

# GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Honorary Chief Editor**

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

**Chief Editor**

Aniceto Masferrer, University of Valencia

**Assistant Chief Editors**

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

**Editorial Board**

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaiso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

Carlos Sánchez-Moreno Ellart, “IEphesos 4 y la teoría de los contratos consensuales en Derecho helenístico”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 865-880 (available at <http://www.glossae.eu>)

## IEphesos 4 y la teoría de los contratos consensuales en Derecho helenístico

### IEphesos 4 and the Theory of Consensual Contracts in Hellenistic Law

Carlos Sánchez-Moreno Ellart  
Universidad de Valencia

#### Resumen

Partiendo de nuevas fuentes que demuestran que la responsabilidad contractual en Derecho griego era concebida como delito, este artículo afronta el fundamento de la responsabilidad contractual en Derecho helenístico mediante la valoración de una inscripción de este período (IEphesos 4) y de algunas fuentes literarias que se han esgrimido contra la teoría de Hans-Julius Wolff llamada *Zweckverfügung* o -en inglés- "disposal by a purpose" (disposición para un fin determinado). Es significativo que esta teoría había afirmado con razón que la responsabilidad derivada del contrato era entendida como delito. Tras valorar esas fuentes se afirma que IEphesos 4 no constituye una prueba contra esta teoría.

#### Summary

Starting from some new sources that demonstrate that contractual liability in Greek law was conceived as a delict, this paper tackles the basis of contractual liability in Hellenistic law by taking into account an inscription of this period (IEphesos 4) and some literary sources related to Athenian law that have been put forward against the theory by Hans-Julius Wolff called *Zweckverfügung* or -in English- disposal by a purpose. It is significant that this theory had rightly asserted that liability arisen from contract was understood as a delict. After evaluating these sources, it is stated that IEphesos 4 does not constitute a proof against this theory.

#### Palabras clave

Delito; responsabilidad; contratos consensuales; Derecho griego antiguo; Derecho romano; *Zweckverfügung*

#### Keywords

Delict; liability; consensual; contracts; ancient Greek Law; Roman law; *Zweckverfügung*

En un trabajo reciente que nos ha exigido una intensa dedicación durante una larga etapa hemos tenido la ocasión de analizar documentos procesales del siglo II a C<sup>1</sup>. Se trata de documentos inéditos procedentes del archivo del dikasterion de Heracleópolis, reutilizado en el cartonaje de una momia de época ptolemaica. El archivo original se encuentra hoy repartido entre los fondos de la Universidad de Tréveris, que es el que hemos tenido el honor de comentar, y los de las Universidades de Heidelberg, Colonia y Milán. Incluye, entre otros, escritos de emplazamiento, fragmentos de contratos, declaraciones testificales, así como otros de menor relevancia.

Una de las novedades más importantes que aportan tales documentos es la confirmación de un elemento esencial de la tesis de Wolff sobre los contratos en

---

\*Agradezco a los Profs. Bärbel Kramer y Hans-Albert Rupprecht sus valiosos comentarios sobre diversas cuestiones, tanto relativas a los textos griegos como a problemas de fondo. Los errores e imprecisiones son –naturalmente– responsabilidad del autor. La cita de las fuentes literarias se realiza según el TLG.

<sup>1</sup> Kramer, B./Sánchez-Moreno Ellart, C. M<sup>a</sup>., *Neue Quellen zum Prozessrecht der Ptolemäerzeit. Gerichtsakten aus der Trierer Papyrussammlung (P.Trier I)*, Berlin, 2017.

Derecho griego, la conocida como Zweckverfügung, que el propio autor traduce al inglés como "disposal to a purpose". En los documentos en que el demandante emplaza al demandado para comparecer ante el dikasterion, no se fundamenta la acción en el incumplimiento contractual, sino en el perjuicio producido: τὸ ἀδίκημα[α] | ἐγένετο[ο ὄτ]ε ἀπαιτηθεὶς ὑπ' ἐμοῦ τὰς ᾿[Β (δρ.)] | τοῦ χαλκοῦ καὶ τὸν [τόκ]ον οὐκ ἀπέδωκε[άς μοι (P.Thissen<sup>2</sup> = P.Trier I 3,24–26)<sup>3</sup>. En otras palabras, la acción se construye sobre los efectos de una retención ilícita antes que en virtud de la ruptura de las obligaciones contraídas. Esta parte de la tesis de Wolff ha sido aceptada incluso por autores que se muestran escépticos o al menos no se pronuncian sobre otros de sus corolarios<sup>4</sup>.

Es verdad que la tesis en sí presenta -como toda gran teoría ambiciosa y de visión global<sup>5</sup>- algunos puntos discutibles, pero queda atestiguado que en Derecho griego la responsabilidad derivaba no del contrato sino del perjuicio irrogado, en otras palabras, que estamos ante una responsabilidad delictual<sup>6</sup>. Eso a su vez presupone un concepto amplio de delito que englobaba lo que en nuestros esquemas se concebiría como incumplimiento. También presupone una concepción del contrato en el que el consenso desempeña un papel secundario, puesto que no se menciona como base de la acción interpuesta.

A lo largo del comentario a esos documentos nos referíamos a la tesis de Wolff y en algún supuesto aludíamos a ciertas objeciones que parte de la doctrina había vertido contra ella<sup>7</sup>. Apenas nos dedicamos a estas críticas que intentan revivir la explicación según la cual la consensualidad en Derecho ateniense era el verdadero fundamento de la obligación y que, de paso, tratan de confirmar su continuidad en Derecho helenístico. Algunas tendencias tratan incluso de atribuir la categoría romana de los contratos consensuales a una indemostrada influencia griega<sup>8</sup>. Todos sabemos,

---

<sup>2</sup> P.Thissen = Hagedorn, D. / Kramer, B., "Vorladung (P.UB Trier S 188-82 + S 188-119), H. Knuf, Ch. Leitz und D. von Recklinghausen (Eds.), *Honi soit qui mal y pense. Studien zum pharaonischen, griechisch-römischen und spätantiken Ägypten zu Ehren von Heinz-Josef Thissen*, (Orientalia Lovanensia Analecta 194) Leuven, 2010, pp. 219–232, con planchas pp. 65–67.

<sup>3</sup> Kramer/Sánchez-Moreno Ellart, *Neue Quellen zum Prozessrecht*, 66-71.

<sup>4</sup> vid e. g., MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens*, Ithaca (NY), 1978, p. 152.

<sup>5</sup> La teoría de la Zweckverfügung ha sido aceptada con diversos matices por importantes autores, vid. lista en Gagliardi, L., "La legge sulla ὁμολογία e i vizi della volontà nei contratti in diritto ateniense", *Symposion*, 2013, M. Gagarin y A. Lanni (Eds.), Wien, 2014, pp. 177-214, esp. p. 180, n. 21.

<sup>6</sup> El origen delictual lo descubrimos en el término ἀδίκημα y se remonta a la acción de daños en Derecho ático, la δίκη βλάβης (vid. Kramer/Sánchez-Moreno Ellart, *Neue Quellen zum Prozessrecht*, pp. 70-71). Esto, tal como señala Mummunthey, H., (*Zur Geschichte des Begriffs βλάβη im attischen Recht*, Freiburg im Breisgau, 1971, p. 70 y n. 190) fue postulado por Pringsheim, F. (*The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, p. 52, n. 1) contra toda la bibliografía anterior. Tal es el punto de partida de Hans-Julius Wolff (vid. infra).

<sup>7</sup> Kramer/Sánchez-Moreno Ellart, *Neue Quellen zum Prozessrecht*, p. 68 y n. 23.

