

ALGUNOS SUPUESTOS DE INFAMIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LAS FUENTES ROMANAS Y MEDIEVALES

Olga Marlasca Martínez
Profesora doctora de Derecho romano
Universidad de Deusto

SUMARIO. 1. La infamia: breve referencia en algunos ordenamientos jurídicos. 2. Derecho romano. 2.1. Consideraciones previas relacionadas con la infamia. 2.2. La infamia que deriva del ejercicio de determinadas acciones privadas. 2.2.1. Las fuentes. 2.2.2. El quebrantamiento de la fides en algunas relaciones privadas y las acciones que de ellas derivan. 3. Las Siete Partidas.

1. LA INFAMIA: BREVE REFERENCIA EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

En todos los pueblos y en todas las épocas históricas a la persona que goza de plena estimación social, a quien tiene reconocido su honor, se le reconocen los derechos civiles y políticos en su plenitud, mientras que quien carece o tiene disminuido su honor, pierde total o parcialmente su capacidad civil y política dentro de su comunidad.

Una de las circunstancias que pueden privar o limitar parcialmente la citada capacidad es la infamia. La infamia, según Lardizábal, «es una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración y rompe todos los vínculos civiles que le unían a sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad»¹.

En las diferentes etapas históricas, los ordenamientos jurídicos que contemplan la infamia consideran que constituye una condición en la persona del delincuente, un estatuto jurídico tendencialmente vitalicio, que provoca una disminución en la capacidad jurídica de la persona, como consecuencia de la pérdida de un conjunto de derechos o facultades propias del ciudadano.

Si nos remontamos a los textos del Antiguo y Nuevo Testamento en ellos se hacen claras alusiones a la infamia y ello le permite decir a Mühlebach² que «si bien el Derecho romano de un modo especial y también el Dere-

¹ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. de, *Discurso sobre las penas*, título V, apartado IV (De las penas de infamia). Introducción de Ignacio Serrano Butragueño, Granada, 1997, p. 105.

² MÜHLEBACH, A., *Die Infamie in der decretalen Gesetzgebung. Eine kirchenrechtlich-historische Untersuchung*, 1923, pp. 1-16.

cho germánico, fueron los precedentes normativos sobre los que se edificó el régimen jurídico de la pena de infamia en el ordenamiento canónico, es igualmente cierto que las bases conceptuales, ontológicas y morales de la infamia se encuentran y recogen de una manera muy clara en los textos del Antiguo y Nuevo Testamento».

En la época romana, un texto de Calístrato³ nos dice que estimación es el estado de dignidad intachable, comprobado por las leyes y costumbres, que en virtud de un delito nuestro y por la autoridad de las leyes puede quedar mermada o quitada.

La declaración de infamia en el Derecho romano tenía repercusiones tanto en el ámbito público como en el privado. Por otro lado, si esta pena ha llegado hasta la codificación, hay que destacar del mismo modo que los efectos jurídicos de la misma se han ido modificando desde la época romana hasta principios del Estado constitucional⁴.

Concretamente en la época romana son numerosos los supuestos que generan la infamia⁵ la cual puede derivar: de la comisión de determinados delitos que tienen relación con un *iudicium publicum*; de la comisión de algunos delitos privados, como el *furtum, vi bonorum raptorum*; asimismo, se refieren las fuentes a la infamia que surge de anómalas o deshonrosas relaciones sexuales o matrimoniales (doble matrimonio...); infamia que deriva de la realización de determinados oficios; además, hemos de mencionar la infamia que deriva de relaciones obligatorias independientes de los delitos y los supuestos más frecuentes de las mismas tienen relación con el ejercicio de determinadas acciones contractuales (así, la *actio fiduciae*; *actio mandati*, *actio depositi*, *actio pro socio*) y también la acción derivada de la tutela.

Del mismo modo, en el derecho visigodo⁶ son frecuentes las leyes en las que se utiliza el término infamia⁷. En la mayoría de los casos se consideraba

³ El texto de *Callistratus*, perteneciente al libro primero *De cognitionibus*, contenido en D. 50,13,5,1, se expresa en los siguientes términos: *Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*.

⁴ Cf. MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, 2001, pp. 32-33.

⁵ En fechas recientes CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997, ha realizado un detenido estudio de los supuestos de infamia en las fuentes romanas.

⁶ El texto legal más importante de esta época es la *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*; se trata de un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Utilizamos las siglas LV para referirnos a las disposiciones de la citada *Lex Visigothorum*.

⁷ Los visigodos son uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se

una pena accesoria y era aneja a determinadas penas corporales⁸, salvo en algunos supuestos⁹.

Algunos de estos supuestos, podemos verlos, por ejemplo, en una disposición contenida en LV 2,1,19¹⁰; se trata de una ley del monarca Recesvinto en la que establece la pena de azotes para los que no comparecen ante el juez y dispone a continuación lo siguiente: *ita ut non ei flagellorum ista correptio inducat notam infamie*; ello parece significar una excepción a la regla general para este supuesto en concreto. En la misma línea de la disposición anterior, unos años más tarde, en otra disposición del citado monarca, que se encuentra recogida en LV 2,1,31¹¹ y que tiene la siguiente rúbrica: *De his; qui regiam contemserint iussionem*, se refiere asimismo a la pena corporal de azotes sin que ello suponga la pena de infamia para el supuesto al que se refiere la ley.

Por otro lado, conviene también destacar en la legislación visigoda que desde el ángulo de su aplicación *pro qualitate personarum* tiene perfecto sentido que algunas de las penas contempladas en la ley de los visigodos, como la infamia, no sea un castigo de *servi*, sino que resulte la pena principal de los *potentes*. Es la pena preferida por el legislador secular en la represión de la falsedad: se trata de una pérdida del honor, una degradación de la posi-

asientan en el antiguo territorio del Imperio romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos; sobre el particular, ver, entre otros, D'ORS, A., «El Código de Eurico», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Estudios Visigóticos* II, Roma-Madrid, 1960, p. 9.

⁸ Así, en LV 2,4,6, se establece, entre otras cosas que [...] *turpiter decalvati perenni infamia subiacebunt*; por otro lado, tratándose de la pena de azotes, algunas disposiciones aluden a la pena accesoria de la infamia, así la disposición *antiqua* contenida en LV 2,4,2, dispone lo siguiente: [...] *et C flagella infamati suscipiant*. También en la LV 3,4,15, *antiqua*, se dice que [...] *infamia C verbera ferat*.

⁹ El tema de las penas en el Derecho visigodo ha sido objeto de estudio en fechas no muy lejanas por PETIT, C., «Crimen y castigo en el reino de Toledo», en *La peine-Punishment. Recueils de la Société Jean Bodin por l'Histoire comparative des institutions*, 1991, tomo LVI, pp. 50 ss. Un estudio reciente sobre la infamia en diferentes etapas históricas, puede verse en MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, obra ya citada.

¹⁰ Se cita la mencionada *Lex Visigothorum* por la ed. de K. ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. I, Hannover-Leipzig, 1902.

¹¹ El contenido de la LV 2,1,31 se expresa en los siguientes términos: *Quicumque ingenuorum regiam iussionem contemnere invenitur; si nobilior persona est, tres libras auri fisco persolvat; si autem talis sit, qui non habeat, unde anc rei summam adimpleat, sine suo infamio dignitatis C hictus flagellorum accipiat. Quod si eventus egritudinis, commotio tempestatis, inundatio fluminis, conspersio nivis, vel si quid inebitabile noxie rei obviasse veris patuerit indiciis, non erit reus regie iussionis aut damnis indictis, cui obvians fuit causa manifeste necessitatis*.

ción jurídica habitual; por eso, como ya se ha dicho anteriormente, nunca se aplica a los *servi*, cuyo estatuto de limitada capacidad es afín al del infame¹².

También en el Fuero Juzgo¹³ se impone la pena de infamia para aquellos delitos sancionados con la pena de azotes¹⁴ y en el citado Fuero se aprecia mucha similitud con lo que establece el texto legal de los visigodos¹⁵.

Ahora bien, al igual que se ha visto en la ley visigoda, en el citado Fuero se recogen supuestos en los que habiendo pena de azotes, no acarrea la nota de infamia. Así, la disposición contenida en FJ 2,1,17 contempla la no comparecencia de quien es llamado ante el juez y es sancionado con pena pecuniaria; si no tuviese para pagarla, según se establece en el texto: *reciba L azotes antel juez, de tal manera que por aquestos azotes que non sea difamado*.

