

Luigi FERRAJOLI, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid: Editorial Trotta, 2018, 246 págs., ISBN: 978-84-9879-733-6.

No son los nuestros los peores tiempos del garantismo penal —al menos en lo que respecta a nuestra sociedad occidental—, pero tampoco podemos afirmar que los actuales estén siendo los mejores. Las emergencias terroristas, inmigratorias, así como un buen número de delitos cuya gravedad resulta mediáticamente amplificada e interesadamente explotada por grupos sociales, políticos y lobbies de todo género, hacen pertinente la lectura de este libro y las tesis propuestas por su autor.

Como afirma el Papa Francisco: «Vivimos en tiempos en los que, tanto por parte de algunos sectores de la política como por parte de algunos medios de comunicación, se incita algunas veces a la violencia y a la venganza, pública y privada, no sólo contra quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también contra quienes cae la sospecha, fundada o no, de no haber cumplido la ley» (*Discurso a una delegación de la Asociación internacional de Derecho Penal*, 23-X-2014). Además, en ese mismo discurso, el Santo Padre constata que «la realidad muestra que la existencia de instrumentos legales y políticos necesarios para afrontar y resolver conflictos no ofrece garantías suficientes para evitar que algunos individuos sean culpados por los problemas de todos».

Acertadamente indican los traductores de esta nueva obra de la editorial Trotta —y creo que así lo podrá comprobar el lector por sí mismo— que esta selección de los principales escritos penales de Luigi Ferrajoli conforma «una obra verdaderamente útil: didácticamente formativa, culturalmente fértil, políticamente relevante».

La prolija y profunda enseñanza del profesor Ferrajoli en materia de derecho penal y, particularmente, del garantismo penal, trasciende las fronteras de la filosofía y teoría del derecho, para hacerse presente y fecundar campos afines como los de la praxis judicial, la filosofía social, la política carcelaria, etc. El paradigma normativo del garantismo penal ferrajoliano no es una abstracta especulación académica, sino que resulta ser el pensamiento crítico de un jurista comprometido con los derechos humanos, primero como juez y luego como profesor universitario. Nacido en Florencia en 1940, Luigi Ferrajoli fue profesor en la Università degli Studi di Camerino entre 1970 y 2003, impartiendo Filosofía del derecho y Teoría general del derecho, y director también del Instituto de estudios histórico-jurídicos, filosóficos y políticos. A partir de 2003 enseñó en la Università Roma Tre, de la que actualmente es profesor emérito de Filosofía del derecho.

El garantismo penal, como hemos apuntado, representa uno de los principales ejes de investigación y enseñanza de la vida y obra de este reconocido jurista italiano. La editorial Trotta, que ha publicado la mayor parte de los escritos de este autor, nos ofrece ahora una selección de sus escritos penales más relevantes: «un

sendero panorámico, dibujado con el propósito de proporcionar al lector los puntos de referencia indispensables para orientarse en el amplio y complejo corpus de los escritos ferrajolianos».

El libro consta de cinco partes, a cual más interesante. En la primera de ellas, titulada «Garantismo y derecho penal», el autor despliega el amplio mapa de su teoría garantista. Se compone de cuatro ensayos, de los cuales el primero ofrece una síntesis de la teoría general garantista con la indicación sucinta de sus categorías fundamentales. El segundo ensayo aborda la cuestión del derecho penal como sistema de garantías. Aquí Ferrajoli se centra en definir el derecho penal mínimo como la *ley del más débil*, frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Aquella ley es garantía para el sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal, el preso. Le siguen dos ensayos donde el autor expone y profundiza su original teoría de la pena y realiza un examen crítico de las doctrinas de justificación del poder punitivo, de la refutación de las tesis abolicionistas, de la identificación de los fines de la sanción penal y de la exposición de las premisas epistemológicas del garantismo. En el tercero de estos ensayos Ferrajoli ofrece una interesante aclaración terminológica sobre los innumerables equívocos que genera la expresión «abolicionismo penal» y justifica su posición acerca de la abolición de la pena de cárcel «por inhumana, inútil y en su conjunto dañina». No obstante, frente a esta posición, el autor defiende «al mismo tiempo, contra las hipótesis propiamente abolicionistas, la forma jurídica de la pena como técnica institucional de minimización de la reacción violenta contra la desviación socialmente tolerada» (p. 53).

