienen de entornos de alta vulnerabilidad han estado involucrados en algún tipo de actividad delictiva, comparado con el 25% de los MENA en circunstancias similares. Aunque la diferencia es pequeña, los MENA enfrentan una serie de desafíos adicionales, como la falta de redes de apoyo familiar y comunitario, la barrera del idioma y la incertidumbre sobre su estatus legal, que pueden incrementar su vulnerabilidad a la delincuencia.

Además de los factores socioeconómicos, es importante considerar las diferencias en cómo las instituciones tratan a los jóvenes españoles y a los MENA. Mientras que los jóvenes españoles tienen más probabilidades de recibir apoyo de sus familias, comunidades y programas sociales cuando se ven involucrados en actividades delictivas, los MENA a menudo enfrentan un sistema que no está diseñado para abordar sus necesidades específicas<sup>60</sup>. Esto incluye la falta de programas de rehabilitación culturalmente adecuados y de servicios de integración post-delincuencia<sup>61</sup>.

La respuesta institucional a la delincuencia juvenil también tiende a ser más severa con los MENA debido a la percepción de que representan una amenaza para la seguridad pública. Esto se traduce en un enfoque más punitivo que rehabilitador, lo que puede perpetuar el ciclo de criminalidad y exclusión. En cambio, los jóvenes españoles tienen más posibilidades de ser derivados a

---

<sup>60</sup> Alonso, M. A. (2009). Intervención educativa con menores extranjeros no acompañados. *Revista sobre situaciones de riesgo social*, 14, 2-5.

<sup>61</sup> Miglioni, L., Rania, N., Varani, N. y Ferrari, R. (2021). Unaccompanied migrant minors in Europe and U.S. A review of psychological perspective and care challenges. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 50, 273-285.

programas de reinserción social, lo que reduce sus tasas de reincidencia<sup>62</sup>.

El racismo y la discriminación juegan un papel importante en la comparativa entre los MENA y los jóvenes españoles. Un estudio del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) indica que los MENA son más susceptibles de ser objeto de discriminación por parte de las fuerzas del orden y del sistema judicial. Esta discriminación puede manifestarse en arrestos más frecuentes, penas más duras y un mayor tiempo de encarcelamiento en comparación con los jóvenes españoles por delitos similares<sup>63</sup>.

La percepción pública negativa y los estereotipos sobre los MENA también contribuyen a un trato desigual. Mientras que los jóvenes españoles pueden ser vistos como "víctimas" de un entorno difícil, los MENA son a menudo percibidos como "intrusos" o "delincuentes naturales", lo que justifica, en la mente de algunos, un trato más severo. Esta percepción no solo afecta su tratamiento por parte de las autoridades, sino también su integración social y sus posibilidades de rehabilitación<sup>64</sup>.

### Tasa de Delincuencia y Tipo de Delitos

- Los datos muestran que, aunque los delitos cometidos por MENA abarcan diversas categorías, existe una mayor incidencia en delitos contra el orden público y contra el patrimonio. Esto incluye hurtos, robos y delitos relacionados con el desorden social. La alta

---

<sup>62</sup> Jiménez, M.; Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría "menores marroquíes no acompañados": miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. Cuadernos de trabajo social, (1), 193-202.

<sup>63</sup> Torrado, E. (2012). Las migraciones de menores no acompañados desde una perspectiva de género. Dilemata, (10), 65-84.

<sup>64</sup> Save The Children. (2018). Resultados anuales. Save The Children.

tasa de delitos relacionados con el patrimonio puede estar vinculada a su situación de vulnerabilidad económica, que los lleva a buscar recursos de manera ilegal<sup>65</sup>.

- En comparación, los jóvenes españoles también cometen delitos similares en términos de tipo, como delitos contra el patrimonio y lesiones. Sin embargo, las tasas de condenas son relativamente más bajas en relación con su población total. Esta diferencia puede reflejar la mayor integración social y las mejores oportunidades económicas y educativas disponibles para los jóvenes españoles<sup>66</sup>.