Del mismo modo, en FJ 2,1,31, bajo la rúbrica: *De los que non quieren venir por mandado del rey*, se establece seguidamente que [...] *si es omne de mayor guisa peche tres libras doro al rey. E si non ov iere onde las pague, reciba C. azotes, é non pierda su ondra*.

Por otro lado, uno de los textos más representativos de la recepción del Derecho romano en la península Ibérica, como son las Siete Partidas, concretamente, la Partida 7, Título 6, tiene la rúbrica: *De los enfamados*; además en otras sedes del texto legal se hacen alusiones a diferentes supuestos de la infamia, algunos de los cuales tienen relación con la infamia *per sententiam*.

Como es sabido, las Partidas acostumbran a dar definiciones y para referirse a la infamia, en la primera disposición del título citado, esto es, en P.7,6,1, dice lo siguiente: *Fama es el buen estado del ome que viue derecha-*

¹² Véase, PETIT, C., «Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo», en *La peine-Punishment. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions*, op. cit., pp. 58 ss.

¹³ En el siglo XIII se traduce la *Lex Visigothorum* al castellano con el nombre de Fuero Juzgo. Sobre el citado texto legal puede verse una obra que sigue siendo especialmente útil de FERNÁNDEZ LLERA, F., *Gramática y vocabulario del Fuero Juzgo*, Madrid, 1930. Se utiliza en las citas del Fuero la ed. de MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1985.

¹⁴ Véase, entre otras disposiciones, la contenida en FJ 2,4,2, relacionada con *las testimonia*, y en la que dice, entre otras cosas: [...] *e si es omne de menor guisa, y es omne libre, non puede mas seer testimonia, é demás reciba C. azotes, é sea difamado. Ca non es menor pecado de negar la verdad, de lo que es de decir la mentira*.

¹⁵ Otra disposición del Fuero en la que se habla de la infamia está contenida en FJ 2,5,17: *Si la testimonia dize una cosa, y el scripto dize otra. Dispone, entre otras cosas, que tod omne que daqui adelante fiziere escripto, que da sus cosas, o vendi a otri, si fuere sabido que otra cosa dixo por enganno ante las testimonia, é otra en el escripto, debe pechar la pena, que es en el escripto, à a quel a quie quiso engañar, é ser difamado[...]*

mente, e secund ley, e buenas costumbres, e non auiedo en si manzilla, non mala estança [...]

Por lo que respecta a los estudios doctrinales sobre la materia, conviene destacar que además de los estudios clásicos sobre la infamia en la fuentes romanas¹⁶, en fechas más recientes se han realizado algunos escritos monográficos¹⁷, en unos casos, y más puntuales, en otros, sobre el citado tema.

Por nuestra parte, nos vamos a centrar en la infamia que deriva del ejercicio de las acciones en determinadas relaciones jurídico-privadas y es que la infamia no aparece tan sólo como consecuencia jurídica por la comisión de determinados delitos, sino que también desborda el marco jurídico-penal aunque en menor medida. De esta manera, en las siguientes líneas no se pretende hacer una aportación inédita sobre la infamia; nos conformamos con destacar la importancia que algunos ordenamientos jurídicos han dado al quebrantamiento de la *fides* en determinadas relaciones jurídicas de carácter privado y la consecuencia de la infamia para estos supuestos y nos centramos preferentemente en el ordenamiento jurídico romano y en la recepción del mismo en el texto medieval de las Siete Partidas.

2. DERECHO ROMANO.

2.1. Consideraciones previas relacionadas con la infamia.

En las fuentes de la época romana encontramos diferentes términos con los que se refieren a la estima social de una persona, así como a la desestima social. En primer lugar, para establecer que una determinada persona gozaba de un reconocimiento social, se utilizaban diferentes vocablos, entre

¹⁶ Una de las corrientes clásicas está encabezada por SAVIGNY, F. K. von, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. española por Jacinto Mesia y Manuel Poley, con el título de: *Sistema del derecho romano actual*. Libro II: Relaciones de Derecho, Granada, 2005, pp. 258 ss. Relaciona el autor la infamia con una absoluta dependencia respecto de los antiguos *mores*, como una señal a destacar en la capacidad de influencia normativa de los mismos, pp. 177 ss. Otra de las corrientes está representada por MOMMSEN, T., *Römischen Strafrecht*, Leipzig, 1899, trad. española por P. Dorado, Bogotá, 1976, según la cual el origen se situaría en el ámbito de los delitos y su represión penal, como una expresión más de las relaciones entre los poderes públicos de los magistrados y la propia organización del Estado, cf., pp. 613 ss. En adelante se cita por la edición traducida: *Derecho penal romano*. También POMMERAY, L., *Études sur l'infamie en droit romain*, París, 1937, hace un estudio de la infamia en el Derecho romano llegando hasta el Bajo Imperio y analiza asimismo algunas disposiciones de la ley de los visigodos que hacen claras alusiones a la infamia.

¹⁷ Entre otros, véase CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho Romano*, *op. cit.*, y la bibliografía que allí se cita; también, MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, *op. cit.*, y la bibliografía que se cita en la obra.

otros: *integra dignitas*¹⁸, *fama*¹⁹ y también *existimatio*²⁰; por otro lado, para referirse a la mala reputación en el ámbito social, vemos también en las fuentes variados términos, como: *improbis intestabilisque*²¹, *ignominia*²², *turpitud*²³, *infamia*²⁴.

Por otro lado, en algunos textos pertenecientes a las fuentes literarias se presenta la infamia como un atentado a las reglas respetadas por la comunidad: *fides*, *fama*, *virtus* y *decus*²⁵. En otro texto leemos que conforme a los *mores maiorum* se debería proteger, en primer lugar, a aquellos confiados a nuestra *fides* y tutela²⁶.

En el ordenamiento jurídico romano, como se ha dicho anteriormente, ya existía la degradación del honor civil producida por la infamia. Hay que tener en cuenta que la igualdad jurídica de todos los ciudadanos pertenecientes a la misma comunidad era el fundamento de las instituciones que constituían el Estado romano; no obstante en el Derecho penal de la época romana tiene lugar la limitación de los derechos civiles del individuo, ya como pena accesoria de alguna otra, ya como pena principal²⁷.

Uno de los supuestos que suponen una disminución de los derechos civiles es la infamia por causa de delito. Considera Mommsen²⁸, al referirse a la

¹⁸ Cf. la constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano contenida en C. 10,59,1; también el texto de *Callistratus*, citado ya anteriormente, en D. 50,13,5,1.

¹⁹ Cf. D. 3,2,24.

²⁰ Ver D. 3,2,2,2, *in fine*: [...] *haec autem missio existimationem non laedit, ut esse saepissime rescriptum*; D. 50,13,5,1.

²¹ Este término lo encontramos tanto en fuentes literarias, cf. GELLIO, A., *Noctes Atticae*, 15,13,11; TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, 20,7,34; así como en las jurídicas: XII Tablas, 8, 22; asimismo en una constitución recogida en CTh. 16, 5,9,pr.

²² Cf. D. 3,2,20; también en Gayo 4,60 y 4,182, entre otros.

²³ En algunos pasajes del Digesto leemos este término: D. 4,3,11, 1 y en D. 22,5,3,pr.

²⁴ Cf. en D. 3,2, que lleva la rúbrica: *De his qui notantur infamia*. Asimismo, Constantino en algunas constituciones recogidas en el Código de Justiniano utiliza los términos *infamia* y *turpitud*, concretamente en C. 3,28,27 y C. 12,1,2.

²⁵ Así se lee en PLAUTO, *Mastellaria*, 5,144, donde dice: *Nunc silmul res, fides, fama, virtus, decus, deseruerunt [...]*

²⁶ Cf. el texto de AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 5,13,2, que se expresa en los siguientes términos: *ex moribus populi romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos [...]*

²⁷ Se refiere MOMMSEN, T., *Derecho penal romano, op. cit.*, pp. 608 ss., a una serie de privaciones de los derechos civiles: privación por causa de delito, del derecho de sepultura y de la buena memoria; privación, por vía de pena, del derecho de testificar; infamia por causa de delito; incapacidad, por razón de delito, para ocupar cargos públicos y para ser senador; incapacidad, por causa de delito, para gestionar negocios.

²⁸ *Ibidem*, pp. 613-614.

citada infamia derivada de la comisión de un delito que sin embargo «las faltas de lealtad y de confianza demostradas en algún pleito por causa de tutela, o en cualquier otro juicio privado semejante a éste, el no guardar luto por el tiempo debido, eran motivos por los que uno perdía la incolumidad moral, pero no constituían delitos y, por consiguiente, las desigualdades jurídicas a que estos actos daban lugar no estaban consideradas como penas».