Muy interesante resulta también en esta primera parte, la exposición y reflexión crítica que hace sobre las cuatro alternativas abolicionistas al derecho penal y su carácter de utopías garantistas (pp. 59ss). Frente a la necesidad de un derecho penal mínimo con su sistema de garantías, estas alternativas abolicionistas cobran vigor siempre que el derecho penal y sus garantías entran en crisis. El peligro de alguno de estos sistemas abolicionistas radica en su capacidad para convivir ocultamente también con las modernas democracias: «Es muy posible eliminar o reducir al máximo los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad de todos». En tal tesitura, el derecho penal aflora como sistema racional de minimización de la violencia y el arbitrio punitivo, y de maximización de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos. La abolición de la pena y la justificación, en su lugar, de sistemas de control extrapenales, causa una profunda inquietud a nuestro autor, como lo muestra, por ejemplo, sus referencias constantes al abuso de la prisión preventiva y de todo tipo de medidas policiales y preventivas, más propias de estados premodernos que de democracias consolidadas.

En este mismo sentido, el Papa Francisco ha intervenido en varias ocasiones para advertir que «el sistema penal va más allá de su función propiamente sancionatoria y se sitúa en el terreno de las libertades y de los derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables, en nombre de una finalidad preventiva cuya eficacia, hasta ahora, no se pudo verificar, ni siquiera para las penas más graves, como la pena de muerte... Se ha debilitado también el debate sobre la sustitución de la cárcel con otras

sanciones penales alternativas. En este contexto, la misión de los juristas no puede ser otra más que la de limitar y contener tales tendencias» (*Discurso a una delegación de la Asociación internacional de Derecho Penal*, 23-X-2014).

En la segunda parte, Ferrajoli aborda los fines y límites de las prohibiciones penales. Primeramente, recuerda los principios teóricos del delito: su noción formalista, el principio de estricta legalidad penal, el principio de responsabilidad personal, la irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo, la prohibición de analogía *in malam partem*, la igualdad formal de los ciudadanos frente a la ley penal, la delimitación del poder punitivo del Estado, etc. Tras este capítulo, el autor trata de responder a la no fácil cuestión de cuándo prohibir, desde el análisis y aplicación del principio de utilidad penal formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria y Bentham. Finaliza esta segunda parte con un capítulo dedicado a refutar las doctrinas filosófico-jurídicas de uno de los más influyentes penalistas contemporáneos, Günther Jakobs, reafirmando su propia concepción heteropoiética y estrictamente liberal del derecho penal.

«Garantismo y jurisdicción» es el título de la tercera parte. En ella, el profesor y jurista italiano sostiene la máxima de *veritas facit iudicium*. Inicialmente desarrolla los principios teóricos del proceso penal, con argumentos y cuestiones tan fundamentales como las garantías procesales que orientan el sistema acusatorio, para proseguir en los capítulos siguientes con el desarrollo de los problemas deontológicos inherentes a las funciones de los actores del proceso: jueces, fiscales y abogados. Como exponen en la presentación los responsables de esta edición: «En los principios de presunción de inocencia, carga de la prueba sobre la acusación, contradicción, posición del juez como tercero, publicidad del proceso y motivación de las sentencias radican, según Ferrajoli, las condiciones jurídicas —y al mismo tiempo epistémicas— de una jurisdicción orientada a la protección de la inocencia y al descubrimiento de la verdad: condiciones necesarias pero no suficientes en ausencia de una auténtica cultura garantista arraigada y generalizada entre los operadores jurídicos».

