EL ACUERDO ENTRE VÍCTIMA Y VICTIMARIO EN ALGUNAS OBLIGACIONES *EX DELICTO* COMO FORMA DE DESAGRAVIO DEL ILÍCITO. ENTRE EL DERECHO PENAL ROMANO Y LA INNOVADORA MEDIACIÓN PENAL

Carmen Lázaro Guillamón
Universitat Jaume I – Castellón

En fechas recientes estamos asistiendo a un impulso formidable de formas extrajudiciales de gestión y resolución de conflictos entre las que destaca la mediación. La mediación se ha integrado sutilmente en el código genético de muchos operadores jurídicos y de otros profesionales como procedimiento actual, innovador, extraordinario y de salvación de una Justicia depauperada, desprestigiada y desbordada. No se duda de las bondades de la gestión y eventual resolución del conflicto a través del procedimiento de mediación, recientes estudios e investigaciones así lo demuestran y verifican y, en este sentido, es manifiesta nuestra firme confianza en las virtudes de esta forma de construcción de paz; sin embargo, no se trata de un procedimiento tan ajeno a nuestra actualidad jurídica, tan exento de carga jurisdiccional, tan innovador. Como la mayor parte de las instituciones jurídicas y metajurídicas de nuestro sistema de derecho privado y público, la esencia de la mediación se enraíza en el derecho romano, circunstancia que, desafortunadamente, es objeto de preterición – intencionada o no – por parte de los juristas de derecho positivo, tanto en el caso de la mediación en el ámbito de los conflictos del ámbito del derecho privado como – y todavía más – en el caso del derecho público y, en particular, del derecho penal.

Precisamente, es en la doctrina penal y procesal penal actual donde se detectan voces que cuestionan las virtudes del carácter esencialmente retributivo del sistema vigente en el que se ha olvidado a la víctima, circunstancia que justificaría la consiguiente necesidad de inocular en dicho sistema los principios de la denominada justicia restaurativa[1]. Una de las herramientas que puede posibilitar ese cambio de

[1] Baste la breve noticia de J.M. Silva Sánchez, *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en A. Beristain, J.L. de la Cuesta Arzamendi (dirs.), *Victimología: VIII Cursos de*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

paradigma es la mediación penal. Pero una vez más, tal y como ha ocurrido en el ámbito civil, se ha olvidado la utilidad, la pedagogía y el fundamento de nuestra historia jurídica. Si con la mediación penal se pretende que las partes – víctima y victimario – se encuentren – si así libremente lo consideran – y consigan un eventual acuerdo final de reparación – económica, emocional – ¿no es ese acuerdo fruto de la autonomía de la voluntad? – esta cuestión presenta indudables connotaciones iusprivatísticas –.

Ese acuerdo de voluntades que se produce en el contexto del enjuiciamiento de un ilícito penal era perfectamente posible en el ámbito de los *delicta* del derecho romano, cuando en sede jurisdiccional – frente al magistrado y dirigidas por éste – las partes – *actor* y *reus*, víctima y victimario – podían acordar, a través de la correspondiente *transactio*, poner fin al litigio que encontraba origen en dicho ilícito penal privado. En este contexto romanístico, el papel de la víctima, la intervención del victimario, la posibilidad de restauración y la reparación, se conjugan armónicamente complementando la sede jurisdiccional. Desafortunadamente, la doctrina penal actual – también en otros ámbitos que no son objeto del presente estudio – olvida este cimiento que muy posiblemente pudiera servir para la integración de la mediación penal en el sistema actual y a la ineludible exigencia de sistematización y legislación al respecto.

Nos gustaría contribuir con este trabajo a dicho propósito, desde la convicción de que la historiografía del derecho penal no comienza hace unos pocos siglos. Es conveniente sustraerse a lo absoluto de ideas relativamente modernas puesto que tenemos un pasado jurídico útil; no obstante, algunas cuestiones deben ser tenidas en cuenta: en este trabajo se tratarán exclusivamente los denominados delitos privados – *delicta* – del derecho romano desde la idea de que se trata de ilícitos en los que el agraviado se dirige a los tribunales para la obtención de una pena pecuniaria tasada por la ley en su directo beneficio, que lo desagravia por el perjuicio sufrido; esta pena privada

---

Verano en San Sebastián, San Sebastián, 1990, pp. 75-83, p. 77, quien asevera que a excepción de las tendencias de los últimos años, en la historia del derecho penal es posible distinguir dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima: la inicial, conocida como "edad de oro" de la víctima que es la del derecho romano primitivo, la del derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, la del derecho medieval (al menos en parte), cuando la reacción al delito quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo o de sus allegados perjudicados por el hecho, que devolvían la ofensa (no siempre en términos proporcionales o de la ley del talión) incidiendo, a su vez, sobre los bienes jurídicos del autor o de sus familiares; era el derecho penal de la "venganza privada". Silva Sánchez sólo alude en su manifestación con prudente criterio al derecho romano arcaico, no menciona el Derecho penal romano de las épocas sucesivas que es el que realmente interesa a nuestro estudio y que ofrece las pautas básicas de enjuiciamiento de los *delicta* a los que nos vamos a referir. En línea similar, J.A. Díaz López, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2011, III, pp. 1-50, pp. 3 y ss. parte del período medieval.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

es reparatoria, retributiva e indemnizatoria[2] desde el punto de vista de la relación directa e inmediata entre perjudicado y reo.

