

LA INTRANSMISIBILIDAD DE LAS  
ACCIONES PENALES EN DERECHO  
ROMANO.

R. O. 83 659



Trabajo de Tesis Doctoral realizado por el Licenciado D. José María Blanch Nougés, bajo la Dirección del Profesor Doctor, D. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

## INTRODUCCION:

La presente Tesis doctoral constituye en esencia una reflexión sobre el modo en que los juristas romanos resolvieron el conflicto planteado en la práctica por la aplicación concurrente en los casos que se plantea entre el principio jurídico de la personalidad de la pena y el deber de restituir todo enriquecimiento obtenido injustamente a costa de otro.

Los dos primeros capítulos tienen un carácter netamente introductorio. Se pretende en ellos fijar las bases para el posterior estudio de la cuestión específica de la intransmisibilidad de las acciones penales. En el primer capítulo se trata del origen, estructura y evolución de la categoría de las acciones penales privadas en el Derecho romano. En el segundo, nos ocupamos de la *obligatio ex delicto* que constituye un concepto elaborado por la jurisprudencia romana clásica y que resulta exigible por las antedichas acciones.

En el tercer capítulo se trata acerca de la transmisibilidad de las acciones en general en el Derecho romano tanto desde un punto de vista del Derecho sucesorio como de Derecho procesal. En relación con el primer punto de vista se alude al origen y fundamento de la transmisibilidad hereditaria de las acciones reipersecutorias derivadas de relaciones de tipo contractual, a su articulación a través de la *successio mortis causa*, así como también a las supervivencias del carácter originariamente personalísimo de la *obligatio romana* como *vinculum iuris* a lo largo del Derecho clásico. En el aspecto procesal se

aborda desde diversos ángulos la cuestión específica de la litis contestatio procesal y el efecto que la realización de ésta produce sobre las acciones penales, en el caso de que el fallecimiento del demandado tenga lugar después de dicha litis contestatio.

El cuarto capítulo pretende ser una reflexión crítica sobre la vigencia práctica de la regla de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales en el Derecho Penal Público, con especial atención a los crímenes que conllevan una pérdida exclusivamente patrimonial como ocurría en el sistema de la *quaestiones perpetuae* respecto a los supuestos de corrupción de senadores y magistrados en el ejercicio de sus funciones públicas.

El quinto capítulo parte de la tesis elaborada por Iulianus y Francisci, que puede calificarse como mayoritaria en el seno de la doctrina actual, sobre la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas, para a continuación hacer un examen pormenorizado de la naturaleza y función de las diversas acciones penales privadas que, según las fuentes de que disponemos, se dieron en el Derecho romano a lo largo de su Historia, haciendo especial referencia, a propósito de cada una de ellas, a la nota característica de la intransmisibilidad activa y pasiva de las mismas: la regla de la intransmisibilidad pasiva de estas acciones constituye la frontera ideal que no fue traspasada por el Derecho de los pretores, entre aquellas acciones que dogmáticamente pueden calificarse como acciones penales y que son intransmisibles contra el heredero y aquellas acciones calificadas también dogmáticamente como



reipersecutorias, perfectamente transmisibles. Se trata pues de demostrar empíricamente, a lo largo de la exposición en la que se analiza cada acción en particular, la progresiva función reparatoria de las acciones penales en general a lo largo del Derecho clásico, sin perder por ello en otros aspectos su naturaleza penal.

El sexto capítulo aborda la cuestión de la transmisibilidad hereditaria de los interdictos, o en opinión de otros autores, de la denominada extensión de la legitimación activa y pasiva de los mismos, lo que conlleva un tratamiento diferenciado de dicho remedio jurídico extraprocesal desde diversos ángulos. Interesa destacar la presencia en este ámbito particular de acciones *in factum* pretorias en virtud de enriquecimiento injustamente obtenido por el heredero de la persona contra la que se dirige el interdicto, análogamente a lo que ocurre en las acciones penales privadas.

El séptimo capítulo comprende un estudio sobre las acciones pretorias de enriquecimiento (*actiones in id quod ad eum pervenit* o *por quod locupletior factus est*) lo que lleva a analizar previamente el origen histórico, fundamento y alcance real de la llamada responsabilidad *pervenire* del heredero en relación con lo que ocurre en otros campos del Derecho romano. Asimismo se realiza un estudio sobre la naturaleza y función de dichas acciones pretorias de enriquecimiento así como una reflexión crítica acerca de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de la *actio de dolo* y de la *actio metus*.

Por último el capítulo octavo cierra el marco que se abrió con los dos primeros capítulos de la Tesis; en él no

ocupamos de la recepción en la tradición jurídica española básicamente a través de las Partidas, de la idea de la obligati ex delicto y del régimen jurídico de las acciones penales privadas (con atención especial a la fidelidad con la que se recogen los preceptos de Derecho romano justinianeo relativos a la característica de la intransmisibilidad hereditaria, todo ello como fundamento y antecedente del actual sistema de responsabilidad civil cuyo núcleo en cuanto a su régimen jurídico está en el Código Civil y en el Código Penal. Destacamos de un modo especial la importante aportación del Derecho romano en materia de indemnización de daños morales en el Derecho español actual.

CAPITULO I:

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA ACTIO

POENALIS PRIVATA EN EL DERECHO

ROMANO

1) El origen del Derecho Penal romano: la distinción entre el Derecho penal público y el Derecho penal privado.

En los albores de la civilización<sup>1</sup>, la represión penal

---

<sup>1</sup>En los ordenamientos jurídicos primitivos Religión y Derecho aparecen intrínsecamente unidos. La idea central es la licitud de los comportamientos humanos desde el punto de vista religioso y social. Voci, Diritto sacro romano in età arcaica, (S.D.H.I., 19, 1953, p. 38 ss.) niega que en el Derecho primitivo romano se puedan distinguir dos esferas u ordenamientos coexistentes aunque distintos, es decir, un ordenamiento religioso y otro jurídico; precisamente Voci (op. cit. p. 42 ss.) cita como defensores de esta última idea a autores como Ihering o Mommsen; en concreto, para este último se deben distinguir dos momentos: Monarquía y República. En la primera los reyes eran sacerdotes al mismo tiempo, en la segunda, los magistrados tenían un poder exclusivamente civil. No obstante, las normas religiosas no eran Derecho. Este esquema llega hasta Kaser (Voci, op. cit. p. 44) que distingue entre el *ius sacrum* y un derecho profano, ambos ordenamientos concurrentes aunque no coordinados. Se trata -dice Voci- de esquemas herederos de la tradición liberal del siglo pasado. En realidad, en la época arcaica resulta muy difícil deslindar el campo de la Religión y el del Derecho: Se subraya la preocupación por el mantenimiento de la *pax deorum*, la primitiva solidaridad del grupo (sea familiar o gentilicio o de la propia comunidad) por la ofensa de uno de sus miembros al exterior, y -dice Voci- no debe olvidarse el legalismo religioso que determina fórmulas de actuación guardadas por los pontífices y que están en los orígenes del formalismo del *ius civile* romano.

Sin embargo, dentro de este contexto, constituye un avance histórico el que en las fuentes se empieza a distinguir entre *ius* y *fas*. No se alude a dos ordenamientos diferentes sino a dos esferas distintas de legitimidad de un acto, y lo que es más importante, al proceso metodológico de formación de la justicia material como principio conformador de un ordenamiento jurídico.

Para Kaser, (Das altrömische "ius". Göttingen, 1949, p. 100 ss.), según la recensión hecha por D'Ors (Anuario de Historia del Derecho español, 20, 1950, p. 890 ss.), *ius* es el apoderamiento de un hombre por otro que los dioses aceptan como lícito. Lo contrario de *ius* es la iniuria. *Fas* alude a la licitud de un acto, en sí mismo considerado, para los dioses. En definitiva, puede ocurrir que un acto sea al mismo tiempo *fas* y *ius*. Y es normal que así ocurriese en ese contexto. El *ius*-Kaser- se forma a partir de la sentencia judicial y, en virtud de las resoluciones continuadas, se va creando una normatividad llegando así a la *lex* que en un principio también fue declaración casuística y que luego se hace ella fundamento de resoluciones judiciales. El *ius* llega así a crear un sistema de normatividad que llega incluso hasta la religión a través del *ius sacrum*. El *ius*-Kaser-es, por último, ejecutivo, y el instrumento para ello era la *addictio* que era la forma general de declarar un magistrado el *ius*, con efectos frente a terceros.

(continúa...)

aparece esencialmente inspirada en principios religiosos que se traducen en verdaderas y propias reglas de carácter jurídico.

---

<sup>1</sup>(...continuación)

C. Gioffredi, (Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane, Roma, 1955; cfr. también Labeo 2, p. 114 ss en el que el autor contesta a la recensión que a su obra le hace Kaser) ve el origen de *ius* en los pronunciamientos judiciales, lo que pertenece a cada uno en virtud de un pronunciamiento judicial. Así se entiende el *ius dicere*. De estos pronunciamientos nacería el *ius* como norma de Derecho. Frente a *fas* que representa la voluntad de los dioses el *ius* es un hecho puramente humano, como Derecho nacido de la autoridad al dictar justicia. Cfr. también la Recensión de Gaudemet a esta obra de Gioffredi en S.D.H.I., 22, Roma 1956. p. 382 ss.

Por último, A. D'Ors en la recensión que realiza a la obra citada de Kaser, en A.H.D.E., 20. (op. cit.), pone de relieve a este respecto la diferencia de significado entre los *dies iusti* con los *dies fasti*. En estos últimos es lícito actuar en justicia; en el caso de los *dies iusti* se trata de los días que se dan de plazo para que el *iudicatus* trate de poner remedio a la inminente *manus iniectio*. Se trata pues, de días preceptivos y no simplemente lícitos. D'Ors llega a la conclusión de que *fas* es lo permitido y *ius* es lo ordenado. O lo que es lo mismo, el *fas* supone una relación del acto humano con la divinidad, en cuanto se considere el acto en sí mismo; el *ius*, en cambio, implica una posición justa en relación con las de los demás, con el orden colectivo.

Estas consideraciones nos llevan pues al proceso interno de creación de las normatividades que integran las esferas respectivas de *ius* y *fas*. Isidoro de Sevilla en Orig. 5, 2, 2 señala que *fas lex divina, ius lex humana est*. Es cierto, pero lo que nos interesa ahora es señalar que *ius* y *fas* son distintos ángulos visuales por los que se mide la legitimidad moral de un acto. Y se puede hablar de *ius* sólo cuando se trata de un acto que se pone en relación con otros sujetos, es decir que repercute en un ámbito social. Y así, el método para determinar la justicia o no de ese acto ha de acudir al común de los valores sociales recogidos por el Ordenamiento positivo.

En definitiva, para determinar si un acto es o no ajustado a *ius* se ha de acudir a unos criterios de lógica, de proporcionalidad racional, que no son sino el método de aplicación al caso planteado de las normas y principios jurídicos con arreglo a los cuales se construye el propio sistema jurídico. *Ius* en un sentido ontológico, como expresión de la idea de justicia que debe impregnar constitutivamente a un sistema jurídico dado, alude pues al necesario equilibrio entre lógica jurídica formal y lógica jurídica material, o también, dicho de otro modo, entre legalidad y legitimidad. Por último en esta misma línea Cfr. también G. Nocera, Il binomio pubblico-privato nella storia del Diritto, Perugia, 1989, p.73 ss.

De esta forma, indica Burdese<sup>2</sup>, se parte de la idea de la responsabilidad de la entera comunidad por el comportamiento de uno de sus miembros, que ofende a la divinidad. Responsabilidad solidaria que deja inermes a los miembros del grupo social frente a las fuerzas de los dioses, o lo que es lo mismo, frente a los desastres de la naturaleza<sup>3</sup>. Est

---

<sup>2</sup>A. Burdese. Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica. B.I.D.R, 69, 1966. Manuale di Diritto pubblico romano, 3ª Ed., Torino, 1987, p. 236 ss.

<sup>3</sup> Una de las constantes del Derecho Penal de los pueblos de la más remota antigüedad está en la divinidad como personificadora de la conciencia jurídica de un pueblo y que cumple también una función de freno moral en atención a la supervivencia del pueblo en sí y de sus intereses colectivos. Religión y Derecho se entrecruzan en los ordenamientos arcaicos. El atentado contra el orden social, a través de un delito que afecte a la comunidad, es un atentado contra la divinidad de ese pueblo. En los primeros tiempos la pena aparece dominada por la idea de la expiación (Mommsen, Droit Pénal Romain, I, Trad. J. Duquesne, Paris, 1907, p. 2.). La sangre vertida por un homicidio ha de ser purificada con otra sangre.

En el Derecho Penal de los pueblos de la antigüedad se unen como principios aplicables a la hora de reprimir un ilícito un criterio nuevo, propiamente jurídico, de considerar la intencionalidad como criterio de imputación de responsabilidad penal (y cuyo corolario lógico y fundamental está en el principio de la personalidad de la pena, y por lo tanto, de la no transmisibilidad de la misma respecto a los herederos del condenado), con criterios religiosos en los que la principal preocupación es aplacar la ira del dios ofendido- en realidad de la mala conciencia colectiva por la mancha de uno del mismo grupo- que puede atraer para el mismo todos los males: si se pierde la *pax deorum* se queda a merced de la mala fortuna.

De la combinación de elementos racionales y mágicos resulta por ejemplo, en el Derecho Penal arcaico la condena a muerte precisamente del culpable de un homicidio voluntario, cuyo cuerpo- y cuya alma- es ofrecido a los dioses, y, al mismo tiempo el ofrecimiento de un simple sacrificio expiatorio que purifique la sangre cuando el homicidio es involuntario.