Con el sugerente título: «Pena y dignidad humana: Cómo (no) castigar», se aborda en una cuarta sección, los principios teóricos de la pena. Firme defensor de la abolición de los centros penitenciarios, Ferrajoli explica sus convicciones al respeto en un inédito e interesante capítulo dedicado a la cárcel como contradicción institucional. En este capítulo, el autor reflexiona sobre la ilegitimidad de la pena carcelaria y sobre otros tipos posibles de penas no necesariamente segregativas y lesivas de la dignidad y de los derechos elementales de la persona.

El tercer capítulo de esta parte trata de la cadena perpetua y los derechos fundamentales. Ferrajoli, después de constatar con realismo que no corren buenos tiempos para batallas de civilidad y afirmar cómo en estos últimos veinte años «la emergencia criminal ha sido permanente y lo único que les preocupa a nuestros gobernantes es el aumento de la severidad de las penas, nuevas leyes especiales y repetidas violaciones al sistema de garantías» (p. 175), propone la eliminación de la cadena perpetua de nuestro orden jurídico por considerarlo una reliquia del pasado y un acto elemental de civilidad.

El cuarto capítulo, titulado «El fundamento filosófico del rechazo de la pena de muerte», se dedica a una exposición de los principales argumentos contra la pena de muerte. Resulta curioso el dato que en países donde la pena de muerte está en vigor, como es el caso de los Estados Unidos, el número de homicidios perpetrados es cinco o seis veces mayor que el de aquellos países donde ésta ha sido abolida, como es el caso de los países europeos.

La quinta y última parte de esta selección de escritos se titula: «Por una refundación garantista del derecho penal». Tres son las cuestiones tratadas en sendos capítulos. La primera de ellas es la cuestión del garantismo como política del derecho penal. En este sentido, Ferrajoli propugna un derecho penal que cumpla con un doble objetivo: no solo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas. En la segunda cuestión, Ferrajoli hace una propuesta reformadora: la reserva de Código, como remedio ante la inflación legislativa y la crisis de la legalidad penal. Esta reserva conllevaría «la introducción de una disposición constitucional que imponga al legislador el deber de poner dentro del sistema normativo del código la entera regulación de los delitos y las penas, introduciendo al mismo tiempo un procedimiento agravado para la revisión y la ampliación de dicho código» (p. 16).

El último ensayo de esta parte se adentra en una cuestión de no poca monta como la de la desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Aquí el profesor italiano afirma que los tiempos larguísimos de la justicia y los costes excesivos acaban suponiendo una denegación efectiva de la justicia para los justiciables, y muy especialmente para las clases pobres y marginadas. Para corregir esta grave carencia, Ferrajoli propugna la institución en los ordenamientos jurídicos occidentales de una defensa pública dotada de poderes análogos a los de la acusación pública. La ausencia de esta garantía —ya que la defensa de confianza es un lujo reservado a unos pocos y la defensa de oficio es inidónea para garantizar efectividad al derecho de defensa— representa para el autor una laguna insostenible del sistema procesal europeo. En definitiva, lo que mueve a Luigi Ferrajoli y su paradigma garantista es defender y reforzar, desde el derecho penal, «los pilares todavía muy frágiles e incompletos de nuestras democracias constitucionales» (p. 225).

Al final del libro, bajo el epígrafe «sobre el poder de castigar», se ofrece la bibliografía completa de los escritos penales de Luigi Ferrajoli. Es algo que tanto el especialista en la materia como el investigador de la obra del profesor italiano agradecerá.

La teorías y propuestas de Ferrajoli sobre el garantismo penal y sus consecuencias sociales, jurídicas y políticas podrán ser discutidas, corregidas o matizadas desde otras corrientes o perspectivas del derecho penal —ciertamente complementarias y necesarias—, pero lo que no cabe duda alguna es del rigor, honestidad, pertinencia y profundidad de la reflexión ferrajoliana, de la que esta síntesis es una buena muestra.