Es momento de plantear la cuestión clave de la mano de Fuenteseca[3] para quien la pregunta clave es la siguiente: en el derecho romano «¿Cómo la responsabilidad surgida de un hecho delictivo engendra una *obligatio civilis* igual que la derivada de un *contractus* […]?»[4], para a continuación, integrar dicha cuestión en el contexto de la innovadora mediación penal, dado que desde una visión relativamente elemental, la propuesta de una composición, de un acuerdo entre víctima y victimario es una de las ideas fuerza de aquélla.

En efecto, el proceso penal en Roma sólo puede plantearse desde el punto de vista de la organización constitucional romana y teniendo en cuenta la delimitación operada por la *lex Iulia iudiciorum publicorum et privatorum* del 17 a.C. que marca una decisiva división entre la jurisdicción civil y la represión pública de los *crimina*; las acciones que sancionan los *delicta* se ventilan en procesos de naturaleza privada y su carácter penal radica en que en su fórmula, la *condemnatio*, propone una cantidad múltiplo del daño causado[5]. Esta idea se encuentra en D. 50.16.131 pr. (Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.*): *Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeparatio*, donde Ulpiano diferencia entre pena y daño – *fraus, noxa* – en la palmaria aseveración *poena est noxae vindicta*. Por ello, las fuentes romanas sometidas a consideración no deben ser tratadas ni pensadas en términos penales modernos y de orden punitivo público, sino como instrumento que puede ofrecer luz sobre las posibilidades de la mediación penal, dado que en ambos casos tratan de un perjuicio – *damnum* – que afecta a un ciudadano particular que puede dirigirse a quien causó dicho perjuicio para exigir de éste una reparación – y que en Roma, además, le liberaba como delincuente[6] –.

---

[2] Ciertamente alejada en algunos puntos de la concepción de la pena de C. Beccaria quien afirmaba que «toda pena no sea violencia de uno de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes», en C. Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, introducción, notas y traducción de F. Tomás y Valiente, Madrid, 1974, cap. 47, p. 112.

[3] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Valencia, 1997, p. 16.

[4] Obviamos la segunda parte de la cuestión que transcribimos a continuación: «¿[…] si el *delictum* primitivo en la época de las XII Tablas conducía a la venganza privada?», dado que la propia M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 19, aclara que el *delictum* hubo de recorrer un largo camino histórico desde la venganza privada que ya desde las XII Tablas pudo ser objeto de composición pecuniaria o *pactum*, hasta constituir un vínculo de responsabilidad civil que sujeta al delincuente a una reparación pecuniaria (*obligatio civilis*). Al propio tiempo la misma autora – pp. 125 y ss. – realiza una revisión crítica de la teoría de P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, en cuanto a su infructuoso intento de convertir la acción penal que persigue ilícitos privados en una forma específicamente punitiva al dejarse influir por criterios iuspenalistas modernos que Roma desconoció.

[5] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 7.

[6] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 128, afirma que esta idea de que el acuerdo libera al delincuente es la que se desprende de la *obligatio ex delicto* clásica.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

Si los delitos privados en Roma se ventilaban a través del proceso privado correspondiente, nada obsta a que en el acuerdo entre ofensor y ofendido pusiera fin a dicho proceso o que incluso llegara a evitarlo, así, cuando hacemos referencia al acuerdo entre víctima y victimario nos estamos refiriendo a la posibilidad de *transactio.* Esencialmente, en el supuesto de comisión de ilícito penal privado – las fuentes sometidas a consideración tratan, sobre todo, el hurto y la *iniuria* –; fue esta una posibilidad que siempre estuvo abierta en el derecho romano mientras que, en el ámbito de los *crimina*, dicha posibilidad de transigir se fue restringiendo paulatinamente[7].

A decir de Freixas Pujadas[8], es natural que en la Roma primitiva, configurada como un núcleo pequeño de unos pocos habitantes que seguramente se conocerían entre sí y que se dedicaban a labores agrícolas y ganaderas, antes de acudir al litigio intentarían evitarlo y prevenirlo por vía de arreglo, de composición voluntaria, mitigando así el recurso a la venganza privada del ofendido (aunque judicializada – Ley de las XII Tablas – a través de la correspondiente vía procesal), es decir, acudimos a un escenario en el que en el caso de *iniuriae* se substituye la *talio* por la *poena* y en el caso de los *damna* se substituye la *noxa* por la *deditio*. Esta composición sería llevada a cabo, normalmente, antes de acudir al litigio e infiere el intercambio de «recíprocas prestaciones que suponen una relación de equivalencia aceptada lógicamente por ambas partes». Sin embargo Peterlongo[9] afirma que la transacción sobre actos ilícitos del derecho privado no era posible en el derecho arcaico ya que se trataba de un acto que pertenece a la gestión interna de la *gens* que no hubiera consentido un acuerdo oneroso de paz entre sujetos particulares; es necesario esperar al período republicano y a la conformación de la categoría técnica de los *delicta* para hablar de efectiva *transactio* sobre *iniuriae* y sobre hurto. En efecto, en el panorama de las XII Tablas, los daños ilícitos entre *cives* provocaban la venganza privada salvo acuerdo entre ofensor y ofendido y resulta difícil distinguir entre el ilícito civil y el ilícito penal dado que se decide, en todo caso, inter-