En este aspecto, el método más general de investigación es el comparantístico, comprobándose las semejanzas existentes a respecto entre los pueblos de la antigüedad. Singularmente entre los griegos a través del estudio de la literatura: Gaudemet en su obra Le problème de la responsabilité penale dans l'antiquité (Studi in onore di E. Betti- vol II. p. 491) nos refiere a este respecto, como botón de muestra de lo que acabamos de afirmar como Plutarco (Pericles, 36) cuenta que Pericles estuvo todo un

(continúa...)

determinará la necesidad de ofrecer al dios particularmente

<sup>3</sup>(...continuación)

día discutiendo con Protágoras sobre el accidente mortal sufrido por Epithemos de Pharsale, en el ejercicio del lanzamiento de jabalina: ¿Quién debía ser tenido por el responsable?. ¿La propia jabalina, como trasposición de la vieja idea de que la cosa es guiada por la muerte que ella ha contribuido a provocar?. ¿El lanzador?. ¿El organizador de los juegos?. Una idea profundamente anclada en la conciencia de los pueblos- y así en la literatura homérica, pero cuya huella se encuentra incluso en Platón (op. cit. p. 492)- es la de la existencia de fuerzas mágicas que están presentes en la comisión de un crimen, frente a las cuales, el autor material no es más que un mero ejecutor. En consecuencia, en las mentes más arcaicas todavía no aparece suficientemente clara la noción de dolo como intencionalidad de delinquir, y de la culpabilidad como criterio exclusivo de imputación de responsabilidad penal, sino que se atiende muchas veces a que con la pena el culpable va a atraer para sí el castigo por ser él la persona tocada por el mal. Su sacrificio libera a la comunidad. Este es el punto de partida. El desarrollo de la civitas romana y de la polis griega supondrán también la progresiva creación de un verdadero Derecho Penal moderno. En este sentido representa un hito fundamental en la Historia General del Derecho la norma, parece que anterior a las XII Tablas (infra p. ), atribuida al rey Numa por Festo, por virtud de la cual, sólo el homicidio doloso de un hombre libre es castigado con pena de muerte, mientras que el homicidio no intencional da lugar a un mero sacrificio de un animal a los dioses.

Sobre el Derecho Penal de los pueblos de la antigüedad señalamos aquí, además de lo citado más arriba, a: C. Ferrini. Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale. Ed. anastatica. Roma, 1976. G. I. Luzzatto. Per un'ipotesi sulle origine e la natura delle obbligazioni romana, Milano, 1934. Gioffredi. Sulla concezione romana della pena. Studi in onore di E. Volterra II, p. 333 ss.; De Robertis. La funzione della pena nel diritto romano. Studi Solazzi. p. 169 ss.; B. Santalucia. Diritto e processo penale nell'antica Roma, Milano, 1989; Alle origini del processo penale romano. IURA, 1984, p. 47 ss.; Derecho penal romano Madrid. 1990; B. Santalucia. Note sulle repressione dei reati comune in età repubblicana. En "Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano. A cura de A. Burdese. p. 5 ss. Padova, 1988; V. Giuffré. La "repressione criminale" nell'esperienza romana. 3ª ed. Napoli, 1993; J. Gaudemet. Le problème de la responsabilité penale dans l'antiquité. Studi in onore E. Betti, II, p. 483 ss.; E. Cantarella. Studi sull'omicidio in diritto greco e romano. Milano, 1976; Thót. La filosofía penal griega y romana. Biblioteca D. Penal U.A.M.; P. Lévêque. La sanction del'homicide en droit grec et hellénistique. Syposion. Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtgeschichte. California 1990. Weimar, Köln, Wien, 1990; T. J. Sanders. Plato's Penal Code. Tradition, Controversy and Reform in Greek Penology. Oxford, 1991.

ofendido un sacrificio expiatorio que consistirá precisamente en la entrega al mismo del autor del mal.

Este mismo sentido de solidaridad que presenta una indudable base parental se encuentra también en una época protohistórica para entender la reacción del grupo ofendido en aquellos "males," por utilizar la palabra más genérica posible que se ocasionen por el individuo de un grupo diferente, es decir, cuando entre ofendido y ofensor no exista un sometimiento a una autoridad superior, ya sea de naturaleza tribal o familiar. La reacción primitiva, propia de épocas arcaicas, consiste en la venganza<sup>4</sup> en la que los miembros del grupo del ofensor quedarían expuestos a la misma, en muchos casos más allá de lo razonable, y por lo tanto, en su irracionalidad, carente de un elemento jurídico; expuestos en definitiva a sufrir "mal" por "mal" sin que se dé el juego a la culpabilidad como criterio excluyente y exclusivo de responsabilidad penal y sin garantías de, al menos, proporcionalidad en la ejecución de la reacción. El avance de la civilización se mide también por el avance de lo jurídico como criterio racional de ordenar los intereses que en la sociedad se ponen en juego. En este sentido la aparición de organizaciones políticas o al menos sociales evolucionadas determina la resolución por las mismas del problema de la reacción ante el ilícito cometido entre particulares. De esta forma surge un verdadero Derecho Penal, al amparo de la consolidación de las ciudades y de los reinos de la antigüedad (con el consiguiente

---

<sup>4</sup>Venganza que en aquellos ámbitos sociales, en la época precívica, es considerada como lícita. Dicha licitud, religiosa y social, proporcionaría el soporte legitimador pero también delimitador de la venganza.



poder público emergente en cada uno de ellos) tanto por exigencias racionales de justicia retributiva, esto es devolver mal por mal<sup>5</sup>, como por la necesidad de supervivencia "civilizada" del propio grupo humano considerado, lo que nos lleva a un principio de mantenimiento de la paz social que en los primeros tiempos estuvo imbuido de un sentimiento de fuerte temor religioso: la *pax deorum* obliga al Ordenamiento de la *civitas* a expulsar a aquel de sus miembros que atente contra la comunidad (*homo sacer*).

Burdese indica así cómo la *civitas*, gobernada en sus primeros tiempos por un *rex* que es al mismo tiempo jefe político, militar y religioso (rey y sacerdote)<sup>6</sup>, pone en su ámbito esferas de represión penal que antes estaban en el ámbito de las gentes o de las familias o quedaban en la esfera de la venganza indiscriminada entre particulares<sup>7</sup>.

La afirmación de la ciudad como poder político, añade

---

<sup>5</sup>Un Derecho Penal con arreglo a los principios de intencionalidad o culpabilidad como únicos criterios de imputación de responsabilidad penal, de proporcionalidad racional en el castigo del ilícito y de individualización del mismo en el culpable dejando fuera a los demás miembros de su grupo y a sus herederos.

<sup>6</sup>Poder político, militar y religioso estarían en la Monarquía en manos de una misma persona, como jefe político y religioso. En realidad encarnaría lo que hoy conocemos como el sabio o mago de la comunidad concedor de las fórmulas para conservar la *pax deorum* y conducir a su pueblo. El desarrollo de la *civitas* determina la separación de los ámbitos civil y religioso. El *rex* queda reducido a su papel de jefe espiritual y hombre sabio. La legitimidad augural, cada vez más formal, se seguirá buscando en la religión- *lex curiata de imperio*- pero el poder político quedará en poder de los magistrados y de los militares.

<sup>7</sup>A. Burdese. Riflessioni... op. cit., p. 344. Manuale di Diritto... op. cit., p. 236 ss.

Burdese, que engloba una realidad social que antes estaba políticamente fragmentada en gentes o tribus independientes supone atraer para sí un poder de jurisdicción sobre los ciudadanos que en el ámbito penal se traduce en dos aspectos:

- Atrae para sí el castigo de quienes lesionen intereses que trasciendan lo meramente privado.

-Reglamenta y controla la reacción privada contra comportamientos lesivos de intereses individuales de menor entidad.

En este doble aspecto se aprecia ya la diferenciación de lo que a partir de la legislación decemviral serán las dos esferas en que se puede dividir el Derecho Penal romano: el Derecho Penal privado y el Derecho Penal público.

Con el advenimiento de la República se produce el fenómeno, ya iniciado a finales de la Monarquía por influencia de los etruscos, de la laicización de la represión penal, es decir, junto a la afirmación laica del Estado<sup>8</sup> se afirma el poder de imposición de penas del magistrado en tanto que detentadores del *imperium* de origen militar y no sacral.

La laicización de la represión penal aparece acompañada de la configuración por la jurisprudencia de dos categorías de ilícitos penales, atribuida incluso por las fuentes literarias a Servio Tullio (Dion. Hal.4,25,2)<sup>9</sup>: *Delictum* y *Crimen* como conceptos jurídicos y a la vez ejes en torno a los que se ordenan las dos esferas en las que se desenvuelve el Derecho Penal

---

<sup>8</sup>Utilizamos una terminología actual.

<sup>9</sup>Burdese. *Riflessioni...* op. cit., p. 349. *Diritto*. op. cit., p. 236 ss.

romano, esto es, el Derecho penal privado (*delictum*) y el Derecho Penal Público (*crimen*).

El criterio diferenciador de ambos tipos de ilícito penal, es decir, de *delictum* y *crimen*, está en el interés lesionado por cada uno de ellos<sup>10</sup>, lo que origina una diferente reacción de la comunidad.

Los *delicta* suponen una ofensa que tiene lugar entre un particular y otro, generalmente en una esfera extracontractual, y que no lesionana o afectan directamente el interés público, salvo en la medida en que a la *civitas* le interesa el mantenimiento de la paz social y atraer para sí el poder de jurisdicción para resolver los conflictos entre sus ciudadanos. Los *delicta* reciben su cauce procesal a través de las *legis actiones* (posteriormente a través del proceso formulario), lo que supone una toma de consideración privatística respecto a los mismos por parte del Derecho Romano, con los corolarios propios de los procesos de tal naturaleza: la iniciativa corresponde exclusivamente al propio interesado lesionado, división del proceso en dos fases, ante el magistrado y ante el juez que es un particular, la condena siempre (como norma del proceso privado clásico) a una *poena pecuniaria* que además, con el tiempo, constituirá el contenido de una verdadera obligación jurídica, de factura más civilística que penalística y que es la *obligatio ex delicto*.

Frente a lo anterior los *crimina* atentan directamente contra el orden ciudadano; así tenemos originariamente el de *perduellio*, o atentado genérico contra la *civitas*, contemplado

---

<sup>10</sup>infra capítulo segundo. 1).

también específicamente como intento de restaurar la monarquía<sup>11 12</sup>, o como otros de origen sacral pero que en el nuevo orden ciudadano son objeto de represión pública, o por último, otros ilícitos que aún atentando sólo contra una persona en particular ocasionan una especial turbación en la ciudad por lo que ésta ha de ordenar su represión, así el *parricidium*<sup>13</sup>, esto es el homicidio doloso de un hombre libre<sup>14</sup>. En estos supuestos el

---

<sup>11</sup>Tito Livio. I, 26 (Histoire Romaine. Societe d'edition, "les belles lettres". Paris, 1967.

Sobre el crimen *perduellionis*, cfr. B. Loiou-Guille. La Perduellio: les procès d'Horace et de Rabirius. Latomus, 1994, p. 3 ss.

<sup>12</sup>A tenor de D. 48,4,3; la sanción del *perduellio* se encuentra recogida en las XII Tablas.

<sup>13</sup>Ha sido cuestión debatida en la doctrina la de determinar cuál es el sentido original del crimen de parricidio. Costa (Diritto Penale. De Romulo a Justiniano. Milano, Torino, Roma, 1911) indica que primero con el *parricidium* se hacía referencia al homicidio de un paterfamilias y luego se comprende dentro del ámbito del crimen, el homicidio doloso de un hombre libre.

<sup>14</sup>Festo P. 221, v. Parricidi: Parrici[dii] quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numaepompilii regis his composita verbis: "Si quidem hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto". Cfr. Plutarco. Romulo 22.

A. Ortega Carrillo de Albornoz (De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas. Málaga, 1988. p. 35-36) señala que la precisa significación de las palabras Paricidas esto ha sido objeto de largas discusiones doctrinales.

"Casi todas las interpretaciones- op. cit., p. 34- parten de la idea de que paricidas esto significa parricida. Esta errónea interpretación- Ortega- se apoya en ciertos textos relevantes, entre los que se encuentra el gramático Pompeyo, para quien apud maiores nostros, se decía parricida por homicida, y Cicerón (de leg. 2,9,22). Pero de un lado el imperativo "esto", que aparece en otras normas de las XII Tablas, confirma que la ley de Numa no intenta dar una simple definición, sino que, lógicamente, su finalidad es irrogar una sanción para el que mata voluntariamente a un homo liber; generalmente las leyes primitivas contienen sanciones y no definiciones. De otro lado, paricidas <pars caedo = matar igual (tomado por nosotros de op. cit., p. 35> no debe identificarse con parricida <patricida> a (continúa...)

interés público afectado hace que sea de aplicación un Derecho Penal Público<sup>15</sup>, con la actuación en un primer momento de magistrados dotados de coercitio<sup>16</sup>- quaestores parricidii<sup>17</sup>,

---

<sup>14</sup>(...continuación)  
pesar de la paranomia existente".

Añade Ortega que la tradicional identificación fue criticada por la doctrina a partir de una comunicación privada de Arangio Ruiz a Bonfante (Bonfante. Storia del diritto romano, I, Milano, 1958, p. 216, n. 41) a la que siguen F. De Visscher (Le formule paricidas esto. Etudes de droit romain. 1931. p. 455 ss.) Meylan (l'etimologie du mot parricide. 1928. p. 29 ss.) y Coli (Parricidas esto. Scritti di diritto romano. Milano, 1973. p. 455 ss.). A tenor del estudio filológico de las palabras paricidas esto, (op. cit., p. 35) tenemos que dichas palabras equivalen a "sea, a su vez, muerto por represalia".