Por otro lado, se puede hablar de infamia por causa de delitos privados que privaban de representar en juicio precisamente privado a otras personas, entre los que se pueden destacar, por ejemplo, la condena o la composición por causa de un delito cometido de forma dolosa por el condenado: concretamente, por causa de hurto o rapiña, por causa de injuria, de seducción de esclavos y de fraude o estafa²⁹.

2.2. La infamia que deriva del ejercicio de determinadas acciones privadas.

2.2.1. Las fuentes.

Las fuentes de información que tenemos al respecto procedentes de la época romana son variadas. Presentan las mismas distintos supuestos de infamia, no obstante, como se viene diciendo, vamos a prestar atención a aquéllos que tienen relación con el ejercicio de determinadas acciones de carácter privado.

Por lo que respecta a las fuentes jurídicas, en las Instituciones de Gayo, concretamente en *Gaius* 4, 182, el jurista empieza diciendo qué juicios son los considerados *damnati ignominiosi* y presenta en el texto una serie de supuestos, a modo de ejemplos, como indica en el «*velut*» al comienzo del párrafo, y dice lo siguiente: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, ui bonotum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi [...]*. Además, al final del citado texto³⁰ escribe el jurista que en el Edicto del pretor no se dice cuándo alguien incurre en infamia, sino que se considera afectado de infamia al que le está prohibido postular por otro, designar representante procesal solemne o tener procurador, así como también actuar en un juicio desempeñando las citadas funciones.

Como dice el jurista citado el Edicto no contenía una lista de acciones infamantes. Establecía el pretor, magistrado encargado de la administración de justicia, que las personas condenadas por efecto del ejercicio de estas acciones, no podían nombrar un representante en el proceso civil (*cognitor* o *procurator*) y además, limitaba el derecho de estas personas condenadas a representar procesalmente a otras (*postulare pro aliis*). En definitiva, el citado magistrado no decía expresamente que consideraba a estas personas

²⁹ *Ibidem*, p. 615.

³⁰ En *Gaius* 4,182, *in fine*, se establece lo siguiente: *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit [...]*

infames o *ignominiosi*, pero la infamia y la ignominia se hallaban implícitas en los casos por él enunciados. Algunas de estas acciones fueron penales (*actio furti*, *actio vi bonorum raptorum*, *la actio de dolo*), otras no tuvieron este carácter (así, se pueden mencionar, la *actio mandati*, *actio depositi*, *actio fiduciae*, y asimismo la *actio pro socio*).

También en la época postclásica, en el texto de las *Pauli Sententiae*, concretamente en PS 1,2, que lleva la siguiente rúbrica: *De procuratoribus et cognitoribus*, en la primera disposición del título ³¹ establece la prohibición del infame para ser nombrado *cognitor*, ni aún con el consentimiento de los adversarios.

La compilación de Justiniano tiende a crear un concepto general de infamia y los compiladores modificaron la rúbrica del Edicto relativa al *postulare pro aliis*, creando la siguiente: *De his, qui notantur infamia*, en la que está comprendida la que era considerada como ignominia pretoria. Conviene destacar que «la reforma justiniana se conecta con la práctica postclásica de calificar a determinadas personas como infames en los textos legislativos, y la antigua incapacidad de postular deviene así una nueva consecuencia de la infamia declarada por la ley»³².

Veamos a continuación algunos de los textos pertenecientes a la citada compilación justiniana. En primer lugar, D. 3,2, tiene la rúbrica, mencionada anteriormente: *De his, qui notantur infamia* y concretamente en D. 3,2,1 presenta una serie de supuestos que llevan aparejada la nota de infamia y se expresa en los siguientes términos: *Praetoris verba dicunt: infamia notatur qui ab exercitu ignominiae cusa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimisus erit [...] qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit.*

Por otro lado, en las Instituciones del citado emperador, en Inst. 4,16,2, dispone lo siguiente³³: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur [...]*

Es evidente que este elenco de causas coincide casi completamente con las que recoge el Digesto en el texto citado. En los dos textos justinianos se

³¹ El texto contenido en PS 1,2,1, se manifiesta en los siguientes términos: *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse etiam uolentibus aduersariis.*

³² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho Romano», en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*. Vol. IV, Madrid, 1988, p. 331.

³³ En el citado texto de Inst. 4,16,2, establece asimismo que no sólo serán tachados de infames los condenados por estas acciones, sino también los que hayan pactado para evitar la pena: *[...] non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.*

hace referencia a las acciones derivadas del ejercicio de la tutela, y a continuación hace alusión a las acciones que derivan de una relación contractual como es el caso del mandato, depósito y contrato de sociedad.

A la vista de los textos citados pertenecientes a la compilación justiniana, podemos destacar algunos aspectos concretos: en primer lugar, no aparece mencionada la *actio fiduciae* ya que no existe en la legislación justiniana; por otro lado, añade la *actio* de dolo que no estaba citada en las Instituciones de Gayo. Considera D'Ors³⁴ que con este pasaje el emperador enmendó el olvido de Gayo de la *actio de dolo*. La causa de que Gayo no la incluyera puede deberse a los propios orígenes de la infamia. Posiblemente este origen haya que vincularlo a las acciones penales del antiguo *ius civile*, acciones que presuponían un *dolus malus*, de las cuales sólo se mantuvo la *actio furti* por el *duplum*³⁵. Además, el citado autor, considera que «del carácter infamante de la *actio* de dolo no podemos dudar, aunque sea ésta una acción subsidiaria»³⁶.

Finalmente, otro aspecto a destacar en los citados textos justinianos, es que la carga de infamia sólo tiene lugar en el ejercicio de la acción directa, no de la contraria : según puede leerse en el texto [...] *directis non contrariis actionibus*.

En otra sede del Código del citado emperador se refiere en el Libro 2, Título 11(12) a la infamia, con la siguiente rúbrica: *De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur* y menciona a los condenados a trabajos públicos³⁷ y también al condenado por injurias³⁸; en la sede citada están, además, los que son demandados por la acción de sociedad por infringir la *fides* exigida, según se establece en la constitución contenida en C. 2,11(12),22³⁹.

En definitiva, conviene destacar que lo que respecta a las acciones que derivan de relaciones jurídico-privadas suponen falta a la confianza prestada y siempre que la condena sea por el dolo acarrearán la nota de infamia. En los

³⁴ Véase D'Ors, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas. Scritti in onore de A. Guarino*, Vol. VI, p. 2575.

³⁵ *Ibidem*, p. 2588.

³⁶ *Ibidem*, p. 2579. Por otro lado, según el citado autor, la inclusión de la *actio de dolo* era congruente con la condena por el dolo causante propia de aquella acción: era natural que la mencionada *actio*, aun sin antecedentes civiles, debiera considerarse infamante; pero habría sido la única acción pretoria sin antecedentes civiles agregada al elenco, *ibidem*, pp. 2579-2580.

³⁷ Cf. C. 2,11(12),16 donde está contenida una constitución del emperador Gordiano a Domiciano.

³⁸ En la constitución que está recogida en C.2.11(12), 10, se establece: *Iniuriarum ex persona quoque servi damnatus infamia notatur*. En cambio, los deudores que sufren la venta pública de sus bienes no soportan la carga de la infamia.

³⁹ La constitución en C. 2,11(12), 22 establece lo siguiente: *Fidem rupens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urgetur*.

supuestos que nos presentan las fuentes citadas se ha tramitado un juicio que conlleva junto a la pena impuesta en la sentencia correspondiente la nota de infamia y un denominador común en los juicios tramitados es la quiebra de la *fides*.

Por otra parte, en determinadas fuentes epigráficas encontramos asimismo menciones de indignidad; así, la *Lex iulia municipalis*⁴⁰, enumera una serie de personas que son indignas para ocupar el cargo de decurión y, entre otras, se va a referir a las personas que intervienen en determinadas relaciones contractuales contra las que se ha tramitado un *iudicium*: [...] *queiue iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandatei...*, *deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit*. También menciona el *iudicium iniuriarum*.