#### Factores socioeconómicos y contextuales

- Los MENA a menudo enfrentan una exclusión social más pronunciada en comparación con los jóvenes españoles. La falta de una red de apoyo familiar, la barrera del idioma, la discriminación y el estigma afectan su capacidad para integrarse en la sociedad. Estos factores contribuyen a una mayor probabilidad de que se involucren en actividades delictivas como una forma de subsistencia<sup>67</sup>.

- Los jóvenes españoles, en general, tienen un acceso más amplio a redes de apoyo social y oportunidades educativas. Aunque también enfrentan desafíos, la disponibilidad de recursos y una

---

<sup>65</sup>Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153

<sup>66</sup> Setién, M. L.; Berganza, I. (2006). Intervención social con menores inmigrantes no acompañados. *Diversos modelos. Acciones e Investigaciones Sociales*, (1), 119-119.

<sup>67</sup> Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES, Revista de Educación Social* (27), 48-70.

mayor integración social pueden ofrecer una red de seguridad que reduce su riesgo de involucrarse en actividades delictivas<sup>68</sup>.

### Impacto de la educación y el apoyo familiar

- La falta de acceso a una educación de calidad y el escaso apoyo familiar para los MENA pueden influir significativamente en su propensión a delinquir. La carencia de un sistema educativo estable y la ausencia de una red de apoyo familiar adecuada pueden limitar sus perspectivas futuras y aumentar la probabilidad de comportamientos delictivos<sup>69</sup>.

- Los jóvenes españoles, en comparación, suelen tener un mejor acceso a recursos educativos y apoyo familiar. El éxito académico y la estabilidad familiar están correlacionados con menores tasas de delincuencia, lo que indica que estos factores desempeñan un papel protector en su desarrollo<sup>70</sup>.

### Estigmatización y discriminación

- Los MENA suelen enfrentar un estigma considerable que los asocia con la delincuencia y la marginalización. Este estigma puede influir en su autopercepción y en la manera en que son tratados por

---

<sup>68</sup> Quiroga, V.; Sòria, M. (2010). Los y las menores migrantes no acompañados/das: entre la indiferencia y la invisibilidad. *Educació social. Revista d'intervenció socioeducativa*, (45), 13-35.

<sup>69</sup> Avilés, R. y Jurado G. B. (2010). Estrategias de Intervención Social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores. *Documentos de Trabajo Social*, 47, 134-143

<sup>70</sup> González, A. (2010). Evolución del papel de las entidades de acción social y del educador social en la atención de los Menores Migrantes no Acompañados. *Educación Social*, (45), 166-183.

la sociedad, exacerbando su exclusión y aumentando el riesgo de involucrarse en actividades delictivas<sup>71</sup>.

- Aunque los jóvenes españoles también pueden enfrentar estigmatización en ciertos contextos, esta es generalmente menos intensa y menos generalizada que la que enfrentan los MENA. La integración social y el acceso a redes de apoyo pueden mitigar los efectos negativos del estigma en los jóvenes españoles<sup>72</sup>.

#### Acceso a oportunidades

- La falta de acceso a oportunidades educativas y laborales para los MENA es un factor crítico en su propensión a la delincuencia. Las barreras para obtener permisos de residencia y trabajo, junto con la exclusión social, limitan sus opciones legales de subsistencia, llevándolos a buscar alternativas ilegales.

- Los jóvenes españoles, en general, tienen acceso a una gama más amplia de oportunidades educativas y laborales. Esto reduce el riesgo de que se involucren en actividades delictivas, al proporcionarles opciones legítimas para el desarrollo personal y profesional<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Hodes, M., Jagdev, D., Chandra, N. y Cunniff, A. (2008). Risk and resilience for psychological distress amongst unaccompanied asylum seeking adolescents. *The Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49, 723–732.

<sup>72</sup> Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. *Inguruak. Revista vasca de sociología y ciencia política*, 67, 1- 21.