Si el homicidio no resulta doloso, lo que en último término había de ser decidido por los quaestores, en tanto que magistrados encargados de conocer de este crimen, en Servus, Virg. ecl. 4,43 se dice: *In Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.*

<sup>15</sup> Seguimos a A. Burdese. Riflessione... op. cit., p. 347 ss. Manuale di Diritto... op. cit., p. 236 ss. Cfr. Costa. Diritto Penale ... op. cit. p. 2 ss.

<sup>16</sup>Los magistrados dotados de coercitio tienen un poder disciplinario que les dota de la facultad de imponer penas. Esto será así especialmente fuera de la civitas, en materia de orden público y, desde luego, en el campo militar. El poder de coercitio lo heredan luego en el Principado y en el Imperio los príncipes y otros magistrados. En general podemos afirmar que a lo largo de la Historia del Derecho penal romano el principio de legalidad en esta materia, que hoy consideramos esencial en todo Derecho Penal, se observó en mayor medida dentro del ámbito jurisdiccional de la propia civitas y respecto a los habitantes de la Comunidad política que tuviesen la condición de ciudadanos romanos. Como señala acertadamente Angel Latorre (Valor actual del Derecho romano. Barcelona, 1977, p. 37) "en la época republicana y en el Principado la facultad de imponer penas deriva más del magistrado que del ius. No existe el principio de legalidad que constituye la clave de bóveda del Derecho penal moderno".

<sup>17</sup>W. Kunkel (Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit. München. 1962. p. 21 ss.) defiende que el crimen de homicidio debió sustanciarse en un primer momento dentro del proceso de las legis actiones, concretamente en una legis actio especial, en la que se desarrollaría una primera fase inquisitiva ante el magistrado y luego sería un iudex particular el que dictaría el iudicatum.  
(continúa...)

duoviri perduellionis- cuya discrecionalidad se vería frenada por la provocatio ad populum, lo que, con el tiempo, generó un auténtico proceso comicial con la intervención del pueblo reunido en Asamblea para absolver o condenar al reo<sup>18</sup>. Más tarde, a lo largo de la República, se crean por ley tribunales permanentes- quaestiones perpetuae- compuestos por representantes de ciudadanos y presididos por un magistrado. Desaparece el proceso comicial (Roma deja de ser una civitas al estilo de la polis griega y pasa a ser una comunidad política territorial) y dichos tribunales, creados al efecto, actúan para los diversos crimina establecidos por las leyes que crean cada uno de estos tribunales. Su actuación es de oficio, previa delatio o accusatio por parte de un ciudadano. El proceso se desarrolla con arreglo a un principio inquisitivo en una sólo fase y termina con la sentencia que, caso de ser condenatoria, establece normalmente una pena personal. Estos principios son los que con carácter general pasarán luego en época imperial a la cognitio extra ordinem.

---

<sup>17</sup>(...continuación)

Cfr. G. Pugliese en Recensione. B.I.D.R., 66, 1963, p. 170 ss.

<sup>18</sup>D. 1,2,2,23 (Pomp. enchir. sing.)

## 2) Origen y significado del término poena.

Respecto al origen etimológico de la palabra poena y el alcance general que su uso tuvo en el Derecho romano, hay que empezar por señalar que la palabra deriva del griego<sup>19</sup> (ποινή, dor. ποινά) y es de la misma raíz que τίνο, τίσις, τιμή. Fuhrman en P.W. (Suppl. IX, p. 843 y sgs.) realiza un detallado estudio de la voz poena con referencia a su empleo en el Derecho Romano. Su tesis es la siguiente: Poena significó originalmente, en las XII Tablas, el precio del rescate que se determina con el lesionado o su grupo para la renuncia de la venganza<sup>20</sup>. Dicha palabra tenía primeramente el mismo significado que el que siempre conservó la palabra griega. Frente a las discusiones

---

<sup>19</sup>Walde-Holfmann Et. w. II, p. 329.

<sup>20</sup>Veremos más adelante como constituye uno de los temas más debatidos el de determinar si la voz poena, tal y como aparece en las XII Tablas, hace referencia a sustitutivo de la venganza o al contenido delimitador de la misma. En cualquier caso, ese sentido de precio de rescate o de precio en que se cifra la renuncia a una venganza es subrayado por T. Mommsen en Le Droit Pénal Romain. op. cit., I, p. 13 ss. Así, en particular, pone de relieve como en las XII Tablas se evita la palabra damnum para mencionar las lesiones corporales a otra persona y puede ser que la fijación de la composición por una ley y no por una decisión arbitral sea una innovación legislativa que explique en sí misma el empleo de un término extranjero. Los decenviros importaron al efecto la palabra griega. Además en el latín antiguo la palabra poena es poco frecuente y mucho menos la palabra poenire. También E. Betti (La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi, Milano, 1955, p. 151); y en Istituzioni..., II, Padova, 1962, p. 556 ss.) donde señala que la alternativa del delincuente en el primitivo Derecho penal romano está en someterse a la venganza de la víctima o su grupo, o allanarse a componer una poena pecuniaria que repare, en un sentido amplio, el daño: damnum decidere.

P. De Francisci (Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva, Milano, 1912, p. 10) defiende este sentido originario de la voz poena y ve en este significado etimológico un elemento más en favor de sus tesis.

acerca del origen griego de la palabra, Fuhrman pone de relieve no ya la coincidencia fonética y de significado de la palabra respecto a la lengua griega, sino que poena se emplea originalmente en plural; así en las XII Tablas se dice:

"si iniuriam alteri faxsit, viginti aeris poenae sunt". T. VIII, 4<sup>21</sup>.

Y precisa Festo (508, 14, L):

"viginti quinque poenae in XII significat viginti quinque asses"

A este tiempo se remiten los giros idiomáticos siguientes: poenas pendere (Plauto, *Asinaria* 483, *Bacchides* 425; Terencio: *Heautontimorumenos* 728; Cicerón, *Sestio* 140, *in Pisonem* 50, *Tusculanes*, 2,23; Julio César, *bell. Gall.* 6,9,7. En particular en Festo, 278,22,L se dice: "poenas pendere in eo proprie dicitur, qui ob delictum pecuniam solvit, quia penso acre utebantur". También la expresión poenas dare (Catón, 165 frg. Malc.; Cicerón, *ad familiares* 12,14,4) o poenas sufferre (Plauto, *Amphitryon*, 1002, *Cistellaria* 202, y otras como poenas expetere, luere, solvere.

Por el contrario la utilización de poena en singular resulta muy rara en la literatura antigua (Plauto, *Captivi* 695; Cato. frg. 166 Malc.)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>FONTES IURIS ROMANI ANTIQUI. ed. Bruns-Gradenwitz. I, Tübingen, 1969, p. 29.

<sup>22</sup>Creemos que ese empleo originario de la voz poena en plural alude a un sentido cuantitativo, de valor contante, es decir, en el momento de la aparición del dinero como valor de (continúa...)



Además, la única inscripción de ποινή se corresponde con ese uso en plural de poena: procedente del Templo de Asklepios en Epidaurus, del siglo III a. C. Añade Fuhrman que el sinónimo homérico ἀποτίνα se emplea sólo en plural.

Se recalca por el autor citado la influencia que, en este aspecto concreto, pudo tener el Derecho griego en las XII Tablas, sobre todo por la comunicación que existía entre el Lazio y la Magna Grecia.

La palabra poena- Fuhrman- tiene en las XII Tablas un significado estricto de sanción en dinero fijada por ley<sup>23</sup>, mientras que cuando el precio en dinero de la reparación haya de ser calculado según un múltiplo del daño causado, la ley emplea la expresión sinónima de *damnum*.

En los siglos siguientes el sentido de poena se ensanchó para comprender no sólo la sanción por los delitos privados sino también por los crímenes públicos (comprendiendo el mismo significado que *damnum*, *noxa*, *multa* y *supplicium*), y es más, respondía a un uso no jurídico general de castigo que se revela en la fuentes literaria más antiguas (Ennio, Plauto, Terencio...).

Por otro lado, en las leyes de finales de la República se encuentra frecuentemente el giro gramatical *multa poena*, pero

---

<sup>22</sup>(...continuación)  
cambio, se está haciendo referencia al importe, aún fijado por Ley, de la compensación económica por un delito. El empleo de poena en singular tiene un mayor valor sustantivo y parece aludir más al sentido de sanción específica, singular, puesta por el Ordenamiento jurídico por la comisión de un delito.

<sup>23</sup>infra p. 25 y ss.

indica Fuhrman<sup>24</sup> "que podemos suponer que esta conexión procede de una época en que el concepto no estaba todavía usado en el sentido de que comprendiese la multa. Y en particular excluía la multa coercitiva. De todas formas Cato el Viejo ya alternaba en sus "leyes fingidas" (frag. 166 Malc.) por motivos estilísticos *poena* con *multa* y *dammus* esto; probablemente se refería a un significado general que implicaba toda forma de castigo de tipo policial o legal".

También la terminología retórica abstracta contribuyó a fortalecer un uso general de la palabra como concepto opuesto a *proemium*. (Cicerón, de inventione 2,69,110; Cic. ad Brut. I.15.3 (cit. Fuhrmann); Julio César, bell. Gall. 6,13,5.).

Desde la literatura de la época ciceroniana, y en particular desde los escritos del mismo Cicerón, aparece *poena* en un sentido general en textos que se refieren unas veces al castigo de personas determinadas (Cicerón, in Verrem, II,1,7 (cit. Fuhrmann), Flaccus 97, Sulla oratio 87, Laelius amicitiae 41) y, no pocas veces, la palabra se acerca al significado de venganza y reparación (Cicerón, in Verrem II,3,12 (cit. Fuhrmann); Tusculanes 4,77, de divinatione 2,64). A veces significa la mala circunstancia producida por el comportamiento propio o un mal de cualquier forma que sea (Cicerón, Tusculanes 4,35, de divinatione 2,122, Laelius amicitiae 37). Por último, en el tiempo de los emperadores se vislumbra un sentido general de aflicción (Séneca, Phaedra 439; Plinio, Naturalis Historiae, 2,27.

---

<sup>24</sup>op. cit., p. 844.

### 3) El significado jurídico de poena privata:

#### Introducción.

La reacción inicial a cualquier forma de ilícito fue en los estadios más elementales de la convivencia humana, la venganza, siendo, como hemos visto, uno de los primeros principios jurídicos que se asientan en los primitivos ordenamientos jurídicos la exigencia ética de una cierta proporcionalidad en la respuesta al mal inflingido. De ahí la progresiva configuración de la Ley del Talión en los diferentes pueblos de la antigüedad y, en concreto, la supervivencia de esta norma en la propia legislación decemviral para el supuesto más grave de lesiones corporales: el *membrum ruptum*.

Junto a la idea de venganza vemos que-Gioffredi<sup>25</sup>- el pleno valor social que en el ambiente más antiguo tiene el hecho sacral, el estado de "sacertà" y la pena sacral utilizados en casos de delitos políticos de particular gravedad, junto a otros, como la traición militar, que derivan del poder de mando de los jefes militares, esa conciencia religiosa, común a los pueblos de la antigüedad, de la necesidad de expiación del daño ante el dios particularmente ofendido, constituye un precedente inmediato de un principio informador del Derecho Penal de la época clásica, el de la función preventiva del orden social, que, junto a la función aflictiva o retributiva de la pena (originada a su vez en las ideas de venganza) constituyen los dos pilares sobre los

---

<sup>25</sup>Gioffredi. Sulla concezione romana della pena. op. cit., p. 334. I Principii del Diritto Penale Romano. Torino, 1970. p. 41 ss.

que se asienta el Derecho Penal de la Roma Clásica.

El Derecho Penal Público, que está imbuido de principios religiosos en una primera época, luego, en época clásica, pero sobre todo en el Bajo Imperio, será especialmente sensible a una función preventiva del orden social; así aparece el concepto de pública disciplina, bajo una concepción militar de la Comunidad política, con el resultado de un agravamiento de muchas penas por encima de la ecuación meramente retributiva, por virtud de la cual, la importancia de la pena se correspondería sóloamente con la gravedad del delito cometido.

No obstante, la *causa poenalis* básica de una pena responde siempre a una función aflictiva de un castigo para retribuir o compensar a la víctima de un ilícito<sup>26</sup>. Pero es evidente que esta función se apreció desde siempre con mayor nitidez en el delito privado que en el crimen público.

Ferrini nos refiere un texto de Lucrecio (5, 1147 seg.) en el que, al hablar de la función de la pena en la Comunidad política, indica como la venganza sería sacada a los particulares para ser regulada por leyes y administrada por aquella a fin de eliminar los tristes efectos de la violencia, lo que, añade Ferrini, se corresponde a la verdad histórica y al sentimiento romano<sup>27</sup>.

Mommsen<sup>28</sup> vió el Derecho Penal privado desprovisto de

---

<sup>26</sup>T. Mommsen op. cit. II. p. 1 veía en la expiación del delito por la imposición de la correspondiente pena un principio común conformador de una unidad en el Derecho Penal Romano.

<sup>27</sup>Ferrini. Diritto Penale Romano. Ristampa ed. anastatica. Roma, 1976. p. 10.

<sup>28</sup>T. Mommsen. III. op. cit., p. 239.

todo fundamento religioso y reposando en su totalidad en la idea de la venganza, es decir en el ejercicio de la justicia privada por el mal causado. También Ferrini<sup>29</sup> indica, en éste mismo sentido, como "no se puede dudar (respecto al delito privado) que venga castigado principalmente para causar una compensación y una satisfacción al ofendido". A este respecto recoge el frágmento de P. Sent. 5,1<sup>a</sup>,6, donde se distinguen los objetivos inmediatos de la pena privada y de la pena pública:

Quod illicite publice privatimque exactum est cum altero tanto passis iniuriam exsolvitur; per vim extortum, cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur, alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulatpublicae disciplinae postulat.