Francisco José Campos Martínez  
Universidad Pontificia de Salamanca

Francisco CANTELAR RODRÍGUEZ; Antonio GARCÍA Y GARCÍA (†), Luis A. GARCÍA MATAMORO; Jaime JUSTO FERNÁNDEZ y Benigno MARQUÈS SALA, *Synodicon hispanum*, vol. 13, Ager (Abadía), Barcelona, Lérida, Segorbe-Albarracín y Urgell, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2017, XXVI+748 pp. ISBN: 978-84-220-1992-3.

Una reseña publicada por Antonio García y García (1928-2013) en la Revista Española de Derecho Canónico —100 (1979) 278-287— anunciaba una edición crítica de los sínodos diocesanos de la Península Ibérica, celebrados desde el Concilio IV de Letrán de 1215 hasta la clausura del Concilio de Trento en 1563. En la actualidad asume la dirección efectiva del proyecto Francisco Cantelar Rodríguez y con este tomo decimotercero ven la luz las ediciones de los sínodos de Ager, Barcelona, Lérida, Segorbe-Albarracín y Urgell.

Entre las principales contribuciones de este nuevo volumen se encuentra la edición de los sínodos de Ager, una abadía *nullius* situada en la provincia de Lérida, llevada a cabo a partir de ediciones impresas, una de ellas, la de Juan de Rosembach en Barcelona (1518) desconocida hasta ahora de los bibliófilos. Otra aportación es el sínodo de Urgell (1542) dedicado a la edición de un breviario; por este motivo contiene una completísima relación de todos los pueblos y de los sacerdotes de la diócesis. Además, se editan los sínodos de Segorbe-Albarracín de 1479 y de 1485 y son también una novedad los sínodos que Francisco Clemente Pérez Capera, obispo de Barcelona, celebró en 1413 y 1421, que no se mencionaban hasta ahora en las listas sinodales de Barcelona.

No son de menos interés el resto de los sínodos publicados de éstas y las demás diócesis que abarca el volumen, tanto por la variedad de materias como por las noticias y personajes citados que convierten a estos textos en fuente para numerosas perspectivas históricas: ciencias sagradas (moral, teología, liturgia...), derecho (abogacía, penas, derecho de familia...), instrucción, arte, relaciones sociales... Entre los personajes, además de los que se mueven en la Península Ibérica, aparecen referencias a aquellos que por sus relaciones con la Curia o con los Borgia mantenían relaciones con Avignon, el sur de Francia e Italia, entre ellos Abril (rector de los ultramontanos al tiempo de los primeros estatutos de Bolonia, 1252) y Antonio Agustín.

Permiten el acceso a toda esta información cuatro minuciosos índices, imprescindibles en una obra de esta naturaleza y que constituyen uno de los apoyos más útiles para el uso del *Synodicon*: onomástico, toponímico, temático y sistemático. Las notas y el aparato crítico avalan, por último, la calidad de la edición.

Ángel David Martín Rubio  
*Instituto de Ciencias Religiosas Virgen de Guadalupe*

Beatriz GARCÍA FUEYO, *Consideraciones sobre la merces, in pecunia numerata, en la locatio-conductio operarum*: Del Derecho Romano al contrato de trabajo, Madrid: Dykinson, 2018, 195 págs., ISBN: 978-84-9148-710-4.

Otto Beherends<sup>1</sup>, a finales de los años noventa del pasado siglo, puso de relieve que el estudio del Derecho romano no debe apreciarse exclusivamente por lo relativo a la solución del caso concreto, sino también por su refinamiento teórico y conceptual, así como por sus grandes ideas sistemáticas, puesto que ambas facetas se encuentran ensambladas en los textos romanos y no cabe oposición entre ellas.