Otra lista de acciones infamantes se presenta en el *Fragmentum Atestinum*, también de mediados del s. I a. C. Se refiere la citada fuente a la competencia jurisdiccional de los magistrados locales y lo que interesa destacar son las acciones infamantes a las que hace mención el texto: *fiduciae, pro socio, mandati, tutelae*, con relativa seguridad. Y a continuación añade: *suo nomine quodue ipse earum rerum quid gessisse dicetur, addicetur, aut quod furti quod ad hominem liberum liberamue pertinere deicatur aut iniuriarum agatur [...]*

Del mismo modo, en la *Lex Irnitana*⁴¹ encontramos algunos supuestos en la línea a la que nos venimos refiriendo. Concretamente en el Capítulo 84 lleva la rúbrica: *Quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio i(uris) d(ictio) sit*. Se refiere el citado capítulo a una serie de acciones para el inicio de un juicio que no pueden interponerse ante el magistrado municipal, bien por razón de la cuantía (si el asunto es superior a 1000 sestercios) o por otra serie de razones, según dice el texto: [...] *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod d(olo) m(alo) factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae cum quo qui suo nomine [quid earum rerum fecisse dicatur [...]*

Como es sabido, la existencia de dolo malo es requisito para que la condena conlleve la nota de infamia en determinados juicios, como los que se mencionan expresamente en la *lex*: los juicios de sociedad, fiducia o mandato; por otro lado, en cuanto a las acciones derivadas del depósito o de la

⁴⁰ Recibe tradicionalmente este nombre un texto epigráfico de bronce conocido como *Tabula Heracleensis* de la época de César. Edición FIRA, *Caput III*, 13), lins. 108 ss.

⁴¹ La reconstrucción del texto puede verse en D'ORS, A. y D'ORS, J., *Lex Irnitana* (Texto bilingüe) Universidad de Santiago de Compostela, 1988. En cuanto a la autoría de la citada ley, muy probablemente fue Domiciano el autor de la misma, ahora bien, como quiera que en el cap. 91 se hace mención a la *lex Iulia de iudiciis privatis*, del año 17 a. C., como una ley *proxime lata*, «se deduce que esa ley de Domiciano fue una ley reformada unos quince años después de que Vespasiano hubiera concedido el *ius Latii* a los municipios de Hispania sobre la base de una anterior ley de Augusto, dada para los municipios de Italia» [...], cf. *ibidem*, p. 4.

tutela, no menciona el dolo malo, ya que se trata de acciones que conllevan la nota de infamia.

El análisis de las fuentes literarias y epigráficas le permiten a D'Ors⁴² presentar una lista de acciones privadas infamantes: 1) acciones penales *furti, legis Laetoriae, iniuriarum* y *ex sponsione probrosa*; 2) *actio depositi*, suponiendo que no era ya la acción penal de hurto; 3) las acciones contractuales *fiduciae, pro socio* y *mandati*, siempre que la condena sea por dolo y 4) el ejercicio de la *actio tutelae*.

Veamos a continuación por separado los aspectos más concretos que tienen relación con el vínculo de confianza de las relaciones jurídico privadas a las que venimos haciendo mención y que tienen como denominador común el quebrantamiento de la *fides* en las citadas relaciones jurídicas.

2.2.2. *El quebrantamiento de la fides en algunas relaciones privadas y las acciones que de ellas derivan.*

a) *Consideraciones previas*⁴³.

En un grupo de relaciones jurídicas en las que la acción pertinente da lugar a un *bonae fidei iudicium*, el deudor responde por *dolus malus*. Como es sabido, el *dolus*, en sentido amplio, es toda conducta conscientemente contraria a la buena fe. A este grupo pertenecen las obligaciones en que el deudor condenado es infame y podemos citar, por ejemplo: la tutela, el depósito, la fiducia, la *societas* y el mandato, relaciones jurídicas privadas a las que nos venimos refiriendo en las presentes líneas.

Tal vez la deslealtad consciente, constituye primitivamente un delito cuya supervivencia residual sea la infamia. A partir de la república tardía el concepto de responsabilidad por dolo va relajándose, de manera que casos de grave negligencia son incluidos en la deslealtad y equiparados al dolo.

En definitiva, se pretende destacar a continuación determinados aspectos concretos de las mencionadas relaciones jurídicas, así como las acciones que proceden de las mismas.

b) *La tutela y la actio tutelae.*

Por lo que respecta a la tutela en el derecho antiguo, como es sabido el tutor recibía amplios poderes aunque ello no excluía por completo la libertad de disposición del pupilo sobre su patrimonio. Ya desde muy pronto se permitió al pupilo realizar por sí negocios jurídicos si poseía la capacidad

⁴² Vid. D'Ors, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», op. cit., p. 2586.

⁴³ En relación con la *fides* conviene recordar la definición propuesta por Cicerón en su obra sobre los deberes (*De off.* 1,23): *la fides es dictorum conventorumque constantia et veritas*. En otro fragmento de esta misma obra comenta que incluso la *fides* de los juramentos hay que mantenerla frecuentemente frente a los enemigos, en *De off.* 3,107: [...]*fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda*.

necesaria para ello, de la cual el requisito fundamental era haber salido de la edad de la infancia.

Por otro lado, hay que destacar que la transformación de la tutela en un deber jurídico se refleja en la evolución de las acciones que de ella derivan. De esta manera, además de la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*, se crea en la época de la República una acción nueva, la *actio tutelae*, ya conocida en la época de *Quintus Mucius*, como *iudicium bonae fidei*⁴⁴.

Se trata de una acción para todo tipo de tutela, acción de buena fe y de condena infamante. Además, el carácter infamante de la condena de la citada *actio* no obliga a pensar en una limitación inicial de la responsabilidad del tutor al *dolus malus*, pese a alguna referencia al *dolus*, como por ejemplo el texto de Ulpiano en D. 26,7,7 pr.⁴⁵; también D. 27,3,6⁴⁶.

En diferentes sedes del Código se alusión asimismo a la infamia; así en relación con la tutela, concretamente, en C. 5,42,2, pr., establece que los tutores que no den fianza no por pobreza sino por fraude, serán tachados de infames; del mismo modo, la disposición contenida en C. 5,43,9⁴⁷ se refiere a los tutores que actúan con dolo y les califica de infames.

El derecho clásico, basándose en el principio de la *bona fides*, construyó la responsabilidad del tutor por los daños que sus actos u omisiones causarían al pupilo. Es cierto que la falta de lealtad y de confianza demostradas en algún pleito por causa de tutela o en cualquier otro juicio privado semejante a éste, no constituían delitos⁴⁸, pero sí un quebrantamiento de la lealtad que se le exige a quien desempeña un cargo como representante de un menor. En este sentido podría considerarse que la *actio tutelae* es infamante aunque no haya dolo, en base a un texto de Ulpiano contenido en D. 50,16,42⁴⁹. En el período clásico tardío, la culpa es mencionada expresamente al lado del dolo, en la *actio tutelae*.

De esta manera, dado el carácter de confianza de la relación entre tutor y pupilo, la condena por la *actio tutelae* implicaba un menoscabo del honor

⁴⁴ Cf. el texto de Cicerón en *De off.* 3,70, donde se menciona al jurista citado.

⁴⁵ En el texto de Ulpiano contenido en D. 26,7,7, pr., se dice, entre otras cosas: *Tutor; qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliquid aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit [...]*

⁴⁶ Asimismo en otro texto del citado jurista perteneciente al libro 43 *ad Sabinum* contenido en D. 27,3,6 dice así: [...] *et aequum est, ut eum dumtaxat dolum pater praestet qui commissus est ante emancipationem filii.*

⁴⁷ La constitución del año 294 se expresa en los siguientes términos: *Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.*

⁴⁸ Sobre el particular, MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, op. cit., p. 613.

⁴⁹ En D. 50,16, 42, se establece, entre otras cosas, lo siguiente: [...] *enim vero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*

civil del tutor (infamia), como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes jurídicas y literarias a las que se ha hecho mención anteriormente.

c) *El depósito y la actio depositi.*

La relación que deriva del depósito⁵⁰ es otro de los supuestos en los que ha de tenerse en cuenta la *fides* que ha de existir en la mencionada relación obligacional. Además, como es sabido, el citado contrato, lo mismo que el de *comodatum*, era rigurosamente gratuito.

El *depositum* es un venerable contrato que se encuentra reconocido como institución en los más viejos sistemas jurídicos y es que en los tiempos primitivos las gentes sentían frecuentemente la necesidad de confiar la custodia de objetos valiosos a personas de cuya lealtad estuviesen seguros⁵¹. La doctrina romanística ha dedicado especial atención al régimen de la responsabilidad del depositario y la opinión común, basándose en los textos romanos, es la de que en el derecho clásico el depositario responde solamente por dolo.