<sup>8</sup> Ya Wolff, H.-J. ("Die Grundlagen des griechischen Vertragsrecht", *SZ* 24 (1957), pp. 26-72, esp. 26-27, n. 1) señalaba el caso de Gernet, L. ("Introduction à l' étude du droit grec ancien", *AHDO* (1937), pp. 261-292=Berneker, *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt, 1968, pp. 4-38), anterior a la formulación de su teoría. Hoy en día -con escaso fundamento- quiere incidirse en esa explicación, pero sin nuevos argumentos de peso, Barta, H., *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland I*, Wiesbaden, 2010; sobre concretamente la Zweckverfügung vid. p. 474, n. 2250, donde arguye que dicha teoría se basa en la diferenciación que Max Weber (*Rechtssoziologie*, München<sup>2</sup>, 1967 pp. 134-138) propone entre Status/Zweckkontrakten, lo cual no es una respuesta coherente con las fuentes utilizadas sino una crítica apriorística de poco valor. En general, sobre Barta vid. Hengstl, J., "Stellung des griechischen Rechts in der antiken Rechtsgeschichte", *Fundamina* 21 (2015), pp. 33-61, esp., sobre su crítica a la Zweckverfügung, pp. 58-59.

sin embargo, que los contratos consensuales son una categoría de tardía aparición en el Derecho romano, y que en sentido propio el concepto mismo de contrato no tiene apenas equivalente en Derecho griego<sup>9</sup>.

Durante la fase final de redacción del trabajo citado, en una de las conferencias que integran el volumen de Symposium publicado en 2014 se ha defendido una vez más y con razonables argumentos la existencia de la categoría de los contratos consensuales en Derecho griego y helenístico. Este nuevo intento lo realiza nuestro amigo Lorenzo Gagliardi en una interesante contribución, de tan amplio calado que nos obliga a renunciar a un análisis minucioso<sup>10</sup>. En este artículo nos limitaremos, pues, a mostrar y a fundar nuestras dudas con uno de sus apartados en que discute -como claro contraste a la teoría de la consensualidad- la teoría de Hans Julius Wolff conocida como *Zweckverfügung*. La mesurada respuesta de Wallace<sup>11</sup>, en el mismo volumen de Symposium matiza algunas de las afirmaciones de Gagliardi pero a nuestro juicio no acaba de determinar dónde se halla el nudo de la cuestión entre una y otra teoría.

Tal vez porque albergamos el propósito de abordar estas críticas en un trabajo próximo, no parece éste el lugar de discutir todas y cada una de esas objeciones, ni siquiera de matizar todos los aspectos problemáticos de la *Zweckverfügung*. Nos ceñiremos a un caso que a nuestro entender no significa crítica alguna contra esta tesis, aunque ha sido esgrimido como tal. Nos referimos a IEphesos 4, una inscripción que recoge una ley de Éfeso algo posterior a 297 a C.

Como hemos señalado antes, Gagliardi afronta el complejo problema de la consensualidad como base de los contratos, pero dedica un apartado concreto (4.1)<sup>12</sup> a contraponer esa teoría a la *Zweckverfügung* de Wolff. Las fuentes que comenta en dicho apartado son cuatro: Dem XLII.12 *contra Phaenippum*; Hyp. *contra Athenogenen*. 15 Plat. *Crito* 52d-e y la ya mencionada IEphesos 4. En nuestro artículo vamos a intentar seguir el siguiente esquema. En primer lugar, definiremos los rasgos esenciales de cada una de las teorías (consensualidad y *Zweckverfügung*<sup>13</sup>) y señalaremos el punto de fricción entre ambas. Después analizaremos el fragmento de la ley de Éfeso que Gagliardi esgrime como prueba del valor del nudo consenso para generar obligaciones. De un modo tangencial nos referiremos también las otras fuentes citadas, ya que la respuesta dada para IEphesos 4 puede extenderse a aquéllas.

La teoría que defiende que el consenso es la principal fuente de obligaciones contractuales en Derecho griego y que, en consecuencia, existe una categoría de contratos que vinculan por el mero consenso resulta, muy probablemente, una simple

---

<sup>9</sup> Todd, S. C., *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, pp. 267-268. En Derecho romano, valga la algo reduccionista afirmación de uno de los manuales más acreditados, Kaser, M. /Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, München<sup>37</sup>, 2003, p. 53: "Auch für den Vertrag (...) haben die Römer weder eien technischen Namen noch eine Theorie". Tal radicalidad se entiende, por supuesto, en el contexto de un libro introductorio. Una visión más compleja en el propio Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, München<sup>2</sup>, 1971, pp. 524-526.

<sup>10</sup> Gagliardi, "La legge sulla *ὁμολογία*", pp. 80-82.

<sup>11</sup> Wallace, R., "Did Athens have Consensual Contracts? A response to Lorenzo Gagliardi," *ibid.*, pp. 215-222.

<sup>12</sup> Gagliardi, "La legge sulla *ὁμολογία*", pp. 181-185.

<sup>13</sup> Carawan, E., "The Athenian Law of Agreement", *GRBS* 46 (2006), pp. 339-374

proyección de las categorías romanas a las fuentes griegas<sup>14</sup>. Esta proyección (presente en la sistemática de los manuales antiguos) lleva a una lectura sesgada de algunas fuentes, especialmente de fuentes filosóficas, pero también textos de oradores, así como de textos legales.

Como ocurre siempre en Derecho griego, la ausencia de fuentes propiamente técnicas (la carencia, en otras palabras, de una verdadera jurisprudencia teórica) dificulta la interpretación de tales textos. En el caso de los filósofos (Arist. *Rhet.* 1375 b 9-10; 1376 b 8-9; Plat. *Symp.* 196c2-3) bien podrían ser entendidas como reflexiones sobre el contenido ético del contrato<sup>15</sup>, en donde el concurso de voluntades es decisivo, con lo que sus afirmaciones poco tendrían que ver con el funcionamiento real del Derecho en ese momento histórico y en ese sistema jurídico<sup>16</sup>. No hay que olvidar tampoco que esos mismos autores presentan textos que pueden contradecir o por lo menos matizar esas afirmaciones (vid., e. g. Plat. *leg.* 849e; 915d-e; Arist. *Eth Nic.* 162b).

En el caso de los oradores (vid. e.g. Din. III *contra Philoclem* 4), el uso que hace la retórica de las leyes nos debe llevar a un cierto escepticismo. El orador, como es obvio, explica siempre la ley con el fin de defender los intereses de su cliente y tiende a subrayar aquellos aspectos (en este caso el efecto vinculante del mutuo consenso) que les benefician y a ocultar otros que podrían perjudicarles. No era infrecuente, en verdad, atribuir a una ley un alcance superior al que realmente tenía o incluso planteamientos muy lejanos a su verdadera naturaleza, cuando no esgrimir leyes que sólo aplicando un criterio de analogía dudosamente extenso podrían admitirse como relativas al caso<sup>17</sup>. La presencia de testigos o el papel cumplido por el juramento son elemento añadido a la ambigüedad de esos textos en los que parecería a simple vista que se reconoce al consenso como origen único del vínculo contractual (Dem. XLII. 12 *contra Phaenippum*; Dem. XLVIII. 54 *contra Olympiodorum*).

La doctrina de la *Zweckverfügung* -como el propio Wolff advierte- parte de las tendencias que a principios del siglo pasado discutían el esquema conceptual romano -o,

---

<sup>14</sup> La bibliografía antigua insistía con gran convicción en este punto, (cf. e. g., Beauchet, L., *Histoire du droit privé de la république athenienne*, Paris, 1897, pp. 14-20; Lipsius, J., *Das attische Recht und Rechtsverfahren* I, Leipzig, 1905, pp. 682-684), pero todavía aparece en Wenger, L., *Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 783-786, a excepción de la compraventa, donde sigue la tesis de Pringsheim (vid. infra) o en la sistemática seguida en el manual de Taubenschlag, R., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warsaw<sup>2</sup>, 1959 *passim*). Esta tendencia se ha mantenido y alcanza a varios autores contemporáneos. Hoy en día la tesis de la consensualidad ha sido vindicada, entre otros, por Biscardi, A., *Diritto greco antico*, Milano, 1982, pp. 166-168 o Cohen, E. E., "Consensual Contracts at Athens", en Rupprecht, H.-A., *Symposion* 2003, Wien, 2006, pp. 73-84, quien llega a afirmar en diversos lugares (vid. e. g. Cohen, E. E., *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton, 1973, p. 113) que la consensualidad es la tesis mayoritaria.

<sup>15</sup> vid. e. g. Phillips, D. D., "Hypereides 3 and the Athenian Law of Contracts", *TAPhA* 139 (2009), pp. 89-122, quien, con defender la consensualidad, no atribuye a estos textos filosóficos importancia como fuentes del Derecho vigente en Atenas.