De otra parte, recordaba Ugo Brasiello<sup>2</sup> que es un absurdo querer construir el derecho de nuestro tiempo prescindiendo de las bases históricas, de la misma manera que sería inconcebible pretender construir un edificio sin tomar en consideración los cimientos.

En la obra que comentamos se combinan diferentes métodos de investigación, los cuales de forma complementaria permiten apreciar el régimen jurídico vigente, a lo largo del tiempo, respecto del instituto que se estudia, dentro del contexto histórico, social, económico y político, adaptándose al momento cronológico, ya que no es lo mismo la normativa anterior a Roma, mundo mesopotámico y helenístico, en cuyo ámbito hemos visto aplicado por Beatriz García, con toda escrupulosidad y precisión, el método comparativo<sup>3</sup>, que queda bien diferenciado, respecto del posterior análisis directo de la disciplina normativa que comprobamos vigente en el Derecho romano.

La autora Beatriz García hace buena utilización del método dogmático, abanderado por Emilio Betti<sup>4</sup>, y con el que se persigue el estudio del ordenamiento romano en su historicidad, pero al que se aplican los principios de la dogmática moderna, que es un punto de vista insustituible para el conocimiento y reconstrucción de los institutos jurídicos del mundo antiguo, incluyendo el romano, en toda su estructura y

1 BEHERENDS, O., *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, en Index 25 (1997) 13-69.

2 BRASIELLO, U., *Lo studio storico del Diritto romano in rapporto al Diritto moderno*, en AG 140-141 (1951) 77.

3 Su autor más representativo fue Leopold Wenger (WENGER, L., *Römische und antiche Rechtsgeschichte*, Graz 1905; id., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, pp. 841 y ss.) a resultados del descubrimiento de los papiros, buscando sacar conclusiones a raíz de la comparación de fenómenos y normas jurídicas pertenecientes a diferentes pueblos del mundo antiguo mediterráneo, y a pesar de haber sido muy cuestionado por la romanística, este método nos permite conocer la realidad jurídica de países próximos al mundo romano, con tradiciones jurídicas incluso diversas, y en esta perspectiva observamos la utilidad del mismo en el examen que realiza Beatriz García respecto del derecho griego, aunque en ocasiones no produzca resultados concluyentes y precisos, por falta de fuentes de conocimiento.

4 BETTI, E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, en AG 99 (1928) 129; id., AG 100 (1928) 26 y ss.; id., *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto romano*, en BIDR 39 (1931) 33-71M id., *Storia e dogmatica del Diritto*, en Storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche, Firenze 1966, pp. 105 y ss., entre otros estudios del romanista italiano que abordan este método.

función, además de favorecer la formulación de los mismos, sin olvidar la existencia de una cierta dogmática plenamente operativa entre los juristas romanos, aunque sea imperfecta, como ha destacado Ursicino Álvarez Suárez<sup>5</sup>, que los estudiosos no podemos menospreciar, o como matizaba Guarino<sup>6</sup>, es inimaginable que se acuda a aquella dogmática que venga dictada por una teoría general, totalmente desconectada de las normas romanas, porque es necesario alejarse de una construcción-sistematización ficticia, que haría caer en un anacronismo, al atribuir a un período cronológico antiguo aspectos de elaboración conceptual muy alejados de aquella realidad histórica.

Es preciso acercarnos, lo más posible, a la creación normativa romana, desde la óptica de cada instituto jurídico y su régimen normativo, insertándola en sus elementos estructurales, explicando las causas de su aparición, modificación y extinción, a la situación jurídica que estaba vigente en Roma.