---

[7] M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, p. 243, la misma autora realiza una revisión de la posibilidad de composición en el caso de los *crimina* – pp. 230 y ss. – que fue definitivamente limitada por el Senadoconsulto Turpiliano (año 61 d.C.) al imponer la necesidad de que el magistrado concediera la *abolitio* para que el acuerdo fuera posible. De hecho, hasta la citada limitación, tanto en el ámbito civil como en el régimen del procedimiento acusatorio público se puede componer un proceso criminal público por transacción a tenor de D. 3.6.1.3 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit. nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat? et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus*, esto es, no se prohibieron las transacciones, sino la prevaricación.

[8] J. Freixas Pujadas, *Una nota sobre la transactio*, en *AHDE*, 1979, XLIX, pp. 643-652, p. 647.

[9] M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, cit., p. 243, quien añade que a partir de ese período y en el derecho posterior la *actio furti* y la *actio iniuriarum* se extinguían *ipso iure* por el simple pacto y no únicamente *ope exceptionis*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

pretando la voluntad divina en función sacerdotal, aunque sí existe la diferencia entre la sanción privada del ilícito privado y la sanción penal pública en casos de ilícitos que afectaran a la comunidad política – caso del homicidio, la traición del orden ciudadano – y cuyo enjuiciamiento correspondía a los *duoviri*[10].

A decir de Fuenteseca[11], la integración del hecho delictivo en el proceso que enjuicia la *obligatio civilis* clásica y que sanciona el hecho punible con una *actio in personam* que exige al victimario el cumplimiento de una obligación civil de naturaleza pecuniaria, supone el resultado de una evolución jurídica que se refleja en los términos *iudicare* – determinar lo justo entre *cives* – y *damnare* – posibilidad de valorizar el perjuicio pecuniariamente –. No hay forma de decirlo más claramente, siguiendo a Peterlongo[12], la transacción podía tener lugar en todos los entendimientos que se realizaban en el marco del *ius privatum*[13], en particular, son determinantes y muy descriptivas las palabras de Heineccio[14] que reproducimos: «El delito verdadero es público o privado. En aquél, el juicio y castigo son públicos; en éste, el procedimiento es privado, porque se comete directamente en perjuicio de los particulares. Tales son el hurto, la rapiña, el daño injustamente causado y la injuria». En efecto, a decir de Fuenteseca[15], la *poena privata* del período clásico está vinculada directamente con la *condemnatio formularia* ya que la eventual condena deriva de una estimación económica del daño ocasionado a la que se puede añadir un múltiplo de dicha *aestimatio* que se entiende como *poena*, se trata de una tasación del daño *ex delicto* que proporciona una auténtica *obligatio civilis*. Hay que tener en cuenta la división que Gayo describe en sus *Instituta* – Gai. 3.88[16] – y, en relación a las obligaciones que derivan de los delitos, el jurista afirma que – Gai. 3.182 – *[…] ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio […]*, es decir, la obligación que nace de estas figuras delictivas – hurto, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria* – tiene una única causa: el *damnum*, que provoca una estimación pecuniaria a la que se podía añadir un múltiplo, de forma que la acción personal a la que también alude Gayo – Gai. 4.2[17] – derivada, en este

---

[10] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 135.

[11] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 141.

[12] M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, cit., p. 208.

[13] PS. 1.1.1: *De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur*, y PS. 1.1.5: *De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus. Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest*.

[14] J. Heineccio, *Elementos de derecho romano*, traducidos y anotados por J.A.S., Madrid, 1829, § 988, pp. 273-274.

[15] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 125.

[16] *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas especies diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

[17] *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

caso, del delito, tiene una consecuencia uniforme: la estimación pecuniaria[18]. Esta consecuencia procesal es susceptible de composición a través de *transactio* que tiende a evitar incluso el propio proceso[19] (cuya naturaleza sería absolutamente extraprocesal) o se deriva de la incoación de la acción (transacción realizada *in iure*), en este sentido debemos reparar en D. 2.14.7.14 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit*. El texto, ubicado en el título XIV, del libro II del Digesto sobre los pactos – *De pactis* – recoge el comentario ulpianeo al edicto sobre la posibilidad de acuerdo en el caso de la *operis novi nuntiatio*, algunos juristas determinan que dicho pacto no es válido dado que se trata de un supuesto en el que *praetoris imperium versetur*; sin embargo, Labeón introduce una pauta interpretativa al hacer depender la validez del pacto sobre la denuncia de obra nueva de la naturaleza de la cosa, de forma que el pacto sólo será ilícito si se trata de cosas públicas; en el supuesto de pacto sobre cosas privadas, el pacto es perfectamente posible, dado que sólo se lesionan intereses privados, *in fine*, el argumento por analogía a través del que Labeón justifica la licitud del pacto es el de la posibilidad de composición en caso de hurto.