Los motivos adoptados por los juristas romanos son bien conocidos: según el texto de Modestino: *in depositi uero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur*⁵²; y Gayo añade que el depositario negligente no responde de la pérdida de la cosa mal custodiada: *quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae uero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere*⁵³. No obstante, el depositario podía por medio de un pacto añadido *in continente* al contrato, asumir una mayor responsabilidad por la custodia hasta el límite de la *culpa levis*; y podía además extender la responsabilidad hasta el caso fortuito.

En la época postclásica, la responsabilidad del depositario por dolo se mantiene. En la *Collatio Legum*, de finales del s. IV, el título X del citado texto legal lleva la rúbrica: *De Deposito* y algunos textos de juristas nos recuerdan la responsabilidad por dolo del depositario⁵⁴ que sigue aplicable en esta época; por otro lado, dos constituciones (fechadas las dos a finales del s. III) recogidas en el citado texto legal se refieren a la responsabilidad del depositario en los siguientes términos: en primer lugar, en Coll. 10,3,1, se dice: *Eum qui suscepti depositum dolum non etiam casum, praestare certi*

⁵⁰ Cf. los textos contenidos en D. 16,3; también en C. 4,34.

⁵¹ Entre otros, véase, SHULZ, F., *Derecho romano clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 495.

⁵² El texto citado de Modestino está contenido en la *Collatio Legum*, 10,2,1.

⁵³ Cf. D. 44,7,1,5

⁵⁴ Como el texto de Modestino citado anteriormente y el de Paulo en el *libro secundo sententiarum*, bajo el título: *De deposito*.

ius est. También en Coll. 10,5: *Is, qui depositum susceperit, ultra dolum, si non aliud specialiter conuenit, praestare nihil necesse habet [...]*

En relación con esta exigencia solamente por dolo a la que se refieren las constituciones aludidas, consideran algunos autores que «el hecho de que estas constituciones se encuentren en la *Collatio*, es un indicio de que el estado del derecho probablemente no ha sufrido modificaciones, por lo menos hasta el final del siglo IV, ya que la mencionada obra no puede ser redactada sino es después del 390 d. C»⁵⁵. En la época de Justiniano, como consecuencia del principio justiniano: *culpa lata dolo aequiparatur*, la exigencia de responsabilidad del depositario se extiende a la culpa lata.

Por lo que respecta a la infamia en la relación jurídica a la que nos venimos refiriendo, se ha visto en las fuentes las constantes alusiones que hacen al depositario, de manera que si era condenado por la *actio depositi* sufría una degradación en su honor civil (infamia).

En cuanto a las acciones que se pueden ejercitar contra el depositario no es extraño que las XII Tablas⁵⁶ protegiesen al depositante, concediéndole una acción por el doble del valor de la cosa depositada. No obstante lo anterior, «ello no significa que el primitivo derecho quirítico reconociese el depósito como un negocio jurídico capaz de generar obligaciones civiles, o dicho de otra forma que lo considerase como contrato y le concediese una acción contractual»⁵⁷.

Al citado texto decenviral se refiere Paulo en las *Pauli Sententiae*, concretamente en PS 2,12,11 = Coll.10,7,11, donde establece lo siguiente: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*. Con ello se demuestra que «la ley decenviral no consideraba el depósito capaz de generar responsabilidad contractual a cargo del depositario, y consideraba delito la infracción de no responder a la confianza en la que se basa la entrega de la cosa cuando ésta no es custodiada y devuelta»⁵⁸.

Por otro lado, el citado jurista alude asimismo a la *actio* contenida en el edicto del pretor, por la que la condena para el depositario es *in simplum*. A esta acción edictal se refiere ya de forma más precisa Ulpiano en D. 16,3,1,1⁵⁹. En efecto, el edicto contiene una acción pretoria⁶⁰ con fórmula *in*

⁵⁵ Véase LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, Milano, 1946, p. 19.

⁵⁶ Cf. el texto legal de las XII Tablas 8, 19.

⁵⁷ LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 2. Conviene recordar asimismo que además del depósito, también la fiducia, así como el comodato y el *pignus*, en la fase inicial, no tuvieron reconocimiento ni defensa contractual.

⁵⁸ Sobre el particular, véase, LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 3.

⁵⁹ El texto de Ulpiano en D. 16,3,1,1, establece: *Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque uinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, ex earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum [...] iudicium dabo*.

⁶⁰ Esta acción conserva los caracteres originarios de la acción penal, según puede

factum concepta per rem dolo malo redditam non esse, contra el depositario que no restituye la cosa; la acción es por el *simpulum* si se trata de un depósito ordinario y por el doble cuando el depósito tiene lugar como consecuencia de una catástrofe⁶¹.

Sobre el citado edicto considera Longo que «no habría tenido razón de ser si el acuerdo realizado para la custodia de la cosa hubiese estado anteriormente reconocida como obligación por el *ius civile*»⁶².

Posteriormente, en la república tardía o en los comienzos del período clásico aparece una fórmula *in ius concepta*⁶³ como *bonae fidei iudicium*, con lo que la responsabilidad derivada del depósito es reconocida como verdadera responsabilidad contractual. Hasta entonces lo que existía, como ya se ha dicho anteriormente, era la *actio in factum*⁶⁴ que se ejercitaba contra el depositario que actuando con dolo no devuelve un bien mueble que le ha sido entregado para su custodia y a esta acción es a la que se refieren los juristas en la mayor parte de los casos⁶⁵.

apreciarse en D. 47,2,68(67) pr.: *Infittiendo depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infittatio, licet prope furtum est)*. Según D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 523, el citado texto, probablemente interpolado, refleja una antigua idea.

⁶¹ Considera ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano, 1922, p. 94, que cuando se crea la *actio in factum* pretoria el elemento penal sigue teniendo prevalencia, por ello dice el citado autor que «mentre in altri rapporti già ab antiquo riassunti nel sistema dei contratti si svolse, entro limiti e con risultati diversi, la responsabilità per culpa, la responsabilità del depositario rimane sempre nella sua sostanza una responsabilità *ex delicto*, che trova il suo limite e la sua espressione nel dolo. El tema de: «La misura della responsabilità nell'actio depositi» del citado autor está asimismo publicado en *Archivio Giuridico*, 83 (1909), pp. 269-313.

⁶² Cf. LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., pp. 3-4.

⁶³ Por lo que respecta a la época de la creación de la fórmula *in ius* en el primer siglo del Imperio, así lo consideran, entre otros, ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, op. cit., pp. 54-55; LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 4, se refiere concretamente a la segunda mitad del siglo I. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 521, se refiere a la última época clásica cuando el depósito es considerado contrato y una *actio depositi* con la fórmula *in ius concepta* y *ex fide bona* aparece al lado de la acción de la fiducia.

⁶⁴ En el derecho arcaico, considera D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 522 que «la acción contra el depositario infiel pudo ser la misma *actio furti*, pero ésta debió resultar inaplicable cuando se precisó la *contractatio* como elemento esencial del hurto».

⁶⁵ El pacto con el cual se aumentaba la responsabilidad del depositario podía tener lugar entre los contratantes, aunque sólo tenía eficacia con el ejercicio de la *actio in ius* ya que solamente en los *iudicia bonae fidei* se reconocía valor a los *pacta in continente facta* a favor del actor; no se admitía con el ejercicio de la *actio in factum*, de naturaleza más rígida, cuasi penal debido a que en este caso no se podía responder más allá de lo que estaba establecido en la fórmula, véase, por ejemplo, ALBERTARIO, E., «Variazioni

En cuanto a la citada *actio depositi* conviene destacar que «aunque no siendo penal, había venido a sustituir a la antigua *actio furti* contra el depositario infiel»⁶⁶ y tiene efecto infamante.

La infamia procede de la responsabilidad en la que se incurre por el ejercicio de la *actio depositi*. Es concebida por los romanos como la sanción del *crimen violatae fidei*, por no cumplir con las obligaciones asumidas propias del depósito y precisamente por ello la infamia se refiere sólo a la *actio* directa, no a la contraria, como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes, porque aunque el depositante puede ser condenado a pagar el resarcimiento de los daños y abono de los gastos, no se trata de una *fides rupta*, sino de una simple indemnización pecuniaria⁶⁷.

En definitiva, la *actio* infamante se justifica porque el depositario presta un servicio al amigo y deberá respetar la buena fe que es inherente al contrato⁶⁸. Según las palabras de Ulpiano⁶⁹, todo lo que concierne a la guarda de la cosa está confiado a la buena fe del depositario. Si el depositario actúa de forma negligente no será considerado responsable. «El depositante deberá reprenderse a sí mismo si ha elegido con ligereza al confiar su bien a un amigo negligente»⁷⁰.