En la obra que comentamos prevalece la utilización de un doble método de investigación: el histórico-crítico<sup>7</sup>, en cuyas coordinadas ya tuvo ocasión Beatriz García de acercarse y mostrar los diversos recursos que facilita la romanística para su correcta aplicación en el análisis de las fuentes jurisprudenciales clásicas y su transmisión hasta la Compilación de Justiniano, y la *Dogmengeschichte*, en la cual se mueve la autora con precisión, sirviéndose de los parámetros puestos en práctica por una importante corriente metodológica del siglo pasado, que puso en ejecución en España, hace más de media centuria, el profesor Fuenteseca Díaz, a partir de la dirección de la tesis doctoral del profesor Alfredo Calonge, sobre *La compraventa de cosa futura*<sup>8</sup>, seguida por la del profesor Alonso Pérez, intitulada *Periculum est emptoris*<sup>9</sup>, adelantándose a las demandas del Derecho actual.

Beatriz García ya había demostrado ampliamente su fácil manejo y erudición con ocasión de su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Burgos, bajo la dirección del catedrático de Derecho romano, Prof. Murillo Villar, sobre la *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín*<sup>10</sup>, para la cual

5 ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid 1944, p. 296.

6 GUARINO, A., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1980, p. 36.

7 Este método parte del estudio de las fuentes, lo cual es un elemento imprescindible e indubitante en cualquier estudio del Derecho romano, pero dada la evolución que sufrió su normativa, y la diferente configuración de las instituciones a lo largo de su dilatada historia, se hace imprescindible, especialmente con la consideración de las constituciones justinianas, estudiar críticamente los textos, no solamente para reconstruir el fragmento del Derecho clásico, sino para verificar las modificaciones que pudo tener en época posclásica, y por ello es fundamental su aplicación para la investigación de la normativa romana durante la vigencia histórica de este pueblo hasta Justiniano, por lo cual Beatriz García no duda en servirse del mismo para estudiar los posibles supuestos de interpolaciones y glosemas, así como las modificaciones introducidas por los compiladores en el régimen jurídico aplicable al instituto que es objeto de investigación, lo que merece nuestro justo reconocimiento y valoración positiva.

8 CALONGE, A., *La compraventa de cosa futura*, Salamanca 1963.

9 ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid 1972.

10 GARCÍA FUEYO, B., *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV*, Santiago de Compostela 2015.



utilizó ampliamente la *Dogmengeschichte*, que es un método investigador del que se han servido algunos discípulos del antiguo catedrático salmantino, e incluso otros romanistas hispanos, al mismo tiempo que en esta nueva monografía demuestra una mayor experiencia, acumulada en su ejercicio y aplicación, a la hora de obtener las consecuencias más relevantes.

Asumiendo el planteamiento de Giuseppe Grosso<sup>11</sup>, su tarea ha consistido en la construcción clara de una figura, una de las contraprestaciones en el arrendamiento de servicios, nítidamente delineada, separando los perfiles de su contenido, tanto en el mundo romano como en los períodos posteriores, mediante la individualización y delimitación conceptual.

El punto de partida para su aplicación es la premisa según la cual el derecho vigente no puede tener otra explicación más que la histórica, y por lo que concierne al derecho continental europeo, este último no se puede explicar más que a través de la experiencia jurídica romana, que una vez revive en Europa a causa del descubrimiento de las Pandectas de Justiniano, se impuso como *Ius Commune* durante la Baja Edad Media y llega a las codificaciones modernas, a través de varias corrientes interpretativas, entre las que sobresalen el humanismo jurídico, el iusnaturalismo racionalista y el pandectismo.

La autora de la monografía merece un juicio muy positivo de su labor científica, porque no solamente ha utilizado en cada etapa el método investigador más adecuado, sino que no ha dudado en partir siempre del examen directo de las fuentes jurídicas, y su complemento doctrinal, tanto por lo que afecta al Derecho romano como al derecho regio hispano, sin merma de presentar el contexto socio-histórico y económico en el que se aplica la norma legal, como muestra en el especial relieve de los gremios.

Con un criterio muy acertado, Beatriz García no estudia el arrendamiento en general, ni tampoco el arrendamiento de servicios en su conjunto, sino una de las obligaciones fundamentales nacidas de dicho contrato, válidamente celebrado, y su evolución histórica hasta llegar al moderno concreto de trabajo.