A decir de Bertolini[20], las acciones penales que derivan de los delitos privados forman parte del patrimonio de la persona lesionada y, por tanto, pueden ser objeto de transacción. Así, por lo que respeta al hurto – a zaga del ejemplo por analogía ofrecido por Labeón en D. 2.14.7.14 (Ulp. 4 *ad ed.*) –, la transacción es perfectamente posible, vayamos a las fuentes:

> D. 47.2.55(54).5 (Gai. 13 *ad ed. provinc.*): *Si tutor qui negotia gerit aut curator transegerit cum fure, evanescit furti actio*.

El pasaje de Gayo ubicado en el título II del libro XLVII sobre el hurto – *De furtis* – es inequívoco, cabe la posibilidad de transigir en el caso del ilícito de hurto y los efectos de dicha composición se compendian de modo absoluto en la extinción de la

---

[18] Téngase en cuenta D. 47.1.3 (Ulp. 2 *de off. procons.*): *Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit […]*.

[19] J. Freixas Pujadas, *Una nota sobre la transactio*, pp. 645 y ss., afirma que los autores se han fijado quizá erróneamente, en la *transactio* que se realiza en el marco del proceso, una vez incoada la acción por parte del demandante y previa a la *litis contestatio* de suerte que consideran que la transacción más propia y genuina era la acordada durante la tramitación *in iure* cuando en realidad, a su entender, esta transacción procesal es la menos propia y secundaria. La transacción más genuina es la que encuentra su lugar fuera del proceso y antes de la citación para la comparecencia *in iure*.

[20] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino, 1900, pp. 200 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

acción. Además, el texto admite sin discusión la posibilidad de que quien transija sea el tutor, en efecto, no se está pensando en un *procurator ad litem* tal y como recoge C. 2.4.7 (*Imp. Gordianus A. Licinio Timotheo evocato*, a. 238): *Transactionis placitum ab eo interpositum, cui causae actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuae derogavit*, donde se manifiesta que la *transactio* no puede ser hecha por aquel a quien *non decisionem litis mandasti*, dado que el poder de representación abarca sólo a la gestión del pleito, esto es, el *procurator* sólo podrá realizar actividades estrictamente procesales, nunca disponer sobre la cuestión litigiosa y, de hacerlo, las eventuales disposiciones se tendrán por no hechas. A decir de Bertolini[21], es perfectamente posible que pueda transigir quien recibió un concreto mandato *ad transigendum*, sin embargo, no puede hacerlo quien tuvo exclusivamente un particular mandato *ad litem*[22], es decir, el que tiene un poder exclusivamente para ser procurador en el pleito no tiene habilitada la potestad para transigir respecto del asunto del pleito, dado que la propia naturaleza de la *transactio* lleva implícita la posibilidad de sacrificar parte de las pretensiones del mandante. No en vano Sturm[23] afirma que «die transactio ist das Gegenbild der actio». Sin embargo, la transacción realizada por el tutor o por el curador es perfectamente admitida y provoca plenos efectos[24]. En particular, para el caso del curador hay que estar a:

> D. 47.2.57(56).4 (Iul. 22 *dig.*): *Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt*.

El pasaje de Juliano añade, además de la ampliación de la validez de la transacción realizada por el curador porque – como el tutor – *domini loco habetur*, el dato de que la transacción versa exclusivamente sobre el ilícito penal y, por tanto, la acción que se extingue es la *actio furti*, téngase en cuenta en este sentido el texto *in fine*: *condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt*, esto es, cabe el ejercicio de la acción real que vindicaría, en su caso, la cosa objeto de hurto – y sobre la que estimamos que también existe posibilidad de transacción en su caso –. Esta idea se confirma en D. 13.1.7 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Si pro fure damnum decisum sit, condictionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur*; en el texto ubicado en la rúbrica *De condictione furtiva*, claramente

---

[21] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., p. 125.

[22] De mandato *ad hoc* habla M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, cit., p. 196.

[23] A. Sturm, *Die Lehre vom Vergleiche nach gemeinen und preußischem Rechte unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Berlín, 1889, p. 20.

[24] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., pp. 129 y ss.; M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, cit., pp. 198 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

se concreta que la posibilidad del ejercicio de la *condictio furtiva* queda a salvo dado que la acción que se extingue es la que provocaría estimación del *damnum*, no la que persigue la cosa robada. En el mismo sentido se pronuncian los emperadores Diocleciano y Maximiano: C. 6.2.13 (*Impp. Diocletianus et Maximianus. AA. et CC. Domno*, a. 293): *Post decisionem furti leges agi prohibent. quod si non transegisti sed de sublatis partem tantum accepisti, residuam vindicare vel condicere et actione furti apud praesidem agere potes*, donde clarísimamente se advierte que la transacción se realiza sobre el *delictum* y la acción (personal y con consecuencias penales) que proporcionaría la estimación de la condena pecuniaria, de forma que queda a salvo la posibilidad de ejercicio de la acción real.