<sup>16</sup> En otras palabras, esas leyes a las que se refiere Aristóteles (e.g. *Rhet.* 1375b 8-11) no necesariamente se refieren a leyes atenienses de su tiempo o, por lo menos, no se puede partir de ahí sin otras pruebas, vid. Wallace, R. W., "Did Athens have Consensual Contracts?", cit., p. 219.

<sup>17</sup> Kästle, D. J., "Nomos megiste boetheia: Zur Gesetzesargumentation in der attischen Gerichtsrede." *SZ* (2012), pp. 161-205, esp. p. 187.

en gran medida, romanístico<sup>18</sup>- proyectado sobre las fuentes griegas. Uno de esos prejuicios era precisamente la consensualidad de los contratos. Si dejamos al margen leves precedentes<sup>19</sup>, a Pringsheim corresponde -como sabemos- el mérito de haber brindado una de las principales aportaciones críticas a tal esquema y que resulta ser la fuente última de la tesis de Wolff<sup>20</sup>. Pringsheim destaca el elemento real de la compraventa griega, negocio que se perfecciona por el pago del precio y Wolff extiende esta tesis a todos los contratos<sup>21</sup>. Tal como Rupprecht, seguidor de Wolff, resume, el contrato en Derecho griego se caracteriza por un elemento real, verdadero creador del vínculo<sup>22</sup>.

Como es de todos sabido, la categoría de los contratos consensuales se acuñó en Derecho romano tardíamente y no alcanzó una aceptación general hasta finales de la época clásica. Wolff señaló una idea parecida a la *Zweckverfügung* en los contratos innominados del Derecho romano, pero atinadamente descarta la influencia griega sobre éste. Wolff se refiere simplemente a los paralelismos existentes entre ambas instituciones pero rechaza cualquier influencia directa<sup>23</sup>. Al parecer, se impone admitir "que el simple consentimiento, expresado sin forma determinada, incluso sin palabras,

---

<sup>18</sup> Creemos que la precisión no está de más, pues gran parte de nuestra visión del problema tiende a rebajar las dificultades de la jurisprudencia romana y por ello a partir de planteamientos más modernos, aunque el consensualismo en el *ius commune* tampoco se implantó sin gran esfuerzo. Sobre la evolución de la teoría del contrato en *ius commune* en los siglos anteriores a las codificaciones, vid. e. g. Nanz, K.-P., *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, 1985, esp. pp. 130-150. Es significativo que tanto Luis de Molina como Hugo Grocio consideren las *promissiones* como contratos, en la misma línea que la interpretación que dan de *ὁμολογία* los autores que defienden la tesis consensualista en el contrato griego. Sobre el papel de Luis de Molina en este punto, vid. recientemente Decock, W., *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden, 2013, e. g., pp. 142-143.

<sup>19</sup> Por citar el principal ejemplo, Pringsheim menciona (*The Greek Law of Sale*, p. VII) la importante contribución de Josef Partsch, fallecido prematuramente.

<sup>20</sup> Wolff, "Die Grundlagen", p. 35 y n. 22 advierte que no se puede descubrir que la *δίκη βλάβης* se conciba en ningún caso como ruptura del contrato. De esta constatación deduce que el Derecho griego de contratos se concibe de modo delictual.

<sup>21</sup> Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, pp. 244-248; Wolff, ("Die Grundlagen", pp. 29-31) reconoce su deuda con Pringsheim.

<sup>22</sup> Rupprecht, H.-A., *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri*, München 1967, p. 107.

<sup>23</sup> Wolff, "Die Grundlagen", cit. p. 66: "Unter den Kontraktstypen der nachklassischen und romanistischen Doktrin stand dem griechischen Vertrag also nicht der Realvertrag, sondern der Innominatvertrag am nächsten. Im Unterschied noch zur grundsätzlichen Haltung des klassischen römischen Rechts blieb jedoch der enttäuschte Gläubiger nicht auf die bloße Rückerlangung des Hingegebenen beschränkt. Was im römischen Recht mühsam auf dem Wege über *actiones in factum* und die *actio praescriptis verbis* erarbeitet werden mußte, folgte für die griechische Rechtsauffassung ohne weiteres aus der Natur des Vorgangs". Sobre este punto vid. Ernst, W., "Die *datio ob rem* als Austauschgeschäft. Ein Beitrag zu einseitig geregelten Geschäftsvorgängen im Verkehrsrecht", en Ernst, W. /Jakab, E. (Eds.) *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Zürich 2005 pp. 29-58, esp. pp. 29-31; Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin, 2006, pp. 8-9. Recientemente, Platschek, J., *Das Edikt de pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013, pp. 77-84 ha señalado concomitancias de la *Zweckverfügung* con el *constitutum debiti* al destacar el origen delictual de esta institución. Por su parte Mummunthey, (*Zur Geschichte des Begriffs βλάβη*, p. 70, había comparado la base delictual de la responsabilidad contractual en Derecho griego con el Derecho germánico.

por un gesto concluyente, pueda engendrar obligaciones"<sup>24</sup> es algo propio del Derecho romano clásico.

La presunta ley ateniense -solónica probablemente- que daría por válido todo lo que las partes acordaran (Hyp. III *In Athenogenem* 13: ὡς ὁ νόμος λέγει, ὅσα ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι), aquello que ha sido entendido por una parte de la doctrina como "ley general de los contratos" no parece haber sido tal, al menos en el sentido actual de esos términos. Es significativa la limitación que el propio orador apunta, que podría tratarse de una interpretación personal (τά γε δίκαια, ὧ βέλτιστε· τὰ δὲ μὴ τούναντιον ἀπαγορεύει μὴ κύρια εἶναι), pero no hallamos en las fuentes una regulación general de los vicios de la voluntad, ni menos de las bases de un contrato.

Phillips defiende que en efecto existía tal ley y en el sentido más maximalista (es decir, que todo lo que se contratara debía cumplirse sin valorar otras cuestiones como los vicios del consentimiento). Avilés con razón objeta que aun así un sistema de esa naturaleza debería contar con mecanismos para mitigar la aplicación de una norma tan amplia<sup>25</sup>. La posición de Phillips ha sido criticada por Thür precisamente por afirmar que *homologeín* alude al consentimiento como fuente de las obligaciones contractuales y que ese consentimiento fundaba el contrato<sup>26</sup>. Phillips confunde el contenido de la δίκη βλάβης con una acción concebida para resolver el contrato cuando lo es sólo indirectamente, ya que es el perjuicio que se sigue del incumplimiento lo que genera la acción. Ésta es de naturaleza delictual<sup>27</sup>.

Recientemente los trabajos de Avilés<sup>28</sup> han puesto de manifiesto que la llamada ley general de los contratos bien podría haber consistido en una declaración general con un contenido próximo a la afirmación de la autonomía de la voluntad, pero sin mayor concreción o -añadimos nosotros, en aras de la claridad- sin atribuir a esos acuerdos el origen del vínculo obligatorio en sí. Avilés, empero, tras manifestar su discrepancia con la tesis de la *Zweckverfügung* se limita en este punto a reconocer que los contratos no generarían responsabilidad ("legal liability") en sentido moderno<sup>29</sup>.

Avilés apunta esta apreciación en sendos artículos sobre la interpretación de la ley y el papel desempeñado por la equidad *contra legem* en Derecho ático y acerca del posible contenido de la posible ley sobre la ὁμολογία, según aparece ésta en las alusiones de los oradores. En su primer trabajo todavía aceptaba que las referencias a la ley de los contratos que se pueden extraer de los oradores correspondían a una sola ley,

<sup>24</sup> D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, p. 516. El autor (*ibid.*) insiste en que la idea misma de que el perfeccionamiento de un contrato derive del "mero *consensus*" es "desconocida en otros pueblos de la Antigüedad y aun corre siempre el riesgo de perderse tan pronto se recae en fases de vulgarismo". D'Ors, como es sabido, atribuye a las estipulaciones interdependientes el origen de esta idea, en la línea de Arangio-Ruiz, V., *La compravendita*, Napoli, 1954 pp. 57-59.