Uno de los elementos esenciales del arrendamiento de servicios es la *merces*, y su contenido *in pecunia numerata*. En este estudio se percibe con claridad la evolución histórica del requisito de la contraprestación que asume el *conductor* en la *locatio-conductio operarum*, a través del contenido de la misma, a partir del Derecho mesopotámico, con especial referencia al Código de Hammurabí, hasta finalizar con la legislación más reciente del contrato de trabajo, pasando por el Derecho griego, Derecho romano y todo el Derecho intermedio, desde la Recepción medieval hasta la Codificación civil, sin olvidar a los gremios.

En Roma, la *merces* de la *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios siempre tuvo por contenido, si nos atenemos a las fuentes jurisprudenciales, la *pecunia*

11 GROSSO, G., *Premesse generali al corso di Diritto romano*, Napoli 1966, p. 47 y ss.



*numerata*, y ello permite a Justiniano afirmar que sin ella no hay arrendamiento, puesto que con otro contenido en la prestación se trataría de un contrato innominado.

La doctrina de la Recepción, desde los glosadores, como Acursio o Azón, y los comentaristas, como Baldo y Bártolo, o su imitador del siglo XVI, Antonio Gómez, reconocen el mismo requisito de la *merces* en dinero, como esencial para la existencia del negocio consensual, y solamente discuten sobre el contenido de la contraprestación en la *locatio conductio rei*, al igual que hace la doctrina romanista moderna, al examinar las fuentes clásicas, a través de la *colonia partiaria*, donde la *merces* puede consistir en una parte de los frutos.

El humanismo jurídico, representado por los corifeos más significativos, como Jasón del Maino, Donello, Cuyacio, Alciato y Juan Fabro, examinan el requisito de la *pecunia*, aunque inciden más intensamente sobre el aspecto etimológico de la misma, lo que no afecta a la *merces* del arrendamiento de servicios, si bien de modo unánime sostienen la vigencia de la contraprestación en dinero, como contenido de la contraprestación en el arrendamiento de servicios.

No ocurre lo mismo con múltiples autores que no pertenecen a este movimiento en la Edad Moderna, y que resulta prolijo enumerar aquí, aunque figuran bien identificados en el trabajo que comentamos, ya que la autora no ha dudado en presentar las interpretaciones que refieren las diferentes obras impresas de ese período. Quisiéramos destacar que en la indagación de las obras pertenecientes a la materia, salidas de la pluma de estos juristas, volvemos a apreciar el rigor, esfuerzo, exhaustividad y análisis amplio que Beatriz García lleva a cabo para el examen doctrinal de este movimiento jurídico, en la cual hay dos corrientes bien definidas, una de las cuales se aleja del planteamiento formulado por la jurisprudencia clásica y asumido por Justiniano, puesto que un sector de los juristas admite que la *merces* pueda consistir en cualquier cosa fungible, con el fundamento del fragmento recogido en C. Iust. 4, 65, 21, según el cual es válido el negocio con cosas que se cuentan, pesan o miden, si bien este punto de vista no se corresponde con la normatividad romana clásica, ni la justinianea, a la que se adscriben los integrantes de la otra corriente, quienes mantienen invariablemente el requisito del dinero, y constituyen el grupo mayoritario.