El mismo autor, en P. Sent. 5,4,15, para explicar como algunos casos más graves de iniuria vienen castigados no sólo por la acción penal privada correspondiente, sino también por la *cognitio extra ordinem*, a la pena de la deportación, establece:

...interest enim publicae disciplinae opinionem uniuscuiusque a turpis carminis infamia vindicare.

---

<sup>29</sup>Ferrini. op. cit., p. 11-12.

4) La poena privata al tiempo de las XII Tablas: composición o sustitutivo de la venganza.

En las XII Tablas<sup>30</sup> aparece claramente la función vindicativa, esto es de satisfacción retributiva que preside el Derecho Penal privado. En dicha legislación, en los comienzos de la República, se evidencia el tránsito de una fase anterior en la que la comunidad intervendría simplemente para ordenar o limitar el recurso a la autodefensa privada, pero por eso mismo a legitimarlo, y una nueva fase en la que se reglamenta la composición económica que ha de pagar el ofensor y por la que el ofendido ha de conformarse dándose por satisfecho (poena). Dicho de otro modo, la legislación decemviral manifiesta en su regulación, tal y como nos ha llegado de las escasas fuentes conocidas, un tránsito entre un sistema de composición voluntaria, aún cuando los primitivos poderes públicos ya desplegasen diversas medidas indirectas de presión para conseguirla, y el sistema de composición legal<sup>31</sup>, en el sentido de impuesto ex lege y aducible ante el magistrado, mediante la correspondiente legis actio. Así, vemos que el ejercicio de la venganza, eso sí

---

<sup>30</sup>Sobre el Derecho penal contenido en las XII Tablas, A. Ortega. De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas.. op. cit.

<sup>31</sup>F. De Visscher. Il sistema romano della nossalità. IURA. 7. 1960. p. 1 ss.; Les origines de la obligation "ex delicto". Rev. Historique de Droit Français et Etranger. VIII, 1928, p. 335 ss. Utilizamos una terminología acuñada por el autor que citamos. Por sistema de composición legal ha de entenderse aquel en el que la ley fija el importe de una suma en la que, caso de ser ofrecida por el ofensor, el ofendido ha de aceptarla y no ejercer la venganza fáctica. Se une a ello un deber por las partes de intentar al menos la composición.

limitada al Tali3n y salvo pacto en contrario (composici3n voluntaria), permanece abierto en el caso de una lesi3n f3sica a otro, cuando haya causado a la v3ctima una mutilaci3n (*membrum ruptus*):

Si *membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto*<sup>32</sup>.

Tambi3n en caso de lesi3n en el patrimonio de otro consistente en la sustracci3n de una cosa mueble, si el ladr3n es detenido en flagrante delito (*furtum manifestum*), la ley determinaba<sup>33</sup> "*ex ceteris... manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset*"... (Gell. 11,18,8). Tambi3n, en el supuesto de receptaci3n del objeto robado cuando es hallado por el lesionado cumpli3ndose determinados requisitos simb3licos (*furtum licio et lance conceptums*), siempre que "*proinde ac si manifesta forent*", ya que entonces, "*vindicaverunt*"<sup>34</sup>. De esta forma, al establecer la *addictio* o entrega del ladr3n al robado para que disponga de 3l, pudiendo incluso venderlo como esclavo (si es hombre libre porque si es esclavo era tambi3n azotado y adem3s precipitado desde la roca Tarpeya), vemos que la ley reconoce a3n la legitimidad de una reacci3n personal vengativa, condici3n por lo dem3s comparable a la del deudor que ha sufrido, hasta sus 3ltimas

---

<sup>32</sup>Tabla VIII, 2. FONTES IURIS ROMANI ANTIQUI. I. op. cit. p. 29. FONTES IURIS ROMANI ANTEJUSTINIANI. I. Riccobono. Firenze. 1968. p. 53

<sup>33</sup>Tabla VIII, 14. Cfr. Gai. 3,189. Gell. 20,1,7.

<sup>34</sup>Gell. 11,18,9.

consecuencias, el procedimiento ejecutivo de la manus iniectio<sup>35</sup>. Y esto se ve con mayor claridad si cabe, en el caso del ladrón nocturno (*fur nocturnus*) detenido en flagrante delito, o en el caso del ladrón que aún de día se defiende con armas<sup>36</sup>. En estos dos casos la ley permite que el robado dé muerte en el acto al ladrón sorprendido en tales circunstancias, es decir, hurto nocturno, o que el ladrón se defiende con armas, pero siempre que estén presentes para testificar que se cumplen todas las circunstancias del caso los vecinos de la víctima que acudan a los gritos del robado<sup>37</sup>.

La Ley de las XII Tablas recoge en estos supuestos de *furtum manifestum*, así como de hurto nocturno y cuando el ladrón se defiende con armas, la venganza personal como forma de reacción ante el ilícito, y que se instrumentalizaba desde antes a través de una manus iniectio primitiva<sup>38</sup> como procedimiento de

---

<sup>35</sup>M. Talamanca. *Obbligazioni.* E. d D. XXIX. p. 14 n. 88, señala al respecto que "bisogna, d'altra parte, avvertire che, sempre allo stato delle fonti, non risulta se fosse previsto uno specifico mezzo giudiziario, sempre all'epoca delle XII Tavole, per far valere l'immediata suggestione alla vendetta (come nel *furtum manifestum* e, mancando la *pactio*, nel *membrum ruptum*), e se esso diffirisse, dunque, da una primitiva ed indifferenziata *manus iniectio*, alle quale si richiama molte delle ipotesi sull'origine dell'*obligatio*".

<sup>36</sup>Tabla VIII, 12 y 13. *FONTES BRUNS.* op. cit. p. 31. *FONTES RICCOBONO.* op. cit. p. 57 y 58. Cfr. Gell., 8,1 ind.; 20,1,7; 11,18,6,7; Cicerón, pro Tullio 20,47; 21, 50; pro Milone 3,9 Festo, P. 402; D. 47,2,55,2 (Gai. 13 ed. prov.); D. 9,2,4,1 (Gai. 7 ed. prov.); Coll. 7,3,2 (Ulp. ad ed.).

<sup>37</sup>D. 9,2,4,1. (Gai. ad ed.)

<sup>38</sup>En el contexto de la manus iniectio primitiva surgiría la intervención de un tercero, *vindex*, ya sea el *dominus*, el *paterfamilias* u otra persona normalmente dotada de un ascendiente especial sobre el reo. Se origina una relación personal y duradera entre el tercero y el lesionado que en su duración y en el compromiso que asume el tercero de satisfacer una compensación (continúa...)



ejecución del culpable del delito que queda así sometido a la voluntad de la víctima (*addictio*). Como mucho, se trata de una venganza reglada realizada ante el pueblo reunido al efecto y con arreglo a unas garantías mínimas establecidas por la ley: así el llamamiento a los vecinos para que reunidos decidan, o al menos testifiquen, si se han cumplido las circunstancias para que la víctima pueda dar muerte al ladrón y la intervención del magistrado en caso del *furtum manifestum* para que pueda tener lugar la *addictio* del culpable.

Ahora bien, junto a lo visto anteriormente, en D. 2,14,7,14 (Ulp. 4 ed.) se señala que "*de furto pacisci lex <XII Tab.> permittit*<sup>39</sup>". Es, como se vió arriba respecto al *membrum ruptum*, el sistema de composición voluntaria que aparece en el marco de una función ordenadora de la venganza propia de los primeros estadios del Derecho penal privado, y que es recogido por las XII Tablas como una evidente supervivencia de una época anterior que, sin embargo, va a cristalizar en uno de los principios básicos del Derecho penal privado romano que viene determinado porque la iniciativa en la represión penal del delito privado corresponde en principio sólo al propio ofendido (así el

---

<sup>38</sup>(...continuación)  
a la víctima supone para Betti, como veremos, el origen de la *obligatio romana*, al menos en sus primeras formas.

<sup>39</sup>El texto de Ulpiano en el que comenta el Edicto del Pretor defiende la posibilidad de pactos respecto a asuntos que no causen perjuicio público sino que afecten al propio patrimonio del interesado como es el de hurto. En cualquier caso aunque hubiese silencio en las fuentes respecto al hurto no debemos olvidar que la ley del Talión en el supuesto de *membrum ruptum* establece "*ni cum eo pacit*", y que, en definitiva, para los delitos privados siempre cabría que el ofendido no reaccionase con la venganza simple (y más tarde con el ejercicio de la acción correspondiente) sino que, por una composición amistosa, se diese por satisfecho.

corolario de la originaria intransmisibilidad hereditaria activa de la *actio poenalis* privada) con la consecuencia inmediata de que, al quedar este aspecto en la esfera de la autonomía de los particulares, siempre cabe la posibilidad de un acuerdo entre ofendido y ofensor que compense al primero y evite el ejercicio de la acción penal.

Pero en las XII Tablas está ya presente el nuevo sistema de composición legal en los delitos menos graves entre particulares. Así, para el delito de lesiones cuando la lesión corporal no llegue a causar mutilación, pero sí, la ruptura de algún hueso (*os fractum*) la ley fija una compensación que la víctima ha de aceptar como *poena* por el delito sufrido y que ha de satisfacer el culpable, consistente en 300 o 150 ases respectivamente:

"Manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subit sestertiorum"<sup>40</sup>.

Este mismo sentido de composición obligatoria aparece en el tercer supuesto de delito de lesiones, la *iniuria*, que comprende aquellas lesiones corporales de menor entidad:

Si *iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae*

---

<sup>40</sup>Tab. VIII, 3. FONTES. Bruns. p.29. FONTES. Riccobono. p. 53, 54.

sunto"<sup>41</sup>

Así pues, como conclusión de lo que hemos dicho, se aprecia cómo en las XII Tablas, en el marco de la laicización del Derecho Penal y de la separación entre el ilícito penal público y el privado, se configura la *poena privata* como una suma pecuniaria determinada por la ley, de forma fija o en proporción del daño, que cumple una función básica de satisfacción para el lesionado por el mal sufrido<sup>42</sup>.

En esta satisfacción retributiva no puede negarse una verdadera función penal original, máxime cuando se supera la mera

---

<sup>41</sup>Tab. VIII,4. FONTES. Bruns. op. cit., p. 29 FONTES. Riccobono. op. cit., p. 52, 53. Cfr. sobre Tab. VIII, 3-4. Paul. de iniur.( Coll. 2,5,5); Gai. 3,223; Gai. 3,220; Gell. 20,1,32; Gell. 20,1,12; Gell. 16,10,8.

<sup>42</sup> No obstante con arreglo a lo que nos ha llegado de las fuentes respecto a las XII Tablas se plantea cuál es el sentido originario, en la propia legislación decemviral, que tuvo la *poena privata*. Según el estudio etimológico más arriba realizado parece que estamos más cerca del sentido de *poena* como compensación que sustituya a la venganza misma. De esta forma, como iremos viendo más adelante, lo entiende E. Betti. (Struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi. Milano, 1955) pero no así, otros autores que también han estudiado este tema en profundidad, como es el caso de G. Lavaggi (Iniuria e obligatio ex delicto. S.D.H.I. 13-14. 1947) o F. De Visscher (Les origines de l'obligation ex delicto... op. cit.), o también, P. Voci (Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico. Milano, 1939), La tesis que se adopte va a determinar, aunque en puridad no tendría por qué hacerlo, la concepción de la *actio poenalis* clásica en su estructura y función y a prefigurar toda la teoría de la *obligatio ex delicto*. Aquí consideramos la ponderada opinión de Kaser (Recensión a la obra citada de Lavaggi en *IURA*, I, 1950) para el que la *poena* tal y como aparece en las XII Tablas es, al mismo tiempo, sanción penal que cumple una función penal y compensación por el daño causado. En este sentido Arangio Ruiz (Istituzioni di diritto privato romano. Napoli, 1968. p. 364) indica que la pena pecuniaria es para el ofensor una expiación y para el ofendido el apagamiento de una venganza: su presupuesto es la ofensa hecha a la víctima y no ya el desequilibrio patrimonial; así ese desequilibrio viene respetado por otros medios.

fase de composición voluntaria y legal para contemplarse la poena como el contenido de la sanción directamente impuesta por la ley que da la correspondiente acción para hacerla valer. Lo que es indudable es que la estructura original de la actio poenalis responde a unos caracteres específicamente penales que la diferencia de las acciones reipersecutorias. Pero también hay que reconocer el sentido de poena privada como objeto de una prestación que en un primer momento- antes de las XII Tablas- tendría lugar siempre por acuerdo: aspecto patrimonial privado que a la postre a partir del Derecho clásico acabará por prevalecer.

En definitiva, vemos la configuración de la poena privada como una sanción, cuyo contenido y función responde a la idea de hacer efectivo el derecho de la venganza del ofendido, es decir, el originar la poena privada, en último término, en dicha venganza, lo cual, es esencial para la comprensión de los caracteres que integran la estructura de la actio poenalis, conforme al principio penal de la personalidad de la pena como sanción jurídica a un ilícito de esa naturaleza y para entrar en el tema central de cuál es la función que realmente desempeñó en el Ordenamiento jurídico romano en la época clásica<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup>Marchi. Le definizioni romane dell'obbligazione. B.I.D.R. 29, 1916; De Visscher. Les origines de l'obligation ex delicto. op. cit. Lavaggi. Iniuria e obligatio ex delicto. op. cit.; T. Mommsen. Droit Pénal. op. cit.; C. Ferrini. op. cit. p. 10 ss.; P. F. Girard. Manuel Elémentaire de Droit Romain<sup>6</sup>. Paris, 1918. p. 401 ss) realiza un sintético pero profundo estudio del tema en el que distingue, respecto al proceso de formación de la poena, dos momentos: al principio estaría más cerca de la idea de composición o pacto destinado a evitar la venganza física; luego, al fijar la ley el importe de la poena que corresponde al ilícito penal cometido, estamos entonces más ante una función penal. Como bibliografía citamos también a P. de Francisci. (continúa...)