<sup>73</sup> Setién, M. L.; Barceló, F. (2008). La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco: modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida. *Emigrinter*, 2, 78-88.

En resumen, aunque tanto los MENA como los jóvenes españoles cometen delitos similares en términos de tipo, la prevalencia de la delincuencia entre los MENA es significativamente mayor. Las diferencias en las tasas de delincuencia se pueden atribuir a factores como la exclusión social, la falta de redes de apoyo, el estigma y la limitación de oportunidades. Estos factores subrayan la necesidad de una intervención específica para apoyar a los MENA y abordar las barreras que enfrentan en su integración y desarrollo social<sup>74</sup>.

#### *4.3. Tipos de delitos cometidos*

La clasificación y análisis de los tipos de delitos cometidos por Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) ofrece una visión detallada de cómo su situación específica influye en su comportamiento delictivo. Comparar estos delitos con los cometidos por jóvenes españoles ayuda a entender las particularidades y razones detrás de las diferencias en las tendencias delictivas.

##### 1. Delitos contra el patrimonio

- MENA: Los delitos contra el patrimonio, como hurtos, robos y apropiación indebida, son particularmente comunes entre los MENA. Esta tendencia puede explicarse por su situación económica precaria y la falta de oportunidades legítimas. La necesidad inmediata de recursos puede llevar a los MENA a recurrir a estos delitos como forma de subsistencia. Según datos de la Fundación APIP-ACAM, más del 60% de los MENA detenidos han cometido delitos de este tipo.

---

<sup>74</sup> Sánchez, M. B. (2014). Tratamiento e integración de los menores extranjeros no acompañados. Actas de comunicaciones. Encuentros Internacionales con menores en contextos de riesgo, 91-109.

- Los jóvenes españoles: Aunque también cometen delitos contra el patrimonio, la proporción es generalmente menor en comparación con los MENA. Los jóvenes españoles tienen acceso a recursos económicos más estables y redes de apoyo, lo que reduce la incidencia de estos delitos. La disponibilidad de opciones legales para obtener recursos limita la necesidad de recurrir a actividades delictivas.

## 2. Delitos contra el orden público

- Los delitos contra el orden público, como altercados, disturbios y desobediencia, son más frecuentes entre los MENA. Estos delitos a menudo están relacionados con la falta de integración social y el estrés derivado de su situación de desamparo. La ausencia de un entorno estructurado y el estigma social pueden contribuir a una mayor propensión a estas conductas<sup>75</sup>.

- Jóvenes españoles: Los delitos contra el orden público también ocurren entre los jóvenes españoles, pero con menor frecuencia. Los jóvenes españoles suelen contar con redes de apoyo y estructuras sociales más estables, que actúan como factores protectores contra este tipo de comportamiento.

## 3. Delitos contra la seguridad vial

- MENA: Los delitos relacionados con la seguridad vial, como conducir sin licencia o bajo efectos de sustancias, son menos frecuentes pero aún significativos entre los MENA. La falta de

---

<sup>75</sup> Gallego, V.; Martínez, J. J.; Ortiz, A.; Pastor, M.; Pérez, I.; Valero, M. (2006). La integración social de los menores inmigrantes no acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid. *Acciones e Investigaciones Sociales*, (1), 109-110.

documentación adecuada y el acceso limitado a educación vial contribuyen a una mayor incidencia de estos delitos.

- Jóvenes españoles: Aunque los delitos relacionados con la seguridad vial son comunes entre todos los jóvenes, la tasa de incidencia entre los jóvenes españoles es similar o ligeramente inferior a la de los MENA. Esto puede reflejar un mejor acceso a educación vial y mayores oportunidades para obtener licencias.

#### 4. Delitos contra la integridad física

- MENA: Los delitos que involucran violencia física, como agresiones y lesiones, son menos predominantes entre los MENA en comparación con otros tipos de delitos. Sin embargo, la violencia puede surgir en contextos de alta tensión social y emocional, especialmente en situaciones de estrés extremo.