<sup>25</sup> Avilés, D., "Arguing against the Law. Non-literal Interpretation in Attic Forensic Oratory", *Dike* 14 (2011), pp. 19-42, esp. pp. 28-29; "The Athenian Law(s) on Homologia", *Mouseion* 12 (2012), pp. 51-72., esp. p. 52. Lo más interesante de estas contribuciones de Avilés es precisamente su estudio sobre qué criterios jurisprudenciales (por así denominarlos) podrían guiar la interpretación de las leyes en los complejos tribunales atenienses.

<sup>26</sup> Phillips, "Hypereides 3 and the Athenian Law of Contracts", pp. 90-101. Este autor insiste en su tesis de la consensualidad del contrato ático en su manual, *The Law of Ancient Athens*, Michigan, 2013, con cita de fuentes pp. 376-405. Compartimos en lo esencial la crítica de Thür, vid. infra.

<sup>27</sup> Phillips, "Hypereides 3 and the Athenian Law of Contracts", pp. 93-106.

<sup>28</sup> Avilés, "Arguing against the Law", pp. 19-42; Avilés, "The Athenian Law(s)", pp. 51-72.

<sup>29</sup> Avilés, "The Athenian Law(s)", p. 55.

por más que no tuviera el contenido que los defensores de los contratos consensuales en Derecho ático quieren atribuirle. En el segundo artículo, no obstante, descarta que exista siquiera tal ley como texto unitario y atribuye la cita que los oradores transmiten a una cláusula que debía de aparecer en diversas leyes<sup>30</sup>. Esta cuestión es, de todos modos, irrelevante para nuestros fines siempre que se acepte que tal previsión sobre la *ὁμολογία* (sea ésta una ley o una cláusula presente en diversas leyes) no parece fundar un contrato basado en el mero consenso.

Tal como advertíamos, en la segunda parte de este artículo nos detendremos en los textos literarios que Gagliardi cita para criticar la teoría de Wolff y que fundamentan su posterior exégesis de *IEphesos 4*. Recordemos que se trata de cuatro textos, a saber: dos fragmentos de Demóstenes (Dem. XLII. 12 *contra Phaenippum* y Dem. XLVIII. 54 *contra Olympiodorum*), uno de Hipérides (Hyperides III.15 *In Athenogenem*) y, para concluir, uno de Platón (lat. *Crito* 52d-e). Este último se comentará juntamente con *IEphesos 4* por cómo ha sido interpretado en la bibliografía anterior.

Dem. XLII. 12 *contra Phaenippum*

τυχῶν δὲ τούτων ἀμφοτέρων παρ' ἐμοῦ Φαίνιππος οὐδ' εἰς ἑτέραν τῶν ἡμερῶν ἀπήνητησεν· ἀλλ' ἀνθ' ἑνὸς δύο νόμους ἤκει πρὸς ὑμᾶς παραβεβηκώς, ἕνα μὲν τὸν κελεύοντα τριῶν ἡμερῶν ἀφ' ἧς ἂν ὁμόση τὴν οὐσίαν ἀποφαίνειν, ἕτερον δὲ τὸν κελεύοντα κυρίας εἶναι τὰς πρὸς ἀλλήλους ὁμολογίας, ἃς ἂν ἐναντίον ποιήσωνται

Hay que admitir que el fragmento de Demóstenes, propuesto por Gagliardi en defensa de su tesis, plantea serios problemas a la teoría de la *Zweckverfügung*, al menos a primera vista. Gagliardi, tanto en el comentario a este pasaje como al que sigue a estas líneas, esto es el extraído de *contra Olympiodorum*, se detiene en el comentario a aquellos términos que parecen insistir en la reciprocidad<sup>31</sup> de las prestaciones y vincular *ὁμολογία* y *συνθήκη*. En el primer supuesto Gagliardi<sup>32</sup> se fija en τὰς πρὸς ἀλλήλους ὁμολογίας o en el segundo, en ὁμολόγησεν καὶ συνέθετο. La relación entre ambos términos (*ὁμολογία* y *συνθήκη*) no es fácil siempre de dilucidar, fuerza es reconocerlo, pero creemos que entender *ὁμολογία* como pacto concreto puede evitar la comparación que Gagliardi avanza y que lleva a confundir el acuerdo o acuerdos con el vínculo obligatorio. Éste -en nuestra opinión y vindicando a Wolff- se produce por el juego del elemento real, pero siempre matizado por el contenido del acuerdo o acuerdos que se le añadan, que devendrán obligatorios, por el vínculo contraído por medio del elemento real. Estos acuerdos pueden incluir cuestiones que se debatirán en una eventual *anakrasis*, pero también pueden ser pactos que se limitan a concretar la obligación, como ocurre en el mutuo cuando se fija una fecha de devolución o en el supuesto que nos ocupa, donde se trata de un plazo para presentar un inventario. No parece existir evidencia suficiente de que la mera promesa obligue, sino sólo de que llena de contenido el fundamento de la obligación, que es -en puridad- el daño irrogado.

Dem. XLVIII. 54 *contra Olympiodorum*

πῶς γὰρ οὐ μαίνεται ὅστις οἶεται δεῖν, ἃ μὲν ὁμολόγησεν καὶ συνέθετο ἐκὼν πρὸς ἐκόντα καὶ ὤμοσεν, τούτων μὲν μηδ' ὅτιοῦν ποιεῖν, καὶ ταῦτα ἐμοῦ σπουδάζοντος οὐχ ὑπὲρ ἐμαυτοῦ μόνον...

<sup>30</sup> Avilés, "The Athenian Law(s)", pp. 52-53.

<sup>31</sup> Valorar el papel desempeñado por la reciprocidad no implica de por sí haber bascular el contrato sobre el mero consenso, vid. Pringsheim, F., *The Greek Law of Sale*, cit., p.38.

<sup>32</sup> Gagliardi, L. "La legge sulla ὁμολογία", cit., pp. 180-183.

Este texto puede erigirse también en uno de los argumentos más sólidos contra la teoría de la Zweckverfügung. El caso defendido en *contra Olympiodorum* -no vamos a entrar en la cuestión de su verdadera autoría- es también uno de los más enrevesados, pues parte de un peculiar acuerdo encaminado al reparto de la herencia de un pariente próximo, con la añadidura de otros pactos anejos a aquél (Dem. XLVIII. 9; 12). El demandante acusa a Olimpiodoro de no cumplir con lo que pactó (ὡμολόγησεν καὶ συνέθετο) al haberse repartido la herencia con él y no haberlo cumplido con entregarle su parte<sup>33</sup>.

Avilés afirma que nos hallamos ante una aplicación de la ley ateniense sobre el contrato (o de una cláusula presente en diversas leyes sobre este particular), que consagraría la obligatoriedad por nudo consenso<sup>34</sup>. El caso resulta complejo y, como veremos, la afirmación de Avilés no es gratuita, pero la explicación de Wolff nos sigue pareciendo más convincente. Según el autor alemán el demandante reclama la parte que ya era suya por la entrega de una cantidad de dinero al demandado, verificada por medio de un esclavo (Dem. XLVIII. 32: τὸ ἀργυρίον ὃ ἔλαβενπαρὰ τοῦ ἀνθρώπου τοῦ βασιανισθέντος)<sup>35</sup>. En ese caso nos hallamos de nuevo ante una entrega con una finalidad, en este caso la división estipulada de la herencia de un pariente. Procedería en tal caso una acción por el daño patrimonial, no derivada en rigor del contrato en sí. Avilés, que atribuye a Wolff una solución no exactamente igual (habla de transmisión de propiedad, cuando la respuesta de Wolff es acorde con su teoría del elemento real del contrato) esgrime la dificultad de integrar los pactos anejos que obligan a las partes a actuar conjuntamente contra otros pretendientes a la herencia. Esto, a nuestro entender, no es más que una aplicación de la ὁμολογία en el sentido ya visto de *pactum* romano, que no genera derechos, pero conlleva el impedir ciertas conductas de la parte contraria por medio de la excepción. La interpretación de Avilés es en algún punto confusa, porque admite que el pacto en cuestión sería en la práctica "an unenforceable one" pero implica al mismo tiempo en la intervención de ese pacto la existencia de un contrato consensual. En resumen, la cita de este fragmento resulta confusa porque en ella el orador se centra, de modo parcial y sesgado, en el contenido de los acuerdos y no señala un hecho decisivo que ha incluido en el otro fragmento citado (Dem. XLVIII. 32) donde aparece el elemento real que genera el vínculo.