Pero no solamente el hurto proporciona posibilidad de acuerdo de partes, también debemos contemplar el caso de la *iniuria* desde las XII Tablas, en particular: Tab. 8.2: *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto*, que aunque no es el germen de una *obligatio ex delicto*, y dado que como se ha avanzado, en esta época los daños ilícitos entre *cives* se gestionaban a través de la venganza privada regulada por la Ley del Talión, el texto, sin duda, es muestra de que cabía el acuerdo entre ofensor y ofendido que refleja, en cualquier caso, un acto de naturaleza contractual[25]. A decir de Peterlongo[26], es innegable que la primera transacción encuentre origen en los ilícitos del derecho arcaico, aunque propiamente sólo es posible hablar de efectiva *transactio* en el caso de los *delicta* clásicos.

El supuesto de transacción en el caso de *iniuria* se halla en el apartado final de D. 47.10.11.1 (Ulp. 57 *ad ed.*): *[…] proinde et si pactum de iniuria intercessit et si transactum et si iusiurandum exactum erit, actio iniuriarum non tenebit*, esto es, la acción derivada del *delictum* se consume por acuerdo entre partes o por juramento[27].

Así, tanto la *actio furti* como la *actio iniuriarum* se extinguen *ipso iure* con el simple *pactum* y no sólo *ope exceptionis*[28], esta idea de que el *pactum* libera al delincuente es clara en la *obligatio ex delicto* clásica[29].

Pero si la *transactio* extinguía completamente la acción penal que determinaba el *quantum* de la condena, el *reus*, transigiendo, no se sustraía a la infamia cuando el delito era tal que la condena llevaba aparejada la nota de infamia, reconociéndose en

---

[25] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 127.

[26] M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, cit., pp. 230 y 243.

[27] Posiblemente se trataría del pacto pretorio de juramento, de naturaleza voluntaria, dirigido a evitar los inconvenientes de un proceso. Si una parte realiza determinada propuesta a su contrincante y éste acepta lo convenido y jura, los efectos de este juramento son reconocidos y el pretor para garantizar su eficacia otorga no sólo una excepción – como ocurre con los pactos en general – sino en determinados casos, incluso una acción; en este sentido vid. J. Santa Cruz Teijeiro, *Manual elemental de instituciones de derecho romano*, Madrid, 1946, p. 426.

[28] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., p. 201. *Vid*. L. Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Straftrechts*: *ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung desselben*, Erlange, 1889, pp. 124-126, con amplia citación de fuentes y autores.

[29] M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 128.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

su acto una confesión del hecho de la imputación, todo ello porque la infamia es una consecuencia del derecho público[30].

En D. 3.2 se recoge el edicto del pretor sobre la nota de infamia conexa a ilícitos – *De his qui notantur infamia* –, en particular y por lo que respecta a los *delicta* interesa D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): *Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur […] qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit […]'*, donde claramente se contempla la nota infamia al reo de hurto, robo con violencia, *iniuria*, dolo malo y fraude, independientemente de si fue condenado o si tuvo lugar una transacción; en el mismo sentido D. 3.2.4.5 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Item 'si qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit' simili modo infames sunt,* que continúa con D. 3.2.5 (Paul. 5 *ad ed.*): *quoniam intellegitur confiteri crimen qui paciscitur*. En el concreto caso de la *iniuria* debe referirse también C. 2.11(12).4.18 (*Impp. Valerianus et Gallienus AA. Antiocho*, a. 260): *Non damnatos quidem dumtaxat iniuriae, sed pactos quoque perpetuum infamat edictum. […]*.

Únicamente en el caso de que la transacción fuera *iussu praetoris* como se observa en el caso de la remisión gratuita, el *reus* no incurría en la infamia[31], tal y como recoge D. 3.2.6.4 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Qui iussu praetoris pretio dato pactus est, non notatur*, esto es, en determinados casos el reo podía llegar a estar protegido contra la infamia por vía de autorización pretoria a modo de verdadera prueba de inocencia.

La infamia es un mecanismo diferenciado que proporciona un gravamen específico por la contravención de normas que va más allá de lo jurídico y se integra así en consideraciones de naturaleza ética que son relevantes para toda la sociedad romana. No en vano, la infama es un regulador muy eficaz del desarrollo sostenible de la sociedad y de la seguridad pública[32].

En el mismo sentido se manifiesta Gayo en Gai. 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut ui bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur*. En el texto es relevante la diferencia entre los juicios infamantes según que se trate de acciones de carácter penal o de juicios de carácter civil. En los primeros la infamia no acom-

---

[30] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., p. 201

[31] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., p. 202.

[32] A. Apsītis, O. Joksts, *The concept of infamy (infamia) in Roman Law: An engine for sustainable development and public security – the Roman example*, en *Journal of Security and Sustainability Issues*, 2013, III.1, pp. 31 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

pañaba sólo a la condena, se imputa al demandado también aunque la evite pactando, porque lo que induce a la infamia no es la condena judicial sino el propio hecho al que da lugar la acción y además porque al reo se le tiene por confeso con la *transactio*[33].