No obstante, frente a esta concepción general en la doctrina romanista, que seguimos, y que ve en la poena privata, originalmente, en su función penal retributiva, como un subogado material de la venganza, en el sentido de que en el fondo instrumentaliza una forma de venganza o castigo para el delincuente, autores como Luzzatto y De Robertis, por un lado, y Betti por otro, divergen de ese enfoque, en un intento, que en el fondo es común a ambos-Luzzatto y Betti- de hallar una separación entre la visión estrictamente vindicativa de la reacción primitiva al ilícito y la configuración jurídica diferenciada de aquella idea, que desde el primer momento tendría la noción de poena privata. La cuestión es especialmente interesante, como veremos, respecto a la tesis de Betti. Piénsese sólo a modo de sugerencia que desde una perspectiva estrictamente penalista de la poena privata es decir ligada a una función de subrogado de la venganza- Lavaggi<sup>44</sup> Voci<sup>45</sup> - ésta cumplirá en el Derecho clásico una función que en nuestros ordenamientos modernos sería también penal, así las sanciones en forma de multas previstas en el Código Penal español; por el contrario a

---

<sup>43</sup>(...continuación)  
Storia del Diritto romano. I, Roma, 1926, p. 296 ss.; G. Grosso. Lezioni di Storia del Diritto romano. Torino, 1965, p. 150-151; E. Costa. Storia del Diritto romano. Delle origini alle compilazione giustinianee. 1911. p. 307 ss.; V. Arangio Ruiz. Istituzioni... op. cit. p. 366 ss.; A. Burdese. Manuale di Diritto ... op. cit. p. 514; M. Kaser. Das römische Privatrecht. I<sup>2</sup> München, 1971, p. 610. Cfr. sobre el tema Blanch Nougés, (Juan Manuel). Observaciones acerca de la poena privata. Rev. Fac. Der. Univ. Comp. Madrid. 74.

<sup>44</sup>Lavaggi. Iniuria e obligatio ex delicto. op. cit. p. 145 ss.

<sup>45</sup>Voci. Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico. Milano 1939.

tenor de la concepción que Betti tiene de la poena privata no como subrogado en que se materializa la venganza primitiva sino, ab origine, como sustitución de la misma, y que, como veremos, nos lleva a una concepción de la poena privata de origen penal pero enmarcada en el mundo de la composición civil, se sugiere ya una función de aquella en el Derecho Clásico que se acerca a lo que en nuestro Derecho se configura como la responsabilidad civil por daños y perjuicios.

De Robertis expone su tesis en su artículo "La funzione de la pena nel diritto romano"<sup>46</sup> en el que recogiendo la concepción de Luzzatto sobre este tema, sostiene que la poena privata como institución jurídica nace en una época precívica y aparece bajo la noción de la noxae deditio como auténtica obligación a cargo de la gens<sup>47</sup> del ofensor, y que es paralela

---

<sup>46</sup>Studi Solazzi. op. cit., p. 169 ss.

<sup>47</sup>La preexistencia de las gentes como organismos sociales o políticos con anterioridad a la civitas ha sido un tema controvertido por la doctrina. Bonfante (Storia del Diritto romano. I, Milano, 1959, p. 70 ss.) subraya el aspecto político de las gentes como premisa de su teoría política de la familia que tanta importancia tiene en el campo del Derecho de sucesiones:..."noi riteniamo che le gens non sia altro che il nucleo politico precedente la civitas"...P. Frezza [Le forme federative e la struttura di rapporti internazionali nell'antico diritto romano (S.D.H.I. IV, p. 364 ss.), V, (p. 16 ss.) 1938 y 1939] subraya un aspecto de tipo internacional en las relaciones entre las gentes, lo que tiene una especial importancia a la hora de enfocar la noxae deditio que realiza una gente de la persona del delincuente a la del ofendido como un instrumento establecido recíprocamente, por acuerdos de tipo internacional, para concretar la responsabilidad penal solidaria de la gens del ofensor en la persona de éste, mediante su entrega a la otra gens. La base de las gentes- Frezza. p. 367- está instituída por la autonomía religiosa y luego la civitas repite en parte esa autonomía religiosa. De Martino [La gens, lo Stato e le classi in Roma Antica, en Diritto e Società nell'antica Roma, Biblioteca di Storia antica, 6. Roma, 1979.] ve la historia de las gentes desde el aspecto de las clases sociales y la formación del Estado. En opinión de De Martino la gens sería una comunidad de  
(continúa...)

a la consecratio capitis, esto es, la entrega del culpable de un crimen que atenta contra la misma, es decir contra los miembros de la gens en su conjunto, al dios gentilicio particularmente ofendido. Ha de rechazarse-De Robertis- la construcción abstracta, privada de cualquier fundamento histórico, que

---

<sup>47</sup>(...continuación)

naturaleza "doméstico- económica", pero la formación de una masa de clientes la transformó en un grupo político, apareciendo entonces el fenómeno de la división de clases. P. De Francisci (Storia del Diritto romano op. cit. p. 110) ve el fundamento de las gentes en el condominio de un grupo de vecinos en un mismo territorio, y no cree que el fundamento de las mismas esté en lazos parentales.

Por el contrario la tesis gentilicia es rechazada por V. Arangio Ruiz [Le genti e la città. (Scritti Arangio Ruiz, I, Napoli, 1914, p. 521 ss.) que ve en ellas una forma de organización familiar y estamental que se desarrolla en el seno de la civitas.

Sin embargo consideramos que debe mantenerse la tesis gentilicia para lo que seguimos el trabajo dirigido por G. Franciosi (Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana a cura di G. Franciosi. I, Napoli, 1984; II, Napoli, 1988), en el que, de acuerdo con los datos ofrecidos actualmente por la arqueología y el estudio de las fuentes literarias y jurídicas disponibles en la actualidad, concluye en la preexistencia en el tiempo de gentes a la formación de la civitas en la región del Lacio, como uniones políticas de personas pertenecientes a un mismo pueblo o grupo étnico que se desarrollan en pequeños poblados al amparo de un primitivo ordenamiento jurídico-religioso y asentados en territorios comunales.

De acuerdo con ello la cuestión de si las gentes son organizaciones políticas o sociales tendría por respuesta el doble plano en que se contempla el fenómeno gentilicio: En sí mismas consideradas como las entidades precívicas existentes antes de Roma tendrían una configuración al menos mínimamente política, como se deduce de asociaciones de individuos relativamente numerosos que comparten la propiedad de un mismo territorio, pero en el aspecto dinámico de la formación de la civitas su papel se diluye en su absorción por ésta en su estructura social, aunque, sin embargo, no deja de influir en esta estructura y en la constitución política de la civitas (por ejemplo piénsese en el Senado en principio patricio). En este sentido vemos- Franciosi- como los gentilicios de los ciudadanos romanos aluden a características o cualidades personales- así rubio, blanco, etc...- y no a grupos nacionales, étnicos o de ámbito territorial. Las gentes, absorbidas en el seno de la primitiva civitas tendrían pues una base más parental que política. Cfr. P. Fuenteseca. Historia del Derecho romano. Madrid, 1987, p. 34 ss..

determina en el origen y razón de ser de la pena la necesidad de la venganza propia de la naturaleza humana. Establece, por el contrario, como se ha llegado a la concepción actual de la pena a través de un proceso evolutivo mucho más complejo, en el cual, la pena, instituto jurídico, prescinde por completo del "fatto della vendetta".

El pensamiento de De Robertis, al igual que Luzzatto, parte de la idea de que el ilícito en una época precívica, para que pueda ser fuente de una relación jurídica en el sentido de que se origine un deber que de alguna manera, por algún medio, sea jurídicamente exigible, ha de mediar una situación de independencia entre ofendido y ofensor ya que si ambos forman parte de una misma familia o gens la regla vendrá dada por el castigo doméstico por parte de quien ostente la jefatura de aquellas. Por lo tanto un ilícito entre individuos de distintas *gentes* comportaría o bien la violencia de la venganza, más o menos discriminada, o la necesidad de un arreglo fundado en principios comunes a un Ordenamiento intergentilicio, o en convenios inter gentes que pasarían por la necesaria entrega o puesta a disposición ritual (*noxae deditio*), por la que, la gens del ofensor entrega a la gens del ofendido al culpable material de un acto considerado delictivo, y esa entrega asumiría la función de la pena en el sentido jurídico en virtud de unos principios comunes de la sociedad intergentilicia. En realidad es la tesis de Luzzatto<sup>48</sup>, y en en este contexto, la poena sería

---

<sup>48</sup>G. I. Luzzatto. Per un'ipotesi sulle origini... op. cit. enmarca el tema en la problemática de la *obligatio ex delicto*. Así Luzzatto será, como veremos, el último gran defensor de la prioridad del delito sobre el contrato en el origen de la (continúa...)



el precio de rescate que la propia gens del ofensor tendría que pagar a la otra para recuperar o incluso no llegar a entregar al culpable.

Luzzatto a través del análisis de la responsabilidad penal en los pueblos de la antigüedad, comparando unos principios de Derecho penal que se dan también entre los pueblos itálicos y, en general, de la antigüedad, establece el paralelismo entre la *consecratio capitis* o consagración del cuerpo del culpable de un crimen contra la comunidad al dios ofendido y la entrega noxal (*noxae deditio*) del autor del daño miembro de una gens a la gens del ofendido para así evitar la venganza de la comunidad ofendida<sup>48</sup>, la cual está legitimada por la religión cuyas normas, por la ofensa, aquí como allá, fueron violadas. Se trata por tanto-Luzzatto- de una misma concepción que se origina por un único e idéntico principio informador, y que sólo se

---

<sup>48</sup>(...continuación)

*obligatio*. Luzzatto centra su estudio en la sociedad precívica del Lacio que al igual de lo que ocurre en otros pueblos no se concibe como un conglomerado de pueblos que luchan constantemente entre sí, sino que están vertebrados por unos lazos parentales- una misma estirpe- religiosos y jurídicos en torno a los cuales se vertebra una convivencia pacífica no fundada en principios de Derecho internacional intergentilicio sino en unos principios jurídicos comunmente aceptados por las gentes como Derecho natural.

<sup>49</sup>Según esto resulta un acuerdo intergentilicio. E. Betti (*Struttura...* op. cit. p. 105 ss.) critica esta concepción que tiene Luzzatto de la *noxae deditio*. Según E. Betti el sentido de la *noxae deditio* precívica sería más bien el de individualizar la responsabilidad penal en el individuo de la gens que cometió el ilícito penal contra otro individuo perteneciente a otra gens. Añadimos nosotros que desde una consideración sociológica esta perspectiva nos resulta más próxima al hecho de la venganza: ante la inminencia de la misma se trata de individualizar la responsabilidad penal en la persona del culpable. Este sería el origen del principio básico del Derecho penal romano que es el de personalidad de la pena con la consecuencia, fundamental para nosotros, de explicar el principio del *ius civile* de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

diferencia prácticamente en función de la diversa identidad del ofendido, es decir, ya sea la propia gens como comunidad o un individuo en particular de la misma.

Los planteamientos de Luzzatto nos ofrecen importantes motivos de reflexión en lo que refiere al Derecho Penal romano. Así, se estudia como uno de los caracteres de la acciones poenales en el Derecho clásico el de la noxalidad, por medio de la cual el paterfamilias o dominus puede liberarse de la responsabilidad penal que le corresponde en el caso de delicta cometidos por los filiifamilias, o por sus esclavos, por medio de la entrega del filius o esclavo delincuente a la víctima de su delito. La noxalidad de las acciones penales se presenta para la mayoría de los autores que han estudiado en profundidad este carácter de las mismas<sup>50</sup> como una supervivencia en el Derecho

---

<sup>50</sup>P. F. Girard. Les "acciones noxales". N.R.H. du D. F. et E. 1887 y 1888; J. C. Naber. Ad noxales actiones. Mnemosyne. N. S., 1902. vol. 30. p. 169 ss. Melanges Gerardin. 1907; G. Beseler. Romanistische Studien. Z.S.S., 1926, cap. Noxal-klagen. p. 104-125; B. Biondi. Le "Actiones noxales" nel Diritto Romano classico. An. del Sem. Giur. della U. di Palermo. 1925; Problemi ed ipotesi in tema di acciones noxales. B.I.D.R., 36, 1928; Recensión a De Visscher: Sistema della nossalità ed azioni nossali. B.I.D.R., 53-54, 1948. p. 404-416; Noxa N.N.D.I. vol XI, p. 449-450. Precisamente Biondi sigue una postura distinta a la general de casi el resto de la doctrina aquí citada respecto a la naturaleza del carácter noxal de la acciones penales privadas en el Derecho clásico. La cuestión es la siguiente: el esclavo o el filiusfamilias es sometido a entrega noxal sólo en virtud de un principio de responsabilidad penal, ni más ni menos que en la noxae deditio intergentilicia, o, en virtud de las fuentes, puede afirmarse que el esclavo llega a tener en el Derecho clásico una capacidad para obligarse civiliter ex delicto -se cita D. 44,7,14- que se apoya en su responsabilidad penal y que tiene por objeto una poena sustitutiva de la venganza. Biondi sigue esta segunda opinión y añade que como los esclavos no pueden obligarse patrimonialmente (los filiifamilias sí pero no pueden ser demandados en la actio poenalis mientras esté sometido a la potestas) y, por ello, no pueden pagar la poena, es el dominus el que ha de obligarse servi domine mientras dure el estado de sujeción.

(continúa...)