#### Ηyp. III.15 *In Athenogenem*

μετὰ δὲ ταῦτα ἕτερος νόμος ἐστὶ περὶ ὧν ὁμολογοῦντες ἀλλήλοις συμβάλλουσιν, ὅταν τις πωλῇ ἀνδράποδον, προλέγειν, εἴαν τι ἔχη ἀρρώστημα· εἰ δὲ μή, ἀναγωγὴ τούτου ἐστίν. καίτοι ὅπου τὰ παρὰ τῆς τύχης νοσήματα ἂν μὴ δηλώσῃ τις πωλῶν οἰκέτην ἀνάγειν ἔξεστι, πῶς τὰ γε παρὰ σοῦ ἀδικήματα συσκευασθέντα οὐκ ἀναδεκτέον σοί ἐστιν; ἀλλὰ μὴν τὸ μὲν ἐπίλημpton ἀνδράποδον οὐ προσαπολλύει τοῦ πριαμένου τὴν οὐσίαν· ὁ δὲ Μίδαξ, ὃν σύ μοι ἀπέδου, καὶ τὴν τῶν φίλων τῶν ἐμῶν ἀπολώλεκε.

Se suele citar el fragmento 13 de este mismo discurso para sustentar la tesis de la consensualidad, pero no parece adecuado recurrir a él, pues se refiere a una ley distinta

<sup>33</sup> Aunque no es relevante para nuestro problema, hay que destacar que es aquí discutible si el uso de ambos verbos tiene un valor determinado (diferenciar el contrato del consentimiento), o si por el contrario se trata de un uso meramente retórico como la hendíadis.

<sup>34</sup> Avilés, D., "The Athenian Law(s)", cit. p. 55.

<sup>35</sup> Wolff, H.-J., "Die Grundlagen", cit. pp. 68-70. Tal como puede verse en la cita, el orador se refiere a esta cuestión cuando comenta un elemento probatorio, la declaración del esclavo bajo tortura.

a la de los contratos<sup>36</sup>. Gagliardi se basa de nuevo en el uso de ὁμολογία en este pasaje de Demóstenes, tal vez sin reparar en ello. Respecto al argumento de fondo -sea en el fragmento 13 o en el 15- Thür, a nuestro juicio, demostró que con el término ὁμολογία o el verbo ὁμολογέω Hipérides se refiere a un pacto pre o extra procesal. En una palabra, con tal verbo se afirma que los pactos son válidos (κυρία), en el sentido de pacto al que nos hemos de referir (citando a Thür), próximo al romano<sup>37</sup>, pero en modo alguno se reconoce que los contratos obliguen por el mero consenso.

Gagliardi tiene razón en señalar que el participio de ὁμολογέω se construye con el verbo συμβάλλω, que alude en términos generales a la contratación, y con ἀλλήλοις, que indica reciprocidad<sup>38</sup>. Tal como reconoce Wallace en su respuesta, el término ὁμολογία carece del valor técnico necesario o al menos no es fácil demostrar lo contrario si partimos de la pobreza de nuestras fuentes<sup>39</sup>. El texto se refiere, además, a otra ley distinta de la llamada "ley general de los contratos", posiblemente una que tratara de los vicios de la compraventa. Por nuestra parte nos limitamos por ahora a señalar que este fragmento no cuestiona la base de la Zweckverfügung: si se ha producido una compraventa de esclavos con vicios ocultos ya se habría dado el desplazamiento real (pago del precio) y ése sería el fundamento de la acción, que -como hemos repetido sobradamente- se basaría en el perjuicio, no en el consentimiento contractual, que desempeña, con ser esencial, un valor complementario<sup>40</sup>.

Todo lo anterior puede de nuevo comprobarse en lo que constituye el objeto principal de este artículo, un fragmento de la ley de Éfeso recogida en IEphesos 4 (RIJG I p. 30; Syl<sup>3</sup> 344), -concretamente las líneas 75-77- que ha sido también esgrimido por Gagliardi como prueba de que el mero consenso en Derecho griego era fuente de obligaciones y concretamente base de las obligaciones contractuales. Este caso, que ya

<sup>36</sup> Wallace, "Did Athens have Consensual Contracts?", p. 219.

<sup>37</sup> vid. infra, Thür, G. *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos*, Wien 1977, pp. 152-158. Recientemente, "The Statute on *Homologeîn* in Hyperides' Speech against Athenogenes", *Dike* 16 (2013), pp. 1-10, esp. pp. 8-9.

<sup>38</sup> Comentando Dem. XLII *contra Phaenippum* junto con el texto en liza, Gagliardi ("La legge sulla ὁμολογία", cit. 181) da una gran importancia a la reciprocidad presente en el término ὁμολογία. Aplicando una interpretación inmediata de la Zweckverfügung, el elemento real implicaría la asunción de obligaciones sólo por una de las partes. El argumento no está falto de base, pero creemos que el papel de la ὁμολογία debe ser juzgado en el conjunto del contrato, que depende de la disposición con una finalidad determinada. Esto crearía el vínculo, que después habrá de ser integrado con los pactos que existan. Si no existe perjuicio patrimonial no existe acción. El problema de la reciprocidad desempeñaría su papel en un momento posterior. El elemento que crearía el vínculo sería el real. No le falta razón a Gagliardi en argumentar así, porque otros autores, por ejemplo, Hermann, J., seguidor de Wolff ("Verfügungsermächtigungen als Gestaltungselemente verschiedener griechischer Geschäftstypen", Modrzejewski, J. / Nörr, D./ Wolff, H.-J., (Eds.) *Symposion* 1971, Wien, 1975, pp. 321-332=*Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte*, München 1990, pp. 64-70, esp. pp. 67-70) se han fijado en la paradoja de que, según la concepción de Pringsheim y consecuentemente la de Wolff, el contrato de compraventa, por ejemplo, se concibe de un modo unilateral, mientras que en algunos formularios de los papiros se refieren los efectos de la disposición del vendedor, que, en buena lógica, sería a simple vista irrelevante.

<sup>39</sup> Wallace, "Did Athens have Consensual Contracts?", p. 215.

<sup>40</sup> La bibliografía que discute en Derecho griego la existencia de contratos basados en el mero consentimiento no margina el elemento del consentimiento libre como parte esencial del contrato, vid. e. g., Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, p. 37 sobre el papel que representa en la documentación de época ptolemaica.

había sido tenido en cuenta años atrás para valorar el papel del consentimiento, merece a nuestro juicio alguna reflexión<sup>41</sup>.

No olvidemos, ante todo, que estamos ante un ejemplo, no exactamente único<sup>42</sup>, de legislación helenística dictada por las apuradas circunstancias de una guerra<sup>43</sup>. Aun así, en este contexto, ajeno además al Derecho ático, parece hallarse presente un principio panhelénico como el que postula la teoría de la *Zweckverfügung*. Esto último puede afirmarse -siempre, claro está, a nuestro juicio- con mayor seguridad que en los supuestos previamente comentados.

IEphesos 4 (=Syl.<sup>3</sup> 364; SEG LVIII 1302), ll. 75-77

Ὅσοι μὲν πρὸ μηνὸς Ποσιδεῶνος τοῦ ἐπὶ Δημαγόρου ἐμβάντες εἰς κτήματα κατὰ πράξεις ἔχουσιν τὰ κτήματα καὶ νέμονται, εἶναι αὐτοῖς κυρίας τὰς ἐμβάσεις, εἰ μὴ τι ἄλλο ἐκόντες πρὸς αὐτοῦς ὁμολογήκασιν.