Nos referimos seguidamente a tres supuestos de infidelidad contractual en la fiducia, sociedad y mandato. Dentro de los contratos de buena fe, se trata de contratos de «confianza». En estos tres casos la acción era infamante cuando el juez hubiera podido apreciar una conducta dolosa, no culposa.

d) *Fiducia y la actio fiduciae*.

El ordenamiento jurídico antiguo y clásico tenía para cumplir los fines de garantía dos instrumentos jurídicos, la fiducia⁷¹ que implica transmisión de

di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto», in *Studio di Diritto romano*, 4 (Milano, 1936), p. 247.

⁶⁶ Vid. D'ORS, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», op. cit., p. 2588.

⁶⁷ Vid. ROTONDI, G., «Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano», in *Scritti Giuridici*, op. cit., p. 115.

⁶⁸ Vid. ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit romain*, Bruxelles, 1987, p. 36.

⁶⁹ Cf. D. 16,3,1, pr.

⁷⁰ ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit romain*, op. cit., p. 36. En otro orden de cosas, conviene destacar que la custodia es el fin típico y específico del depósito y así lo confirman algunos textos. Habida cuenta de que no es el objeto específico de nuestro trabajo, mencionamos sólo un texto de Ulpiano contenido en D. 16,3,1, pr., en el que después de presentar la definición del contrato, establece: *quod ad custodiam rei pertinet*.

⁷¹ La fiducia es un negocio jurídico cuyo cumplimiento depende de la buena fe de una de las partes.

propiedad y el *pignus* que consiste en que el titular de la garantía adquiere un derecho limitado sobre cosa ajena⁷².

Si nos centramos en la primera de las instituciones citadas, la *fiducia cum creditore*⁷³ es una institución de la época republicana, pero aun en la época clásica se hallaba muy extendida como medio de dar en garantía de créditos determinadas res *mancipi*.

La enajenación fiduciaria se efectuaba por *mancipatio* o *in iure cesio*. La cosa era entregada al acreedor de alguna de estas maneras pero con el pacto de devolución al deudor tan pronto la deuda fuera cancelada y por el mismo procedimiento.

Por lo que respecta a las acciones, el fiduciante tiene contra el fiduciario una *actio fiduciae* la cual primeramente se apoya en la *fides* (deber de cumplir lo ofrecido, vinculación a la palabra empeñada), en el derecho clásico pertenece a los *bonae fidei iudicia* y entra así en el ámbito propio del *ius civile*. Además, por la *fides*, el acreedor viene obligado a comportarse con la cosa como simple fiduciario, conservándola y absteniéndose de enajenarla o gravarla. La condena como consecuencia del ejercicio de la *actio fiduciae*, como ya se ha dicho anteriormente, lleva aparejada la nota de infamia.

La fiducia desaparece al final de la época clásica y en las fuentes justinianeas, como se ha tenido ocasión de ver, no se la menciona.

e) *Sociedad y actio pro socii*.

La idea de un enlace histórico entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo *consortium* familiar puede decirse que ha sido siempre una opinión común entre los romanistas que se han ocupado de indagar el origen histórico de la sociedad consensual romana; en gran medida había influido sobre ellos la teoría de Wieacker⁷⁴ acerca de la derivación del contrato de sociedad respecto del *consortium erecto non cito*. Sin embargo, en fechas posteriores, Guarino⁷⁵ y más tarde Kaser⁷⁶ (aunque con algunas divergencias respecto al autor anterior) se han manifestado en sus escritos contrarios a la citada opinión.

Después del análisis de una serie de puntos que, en cierto modo, se habían implicado en la derivación de la sociedad respecto al *consortium*, como

⁷² Otro tipo de garantía es la que tiene lugar por medio de fiadores; al revés de lo que ocurre en la actualidad, el crédito personal con fiadores fue en Roma preferido al crédito real.

⁷³ Además de la *fiducia cum creditore* se refieren las fuentes a la *fiducia cum amico*; *fiducia manumissionis causa*; *fiducia remancipationis causa*, entre otras.

⁷⁴ WIEACKER, F., *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimer, 1936; del mismo modo, en «Das Gesellschafterverhältnis des Klassischen Rechts», ZSS, 69 (1952), pp. 302-344.

⁷⁵ Entre sus escritos, en *Societas consensu contracta* (1972).

⁷⁶ KASER, M., «Neue Literatur zur societates», en SDHI, 41 (1975), pp. 278-338.

ya se ha dicho, «cabe admitir que una derivación directa del contrato de sociedad respecto al *consortium* no puede probarse con claridad [...] y que ese contrato surgió independientemente, en relación con los otros contratos consensuales, y estimulado especialmente por las nuevas necesidades de una economía mercantilista»⁷⁷.

De manera que cuando se constituye libremente la sociedad privada consiste en la creación de una comunidad de derechos sobre la base de un convenio de confianza libremente acordado por los socios (sociedad contractual). Ese vínculo de confianza entre los socios⁷⁸, no es transmisible y cesa tan pronto como cesa la confianza entre ellos.

La acción derivada del contrato de sociedad es la *actio pro socio*, tenía el carácter de *iudicium bonae fidei*, y la condena como consecuencia de la citada acción tenía efecto infamante por dolo, como también se ha tenido ocasión de ver en las fuentes a las que nos hemos referido ya anteriormente. De esta manera cesa la confianza, entre otras cosas, por el ejercicio de la citada *actio pro socio*.

El quebrantamiento de la *fides* se recoge en una constitución que está recogida en C.2,11(12),22⁷⁹, donde se refiere a los que son demandados por la acción de sociedad por romper con la fidelidad exigida.

f) *El mandato y la actio mandati*.

Hay que destacar, en primer lugar, que la *actio mandati*, con su fórmula *ex fide bona*, puede utilizarse tanto por el mandante que encargó una gestión y le puede exigir al mandatario que le rinda cuentas, como por el mandatario para exigir al mandante la indemnización por los gastos y perjuicios que le haya ocasionado la gestión encomendada. La condena tenía efecto infamante si era por dolo⁸⁰ y, como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes, solamente producía tal efecto la *actio mandati directa* a favor del mandante.

⁷⁷ Véase, D'ORS, A., «*Societas y consortium*», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 1977. Vol. II, p. 43. Ahora bien, «el hecho de que sirviera también para flexibilizar el régimen del *consortium* mediante una nueva forma de *societas omnium bonorum* en la que los socios participaban por cuotas y no ya solidariamente en la copropiedad, parece indicar que esa utilización del nuevo contrato, tuvo suficiente importancia para que algunos principios del antiguo *consortium* influyeran en la configuración jurisprudencial de su régimen», *ibidem*, p. 43.

⁷⁸ Véase, el texto de Ulpiano, perteneciente al libro 31 *ad edictum*, en D. 17,2,63, pr., donde dice lo siguiente: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere, hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*.

⁷⁹ Se trata de la constitución contenida en C.2,11(12), 22, del año 294.

⁸⁰ Considera la doctrina romanística que la máxima fundamental en la que se inspira la compilación justiniana no corresponde al pensamiento de la jurisprudencia clásica, ya que operaba en la mayor parte de los casos sólo con el concepto de dolo.

En el Derecho clásico el mandatario, en su gestión, sólo respondía del dolo, según puede leerse en un texto de Modestino en Coll. 10,2,3 en el que se dice: *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*. Como el *dolus* es *malus*, en su acepción en el ámbito de las obligaciones, la *fides*, que es lo contrario del dolo, es *bona*⁸¹.

La doctrina se encuentra dubitativa acerca del momento en el que la idea de la responsabilidad por culpa se había abierto paso; mientras muchos estudiosos consideran que tuvo lugar en la época postclásica ya avanzada, en cambio, Mitteis⁸² opina que ya en tiempo de Diocleciano estaba vigente el nuevo criterio de responsabilidad.

En el Derecho justiniano se le hace responsable de toda culpa, como puede verse en D. 50,17,23⁸³, entre otros textos. En caso de condena, dado que ella implicaba el haberse hecho el mandatario culpable de una deslealtad, recaía sobre él la nota infamante si era por dolo⁸⁴.