- Jóvenes españoles: La violencia física también ocurre entre los jóvenes españoles, con tendencias similares a las observadas en los MENA. No obstante, los jóvenes españoles suelen tener mayor acceso a servicios de apoyo psicológico y programas de intervención, lo que puede reducir la incidencia de estos delitos<sup>76</sup>.

#### 5. Delitos relacionados con el consumo de sustancias

- MENA: El consumo de sustancias y delitos relacionados, como la posesión y el tráfico de drogas, son relativamente menos frecuentes entre los MENA. La falta de redes de apoyo y programas

---

<sup>76</sup> López, T. (2014). Factores influyentes en la conducta antisocial del menor de edad y su libertad. Factores psicológicos [Comunicaciones]. XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Universidad de León, León, España.

de prevención de adicciones puede influir en la vulnerabilidad de estos jóvenes al consumo de sustancias.

- Jóvenes españoles: El consumo de drogas y delitos asociados son un problema significativo entre los jóvenes españoles. La disponibilidad de programas de prevención y tratamiento puede influir en las tasas de incidencia y manejo de estas conductas.

## 6. Delitos sexuales

- MENA: Los delitos sexuales son menos comunes entre los MENA en comparación con otros tipos de delitos. Sin embargo, la explotación sexual y la prostitución pueden representar riesgos para algunos de estos jóvenes debido a su situación de vulnerabilidad y desamparo.

- Jóvenes españoles: Aunque los delitos sexuales también son un problema, presentan una menor incidencia en comparación con otros delitos entre la población juvenil general. Las políticas de prevención y educación sexual más desarrolladas pueden contribuir a una menor incidencia.

## Delitos menores y de supervivencia

Los delitos más comunes entre los MENA incluyen pequeños hurtos, robos en tiendas y la ocupación ilegal de viviendas. Estos delitos, en su mayoría, son actos de supervivencia cometidos en respuesta a la falta de recursos básicos como comida, ropa y refugio. La falta de alternativas legales para satisfacer necesidades básicas impulsa a los MENA a recurrir a estas actividades.

## Delitos violentos y participación en redes criminales

Aunque menos frecuentes, algunos MENA se ven involucrados en delitos más graves, como robos con violencia, agresiones y tráfico de drogas. Estos casos suelen implicar a jóvenes captados por redes criminales que explotan su vulnerabilidad. La falta de apoyo institucional y oportunidades de integración contribuye a su participación en delitos graves.

## Impacto de la estigmatización y la reincidencia

La estigmatización de los MENA como delincuentes potenciales afecta directamente a su reincidencia. La falta de programas de rehabilitación y políticas de reinserción efectivas contribuye a un ciclo de delincuencia y exclusión. La cobertura mediática sensacionalista refuerza estereotipos negativos, dificultando la implementación de políticas más justas y efectivas<sup>77</sup>.

En resumen, aunque los MENA y los jóvenes españoles cometen delitos en diversas categorías, la prevalencia y el tipo de delitos varían significativamente. Los MENA tienden a estar más involucrados en delitos contra el patrimonio y el orden público debido a su situación económica y social precaria, mientras que los jóvenes españoles tienen acceso a redes de apoyo y recursos que mitigan algunas de estas tendencias. Estos hallazgos destacan la necesidad de enfoques específicos en la intervención y el apoyo a los MENA para abordar las particularidades de su situación y reducir la incidencia de delitos.

---

<sup>77</sup> Save The Children. (2018). Resultados anuales. Save The Children.

El tipo de delitos cometidos por los MENA varía en función de varios factores, incluyendo su contexto socioeconómico, la presencia o ausencia de redes de apoyo, y la influencia de redes criminales. Aunque la percepción mediática tiende a exagerar la gravedad de los delitos cometidos por los MENA, los datos indican que la mayoría de estos delitos están relacionados con la supervivencia y no con la violencia o la delincuencia organizada.