Éfeso -recordemos el contexto histórico de la inscripción<sup>44</sup>- tomó el partido de Demetrio Poliorcetes en la Cuarta Guerra de los Diádocos (308-301 a. C.), la cual significó un serio revés para éste, a manos de la coalición por Casandro, Lisímaco y Seluco y que se cobró la vida de su padre, Antígono Monóftalmos<sup>45</sup>. Demetrio huyó a Éfeso después de la batalla de Ipsos (301 a. C.), donde halló refugio (Plut. *Dem.* 30). La ciudad hubo de padecer las peores consecuencias de haber asistido al derrotado, pues en la subsiguiente guerra contra Lisímaco, de nuevo Demetrio, ya proclamado rey de Macedonia, y sus aliados llevaron la peor parte. Multitud de fundos que habían servido de garantía a préstamos abandonados a su suerte quedaron para los efesios como el único fruto de esa aventura bélica.

IEphesos 4 recoge una serie de medidas detalladas pero inconexas, difíciles por ello de interpretar, aún más porque el fragmento de la inscripción que conservamos es sólo una pequeña parte de la totalidad del texto. En esencia, esta ley intentaba paliar la situación de los deudores hipotecarios insolventes y en peligro de perder todas sus fincas precisamente para pagar a sus acreedores. Entre otras medidas, la ley establecía una valoración de los fundos que sirvieron de garantía hecha por jueces o árbitros

<sup>41</sup> Simonetos, G. S., "Τὰ ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως εἰς τὰς δικαιοπραξίας", *Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ δικαίου* 14 (1943), pp. 290-313= "Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht", en Berneker, E. (Ed.), *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt, 1968, pp. 455-482.

<sup>42</sup> cf. e. g. IPArk 5 (324 a. C.). El trabajo clásico sobre estos supuestos sigue siendo el de Asheri, D. "Leggi Greche sul problema dei debiti", *Studi class. orient.* 18 (1969), pp. 1-122.

<sup>43</sup> Chaniotis, A., "The Impact of War on the Economy of Hellenistic Poleis", Archibald, Z / Davies, J.K. / Gabrielsen, V., *The Economies of Hellenistic Societies*, Oxford, 2011, pp. 122-141, esp. p. 135: "The responses of the poleis to the challenges were dictated by pragmatism, not by theoretical models". Aun así creemos que temas tan asentados en la mentalidad griega como parece haber sido la *Zweckverfügung* serían difíciles de apartar por el legislador.

<sup>44</sup> Wallace, "Did Athens have Consensual Contracts?", p. 219 cuestiona a Gagliardi la elección de esta fuente porque no necesariamente ha de reflejar el Derecho ático. Creemos que la crítica de Wallace es acertada en la medida en que rechazar la *Zweckverfügung* como principio general del Derecho griego (así aparece en Pringsheim y especialmente en Wolff) abre la puerta a cuestiones sobre la unidad o pluralidad de ordenamientos.

<sup>45</sup> En general, vid. Walbank, F. W., *The Hellenistic World*, Harvard (Cambridge, Mass.), 1993, pp. 55-58.

elegidos por sorteo<sup>46</sup>. En aplicación de esas valoraciones, los fondos podrían ser divididos entre acreedor y deudor en función de la proporción de la deuda.

Como desarrollo de este principio general, la ley en las líneas que comentamos prescribe que todos aquellos que tomaron posesión de los fondos antes de determinado período (concretamente antes del mes de Posideon, bajo la magistratura de Demágoras, es decir, antes de que estallara la guerra) y se hallaran cultivándolos se mantendrán en la posesión de éstos, salvo -precisa el texto- que las partes hayan acordado otra cosa (εἰ μὴ τι ἄλλο ἐκόντες πρὸς αὐτοῦς ὁμολογήκασιν).

El verbo ὁμολογέω presente en la inscripción, es una vez más el argumento principal para hablar de consensualidad de los contratos<sup>47</sup> y Simonetos fue el primero en destacar esta circunstancia al comentar IEphesos 4<sup>48</sup>. Según este autor la diferencia entre ambas situaciones -esto es, antes y después de la guerra- consiste en que en los supuestos anteriores se mantiene la obligación contraída por consentimiento. Al mismo tiempo integra la interpretación de este párrafo por medio de las ll. 85-86:

εἰ δὲ τινες μὴ ἐμβάντων τῶν δανειστῶν αὐτοὶ νεμόμενοι τὰ κτήματα ἐκόντες τι συνωμολόγηται πρὸς τοὺς δανειστὰς μὴ βιασθέντες, εἶναι αὐτοῖς τὰ ὁμολογημένα κύρια

Es decir, que en el supuesto de que el acreedor aún no hubiera tomado posesión del fundo y el deudor estuviera cultivándolo en virtud de un acuerdo con aquél, sin haberlo forzado (μὴ βιασθέντες), se debe respetar tal acuerdo. De ello deducía Simonetos que la ὁμολογία libre de vicios es suficiente para crear el vínculo contractual y como confirmación se refiere a un texto platónico, el Critón. Plausiblemente sea deducir demasiado. Cuando Sócrates, la noche antes de probar la cicuta, se refiere a las leyes de su ciudad las personifica y, entre otras cosas, les hace decir<sup>49</sup>:

Plat. Crit. 52d-e

Σωκράτης ἄλλο τι οὖν, ἂν φαῖεν (sc. οἱ νόμοι), ἢ συνθήκας τὰς πρὸς ἡμᾶς αὐτοὺς καὶ ὁμολογίας παραβαίνεις, οὐχ ὑπὸ ἀνάγκης ὁμολογήσας οὐδὲ ἀπατηθεὶς οὐδὲ ἐν ὀλίγῳ χρόνῳ ἀναγκασθεὶς βουλεύσασθαι, ἀλλ' ἐν ἔτεσιν ἐβδομήκοντα, ἐν οἷς ἐξῆν σοι ἀπιέναι, εἰ μὴ ἡρέσκομεν ἡμεῖς μὴδὲ δίκαιαι ἐφαίνοντό σοι αἱ ὁμολογίαι εἶναι.'

Para las leyes, Sócrates, si se planteara huir de su condena aceptando la oferta de Critón, estaría rompiendo los acuerdos con ellas (Platón utiliza los términos συνθήκη y ὁμολογία, pero en la cláusula final se limita al segundo), acuerdos que no hizo por violencia o engaño, sino que, diríamos, había aceptado no sólo en un momento concreto, sino que tácitamente había consentido a lo largo de sus setenta años de vida al no haberse exiliado.

<sup>46</sup> La ley utiliza el término δικασταί pero también (e. g. ll. 17-18) ὑπὸ τῶν διαιτητῶν ἢ τῶν δικαστῶν ο (ll. 7-8) ἡριμῆνοι τὰς κρίσεις καὶ τὰς διαίτας. No entraremos en esta cuestión en este breve trabajo.

<sup>47</sup> Wolff, "Die Grundlagen", p. 27 "gleichsprechen". Ya hemos insistido sobradamente en que el encuentro de voluntades y las consecuencias que de ello se deriven no suponen de por sí que tal encuentro sea la base de la obligación contractual.

<sup>48</sup> Simonetos, "Die Willensmängel", p. 472 y n. 42. Es cierto que las anteriores ediciones de la inscripción no señalan este verbo con el sentido de contraer por mero consenso.

<sup>49</sup> Simonetos, "Die Willensmängel", p. 470 cita también Plat. leg. XI 920 d. y (p. 471) Arist. Rhet. I 15 1376 b e interpreta Hyp. III. 13 (*ibid.*, pp. 477-478) en su sentido más radical. Sólo por medio de una δικαιοσύνη γνώμη, a falta de ley escrita, los jueces hubieran podido dar la razón al demandante. El mismo criterio sigue con el resto de los textos que hemos comentado (*ibid.*, pp. 462-463).

Resulta a nuestro entender una deducción demasiado apresurada afirmar que por medio de este paralelismo queda palmaria la naturaleza consensual del contrato en Derecho ático, suponiendo que un concepto semejante pueda descubrirse en IÉphesos 4. Simonetos se refiere en apoyo del consensualismo a las fuentes más usuales en este contexto, Platón y Aristóteles. Con ello este autor se suma a la tesis de Maschke, muy en boga en aquellos años<sup>50</sup> y consecuentemente ve en los dos párrafos de la ley de Éfeso comentada tanto la declaración de que el contrato depende del consentimiento como una referencia a los vicios que podrían invalidarlo, lo cual constituiría el contenido, en Derecho ático, de una ley -o grupo de leyes, según Maschke- tal vez de origen solónico<sup>51</sup>.