En definitiva, independientemente de la sanción particular prevista para cada delito, o incluso en el caso de que hubiera mediado transacción, la satisfacción por los aspectos éticos del ilícito se objetiviza en la nota de infamia, esta idea identifica puntos de vista morales y éticos de la sociedad romana que hacen que, a pesar del pacto entre víctima y victimario, éste último no llegue a sustraerse a las consecuencias de orden moral que implica su conducta desviada. Sin embargo, cuando la *obligatio* no deriva *ex delicto* sino que su origen se encuentra en un contrato, la transacción sí que libera de la infamia, es decir, en los otros juicios civiles la infamia no afecta al demandado a no ser que la condena se haya pronunciado efectivamente, en este sentido se manifiesta Paulo en D. 3.2.7 (Paul. 5 *ad ed.*): *In actionibus, quae ex contractu proficiscuntur, licet famosae sint et damnati notantur, attamen pactus non notatur, merito: quoniam ex his causis non tam turpis est pactio quam ex superioribus*, probablemente, el motivo se encuentra en el menor grado de "repulsión" – *turpis*, en clara alusión a la *turpitudo* o *infamia facti* –.

La posibilidad de acuerdo entre víctima y victimario en los ilícitos romanos que proporcionan obligaciones pecuniarias y que se sustancian, en su caso, siguiendo los parámetros del proceso privado, el equilibrio entre ambas partes ofrece respuesta histórica a esa corriente actual que pretende dotar de un mayor protagonismo a la víctima del ilícito penal o lo que es lo mismo, la idea de conseguir una mayor tutela de sus derechos; en particular, y a decir de Silva Sánchez[34], el ámbito en que se ha dado menos relevancia a los actos e intereses del perjudicado por un ilícito es el de la dogmática de la infracción penal, tanto en la teoría jurídica del delito como en los concretos tipos delictivos – quizá no tanto en el ámbito procesal, ni el de las consecuencias jurídicas del delito –; desde el punto de vista de la dogmática penal, el delito se contempla como un fenómeno unilateral, como un fenómeno lineal dibujado por relación sujeto-ordenamiento jurídico en el que la víctima asume el papel puramente pasivo de la persona que resulta dañada. Esta imagen se desdibuja en el caso de los *delicta* del derecho romano[35] por dos motivos: el primero es que proporcionan, respecto

---

[33] C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, cit., p. 202, n. 2.

[34] J.M. Silva Sánchez, *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el derecho penal*, cit., p. 79.

[35] Aunque señalamos que el punto de inflexión en la visión exclusivamente iuspublicista de ilícitos penales comienza ya en el Derecho romano, los *delicta* restringieron progresivamente su ámbito de aplicación en un proceso histórico de despenalización del proceso civil romano, en este sentido *vid*. M. Fuenteseca, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., p. 208, quien resume muy concretamente que la *iniuria* pasa a represión pública con la *lex Cornelia de iniuriis* de Sila (81 a.C.), algunas hipótesis de daños se enjuician públicamente con la *lex Iulia de vi publica et privata* (siglo I d.C.) y con la *lex Cornelia de falsis* (81 a.C.), la *rapina* es absorbida por el *crimen vis* y se sustraen para lo público algunas figuras de hurto (el de cosas hereditarias o sagradas).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

de la responsabilidad del victimario, una obligación pecuniaria *ex delicto* en caso de sentencia condenatoria; el segundo, que es el que nos interesa, es que si se produce *transactio* en sede jurisdiccional – o incluso antes de la incoación del concreto proceso –, es decir, se desencadena el acuerdo entre partes (víctima y victimario) y se pone fin al proceso, se deriva un acuerdo de voluntades construido desde la igualdad de posiciones y la autonomía de las partes, circunstancias que se integran completamente en la innovadora mediación penal, la idea de justicia restaurativa y la ponderación en aumento del papel de la víctima.

En efecto, el sistema penal vigente configura una justicia de carácter marcadamente retributivo, caracterizado por el predominio del principio de legalidad y necesidad, donde prevalecen los delitos públicos, perseguibles de oficio, independientemente de la voluntad del ofendido o agraviado; en definitiva, no reconoce a los ciudadanos el derecho subjetivo al castigo, monopolio del estado, y queda prohibida la justicia privada o autotutela[36]. En este contexto, se ponderan las virtudes reconocidas a la mediación penal, que como toda mediación, erige a ambas partes – víctima y victimario – como los protagonistas de la eventual resolución del conflicto – penal – con la guía del mediador; en esta gestión se da voz a la víctima y se responsabiliza al victimario quien tiene la posibilidad de reparar el daño causado, esto es, se produce en realidad una efectiva cuantificación del *damnum* en función de la apreciación particular ofrecida en un contexto privado de gestión del consenso. Barona Vilar[37] describe la mediación penal como un «procedimiento extrajurisdiccional en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente se reconocen capacidad para participar en la resolución de "su" conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario».