Clásico de lo que era el Derecho Penal en tiempos de la sociedad intergentilicia. Para nosotros la concepción de Luzzatto nos acerca a un problema que está precisamente en el centro de los estudios realizados respecto a la noxalidad de la acciones penales: la distinción entre la noción de responsabilidad penal y la de sujeto obligado en virtud de una obligatio ex delicto. En el Derecho clásico puede ocurrir que la reponsabilidad penal

---

<sup>50</sup>(...continuación)

Citamos también a F. De Visscher. Le Régime romain de la Noxalité. 1947. Il sistema romano della nossalitä. IURA, 1960; a Sargenti. La responsabilitá nossale in diritto romano. St. Pav. 1949. p. 59-135; Limiti, fondamento e natura della responsabilitá nossale in diritto romano, ibidem 1950, p. 105-152; 1951, p. 239-270; Recensión a De Visscher: Le Régime romain de la Noxalité. IURA, 1950, p. 553-580; Osservazioni sulla responsabilitá dell "exercitor navis" in Diritto romano. St. Albertario I. 1953. Recensión a Falchi: Riflessioni sui problemi della responsabilitá nossale. Labeo, 23, 1977, p. 323-343. Sargenti ha seguido también posturas contrarias a las de la generalidad de la doctrina que establece una línea de continuidad, por lo menos como precedente, entre el régimen de la noxae deditio intergentilicia, la cual-Sargenti- se situaría en un terreno fáctico, no jurídico, como instrumento para que la venganza por la ofensa se circunscriba al autor de la falta, (opinión esta última general por lo demás contraria a la seguida por Luzzatto y De Robertis) y el régimen clásico de la noxalidad, sino que dicho autor ve en el carácter noxal de las acciones penales privadas en el Derecho clásico la existencia de una responsabilidad primaria y autónoma del titular de un poder jurídico sobre el delincuente que se manifiesta en el abandono del culpable, y con un valor liberatorio del pater o dominus, con idéntica función que el pago de la litis aestimatio. Cfr. G. Pugliese Appunti in tema di azioni nossali. Scritti Carnelutti II, p. 115-156; Obbligazioni del capo di famiglia e responsabilitá diretta del colpevole nel regime della nossalitä. St. Albertario I, p. 235-276; M. Kaser Der Inhalt der patria potestas. Z.S.S., 1938, p. 62 ss.; Das altrömische Ius. op. cit. p. 225-232 ; Zur altrömischen Hausgewalt. Z.S.S. 1950. p. 447 ss.; Recensión a D. Daube: Forms of Roman Legislation y The Defense of Superior Orders in Roman Law. Z.S.S., 1957, p. 425 ss.; Noxae dedere oder noxae dare. Z.S.S. 1970, p. 445-446; Das Römische Privatrecht I, II. München, 1971. Das Römische Zivilprozessrecht..... 1966. Cfr. especialmente, T. Gimenez-Candela. El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal. Pamplona, 1981, de donde se toma la bibliografía citada, y donde se hace un examen de la generalidad de las posiciones doctrinales sobre este tema.

recaiga en el esclavo o filius sujeto a potestad cuando es entregado noxalmente por su dueño o paterfamilias para satisfacción del ofendido<sup>51</sup>, mientras que obligado, a través del oportere que figura en la fórmula correspondiente, tal y como destacó en especial Pugliese<sup>52</sup>, es el paterfamilias o dominus. También en la sociedad intergentilicia la noxae deditio constituía una obligación que, aunque no desde luego conformada como la obligatio clásica, pero que en virtud de los principios informadores de la religión y el Derecho de la época precívica, vincularía -tesis de Perozzi sobre el origen de la obligatio clásica- a una gens frente a otra a seguir un determinado comportamiento. Mientras, la responsabilidad penal recaía sobre el cuerpo de la persona entregada al grupo ofendido<sup>53</sup>.

Hasta aquí la época precívica, sin embargo para el propio De Robertis la aparición de la civitas romana, superadora por absorción de la estructura social intergentilicia, va a conducir hacia una configuración de la poena de carácter

---

<sup>51</sup>noxa caput sequitur. Cfr. Gai. 4,77.

<sup>52</sup>Pugliese. Obbligazioni del capo di famiglia..., op. cit. p. 248.

<sup>53</sup>La tesis mayoritaria, a partir de De Visscher, que ve en la venganza el contenido y función de la poena privata que aparece en la legislación decenviral entiende el significado de la noxae deditio gentilicia de otro modo: se trata de un cauce jurídico más que de un instrumento sustantivo por el que el autor del ilícito es entregado por su propia gens a la de la víctima. La naturaleza de esta figura sería pues más instrumental ya que se persigue la individualización de la responsabilidad penal, esto es, que la venganza no recaiga indiscriminada sobre todo el grupo del ofensor. La consecuencia que se deriva de esta concepción es muy importante: se trataría de la materialización, en el seno de la sociedad intergentilicia o tribal del estadio jurídico inmediatamente anterior a la consolidación en el Derecho de la civitas, del principio de personalidad de la pena.

aflictivo por el ilícito cometido<sup>54</sup> ya que individuos pertenecientes a distintas gentes formaban parte ahora de una misma comunidad, esto es de la civitas dotada de un Ordenamiento jurídico propio y de unos magistrados investidos de imperium para hacerlo cumplir, y la relación originada por el ilícito entre particulares de una misma comunidad ya no quedaría dentro de la esfera de una autoridad doméstica o familiar, sino que dicha relación habría de ser regulada por la comunidad ciudadana de acuerdo con su Derecho y de la función jurisdiccional de sus magistrados.

Sin embargo esa incipiente forma de Estado que era la civitas soberana dejó los delitos entre particulares, salvo los más graves como el homicidio voluntario, al ámbito de la autonomía de los particulares, y sólo se preocupó-De Robertis-de realizar una función ordenadora de la venganza mediante la imposición de reglas como el Talión y la recepción y apoyo a un sistema de composición voluntaria entre la víctima y el ofensor. Este pensamiento arcaico se recoge como supervivencia histórica en la legislación decemviral que por otra parte como se vió constituye, desde el punto de vista del Derecho penal, el punto de inflexión entre dos concepciones diferentes.

Precisamente con la imposición, tal y como se recoge en las XII Tablas, de penas fijadas por la Ley para los delitos menores entre los particulares, se limita la autonomía de los mismos en esta esfera y la función del Derecho Penal en ésta materia deja de ser meramente ordenadora de la venganza aflictiva, ordenación en la cual la poena, como compensación

---

<sup>54</sup>op. cit., p. 174.

voluntaria del daño ocasionado, sólo de modo colateral proporcionaba satisfacción al ofendido. Con arreglo a la nueva concepción-De Robertis- terminó por confundirse la pena con aquella función colateral para cumplir especialmente en el ámbito del Derecho Penal privado una función retributiva, de satisfacción del ofendido o su grupo, que es paralela a la función que primordialmente va adquiriendo la pena en el Derecho Penal Público en el periodo clásico, esto es de una función preventiva del Orden social.

El autor, para mayor abundamiento de su tesis, pone de relieve como en época avanzada las penas del *ordo iudiciorum* se nos presentan fijas y no susceptibles de modificaciones de acuerdo con la gravedad del delito, con lo que se aprecia la insuficiencia de la idea de retribución de la *poena privata* que arrastra un origen en el que cumplió una función sustitutiva de la venganza aún cuando la cuantía de la composición voluntaria fuese insuficiente.

Gioffredi<sup>55</sup> rechaza en su conjunto la construcción de De Robertis e indica como interfiere en la *noxae deditio* el problema de la composición legal: así el que tiene la potestad sobre el reo puede plegarse a la regla, bien pronto devenida en costumbre, y acordar la composición, pero puede también negarse a hacerlo y consignar al culpable a la parte lesionada. Así, ya sea por la entrega del culpable autor del daño del cual puede la víctima servirse de su trabajo para resarcirse, o, de la composición pecuniaria, en todo caso, hay una función de satisfacción que, aunque la sustituye, es heredera de la idea de

---

<sup>55</sup>Sulla Concezione... op. cit., p. 334.

la venganza. Además, añade, la venganza en ése estadio jurídico no se configura como un mero hecho sino que aparece, al menos desde la época regia, como una institución jurídica reglamentada en la que domina el principio jurídico de la proporcionalidad con la entidad de la lesión que se castiga.

Por otro lado, Betti, desde postulados dogmáticos diametralmente opuestos al historicismo de Luzzatto, también se opone a la tesis común que configura la poena privata, en su origen, en una función penal como subrogado de la venganza. Para Betti<sup>56</sup>, dentro de su tesis sobre el origen de la obligatio clásica, ha de distinguirse, por un lado, el derecho de venganza como derecho de autodefensa legítima en el que la vindicta aparece como una primitiva función penal caracterizada por el poder de disposición que tiene el ofendido sobre el ofensor y, por otro lado, la composición pecuniaria, en el sentido que, para Betti, es el propiamente técnico jurídico y que aparece como algo distinto, como el sustitutivo de la venganza, como una suma de dinero que cumple una función específica diferente a la función penal propia de la acción vindicativa y que queda dentro de la esfera, no estrictamente resarcitoria, pero sí reparatoria o indemnizatoria en general de los daños ocasionados por el delito. En definitiva, para Betti se da en la poena una doble naturaleza: la penal de la actio poenalis, por los caracteres de la misma derivados de su origen, y, por otra parte, el carácter civil de la obligatio ex delicto con la función reparatoria de la poena privata.

Por último, para terminar este tema, hacemos referencia

---

<sup>56</sup>Struttura... op. cit. p. 184 ss.

al artículo que con el título "Noxae et vindicta" publicó De Visscher en Studi Bonfante<sup>57</sup> el mismo año en que publicó su fundamental artículo "Les origines de la obligatio ex delicto", es decir 1928. Este dato tiene a nuestro juicio importancia porque revela un carácter forzosamente complementario de una obra trascendental y expresa una profunda intuición respecto a la insatisfacción que deja, no obstante ser su tesis, la idea de la identificación de la poena originaria con la función penal vindicativa.

De Visscher atiende a los términos utilizados en las XII Tablas para definir las penas impuestas, respectivamente, para el delito de lesiones corporales menores (poena) y para el *furtum nec manifestum* (*noxiam sarcire*), para sugerir un sentido más radicalmente vindicativo, en el sentido de castigo penal, ya desde esa época, en los delitos de lesiones personales, mientras que con la expresión *noxiam sarcire* ya se estaría dando a entender una concepción más orientada a una reparación, aún desde el Derecho Penal, del daño realizado. Esta sugerencia tendría su proyección en el Derecho clásico en materia de intransmisibilidad activa de la *actio poenalis*, es decir intransmisibilidad de la acción al heredero del actor por muerte de éste antes de la *litis contestatio* procesal, y dicho carácter se mantuvo sólo en los delitos que constituían un ultraje a la propia persona (los llamados por la Glosa medieval *vindictam spirantes*) mientras que desde finales de la República desaparecen para los delitos de contenido patrimonial.

---

<sup>57</sup>Noxae et vindicta. Studi Bonfante, III, 2, p. 233 ss.



5) Estructura y función de la actio poenalis privata en el Derecho romano clásico.

A) Estado de la cuestión..

Nuestra tesis gira en torno al tema que le da su título: la intransmisibilidad hereditaria de las acciones poenales. Ahora, este tema debe enmarcarse como uno de los exponentes que ponen de manifiesto el problema más amplio de la naturaleza y función de la actio poenalis en el Derecho romano clásico.

La actio poenalis cuyo objeto es la persecución de una poena privata pecuniaria participa en su propia naturaleza, es decir, en palabras de Voci<sup>58</sup>, en los caracteres que constituyen su estructura, de la idea de la venganza por el delito sufrido por un particular a manos de otro. No importa en este lugar que la concepción del modo de articularse esa idea nos lleve a una visión más penalística o más civilística de la actio poenalis en su naturaleza y función sino constatar que dicha actio poenalis se define en su aparición histórica como clase de acción diferente de la acción civil<sup>59</sup> (dirigida a la mera restauración del equilibrio patrimonial perdido tras la comisión de un ilícito) porque en ella se persigue un castigo, es decir, su ejercicio va a dar lugar a un efecto "desproporcionado" respecto de la lesión patrimonial injustamente sufrida por quien ejercita

---

<sup>58</sup> Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 5 ss.

<sup>59</sup> Utilizándose una terminología jurídica actual.

la acción, y que en esa reacción desproporcionada determinada por el Ordenamiento jurídico está presente, de una u otra forma, la idea primitiva y actual de la venganza.

Los caracteres que la doctrina romanista ha señalado como definidores y delimitadores de una acción de esta naturaleza son fundamentalmente<sup>60</sup>: la intransmisibilidad hereditaria pasiva y activa, la cumulatividad de la pena en caso de que sean varios los autores de un mismo delito, la concurrencia cumulativa con las acciones civiles reipersecutorias o resacitorias, la noxalidad para el caso de que el delito haya sido cometido por un esclavo o *filiusfamilias*<sup>61</sup>. Son caracteres comunes a las acciones penales, frente a las reipersecutorias, que revelan una estructura que se corresponde, ab origine, con una función penal. De ahí la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones

---

<sup>60</sup> C. Venturini. En Le pene private. Cap. I: Premessa romanistica. Collana della rivista "Responsabilità civile e previdenza". A cura di Busnelli y Scalfi. nº 6. Milano, 1985. Talamanca. Obbligazioni. E. d D. XIX, op. cit. p. 610. G. Pugliese. Istituzioni di diritto romano. Con la collaborazione di F. Sitzia y L. Vacca. Torino, 1991. p. 506 ss.

<sup>61</sup>Paradójicamente la nota de infamia, no puede calificarse como uno de los caracteres de las acciones penales privadas, aunque, a tenor de Gai. 4,182, se citen acciones penales cuya condena da lugar a dicha nota de infamia. El hecho es tanto más sorprendente cuando el texto antes citado nos muestra el carácter infamante de determinadas acciones no penales como es el caso, por ejemplo, de la *actio societatis* o de la *actio depositi*. Las acciones penales en general, de acuerdo con las fuentes, suponen, en caso de condena del reo, la nota de infamia, pero dicha nota o condición limitadora de la capacidad de obrar también resulta de otras acciones no penales. En este sentido nos dice Gai. 4,182, i.f., "...nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed eo quod prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item <pro> curatorio aut cognitatorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur".