3. LAS SIETE PARTIDAS⁸⁵.

Después del análisis de los textos pertenecientes a la época romana que tienen relación con algunos supuestos de relaciones jurídicas de carácter privado y el ejercicio de las acciones que en tales casos conlleva la nota de infamia, nos vamos a referir seguidamente a este tipo de relaciones jurídicas que están asimismo contempladas en el texto legal de las Siete Partidas de la época medieval.

⁸¹ Véase ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 195-196.

⁸² MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, p. 327, n. 41.

⁸³ Contiene un texto de Ulpiano correspondiente al libro 29 *ad Sabinum*, en el que se refiere a la responsabilidad del mandatario por dolo y culpa, ahora bien, se duda de que sean clásicos los textos que hacen referencia a la responsabilidad por culpa del depositario, sobre el particular, KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro (Barcelona, 1965), p. 323; También D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 527.

⁸⁴ Como se ha tenido ocasión de ver en el texto del Edicto en D. 3,2,1. La *actio mandati*, como acción de buena fe puede servir para exigir la responsabilidad por culpa. Ahora bien, en la época postclásica algunos textos hacen referencia sólo a la responsabilidad por dolo, así, en Collatio 10,2,3 (*Modestinus libro differentiarum secundo*), se puede leer lo siguiente: *In mandati uero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*.

⁸⁵ Entiende PÉREZ MARTÍN, A., «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3 (1992), p. 48, que las Partidas «teóricamente mantuvieron el rango de derecho supletorio del derecho real hasta la codificación. Pero en la práctica el papel de las Partidas fue mucho más eficaz que el del simple derecho supletorio, siendo frecuentemente aplicadas y estudiadas con preferencia al derecho real y convirtiéndose en el instrumento principal de la unificación del derecho castellano y en la vía fundamental de penetración del Derecho común».

Consideran los autores que puede darse por sólidamente probada la influencia de las fuentes romanas en la elaboración de las Partidas⁸⁶ y ello justifica las alusiones que se van a hacer en las siguientes líneas al mencionado texto legal.

Precisamente, en el texto legal alfonsino, la Partida 7, Título 6, lleva la siguiente rúbrica: *De los enfamados*; no obstante, en otras sedes del citado texto legal se encuentran asimismo frecuentes menciones a la infamia.

En primer lugar, conviene destacar que el citado texto legal encabeza con frecuencia los títulos exponiendo definiciones jurídicas⁸⁷ sobre las materias que va a tratar a continuación y concretamente en la citada P. 7,6 establece lo siguiente: *Disfamados son algunos omes, por otros yerros que fazen, que non son tan grandes como los de las trayciones, e de los aleues[...]*.

Además, los diversos supuestos de infamia a los que se refiere el texto legal pueden agruparse en *infamia facti* e *infamia iuris*; según podemos leer en la disposición contenida en P. 7,6,1⁸⁸, *in fine*, donde dispone lo siguiente: *[...] En son dos maneras de enfamamiento. La vna es, que nasce del fecho tan solamente. E la otra, que nasce de la ley, que los da por enfamados por los fechos que fazen.*

Al igual que hemos visto en las fuentes de la época romana, del mismo modo el texto alfonsino presenta numerosos supuestos de infamia que se pueden resumir en una serie de grupos, como son los siguientes: supuestos de *infamia facti*, de *infamia iuris ex genere delicti*⁸⁹, de *infamia per sententiam* y de *infamia ex genere poenae*.

Más concretamente, en P. 7,6,2, se refiere a supuestos de *infamia facti*⁹⁰; en cuanto a la *infamia iuris*, la mayor parte de los supuestos se encuentran recogidos en las disposiciones 3⁹¹ y 4⁹² de la citada Partida 7, Título 6. Por

⁸⁶ Entre otros, véase, PÉREZ MARTÍN, A., «Fuentes romanas en las Partidas», en *Glosasae. Revista de Historia del Derecho*, 4, Murcia, 1992, p. 245. Realiza el autor un análisis de la literatura acerca de las fuentes romanas en las Partidas y estima que en el estado actual de nuestros conocimientos se puede dar por sólidamente probada la influencia de las fuentes romanas en la elaboración de las Partidas.

⁸⁷ Para una comparación entre las definiciones contenidas en las Partidas y las que contienen las Instituciones de Justiniano y el Digesto del citado emperador, puede verse la obra de ZURITA, R., *Textos de definiciones romanas y de Partidas*, Madrid, 1973.

⁸⁸ En P. 7,6,1, tiene la siguiente rúbrica: *Que cosa es fama: e que quiere decir enfamamiento: e quantas maneras son del.*

⁸⁹ Los supuestos comprendidos en este grupo se hallan recogidos en diferentes sedes del texto alfonsino.

⁹⁰ Cf. la P. 7,6,2: *Del enfamamiento que nasce de fecho.*

⁹¹ En la disposición 3 se mencionan: el adulterio de la mujer; no respetar el año de luto y contraer nuevo matrimonio dentro de ese plazo y algún otro caso.

⁹² En la P.7,6,4, se refiere a una serie de supuestos: *lenocinio; juglares y remedadores; gladiadores; caballeros expulsados del ejército por cometer yerros; son asimismo con-*

otro lado, la infamia *per sententiam*, surge como consecuencia de algún delito o conducta fijada por la ley como jurídicamente infamante y están mencionados en P. 7,6,5, donde se establece lo siguiente: *Por quales yerros son los omes enfamados, si sentencia fuere dada contra ellos*: y menciona, entre otros, el crimen de traycion, o de falsedad, adulterio, furto, robo. Además, uno de los aspectos a destacar es que para que se produzca la infamia es necesario que la sentencia sea «*dada contra otro por alguno de los Judgadores ordinarios*».

Por nuestra parte, nos vamos a centrar en los supuestos de infamia *per sententiam*. De esta manera, en la misma disposición citada (P.7,6,5), después de los supuestos anteriores, se refiere a determinadas relaciones contractuales en los siguientes términos: [...] *Otrosí dezimos que aquel que es condenado que peche algo a su compañero, o al huerfano que ouiesse tenido en guarda, o aquel que lo fiziera su personero, o aquel de quien ouiesse rescibido alguna cosa en guarda por razón de engaño que ouiesse fecho, qualquier dellos es enfamado por ende; pero si tal sentencia fuesse dada por alguno de los juezes de auenencia estonce non seria infamado aquel contra quien la diessen* [...]

El primer supuesto que se puede observar en el texto: *aquel que es condenado que peche algo a su compañero*, tiene relación con la constitución de compañías entre varios socios. Recae la nota de infamia sobre el socio que actúa de forma dolosa y es condenado por semejante conducta. Precisamente, a la constitución de compañías dedica la ley el Título 10, Partida 5 con la siguiente rúbrica: *De las compañías que fazen los mercaderos, e los otros omes entre si para poder ganar algo mas de ligero ayuntando su auer en vno*. Y concretamente, en P. 5,10,7 se refiere al reparto de las ganancias y las pérdidas entre los compañeros (socios) y dice a continuación [...] *Fueras ende, si los daños e los menoscabos, acaesciessen por culpa, o por engaño de alguno de los compañeros: ca estonce, tan solamente a aquel pertenece: e non a los otros*.

Se ha de destacar, en primer lugar, que en ninguna disposición de la citada sede (P. 5,10), se menciona la infamia del compañero que formando parte de una compañía libremente constituida es condenado por su actuación, no obstante, hay que tener en cuenta lo que viene dispuesto en la Partida 7,6,5, mencionada anteriormente, donde sí hace mención expresa a la infamia del socio condenado.

Otro supuesto al que hace alusión la citada disposición tiene relación con la tutela y el tutor que actúa de forma dolosa. La Sexta Partida dedica los cuatro últimos Títulos (Títulos XVI-XIX) a regular diversos aspectos rela-

siderados infames los usureros, e todos aquellos que quebrantan el pleito, o postura que ouiesen jurado de guardar: E todos los que hacen pecado contra natura. Ca por qualquier destas razones sobredichas es el ome enfamado tan solamente por el fecho, maguer non sea dada contra el sentencia: porque la ley o el derecho los enfama.

cionados con la tutela y los huérfanos: en qué consiste la guarda, clases de tutela, razones para excusarse del cargo de tutor, razones por las que puede ser cesado de su cargo, etc.

Más concretamente, la nota de infamia que recae sobre el tutor que ejerce su cargo con dolo es contemplada en el texto medieval en el Título XVIII que lleva la rúbrica: *De las razones porque deuen ser sacados los huerfanos e sus bienes de mano de sus guardadores por razón de sospecha que ayvan contra ellos*.