La clara alusión a los principios de la actual justicia restaurativa es más que notoria, al igual que la connotación romanista/iusprivatista de la autocomposición que pone fin al conflicto penal, no debemos olvidar que la pena romana en el supuesto de ilícitos penales privados tiene naturaleza reparatoria, retributiva e indemnizatoria en el contexto de las relaciones entre *cives*, no en vano, como afirma Ordeñana Gezuraga[38], la justicia restaurativa parte de la concepción del delito como contravención de relaciones humanas y no tanto como infracción de leyes y, por ello, no es monopolio

---

[36] *Vid*. en este sentido I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, en *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible (17-2009 Victoria Gasteiz), Donostia-Sans Sebastián: Eusko Ikaskuntza*, 2012 (17), 1937-1956, p. 1939.

[37] S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, p. 257, quien llama a la definición de M.I. González Cano, *La mediación penal en España*, en S. Barona Vilar (coord.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, p. 25.

[38] I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., p. 1943.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

exclusivo ni preferente del estado – en Roma hablaríamos de lo público –. De esta forma, la mediación penal valoriza la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de construir un acuerdo que representa, además, una vía pacífica y privada de resolución de su conflicto puesto que el protagonismo de lo público se difumina.

De este modo, las notas que pueden llegar a caracterizar a la mediación penal[39] y la posibilidad de *transactio* en el caso de ilícitos penales privados en Roma son más que coincidentes; a continuación, proponemos un conciso repaso:

- La mediación penal es una forma de tutela del ciudadano; y también lo es la *transactio* sobre ilícitos penales privados en Roma, sobre todo teniendo en cuenta que de las fuentes se desprende el dato de que la guía del procedimiento de acuerdo corresponde al pretor[40] en la fase previa a la litispendencia del pleito.
- La mediación penal no excluye la existencia de unos hechos socialmente reprochables; tampoco la *transactio* romana sobre *delicta*, dado que el acuerdo no llega a eliminar la nota de infamia.
- La mediación penal se fundamenta en la libertad o voluntad de las partes, al igual que la posibilidad del *pactum* en el caso del derecho romano.

---

[39] Nos hemos servido de las que proponen S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 259 y ss.; I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., pp. 1946 y ss.

[40] En cuanto a la participación del pretor en la construcción del acuerdo hay que tener en cuenta D. 12.1.21 (Iul. 48 *dig.*): *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere*, en el texto es relevante el giro *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*, con el que Juliano refuerza el hecho de que el acuerdo al que pueden llegar las partes ha de ser fruto de su voluntad y producto del ejercicio de la autonomía privada y la libertad y, en este contexto, el pretor interviene en la gestión del conflicto, estimula al actor a recibir lo que se le ofrezca y facilita la gestión preocupándose, por ejemplo, de que el ofrecimiento sea equilibrado. El resultado es que si el pretor actúa de esa forma conseguirá disminuir los pleitos (actividad que el texto atribuye directamente a su *officium*) y esto, en cualquier caso, es obrar con más humanidad – *causa humanius causa humanius facturus* –. En sentido similar se puede interpretar D. 39.1.1.10 (Ulp. 52 *ad ed.*): *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere*, donde Ulpiano recoge la opinión de Celso en el caso de acuerdo en la realización de una obra tras haberse intentado previamente la *operis novi nuntiatio*, en particular y, por lo que interesa en relación con la actividad pretoria, se atribuye al magistrado la facultad de dirimir la eventual controversia dado que es facultad de las partes apartarse voluntariamente de aquélla bajo la directriz del Pretor en la construcción del acuerdo. En cuanto a la intervención del pretor en la gestión del conflicto *vid*. C. Lázaro Guillamón, *El poder de la voluntad en la resolución alternativa de conflictos. Aproximación a la transactio romana a propósito de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en *Direito Romano. Poder e Direito*, Lisboa, 2013, pp. 175-199; C. Lázaro Guillamón, *El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica*, en *Revista Internacional de Mediación*, junio-diciembre 2013, pp. 84-92.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

- Es un procedimiento, no es un proceso[41], en el caso de la mediación penal no estamos ante una función jurisdiccional[42]; el pretor romano no interviene desde un punto de vista procesal en la conformación del acuerdo sino que corresponde a su *officium* intentar que las partes propongan y lleguen al *pactum* que puede poner fin al litigio de forma que, en todo caso, la solución es autocompositiva.
- En la mediación penal concurre una intervención tripartita de sujetos – víctima, victimario y mediador –, al igual que en la *transactio* romana: *actor*, *reus* y pretor.
- Independientemente de la forma de finalización de la mediación penal – con o sin acuerdo –, las actuaciones del procedimiento de mediación no pueden ser empleadas en el eventual juicio, respetándose así el principio de presunción de inocencia y el derecho a no auto inculparse en el proceso penal, dado que la mediación penal no es, en realidad, una alternativa a la vía jurisdiccional, es un complemento que puede llegar a matizar las consecuencias e incluso el propio proceso penal. En el derecho romano el acuerdo entre las partes no exime al victimario de las consecuencias que hubiera sufrido de dictarse una sentencia condenatoria – esencialmente, la nota de infamia –.