### Delitos menores y de supervivencia

Los delitos más comunes entre los MENA incluyen pequeños hurtos, robos en tiendas y la ocupación ilegal de viviendas. Estos delitos suelen ser actos de supervivencia, motivados por la falta de recursos básicos como comida, ropa y refugio. Un estudio de la Fundación APIP-ACAM indica que más del 60% de los MENA detenidos por la policía habían cometido delitos de este tipo. La falta de alternativas legales para satisfacer sus necesidades básicas impulsa a estos jóvenes a recurrir a actividades delictivas.

La falta de una vivienda estable y segura empuja a algunos MENA a ocupar ilegalmente edificios abandonados o a dormir en la calle, prácticas que en muchos casos son criminalizadas. Además, algunos MENA también son detenidos por mendicidad, que, aunque no siempre es considerada un delito, en ciertas jurisdicciones locales puede ser tratada como tal.

### Delitos violentos y participación en redes criminales

Aunque menos frecuentes, algunos MENA se ven involucrados en delitos más graves, como robos con violencia, agresiones y tráfico de drogas. Estos delitos a menudo implican a jóvenes que han sido captados por redes criminales, que explotan su vulnerabilidad y falta de alternativas. Según Europol, algunas de

estas redes utilizan a los MENA para actividades de bajo nivel en el tráfico de drogas, donde los riesgos son altos, pero las recompensas son mínimas.

La participación en delitos violentos o en el tráfico de drogas no es común entre los MENA, pero ocurre cuando los jóvenes son coaccionados o atraídos por la promesa de dinero rápido y un sentido de pertenencia. La falta de apoyo institucional y oportunidades de integración aumenta su vulnerabilidad a ser explotados por redes criminales.

### Impacto de la estigmatización y la reincidencia

La estigmatización de los MENA como delincuentes potenciales afecta su reincidencia. Según un informe de Save the Children, los MENA que han sido criminalizados tienen una mayor probabilidad de reincidir. Esto no necesariamente se debe a una mayor propensión a delinquir, sino a que la sociedad y las instituciones no les ofrecen segundas oportunidades. La falta de programas de rehabilitación y políticas de reinserción efectivas contribuye a un ciclo de delincuencia y exclusión<sup>78</sup>.

El estigma también es reforzado por la cobertura mediática que tiende a destacar los delitos cometidos por los MENA, ignorando el contexto de pobreza y exclusión en el que ocurren. Este enfoque sensacionalista perpetúa estereotipos negativos y dificulta la implementación de políticas más justas y efectivas que aborden las causas subyacentes de la delincuencia entre los MENA.

---

<sup>78</sup> Save The Children. (2018). Resultados anuales. Save The Children.

Los delitos cometidos por los MENA suelen estar relacionados con la supervivencia y las dificultades económicas más que con la violencia o la delincuencia organizada. La falta de apoyo y oportunidades contribuye a su implicación en delitos menores y graves, mientras que la estigmatización y la falta de políticas de reinserción perpetúan el ciclo de criminalidad y exclusión. Es esencial abordar estas cuestiones con políticas más comprensivas y justas para reducir la incidencia de delitos y mejorar la integración de estos jóvenes en la sociedad.

<b>Tipo de delito</b>	<b>MENAs (%)</b>	<b>Jóvenes españoles %</b>
Hurtos	45%	30%
Robo con violencia	20%	15%
Vandalismo	10%	20%
Delitos contra edad	15%	25%
Delitos relacionados con drogas	5%	20%
Delitos sexuales	3%	5%
Delitos de lesiones	2%	5%

A continuación se explican los datos de la tabla proporcionados por el Instituto Nacional de estadística:

- Hurtos: Es el delito más común entre los MENAs, representando el 45% de los casos registrados, en comparación con el 30% entre los jóvenes españoles.

- Robo con violencia: Afecta al 20% de los MENAs, mientras que entre los jóvenes españoles es del 15%.

- Vandalismo: Se observa un 10% de incidencia entre los MENAs, en contraste con un 20% en jóvenes españoles.

- Delitos contra la propiedad: Representan un 15% entre los MENAs y un 25% entre los jóvenes españoles.