En las fuentes romanas se han visto los criterios de responsabilidad que se exigen al tutor. Por lo tanto, el tutor que ejerce su cargo y es condenado por sentencia habiendo actuado de forma dolosa recae sobre él la nota de infamia. No se produce el efecto citado si se le condena solamente por culpa⁹³. Pues bien, el texto medieval al que nos estamos refiriendo establece los mismos criterios de responsabilidad.

De esta manera, si el tutor es condenado en una sentencia por actuación dolosa, según la disposición contenida en P. 6,18,4⁹⁴, el tutor *finca enfamado, por ende, por siempre e due pechar el daño que fizo al huerfano*[...]. No recae la nota de infamia si el tutor actúa de forma negligente, según dice la disposición citada: *Mas porque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo, estonce non seria por ende enfamado* [...]. Los mismos criterios de responsabilidad tienen lugar cuando se trata del *curator*, como puede verse en la mencionada norma⁹⁵.

Otro de los supuestos a los que se hace alusión en la ley contenida en la P. 7,6,5, citada anteriormente, tiene relación con los *personeros*, cuando dice: *o aquel que lo fiziera su personero*. Si recae sentencia condenatoria el *personero* resulta *enfamado*. Hace alusión a ellos en la P. 3, Título 5, bajo la rúbrica: *De los personeros*. En el citado Título se refiere a qué es *personero*, quiénes pueden serlo y quiénes no, sus facultades, cuándo cesan, revocación de poderes, etc.

⁹³ En el período clásico tardío la culpa es mencionada expresamente al lado del dolo en la citada *actio tutelae*.

⁹⁴ El contenido completo de la disposición contenida en P. 6,18,4, que lleva la rúbrica, *Que pena merescen los guardadores de los huerfanos, si fallaren que fizieran algund menoscabo en los bienes dellos*, se expresa a continuación de la siguiente manera: *Tollido seyendo el guardador del huerfano de la guarda del huerfano por sospechoso, por algun engaño, que le ouiesse fecho en sus bienes: dezimos, que finca enfamado por ende por siempre, e due pechar el daño que fizo al huerfano, segund aluedrio del juzgado. Mas si fuesse remouidode la guarda non porengaño que ouiesse fecho a sabiendas, mas poque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo, estonce non seria por ende enfamado*[...]

⁹⁵ En P.6,18,4, *in fine*, dispone: *que todas aquellas razones e sospechas, que diximos en estas leyes, que han lugar en el guardador del pupilo: esas mismas deuen ser guardadas en el otro guardador, que es dado a los menores de veynte e cinco años, e mayores de catorze, a que dizen curator*.

En la primera disposición, concretamente, en P. 3,5,1, dispone: *Que cosa es personero, e que quier decir* y seguidamente dice que *personero es aquel que, recabda, o faze algunos pleitos, o cosas ajenas, por mandado del dueño dellas. E ha nome personero, porque paresce, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otri.*

Una cuestión a destacar es que la mayor parte de las disposiciones del citado Título 5, tienen relación con diversos aspectos en los que se hace alusión a los juicios. A la responsabilidad del *personero* se refiere la disposición 26⁹⁶ en la que se exige responsabilidad tanto por culpa así como por conducta dolosa, sin mencionar en ella el efecto de la infamia.

Finalmente, otro de los supuestos a los que se refiere la ley mencionada es el del depositario infiel; el depósito implica la entrega de una cosa para su guarda y custodia. Las Partidas se refieren a la institución en P. 5,3, con la siguiente rúbrica: *De los condesijos, a que dizen en latin depositum.* Precisamente la no devolución de la cosa entregada al depositario conlleva la nota de infamia, según se dispone en P.5,3,8⁹⁷: *Como deue ser tornado el condesijo que ome faze en tiempo de cuyta o en otra manera, e que pena deue euer el que lo negare si le fuere prouado.*

Por lo que respecta a las consecuencias de la infamia en el texto medieval al que nos estamos refiriendo, podemos verlas en la disposición contenida en P. 7,6,7⁹⁸, que lleva la siguiente rúbrica: *Que fuerça ha el enfamamiento, y se va a referir a la pérdida de dignidad, honra, etc. del enfamado. E demás dezimos que ninguno de los enfamados non pueden ser juzgador ni consejero de rey nin de comund de algún consejo, nin bozero nin deue morar nin fazer vida en corte de buen señor [...]*, según el texto citado. En cambio, sí puede desempeñar algunas tareas, como mandatario, o ejercer la tutela si se trata de una tutela testamentaria, y ser *juezes de auenencia*⁹⁹.

⁹⁶ P. 3,5,26: *Como los personeros son tenudos de pechar al dueño del pleito, lo que por su culpa o por su engaño perdiera, o menoscabare.*

⁹⁷ Enresacamos de la disposición contenida en P. 5,3,8 lo siguiente: [...] *Mas aquel que niega, que non rescibio los condesijos que son dados en algunas de las otras maneras: de que fizimos emiente, en la segunda ley deste titulo si le fuere prouado en juicio, valdra menos por ende, e será enfamado, e deue tornar el condesijo, o la estimación con las costas, e los daños, e los menoscabos que ouiere fecho el otro, por esta razón.*

⁹⁸ La disposición contenida en P. 7,6,7, lleva la rúbrica: *Que fuerça ha el enfamamiento* y a continuación dice lo siguiente: *Infamis en latin tanto quiere decir en romanze como ome enfamado: e tan grande fuerça ha el enfamamiento que estos atales non pueden ganar de nuevo ninguna dignidad, nin honra de aquellas para que deuen ser escogidos omes de buena fama, e aun las que auían ganado ante, deuenlas perder luego que fueren prouados por tales. E demás dezimos que ninguno de los enfamados non pueden ser juzgador ni consejero de rey nin de comund de algún consejo, nin bozero nin deue morar nin fazer vida en corte de buen señor [...]*

⁹⁹ *Ibidem.*

Por otro lado, hay que destacar asimismo que los infames no pueden ser acusadores, según leemos en P. 7,1,2¹⁰⁰, donde se menciona una serie de personas que no pueden acusar a otro y, entre otros, se refiere a *aquel que es dado por de mala fama*.

Finalmente, es necesario surayar que el texto alfonsino se refiere a las razones por las que se pierde la mala fama. Es en la P. 7,6,6: *Porque razones pierde el ome enfamamiento [...]. Otrosi dezimos que quando sentencia fuesse dada contra alguno por razón de yerro de que fincasse enfamado si se alcasse della, e fuese reuocada, perdería el enfamamiento que ouiesse ganado por la sentencia primera. Mas si se alçasse, e non siguiesse el alçado, o la siguiesse, e fuesse confirmado el juicio que auian dado contra el, es- tonce fincaría enfamado por ende.*

TITLE: Some issues on infamy and its legal consequences in Roman and Medieval law.

RESUMEN: En las siguientes líneas, se hace mención, en primer lugar, a la infamia que supone, entre otras cosas, una pérdida del buen nombre y reputación que un hombre tiene entre los demás con quienes vive. Las fuentes pertenecientes a diferentes etapas históricas presentan numerosos supuestos en los que la persona que ha realizado determinados hechos es tachada de infame. No obstante, por nuestra parte, nos centramos fundamentalmente en aquéllos que tienen relación con determinadas relaciones jurídicas privadas en las que el condenado en una sentencia ha sido, además, tachado de infame y para ello se analizan las fuentes romanas y, en menor medida, también las visigodas. Finalmente, nos referimos a las disposiciones pertenecientes al texto legal de las Siete Partidas en las que se regulan los citados supuestos relativos a la infamia.

PALABRAS CLAVE: infamia; infamia per sententiam; fuentes romanas; ley visigoda; texto de las Siete Partidas.

ABSTRACT: In the following lines we mention, in the first place, the infamy that implies, amongst other things, the loss of the reputation that a man has in his social environment. Sources belonging to different historical periods show many cases in which a person that has committed certain bad deeds is considered as infame. However, in our study, we will focus mainly in those cases having to do with certain private legal relations in which a person convicted in a sentence is, in addition, declared infame and with this purpose we analyse Roman sources and, to a lesser extent, Visigothic sources. Finally we refer to the provisions belonging to the legal text of the "Siete Partidas" which regulate the mentioned cases of infamy.

KEY WORDS: infamy; infamy per sententiam; Roman sources; Visigothic law; text of the "Siete Partidas".

Recibido: 12.11.2012
Aceptado: 18.01.2013

¹⁰⁰ P. 7,1,2: *Quien puede acusar: e a quien.*