Como afirma Ordeñana Gezuraga[43], «la mediación penal es una fórmula complementaria al procedimiento judicial, incardinada en este. En esta configuración, el procedimiento de mediación penal se controla por los operadores jurídicos, exigiendo en todo caso el acuerdo de las partes una sanción judicial. Así se garantiza el interés público inmanente al *ius puniendi*», esta configuración no es ajena a la construcción romana del acuerdo de la partes – víctima y victimario – en los *delicta*.

Asimismo, dado que la mediación penal se configura como complemento, sus efectos en el enjuiciamiento y en función del momento en el que tenga lugar[44]

---

[41] En este sentido es muy clarificadora la nota de I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., p. 1945, quien afirma que el proceso únicamente puede tener lugar ante los tribunales, ante la autoridad judicial, a la tramitación de este mecanismo extrajudicial se le debe denominar procedimiento, considera el autor la doctrina de J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, S. Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional*, I, *Parte general*, Valencia, 2009, p. 305: «mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional».

[42] S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., p. 262.

[43] I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., p. 1951, quien además ofrece unas notas – pp. 1952 y ss. – en cuanto a la necesidad de que el procedimiento de mediación penal ha de contar con el visto bueno del Ministerio Fiscal y de los letrados de las partes y su inicio exige el auto o providencia del juez que acuerda la remisión del caso a mediación penal – en particular, al servicio de mediación penal correspondiente –.

[44] El procedimiento de mediación puede llegar a tener lugar antes del inicio del propio proceso penal – mediación penal preprocesal –, mediación penal procesal – constante el proceso penal –, mediación penal *post sententiam* – es decir, en la fase de ejecución para obtener suspensión o sustitución de la pena, o mediación penitenciaria –; en este sentido *vid.* S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 325 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

pueden llegar a ser, esencialmente, los siguientes: en el caso de sentencia condenatoria, se aplica la atenuante genérica del artículo 21.5[45] del vigente Código penal; sentencia de conformidad; sobreseimiento provisional; transformación del procedimiento penal por delitos en procedimiento de juicio de faltas; archivo del procedimiento por ejercicio del derecho a retirar la denuncia y, eventualmente, sobreseimiento libre y archivo de actuaciones[46]. En cuanto a los ilícitos derivados a mediación penal, en función del lugar del juzgado y del proyecto en el que se ha integrado el servicio de mediación penal, la mayoría responden a delitos contra el patrimonio, especialmente delitos de daños y de robo y suelen tener cantidades económicas de escaso valor[47], o bien a delitos de lesiones, daños, malos tratos, amenazas e injurias[48]; en estos casos la reparación ha consistido en disculpas formales, renuncia a acciones civiles y penales, pago a la víctima, compromiso de que los hechos no vuelvan a ocurrir, retirada de la denuncia, realizar trabajos de reflexión por escrito, servicios comunitarios.

En definitiva, cuando Barona Vilar[49], en su trabajo sobre la mediación penal, afirma que «parece de interés comenzar con un itinerario histórico que permita exponer las diversas teorías entorno a la pena como manifestación más clara de la aplicación del derecho penal a lo largo de los pasados siglos», entendemos – sería deseable – que el proceso histórico de revisión debería prolongarse hasta la experiencia jurídica de Roma y eso es lo que se pretende con este trabajo. Es muy conveniente sustraerse a la exclusividad de las ideas más o menos modernas y sumar nuestro pasado jurídico que se presenta como extremadamente útil, sobre todo cuando se pretende modificar en el sistema penal actual en el sentido de dotar de mayor protagonismo a actividades de parte que tienen que ver más con el ámbito del derecho privado en el contexto del proceso penal, modificación que representa, en sentido general, una involución hacia el derecho penal privado – romano – que se ha descrito en este trabajo puesto que es incuestionable el resultado de privatización de las consecuencias del ilícito penal.

---

[45] "Son circunstancias atenuantes: 5º. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

[46] Según lo recogido por A. Gimerà i Galiana, *La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya*, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2005, III, pp. 1-22, p. 15; I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., pp. 1945 y ss.

[47] A. Gimerà i Galiana, *La Mediación-Reparación, cit.*, p. 10.

[48] I. Ordeñana Gezuraga, *Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona*, cit., p. 1954, quien recoge que en su estudio los ilícitos menos habituales han sido robo con fuerza en las cosas, ocupación de bienes inmuebles, realización arbitraria del propio derecho, denuncia falsa, atentado contra agente de la autoridad…

[49] S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., p. 15.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

Sin duda, la visión del romanista que integra en su método de investigación la técnica de la *Dogmengeschichte*, que se ocupa del estudio del derecho libre de las estrecheces del estricto derecho positivo, puede ayudar a configurar un buen tejido normativo – necesario – para la mediación penal que, indudablemente, contribuirá a la integración efectiva de la justicia restaurativa que, en esencia, no es desconocida para los fundamentos históricos de nuestro actual sistema jurídico.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346

https://doi.org/10.55104/FRDC_0346