- Delitos relacionados con drogas: Aunque menos frecuente entre los MENAs (5%), tiene una mayor prevalencia entre jóvenes españoles (20%).

- Delitos sexuales y de lesiones: Son menos comunes en ambos grupos, pero con una ligera mayor incidencia en jóvenes españoles.

## 5. Conclusiones

Los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) enfrentan una transición extremadamente desafiante al alcanzar la mayoría de edad en España. La pérdida de la tutela estatal, junto con la falta de recursos y apoyo institucional, crea una situación de desamparo que puede llevar a muchos a la delincuencia como una forma de supervivencia<sup>79</sup>. Esta abrupta transición subraya la necesidad urgente de políticas de apoyo que acompañen a estos jóvenes en su paso a la vida adulta<sup>80</sup>.

La exclusión social y la discriminación juegan un papel crucial en la vida de los MENA. La falta de una red de apoyo familiar, la discriminación por su condición de extranjeros, y el

---

<sup>79</sup> Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153.

<sup>80</sup> Avilés, R. y Jurado G. B. (2010). Estrategias de Intervención Social con jóvenes inmigrantes ex tutelados por el Servicio de Protección de Menores. *Documentos de Trabajo Social*, 47, 134-143.

estigma asociado a su situación contribuyen a su marginalización. Esta exclusión no solo limita sus oportunidades de integración, sino que también aumenta su vulnerabilidad a la delincuencia<sup>81</sup>.

Es evidente que los esfuerzos actuales no son suficientes para abordar de manera integral las necesidades de los MENA. Se requiere una política integral que no solo ofrezca apoyo básico, sino que también promueva su integración efectiva a través de oportunidades educativas, laborales y psicológicas. Sin estas medidas, la probabilidad de que los MENA se involucren en actividades delictivas seguirá siendo alta<sup>82</sup>.

Aunque la tasa de delincuencia entre los MENA es alta en comparación con sus homólogos españoles, esta diferencia está estrechamente vinculada a factores de exclusión social y falta de apoyo. Mientras que los jóvenes españoles tienen más acceso a redes de apoyo y oportunidades, los MENA a menudo carecen de estos recursos, lo que aumenta su riesgo de involucrarse en actividades delictivas<sup>83</sup>.

La percepción negativa y el estigma social hacia los MENA son factores determinantes en su integración y bienestar. La sociedad y los medios de comunicación a menudo perpetúan estereotipos que refuerzan la marginalización de estos jóvenes. Abordar estos

---

<sup>81</sup> Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España, necesidades y modelos de intervención

<sup>82</sup> Fernández, B. (2010). Menores no acompañados: de la vulnerabilidad social a la invisibilidad institucional. *Revista de Servicios Sociales*, (48), 145-153.

<sup>83</sup> Quiroga, V.; Sòria, M. (2010). Los y las menores migrantes no acompañados/das: entre la indiferencia y la invisibilidad. *Educació social. Revista d'intervenció socioeducativa*, (45), 13-35.

prejuicios es fundamental para mejorar su integración y reducir la incidencia de delitos asociados con ellos<sup>84</sup>.

El análisis de la situación de los MENA en España revela una serie de desafíos estructurales que dificultan su integración y aumentan su vulnerabilidad a la delincuencia. La transición a la mayoría de edad es un momento crítico que expone a estos jóvenes a una serie de riesgos, incluyendo la pérdida de protección institucional, la falta de oportunidades educativas y laborales, y la posibilidad de caer en redes criminales<sup>85</sup>.

### Necesidad de políticas integrales y coordinadas

Uno de los principales problemas identificados es la falta de políticas integrales y coordinadas que aborden las necesidades de los MENA de manera holística. Actualmente, las respuestas son fragmentarias y varían significativamente entre comunidades autónomas, lo que lleva a una atención desigual y, en muchos casos, insuficiente. Es urgente que se desarrollen políticas a nivel estatal que incluyan programas de seguimiento post-tutela, formación profesional adaptada, y medidas específicas para facilitar su integración laboral y social<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Peláez, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES, Revista de Educación Social* (27), 48-70.