La importancia de los gremios, a la hora de organizar el trabajo desde la Baja Edad Media, obligó a Beatriz García a reflexionar sobre los salarios y su régimen en esa organización, pudiendo observar que al principio las retribuciones venían libremente pactadas, conforme al esquema contractual romano, pero más tarde hay una imposición del poder político, que se traduce en normas de obligado cumplimiento respecto de la cuantía y momento de pago, a pesar de cuyas restricciones a la voluntad negocial, hay que destacar que, salvo casos muy especiales, el contenido de la prestación siempre se determina en una cierta cantidad de dinero o numerario, de modo que cualquier otra prestación en especie no se contabiliza a estos efectos, y cuando se lleva a cabo, como al estudiar un pleito de finales del siglo XVIII, que llegó a la Real chancillería de Valladolid, el valor de esas prestaciones en especie, como eran la comida, el vestido, el calzado, el viaje, etc., se tasa y su monto se descuenta del

numerario prescrito por la ley, o por el concejo, o por la costumbre del lugar, a falta de convenio específico entre las partes.

Los iusnaturalistas del racionalismo, comenzando por los franceses Domat y Pothier, pero en la misma perspectiva los holandeses Voet, Vinnio e Eneccio, mantienen la tradición romanista, y así se llega al pandectismo del siglo XIX, representado, en el estudio de Beatriz García, por la doctrina de Glück, Windscheid, Dernburg y Arndts, que aparecen concordantes con la doctrina patria de finales del siglo XVIII y principios del XIX, representada por Juan Sala, Jordán de Asso y Manuel, Morató, Escriche o Benito Gutiérrez.

Esta tradición jurídica plurisecular, que tiene un reconocimiento normativo, se plasma en los proyectos del Código civil de la decimonovena centuria, incluyendo el texto aprobado en 1889, si bien en la redacción del articulado vigente no se especifica que la merced deba consistir en dinero, como ocurre con la compraventa, lo que ha permitido a la jurisprudencia del TS que haya interpretado, y aprobado como válido, el contrato de arrendamiento de servicios del Derecho civil con cualquier contraprestación respecto de su contenido, incluso un *facere*, si reúne el resto de requisitos exigidos.

La aparición del contrato de trabajo en la pasada centuria se ha traducido en la pérdida de importancia del contrato civil de arrendamiento de servicios, de modo que actualmente el citado contrato de trabajo se rige por el ET de 1980, en cuyo art. 26 se recuerda que la remuneración se puede hacer en dinero o en especie, si bien esta última no puede pasar del 30% del total, concordando con lo prescrito en un convenio de la OIT que tiene suscrito España.

Este punto de llegada en la normatividad positiva hispana, y de multitud de países, no hace más que recoger, aunque sea parcialmente, la tradición jurídica del negocio de arrendamiento de servicios procedente del Derecho romano. La exigencia de la *pecunia numerata* en la contraprestación, que debe percibir el *locator* de esta figura contractual, no es más que el fruto de una evolución histórica que, ni las circunstancias socio-económicas de la Revolución Industrial del siglo XIX, ni las políticas del siglo XX, han podido eliminar íntegramente respecto del requisito de la *merces* en dinero, sino simplemente mitigar su exigencia, procediendo el legislativo con un criterio social, para mantener, con un mínimo de protección, una parte de las necesidades que cubre el salario devengado por el trabajador.

Podemos concluir, que estamos ante un trabajo de investigación bien construido, rigurosamente desarrollado, con amplísimos fundamentos normativos y doctrinales, al mismo tiempo que aborda un instituto jurídico de gran repercusión en las relaciones laborales modernas. Por su denso contenido, método de estudio que combina diferentes metodologías usadas por los romanistas actualmente, especialmente la *Dogmengeschichte*, exhaustividad de su análisis y notoria actualidad de la materia analizada, la autora, Beatriz García, inscribe esta brillante, precisa y honda monografía entre las obras significativas que se refieren al contrato de arrendamiento de servicios, especialmente al presentar un estudio acabado dentro de la corriente de estudio

que desde hace veinticinco años viene potenciando la Asociación Iberoamericana de Derecho romano, en materia de Recepción, además de destacar por una notoria profundidad jurídica, mostrando gran calidad científica y de validez futura, constituyendo una importante aportación al estudio del contenido de la *merces* en esa perspectiva investigadora.

Esteban Varela Mateos  
*Catedrático de Derecho romano*