Kußmaul compara esta cláusula de la ley de Éfeso con la mención de la ley ateniense sobre los contratos antes comentada<sup>52</sup> pero interpreta el término *ὁμολογία* -quizá con mejor criterio- como *pactum* en un sentido próximo al romano. Este autor es consciente de que el vínculo obligatorio no se establece propiamente por medio del acuerdo pero que éste, sin embargo, puede devenir causa de excepción ante los tribunales. Cita como testimonio epigráfico más antiguo de este sentido de *ὁμολογία* IG XII 5 112, datado a principios del siglo IV a C<sup>53</sup>.

Entender *ὁμολογία* bajo la acepción de *pactum* es en cierto modo la explicación que Thür brinda de muchos textos en los que las partes se someten a un acuerdo preprocesal (el caso de la anakrisis) o simplemente extra procesal, con efecto dentro de un proceso que eventualmente pudiera iniciarse<sup>54</sup>. Thür parte, por ejemplo, de Hyp. III. 13, donde el demandante menciona la ley sobre *ὁμολογία* (*ὅσα ἂν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολγήσῃ κύρια εἶναι*) y, tal como acabamos de indicar, limita la función de ésta al proceso. El verbo -afirma con razón Thür- conlleva no tanto crear obligaciones como cancelar las existentes. Sería posiblemente el caso en IÉphesos 4, ya que el pacto permitiría simplemente a las partes no acogerse a la valoración de los jueces.

<sup>50</sup> Maschke, R., *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Berlin, 1927 (repr. Darmstadt, 1968) p. 170 se refiere como Simonetos a Plat. *leg.* XI 920 d. *ὅσα τις ἂν ὁμολογῶν συνθέσθαι μὴ ποιῆ κατὰ τὰς ὁμολογίας, πλὴν ὧν ἂν νόμοι ἀπειργασιν ἢ ψήφισμα, ἢ τινος ὑπὸ ἀδίκου βιασθεὶς ἀνάγκης ὁμολογήσῃ, καὶ ἐὰν ἀπὸ τύχης ἀπροσδοκῆτου τις ἄκων κωλυθῇ, δίκας εἶναι τῶν ἄλλων ἀτελοῦς ὁμολογίας ἐν ταῖς φυλετικαῖσιν δίκαις, ἐὰν ἐν διαιτηταῖς ἢ γείτοσιν ἔμπροσθεν μὴ δύνωνται διαλλάττεσθαι.* Para Maschke la *ὁμολογία* por sí misma funda la acción.

<sup>51</sup> Tampoco parece significativa la cita de documentos que esgrime Simonetos, G. S., "Die Willensmängel", cit., pp. 474-475 y n. 46. Por ejemplo, en P.Rein 17 (=Mitt. Chr. 16; C.Ptol.Sklav. I 17)), ll. 17-18: *εἰ μὴ ἤ/νάγκασε / σεσημε[ῖσθαι] ὑπὲρ ἐμοῦ συγγραφὴν αἰγυπτίαν* no se hace más que insistir en el consentimiento libre (lo mismo en los otros que cita el autor, de época romana: BGU II 378= (Mitt. Chr. 60) y P.Amh II 78 (Mitt. Chr. 123)). No se trata, una vez más, de restar importancia al consentimiento y a la exigencia de que éste sea libremente contraído, sino de negar que el consentimiento sea suficiente para obligar.

<sup>52</sup> Kußmaul, P. *Synthekai. Beiträge zur Geschichte des attischen Obligationenrechtes*, Basel, 1969, pp. 34-37. Este autor define consecuentemente *ὁμολογία* (p. 36) como "Regelung für eine bestimmte Art von *pacta*".

<sup>53</sup> Es significativo que Kußmaul, P. (*Synthekai*, cit., pp. 34-36) señale la contraposición que se da en las inscripciones entre *συγγραφὴ* y *ὁμολογία*, cf. e.g. IG IX 1.221 (126 a C)

<sup>54</sup> Thür, G. *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens*, cit. pp. 152-158. En la p. 156, n. 120, se refiere también a Dem. XLVII 77 (*contra Euergum et Mnesibulum*); Dem. XLVIII (*contra Olympiodorum*) y Plat. *Symp* 196c. vid. del mismo autor el trabajo reciente, "The Statute on Homologein in Hyperides' Speech against Athenogenes, *Dike* 16 (2013) pp. 1-10, esp. pp. 8-9.

El sentido del verbo ὁμολογέω (en su acepción más común, 'prometer'<sup>55</sup>) no debería, en nuestra opinión, interpretarse como 'contratar por el mero consenso' sino simplemente como 'acordar' o 'reconocer' algo. Pero ese algo sólo precisa y determina el contenido del vínculo obligatorio, pero vínculo -sin embargo- no depende del mero consenso. Siguiendo a Thür, se trataría de establecer condiciones para un eventual proceso, pues el vínculo obligatorio no debe su existencia a tal acuerdo, sino al elemento real que presupone la Zweckverfügung. El acuerdo -insistimos- precisa y define el contenido del contrato, pero éste no debe su naturaleza vinculante a él. Creemos que de las fuentes no se deduce tal cosa, sino simplemente que el consenso es un elemento que tener en cuenta, junto con el elemento real, que es el decisivo. Reconocer valor al consenso no lleva, pues, a conferirle valor de creador del vínculo. Como significativamente admite Carawan<sup>56</sup> -al comentar a Hyperides III- *homologeîn* significa el acuerdo de dos mentes sobre algo ("the meeting of minds")<sup>57</sup>, pero al mismo tiempo niega que el término significara legalmente la creación de obligaciones y se adhiere de modo explícito a la posición de Thür<sup>58</sup>.

En pocas palabras: nada sugiere que las promesas fueran vinculantes en sí mismas, aunque esto no equivale a decir que el consentimiento careciera de efectos<sup>59</sup>. En realidad, ninguno de los estudiosos que ha defendido la teoría de la Zweckverfügung como verdadera causa del vínculo obligatorio en los contratos ha dejado de valorar el elemento del consenso y el papel que desempeña. Otras fuentes pueden plantear

<sup>55</sup> vid. Liddell, G. / Scott, R., *A Greek-English Lexicon*, Oxford 1968, p. 1226, s.v. ὁμολογέω. En su tercera acepción define ὁμολογέω como: "agree or promise to do, c. fut. inf., Antipho 6.23, And.1.62, Pl. Smp.174a, Phdr.254b, etc. : c. aor. inf., D.42.12: c. pres. inf., ὁμολόγησαν ἑκατὸν τάλαντα ἐκτείσαντες ἄζημοὶ εἶναι Hdt.6.92: also freq. abs., promise, μισθῷ ὁμολογήσαντες (sc. ἀπαλλάξεσθαι) Id.2.86; ὁ ὁμολογῶν the person who gives an undertaking, BGU 297.22 (i A. D.), etc. ; make an agreement, come to terms, τιμὴν μετὰ τινὶ μετὰ τινὶ with another, Hdt.6.33,7.172, al.; ἐπὶ τούτοις on these terms, Id.1.60, cf. 8.140.β', Th.4.69". Como vemos, sólo traduce en un sentido próximo a 'contratar' o simplemente 'llegar a un acuerdo', aparte de un documento -BGU I 297, l. 22-, los fragmentos de Heródoto y en un contexto muy diferente, mientras que los textos de los oradores, así como los de Platón y Aristóteles los traduce simplemente como acordar o prometer, incluido Dem. (*contra Phaenippum*) XLII. 12. Maschke, R., *Willenslehre*, cit., p. 163 sostiene lo contrario. Sobre esta cuestión, vid. Pringsheim, F., *The Greek Law of Sale*, cit., p. 26 y n. 2-3.: "The oldest texts which use this term, especially those of Herodotus, mean by it "terms of peace".

<sup>56</sup> Carawan, "The Athenian Law of Agreement", pp. 349-350.