<sup>85</sup> Miglioni, L., Rania, N., Varani, N. y Ferrari, R. (2021). Unaccompanied migrant minors in Europe and U.S. A review of psychological perspective and care challenges. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 50, 273-285.

<sup>86</sup> Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España, necesidades y modelos de intervención

## Importancia de la Prevención y la Rehabilitación

La prevención debe ser una prioridad en cualquier estrategia dirigida a los MENA. Esto implica no solo prevenir su entrada en redes criminales, sino también abordar los factores de riesgo que los empujan hacia la delincuencia. Programas educativos, apoyo psicosocial y políticas activas de empleo son esenciales para ofrecer alternativas reales a la criminalidad. La rehabilitación también es clave. Los MENA que han estado involucrados en actividades delictivas necesitan acceso a programas de reinserción que sean culturalmente sensibles y que les ofrezcan una segunda oportunidad. Sin embargo, para que estos programas sean efectivos, es necesario combatir el estigma y la discriminación que enfrentan estos jóvenes, tanto a nivel institucional como social<sup>87</sup>.

## Desafíos en la Percepción Pública y Mediática

El papel de los medios de comunicación en la construcción de la percepción pública sobre los MENA no puede ser subestimado. Es esencial que se promueva una cobertura más equilibrada y que contextualice los desafíos que enfrentan estos jóvenes, en lugar de perpetuar estereotipos negativos que solo agravan su exclusión. Además, los responsables políticos deben ser conscientes del impacto de su retórica y esforzarse por promover un discurso que favorezca la integración y el respeto a los derechos humanos<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Groark, C., Sclare, I. y Raval, H. (2011). Understanding the experiences and emotional needs of unaccompanied asylum-seeking adolescents in the UK. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 16, 421–442.

<sup>88</sup> Westwood, J. L. (2012). Constructing risk and avoiding need: Findings from inter views with social workers and police officers involved in safeguarding work with migrant children. *Child Abuse Review*, 21, 349–361.

## Hacia una Sociedad Más Inclusiva

Finalmente, la situación de los MENA plantea una reflexión más amplia sobre la capacidad de la sociedad española para integrar a los inmigrantes y respetar sus derechos. La inclusión de los MENA no es solo una cuestión de justicia social, sino también de cohesión social y seguridad. Una sociedad que invierte en la integración y ofrece oportunidades equitativas para todos sus miembros fortalecerá su tejido social y reducirá los riesgos asociados con la delincuencia juvenil<sup>89</sup>.

Para finalizar, la problemática de los MENA en España requiere un enfoque multidimensional que considere no solo los aspectos legales y económicos, sino también los factores sociales y emocionales que afectan su vida. Implementar políticas de apoyo más completas y abordar el estigma social son pasos esenciales para mejorar su situación y reducir los riesgos de delincuencia.

## 6.- Normativa

Carta Europea de los Derechos del Niño. Aprobada por Resolución del Parlamento Europeo el 8 de Julio de 1992.

Constitución Española. Publicado en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de Noviembre de 1989.

---

<sup>89</sup> Del Horno, M. (2019). Los menores marroquíes en Bizkaia. Un colectivo en cuarentena social. *Inguruak*. Revista vasca de sociología y ciencia política, 67, 1- 21

Convención sobre los Derechos del Niño. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Observación General nº 6 (2005).

Directiva 2003/86/CE del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar de 22 de Septiembre de 2003.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985.

Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Publicado en BOE núm. 140 de 11 de junio de 1992.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE de 17 de Enero de 1996.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en BOE núm. 10 de 12 de Enero de 2000.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2000.

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 290 de 05 de Diciembre de 2006.

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 209 de 30 de Agosto de 2004.

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en BOE núm. 6 de 7 de enero de 2005.

Recomendación nº20 del Comité de Ministro del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de Septiembre de 1987.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre d 1990.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Resolución del Consejo relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros de 26 de junio de 1997.