Sobre este tema cfr. A. Fernández de Buján. Observaciones acerca de la ignominia e infamia en Derecho romano. Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Separata del volumen IV.

penales que se corresponde con el principio de la personalidad de la pena.

Pero junto a esa naturaleza penal que se aprecia en la *actio poenalis* se nos presenta el hecho de que el delito privado dé origen a una *obligatio ex delicto* (Gai. 1,88) cuyo objeto es la prestación del importe pecuniario de la poena y que puede ser pretendido por la víctima del delito a través de una acción penal especial pero que, al mismo tiempo, se sustancia por el procedimiento privado ordinario que se caracteriza, entre otras cosas, precisamente en que la condena ha de consistir en una suma de dinero<sup>62</sup>. Se aprecia pues un enfoque civilístico del tema.

---

<sup>62</sup>Paralela y subyacentemente a los cambios jurídicos se encuentran los cambios sociales. Esto es tan evidente que puede calificarse metodológicamente como un Tópico.

Señala A. Fernández de Buján (El precio como elemento comercial en la *emptio-venditio* romana, Madrid, 1984, p. 22-23, ver n. ed. y bibliografía allí cit.) que "por lo que se refiere a la primitiva comunidad romana, hay que decir que se configura como esencialmente agraria hasta el punto de que, según atestiguan los antiguos escritores (Plinio, *Historia naturalis*, XVII,40; Varro, *de re rustica*, II, 4,3) no se comprendía que un agricultor tuviese que comprar lo que su propiedad podía producir, y por otro lado toda la ganancia que no provenía de la tierra aparecía como indigna de un hombre libre (Cicerón, *de officiis* 1,42,151) por lo que parece que pueda afirmarse que, en estas circunstancias, los primeros intercambios de productos apenas derogan el principio de la economía doméstica cerrada, no afectando, pues, probablemente, más que a los excedentes de la producción familiar. Sin embargo, ya en tiempos de Numa, según dice la tradición, se sintió la necesidad de crear, para la división del trabajo, ciertas industrias que exigían una aptitud especial y un aprendizaje, y esta rudimentaria industria existente en época de Numa supondría un comercio que se desarrollaría progresivamente, a medida que el poder de Roma se acrecentaba".

En este contexto se comprende por qué los delitos entre particulares, especialmente los de contenido económico, dejan de ser puras ofensas personales que requieren de una expiación por un atentado dirigido, ante todo, al honor de quien lo sufre, lo que se correspondía con la mentalidad todavía existente en el siglo VI o VII a.C. en la Italia central. El trabajo de los historiadores nos enseña la existencia de sociedades todavía cerradas, patriarcales, dominadas por el valor de uso de la

(continúa...)

En este sentido para Betti<sup>63</sup> debe distinguirse la naturaleza penal de la *actio poenalis*, por las características que integran su estructura, de la construcción jurídica de la *obligatio ex delicto* como obligación que tiene por objeto una prestación de dar una *poena privata* que consiste-Betti- en una suma de dinero que cumple la función civil de reparación (no mero resarcimiento) del daño directa e indirectamente sufrido por la comisión de un ilícito. Esta configuración de la *poena privata* como institución de Derecho privado es admitida también por Voci<sup>64</sup>. Por su parte, Lavaggi<sup>65</sup>, desde una óptica muy diferente a la de Betti, viene implícitamente a admitir que, lo expresamos de modo simple, "algo no cuadra" si se mantiene la tesis generalmente sostenida del delito generador por ley, desde la época preclásica, de la *obligatio ex delicto*, con la correspondiente y específica *actio*

---

<sup>62</sup>(...continuación)

tierra en las que la actividad comercial es escasa si la comparamos con la de épocas posteriores, y a diferencia de lo que ya ocurría en Asia o en Grecia. El dinero como valor de cambio va a suponer una transformación de principios sociales y jurídicos. Surge una *civitas* de patricios pero, también, de plebeyos, comerciantes e industriales, y en el ámbito de esas transformaciones se desarrolla la idea de la *poena*, en su difícilmente separable función de venganza y/o composición, perfectamente en sintonía con la cultura griega de la Italia meridional. En este contexto las ofensas entre particulares tienden a resolverse "civilizadamente", esto es, en un ámbito patrimonial privado. Sobre la relación entre la realidad social y económica y la evolución de las Instituciones como metodología para el estudio del Derecho Romano cfr. A. Schiavone. Historiografía y crítica del Derecho. Trad. Belza Sagardoy. Madrid. 1982.

<sup>63</sup>Struttura... op. cit., p. 185 ss. Con mayor decisión respecto al carácter penal de la *actio poenalis* en Istituzioni Diritto Romano. op. cit., I, p. 556 ss.

<sup>64</sup>Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 10.

<sup>65</sup>Lavaggi. Iniuria e obligatio ex delicto. op. cit. p. 145 ss.

poenalis para hacerla valer; o dicho de otro modo, si se quiere, como Lavaggi, defender a ultranza el carácter estrictamente penal del delito privado en Roma, en época clásica, se ha de negar, como dicho autor hace, que este delito privado generase realmente una obligatio, ni siquiera, como mantiene De Visscher, como una creación de la jurisprudencia del Principado. Sencillamente, para Lavaggi, la obligatio ex delicto sería el fruto de una mera labor de sistematización realizada por juristas como Gayo con una pretensión didáctica y con el sólo valor de haber servido de anticipación a la configuración civil, no penal, de la actio poenalis ex delicto privato en la época postclásica y justiniana.

Aparecen pues, como conclusión, en los delitos privados, dos planos, uno civil y otro penal, supervivencias ambos de la sociedad que existía antes del formación de la civitas romana y reflejo de ese sentimiento conservador de los romanos que hace que los cambios en el mundo del Derecho vengan dados por sucesivas adaptaciones del Ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades. Así, queda en el ámbito de los particulares, a través del proceso privado, el ejercicio (en los términos previstos por el Derecho) de la venganza en los delitos de menor gravedad que se cometan entre ellos y con el resultado del pago de una suma de dinero que tiene un carácter aflictivo, pero que, también, es compensatoria (en el sentido amplio de reparatoria) por el agravio sufrido. En definitiva, nos movemos en un terreno fronterizo entre principios de Derecho civil y de Derecho penal.

No es posible trasladar sin más<sup>66</sup> esa configuración del Derecho penal privado romano a nuestros ordenamientos jurídicos. Hoy en día no cabe que un particular pueda, a través de un proceso privado, conseguir de otro particular algo que vaya más allá de la indemnización de los daños y perjuicios producidos por un ilícito extracontractual. Por el contrario, la imposición de una pena, aunque sea de naturaleza económica, por la comisión de un delito tipificado por Ley queda reservada al Derecho Público a través de un proceso penal, y esto aún en el caso de que se requiera una querrela para que el mecanismo procesal y penal se ponga en marcha<sup>67</sup>.

En época clásica, especialmente a partir del Principado, se produce el punto de inflexión en cuanto a la forma de concebir los delitos privados. Por un lado está la misma naturaleza de la poena privata como suma que ha de satisfacerse en virtud del iudicatum de un juicio privado, y que se considera por los juristas clásicos como el objeto de una verdadera obligatio ex iure civile<sup>68</sup>; por otro lado se produce el proceso, ya iniciado a finales de la República, de la absorción de los supuestos más graves de delitos privados en el ámbito del Derecho penal público configurándose por ley como crimina y perseguidos a través de las correspondientes quaestiones perpetuae (así el

---

<sup>66</sup>Sobre este punto insiste Arangio Ruiz. Istituzioni. op. cit., p. 363.

<sup>67</sup> M. Kaser (Das römische Privatrecht, München, 1968, p. 191; Derecho Privado romano, Trad. J. Santa Cruz Teigeiro, Madrid, 1968, p. 225) compara la poena de Derecho romano clásico, como sanción privada, a la actual indemnización por accidente (O. R. satisfacción) y también con la multa según los \*\* 188 y 231 del Código penal alemán.

<sup>68</sup>Infra. Capítulo segundo. 2) -B.

crimen vi, o el de calumnias); pero sobre todo debe destacarse la aparición en Roma, con el Principado, de la *cognitio extra ordinem* (que en realidad siempre existió en Provincias) con el doble efecto de ir desplazando, hasta llegar a desaparecer en el Derecho postclásico, tanto al *ordo iudiciorum privatorum* (procedimiento formulario) como al *ordo iudiciorum publicorum* (el procedimiento de las *quaestiones perpetuae*) y también de la creación de nuevas figuras penales por constituciones imperiales y senadoconsultos que quedan dentro del ámbito de este procedimiento. En la *cognitio extra ordinem* el juez-funcionario goza de una mayor autonomía para apreciar la pena que ha de imponerse al culpable y ésta puede consistir en una prestación específica en la que se comprenda también la restitución de la cosa hurtada o dañada y la indemnización de daños y perjuicios<sup>69</sup>.

De todo esto se deduce que la crisis de la *actio poenalis* derivada de los delitos privados era, en el Derecho clásico del Principado, inevitable. Se produce la inflexión demandada por la evolución continua del sistema jurídico romano. Los propios juristas clásicos serán conscientes de la inadecuación de la estructura de la *actio poenalis* a las exigencias demandadas por la nueva realidad jurídica y social, y ya el nuevo ordenamiento procesal de la *cognitio extra ordinem* obliga al mundo de los delitos privados a moverse en un ámbito

---

<sup>69</sup> G. Pugliese: *Cognitio*. N.N.D.I. III, p. 430 ss.; E. Betti. *Processo civile*. N.N.D.I. XIII, p. 1099 ss.; U. Brasiello. *Processo penale*. N.N.D.I. XIII, p. 1157 ss.; Balzarini. *In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico*. B.I.D.R., 72, 1969. p. 203 ss.; C. Venturini *"Quaestio extra ordinem"*. S.D.H.I., 63, 1987, p. 74 ss.

decididamente civilista lo que quedará definitivamente articulado cuando en el Digesto se encadra procesamente la actuación de los delitos privados en un civiliter agere frente al criminaliter agere de los delitos públicos<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Consideramos de especial importancia a este respecto el artículo de G. Pugliese, Processo privato e processo pubblico. Contributo all'individuazioni dei loro caratteri nella storia del diritto romano (Rivista di Diritto Processuale, Vol. III. Parte I, Padova, 1948, p. 63 ss.), en el que este autor estudia el proceso público y privado romano a lo largo de la Historia de Roma en términos paralelos a lo que constituye la base de nuestro estudio: la ecuación entre los caracteres que integran la estructura del proceso público y privado romano (es decir, principios y normas jurídicas que integran su respectivo régimen jurídico) y la función que desempeñan en la práctica como cauce respectivo para dar satisfacción a un interés que en el proceso público es predominantemente público mientras que en el otro tipo de proceso es predominantemente privado. A este respecto también se aprecia una evolución a lo largo del Derecho romano hasta llegar al procedimiento de la *cognitio extra ordinem* que en época postclásica (podría decirse también, añadimos, en época clásica tardía) se hace general. En este sentido, concluye Pugliese, en que sólo en la época postclásica (procedimiento cognitorio) "la struttura vienne a compire piú fedelmente alla funzione, pur obedendo anche a ragioni puramente processuali.

En particular (p. 100) señala que con la generalización del procedimiento cognitorio en lugar de la distinción entre *iudicium privatum* y *iudicium publicum* las fuentes postclásicas conocen la distinción entre "causa civilis" (v. gr., C. 1,17,2,8b, Justiniano; C. 1,35,1, Constantino; C. 3,13,5,1, Arcadio y Honorio; C. 7,51,6, Anastasio) y de "causa criminalis" (v. gr., C. 1,3,22,pr., Teodosio y Valentiniano; C. 1,4,6,3, Arcadio y Honorio; C. 5,59,4, Justiniano; C. 9,2,16,pr., Arcadio y Honorio; C. 12,29,3,pr., Zenón), así como de "causa fiscalis" (C. 3,12,4, Valentiniano, Val. et Grat.), y hablan de "civilis" y de "criminalis quaestio": C. 8,8,4, Constantino; C. 3,13,6, Honorio y Teodosio. De "civilis" y de "criminalis lis": C. 12,21,8,3, Zenón; C. 12,25,3, León y Anth.. De "civile" y de "criminalis lis": C. 7,62,12, Constantino; C. 3,26,11, Teodosio y Valentiniano. De "civile" y de "criminale negotium": C. 7,62,12, Constantino; C. 3,26,11, Teodosio y Valentiniano.

A continuación, sigue Pugliese diciendo que los adjetivos "civilis" (nel nuovo senso reso possibile dal l'unificazione delle fonti del diritto) y "criminalis" "dimostrano che la distinzione si era spostata dalla struttura all'oggetto del proceso; e il fatto che essi qualificchino sostantivi como "causa", "quaestio", "lis", "negotium" (solo una costituzione, C. 3,41,5, parla di "civile iudicium" ed è di Diocleciano), conferma il loro riferimento alla lite, alla controversia o, in altra termini, al diritto fatto valere.

(continúa...)



La cuestión fundamental cuando se habla de la naturaleza y función de la *actio poenalis* clásica es la de si las soluciones propuestas por la jurisprudencia del Principado ante la inadecuación de la estructura de la *actio poenalis* al marco civilista, a la función real, muchas veces desempeñada de reparación de una lesión patrimonial sufrida en la que se va a mover la *actio poenalis* a partir de la época clásica, van a afectar y en qué medida a los caracteres que componen la estructura penal de la *actio poenalis*.