<sup>57</sup> Por citar un ejemplo de la tesis consensualista, Maschke, R., *Willenslehre*, cit., p. 163 presenta una definición similar, pero deduce de ella (dada la coexistencia de declaraciones de voluntad) que es la verdadera generadora de obligaciones. Maschke se remonta a Latte, K., *Heiliges Recht*, Tübingen, 1929, p. 28, quien señala como sentido originario del término la promesa de asumir una deuda y posteriormente la interpretación de ello en el contexto del proceso y luego también fuera de él. Las fuentes que cita (Dem. XLI 5; 24) se refieren, es verdad al acuerdo, pero no expresan con claridad que la obligación se base exclusivamente en él.

<sup>58</sup> Carawan, "The Athenian Law of Agreement", pp. 349-350: "*Homologia* involves a formal consensus: the plaintiff argues over the meeting of minds but never suggests that the key term in law, *homologeîn*, should properly convey a true consensus. The focus of the dispute is there at the margin, between what the law recognizes in a man's formal agreement and what basic fairness would require in the jury's best judgment (...) when a man "agrees," *homologeî*, he acknowledges some fact at hand, something he knows from the outward act. It may have consequences for the future and he acknowledges these in the same breath, but there is no suggestion that promises are binding in themselves. In the well-worn usage of legal proceedings, when a man "agrees" he affirms as one integral decision what he has taken and what he must repay in the balance".

<sup>59</sup> Como sabemos, la mera promesa no es un hecho creador de obligaciones en el Common Law, pues el acuerdo necesita de la intervención de la 'consideration' para desplegar todos sus efectos. Celemento de comparación, sobre las meras promesas en Derecho inglés, vid. Todd, *The Shape of Athenian Law*, p. 265.

problemas más complejos, pero en IEphesos 4 es improbable que el consentimiento desempeñe el papel que varios comentaristas han querido otorgarle. El pacto (la ὁμολογία) que sigue siendo válido en los supuestos en que la finca hipotecada dependía de un préstamo concluido antes de la fecha tomada como límite (πρὸ μὴνὸς Ποσιδεῶνος τοῦ ἐπὶ Δημαγόρου) no es vinculante por sí mismo, sino porque la disposición del dinero del mutuo (elemento real) ya se ha verificado. El problema es determinar el juego de ambos elementos, a saber, el vínculo contractual -que procede del elemento real del contrato griego- y la promesa, que obliga como consecuencia del vínculo ya contraído, porque delimita el ámbito de la obligación. La coexistencia de ambos elementos y su interacción es, sin embargo, difícil de describir en muchos casos, pero volver a la teoría de la consensualidad no parece la solución más deseable.

Como conclusión querríamos insistir de nuevo en los límites exigüos en los que se mueve este artículo: se trata de comentar IEphesos 4 y de señalar que invocar esta inscripción no parece un buen argumento contra la tesis de la Zweckverfügung. Es obvio que la tesis de Wolff plantea algunos problemas, tanto en lo que se refiere a sus orígenes (por ejemplo, en el papel desempeñado por el juramento<sup>60</sup>) o en su base económica<sup>61</sup> y sobre todo en la interpretación de textos concretos. Aun así, se trata de una teoría que mantiene un grado de predictibilidad notable y, sobre todo, que resulta bastante más clarificadora que la tesis de la consensualidad. Ésta adolece de mayores problemas, a pesar de aquellos textos que parecen reconocerla, por lo que -tal como ya hemos aseverado- volver a ella no se impone tras un examen crítico de las fuentes. No deja de ser significativo que bastantes de los críticos de la Zweckverfügung no se han decantado tampoco por la consensualidad como explicación. Una simple constatación de que se ha producido el elemento real en una transacción nos debe llevar a considerar como secundario o complementario (no irrelevante<sup>62</sup>) el papel representado en ella por el consentimiento y esto, a nuestro entender, queda claro en IEphesos 4.

Aveiro, día de San Jaime de 2017

### Apéndice bibliográfico

- Arangio-Ruiz, V., *La compravendita*, Napoli, 1954.  
 Asheri, D., "Leggi Greche sul problema dei debiti", *Studi class. orient.* 18 (1969), pp. 1-122.  
 Avilés, D., "Arguing against the Law. Non-literal Interpretation in Attic Forensic Oratory", *Dike* 14 (2011).  
 Barta, H., *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland I*, Wiesbaden, 2010.  
 Beauchet, L., *Histoire du droit privé de la république athenienne*, Paris, 1897.  
 Biscardi, A., *Diritto greco antico*, Milano, 1982.  
 Carawan, E., "The Athenian Law of Agreement", *GRBS* 46 (2006).  
 Chaniotis, A., "The Impact of War on the Economy of Hellenistic Poleis", Archibald, Z / Davies, J.K. / Gabrielsen, V., *The Economies of Hellenistic Societies*, Oxford, 2011.

<sup>60</sup> Todd, S. C., *The Shape of Athenian Law*, p. 257.

<sup>61</sup> Millett, P., "Sale, credit and exchange in Athenian law and society", Cartledge, P. / Millett, P. / Todd, S., *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, pp. 167-94.

<sup>62</sup> El problema de definir los límites entre la responsabilidad delictual y la que se sigue de los acuerdos no siempre es fácil en este contexto histórico y varios autores sostengan o no -con matices diversos- la Zweckverfügung lo admiten, vid. e. g., Kußmaul, *Synthekai*, p. 14; Mummunthey, *Zur Geschichte des Begriffs βλάβη*, p. 71, n. 196; pp. 83-84.

- Cohen, E. E., "Consensual Contracts at Athens", Rupprecht, H.-A., *Symposion* 2003, Wien, 2006.
- Cohen, E. E., *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton, 1973.
- Decock, W., *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden, 2013.
- D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991.
- Ernst, W., "Die *datio ob rem* als Austauschgeschäft. Ein Beitrag zu einseitig geregelten Geschäftsvorgängen im Verkehrsrecht", en Ernst, W. /Jakab, E. (Eds.) *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Zürich 2005.
- Gagliardi, L., "La legge sulla ὁμολογία e i vizi della volontà nei contratti in diritto ateniese", *Symposion*, 2013.
- Gernet, L., "Introduction à l' étude du droit grec ancien", *AHDO* (1937).
- Hengstl, J., "Stellung des griechischen Rechts in der antiken Rechtsgeschichte", *Fundamina* 21 (2015).
- Kaser, M. /Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, München<sup>37</sup>, 2003.
- Kästle, D. J., "Nomos megiste boetheia: Zur Gesetzesargumentation in der attischen Gerichtsrede." *SZ* (2012).
- Kramer, B./Sánchez-Moreno Ellart, C. M<sup>a</sup>., *Neue Quellen zum Prozessrecht der Ptolemäerzeit. Gerichtsakten aus der Trierer Papyrussammlung (P.Trier I)*, Berlin 2017.
- Lipsius, J., *Das attische Recht und Rechtsverfahren I*, Leipzig, 1905.
- MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens*, Ithaca (NY), 1978, p. 152.
- Maschke, R., *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Berlin, 1927 (repr. Darmstadt, 1968).
- Millett, P., "Sale, credit and exchange in Athenian law and society", Cartledge, P. / Millett, P. / Todd, S., *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990.
- Mummunthey, H., *Zur Geschichte des Begriffs βλάβη im attischen Recht*, Freiburg im Breisgau, 1971.
- Phillips, D. D., "Hypereides 3 and the Athenian Law of Contracts", *TAPhA* 139 (2009).
- Phillips, D. D., *The Law of Ancient Athens*, Michigan, 2013
- Platschek, J., *Das Edikt de pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013.
- Rupprecht, H.-A., *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri*, München 1967.
- Simonetos, G. S., "Τὰ ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως εἰς τὰς δικαιοπραξίας", *Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ δικαίου* 14 (1943).
- Taubenschlag, R., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warsaw<sup>2</sup>, 1959.
- Thür, G. *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos*, Wien 1977.
- Todd, S. C., *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993.
- Walbank, F. W., *The Hellenistic World*, Harvard (Cambridge, Mass.), 1993.
- Weber, M., *Rechtssoziologie*, München<sup>2</sup>, 1967.
- Wenger, L., *Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953.
- Wolff, H.-J., "Die Grundlagen des griechischen Vertragsrecht", *SZ* 24 (1957).