Voci en su obra ya citada "Risarcimento e pena privata nell diritto romano classico" aborda la cuestión a la que no referimos llegando a unas conclusiones que serán más adelante debidamente contrastadas con las de otros autores. Ahora interesa el planteamiento que hace del *status questionis* en el capítulo primero de su obra<sup>71</sup>.

Comienza por señalar que para la "doctrina antigua" se admite la función reipersecutoria de las acciones penales (salvo la *actio furti* y las acciones *vindictam spirantes*). En este

---

<sup>70</sup>(...continuación)

Y concluye Pugliese haciendose esta pregunta clave: "Che significato si deve a questa terminologia?. Dobbiamo vedervi il segno che il diritto postclassico e giustiniano, dopo avere assorbito nella *cognitio* privata il processo formulare e le *quaestiones* nelle *cognitio* penale ed avere unificato i processi cittadini e provinciali, tendeva ad assurgire a un unico sistema processuale, le cui singole branche si potessero distinguere solo in ragione alla materia, civile, penale o amministrativa, che ne era oggetto?. In realtà non pochi segni vi sono nelle fonti di una simile tendenza, favorita dalla procedenza comune storica dei varii processi, che erano tutti applicazioni della *cognitio*."

<sup>71</sup>op. cit., p. 1 ss. Y U. Brasiello. Corso di Diritto Romano. Atto illecito pena e resarcimento del danno. Milano. 1957. p. 66 ss.

sentido, para Savigny<sup>72</sup> el Derecho romano distingue los siguientes tipos de acciones in personam:

- Acciones conservativas.
- Acciones penales unilaterales.
- Acciones penales bilaterales.

Las acciones "conservativas", es decir, reipersecutorias, que cumplen la función de restaurar el

---

<sup>72</sup>F. C. von Savigny. Le obbligazioni. II. Trad. it. Pacchioni. Milano, Roma, Palermo, Napoli. 1915. p. 269 ss.

Por otro lado B. Windscheid (Diritto di Pandette. Trad it. C. Fadda y P. Bensa. Torino, 1930, II, p. 265-268; p. 744 ss.) nos proporciona el esquema pandestíctico, asimilable en el Derecho actual, de la doble función, de resarcimiento (res) y de pena (poena) que puede perseguir una acción ejercitada por un particular ante un ilícito que le ha producido un daño moral y/o patrimonial.

Desde un punto de vista civilístico se alude sólo a la dialéctica entre daños patrimoniales, que se han de resarcir, y daños morales (que pueden ser concurrentes) que hay que reparar, y, por otro lado, también a la dialéctica, a la hora de cuantificar el valor económico del daño patrimonial indemnizable, entre lo que se determina como daño emergente y lo que se computa como lucro cesante.

Windscheid atiende al sistema de Justiniano y, en función del mismo señala los siguientes principios generales:

"Los delitos son la fuente posible de una doble clase de crédito:

1) Todo delito por vía del cual se ha ocasionado un daño patrimonial genera un derecho de crédito dirigido al resarcimiento del daño causado.

2) Además el Derecho romano, de ciertos delitos, hace surgir derechos de crédito dirigidos a una pena que ha de prestarse al lesionado, pena privada en antítesis a la pena pública. La pena privada consiste, por regla, en una particular prestación pecuniaria que ha de hacerse al autor del hecho; en un sólo caso ella consiste en un "atteggiamento" particular de la obligación de resarcimiento (a. ex lege Aquiliae). Puede ser también que un mismo derecho de crédito tienda a un tiempo a la pena y al resarcimiento (a. mixta). (...) También los créditos de resarcimiento derivados de los delitos tienen naturaleza penal, en cuanto que la obligación sin atender a que él tenga o no en su patrimonio cuanto debe ser "refuso".

equilibrio patrimonial injustamente perdido por el acto ilícito (así la *condictio furtiva*); las acciones penales unilaterales en que la suma en que consiste la *poena* es resarcimiento para el ofendido, pena, en el sentido de empobrecimiento patrimonial, para el ofensor (así la *actio doli* para el caso de que el ofensor como consecuencia de su acto doloso no se haya enriquecido efectivamente a costa del daño que en todo caso sufrió el ofendido). Las dos categorías señaladas tienen en común el efecto mínimo de resarcir al ofendido.

Por último las acciones penales bilaterales son-Savigny- las verdaderas acciones penales que suponen un empobrecimiento para el ofensor respecto a su situación patrimonial anterior y, correlativamente, un enriquecimiento en el patrimonio del ofendido (así la *actio furti* en que la pena es de un múltiplo del valor de lo hurtado). Interesa destacar especialmente la configuración que hace Savigny de la llamada *actio mixta* en Derecho clásico, es decir en los términos en que se expresa Gai. 4,9 cuando hace referencia a la *actio vi bonorum raptorum* que Gayo incluye entre las acciones *quae rem et poenam persequimur*.

Savigny, al igual que la Pandectística, heredera de la Escuela Histórica alemana, da una solución de tipo civilístico a un problema de fuentes del Derecho romano. El ideal que inspira la obra de Savigny está en construir un único sistema de Derecho civil alemán a partir, principalmente, del estudio del Derecho romano que, junto con el Derecho germánico, encarna la tradición jurídica de ese pueblo, y no, la mera investigación de las

fuentes romanas. Así, Voci<sup>73</sup> indica que el estudio que hace dicho autor sobre las acciones poenales se enmarca en la determinación de la figura civil del ilícito extracontractual.

Como hemos visto, Savigny dice que la actio mixta comprende en sí misma, a un tiempo, pena y resarcimiento<sup>74</sup>, lo que, sí es válido en el Derecho justiniano (I. 4,6,16), pero que, ha de ser debidamente matizado en el Derecho clásico. No obstante, a nuestro juicio, en Savigny está presente el germen de la divergencia doctrinal romanística que llega hasta nuestros días y que se basa en determinar si tiene sentido separar naturaleza y función en la actio poenalis clásica, lo que haría posible distinguir entre una naturaleza penal de la acción que nace del delito y una función civil compensatoria del daño ocasionado por aquel; y aún más, si se pueden hacer distinciones con arreglo a este criterio respecto a la diferentes acciones penales. Así, se plantea si se puede distinguir, por ejemplo, dentro de la categoría conceptual de actio poenalis entre acciones penales puras, que sólo persiguen pena, y acciones penales mixtas (cualitativamente), que en el mismo importe de la condemnatio persiguen pena y resarcimiento; incluso nos podemos preguntar qué se entiende por naturaleza de la actio poenalis: si por tal se alude a los caracteres constitutivos de dicha acción o, simplemente, a su origen en el delito. Creemos que la Pandectística al construir un sistema de Derecho civil a partir del Derecho romano reflejó esa imagen de sistema de Derecho civil en la propia interpretación de las fuentes del Derecho romano y

---

<sup>73</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 2

<sup>74</sup>poena et res.

en este sentido la solución dada al problema de la naturaleza y función de la actio poenalis en el Derecho clásico tenía que ser forzosamente civilística<sup>75</sup>; así Savigny ve un minimum resarcitorio en todas las acciones penales, más allá del cual, está la noción de pena, lo cual ocurre realmente en las que llama acciones penales bilaterales: esto implica que una acción penal unilateral o una acción mixta cumpla normalmente una función resarcitoria. En terminos análogos en lo esencial, Windscheid<sup>76</sup>.

Este pensamiento fue recogido en su esencia por romanistas como Pernice<sup>77</sup> para el cual la actio poenalis tiene como característica mínima la de nacer del delito, siendo ésta su naturaleza, llevádo en ocasiones también una pena, pero no siempre. En este sentido también Karlowa<sup>78</sup>, Siber<sup>79</sup>, De

---

<sup>75</sup>No obstante las conclusiones de la doctrina romanista actual en este punto están en general más cercanas a Savigny que a Voci. No criticamos los resultados sino que llamamos la atención respecto al método. La Pandectística no estaba tan interesada en una exégesis de textos como en servirse del Derecho romano para construir un sistema, incluso articulado científicamente- Windscheid- de Derecho civil. Pero en el siglo pasado el Derecho romano era Derecho Positivo en Alemania. A partir de finales de dicho siglo la búsqueda, tantas veces hipercrítica, de cuál es el verdadero sentido de los textos clásicos recogidos en el Digesto, se vió forzada por el "repliegue" del estudio del Derecho romano debido a la irrupción de los códigos. En realidad, metodológicamente, el estudio de los textos romanos y el estudio de la evolución de las Instituciones desde el Derecho romano hasta los Derechos europeos actuales no puede ser algo contradictorio sino que es necesariamente complementario. Así, no puede sorprender que las conclusiones de Savigny en ese tema sean prácticamente las mismas que las de Albanese o Kaser.

<sup>76</sup>Diritto di Pandette, II, op. cit. infra

<sup>77</sup>A. Pernice. Zur Lehre von der Sachbeschädigungen. Weimar. 1867. p. 116 ss.

<sup>78</sup>O. Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. 2,1, Leipzig. 1901. p. 973.

Francisci<sup>80</sup> o Albertario<sup>81</sup>.

Para estos romanistas la atención se centra en la existencia en el Derecho clásico de acciones penales, singularmente la actio ex lege Aquilia, en la que la condemnatio equivale normalmente al quanti ea res est<sup>82</sup>, es decir al equivalente del daño, con lo que en la práctica no se diferencian de la acción resarcitoria. Así, todas las acciones poenales habrían sido calificadas como tales por los romanos en cuanto nacen ex maleficio pero, de entre ellas, algunas llevaban una pena, pero otras, surgiendo también de un acto ilícito, es decir, siendo poenales habrían conducido sólo al resarcimiento. En este sentido, de entre los autores antes citados, De Francisci indica que esto es admisible en cuanto poena conforme a su etimología griega<sup>83</sup> en la que no tiene el significado de castigo sino sólo el de composición, es decir, de determinación (primero convencional, luego legal) de una suma de dinero suficiente para evitar al reo la venganza del ofendido. Y esta suma puede ser determinada ya en el quanti ea res est, ya en un múltiplo de ese quantum.

---

<sup>79</sup>(...continuación)

<sup>79</sup>H. Siber. Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig. 1907. p. 172.

<sup>80</sup>P. De Francisci. Studi sopra le azioni penali e la loro intrasm. passiva. Milano. 1912.

<sup>81</sup>E. Albertario. Nota sulle azioni penali e la loro trasmss. pass. nei limiti dell'arricchimento del erede. B.I.D.R. 26. 1914. p. 90 ss.

<sup>82</sup>O por el id quod interest, que comprende no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. M. Kaser (Das röm. Privatrecht., I<sup>1</sup>, op. cit. p. 502) indica al respecto: "Bei den a. legis Aquiliae ist vor allem Julian für eine Berechnung nach dem quod actoris interest eingetreten".

<sup>83</sup>supra p. 18

Pero Levy<sup>84</sup> fue más lejos en ésta línea de pensamiento pues señala que debe distinguirse entre naturaleza y función de la actio poenalis; mientras la naturaleza es penal la función puede ser también penal pura o, por el contrario, contener un elemento reipersecutorio (D. 44,7,35, pr.; Ulp. ad ed.) o al menos, una función más reparatoria que penal. En esta línea está también Pernice<sup>85</sup>, Levy<sup>86</sup>, Kaser<sup>87</sup>, y en Italia, a título de ejemplo, Betti<sup>88</sup>, Albanese<sup>89</sup> Serrao<sup>90</sup>, Brasiello<sup>91</sup> y, aunque

---

<sup>84</sup>E. Levy. Privatstrafe und Schadenersatz im kl. röm. Recht. Berlin. 1915. p. 139 ss. Die Konkurrenz der Actionen und Personen im Kl. röm. Recht, I. Berlin 1918. p. 419, 429-436, 489-493. II. Berlin 1922. p. 1-78, 152-153, 167-168.

<sup>85</sup>Zur Lehre von der Sachbeschädigungen. Weimar 1867. p. 116 ss.

<sup>86</sup>Privatsftafe... op. cit. Konkurrenzn... op. cit.

<sup>87</sup>M. Kaser. Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisaestimatio im Klassischen röm. Recht. München, 1935. Das Römische Zivilprozessrecht. München 1966, p. 232-233. Das Römische Privatrecht. München. I<sup>2</sup> 1971. p. 501-2, 611-2, 621, 626-7. II<sup>2</sup> 1975. p. 343, 429, 435, 559.

<sup>88</sup>Struttura... op. cit. p. 192. Por su fuerza expresivo recogemos la siguiente frase de dicha página: "pei i giuristi classici la differenza tre poena e res non è che una differenza giuridica, funzionale, (in quanto l'una si riferisce al torto da delitto, l'altra a una tipica diminuzione patrimoniale) è ben possibile che materialmente e in concerto poena e res si compenetrino e s'identifichino l'una con l'altra nel medesimo quanti res est. Idealmente e in astratto restano anche in questo caso ben distinte l'una dall'altra in quanto, sotto un aspetto, il quanti res est è prestato a título di riparazione del torto sotto l'altro aspetto è prestato invece a título di restituzione o risarcimento. Il che non toglie, per vero, che, negli stessi classici, si notino incertezze.

<sup>89</sup>B. Albanese. Illecito. (storia). E.d D. 20, Milano, 1970. p....Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma. Synteleia Arangio Ruiz. Napoli. 1964. p. 104 ss.

<sup>90</sup>F. Serrao. Il Frammento Leidense di Paolo. Problemi di Diritto criminale romano. Milano 1956. Sul danno da reato in diritto romano. Archivio Giuridico "Filippo Serafini". Modena. 1956.

dejando siempre constancia del carácter penal de la *actio poenalis* clásica, Vacca<sup>92</sup>.

La tesis opuesta es afirmada por autores italianos como Albertario<sup>93</sup>, Longo<sup>94</sup>, Voci<sup>95</sup>, Sanfilippo<sup>96</sup>, y también por Von

---

<sup>91</sup>(...continuación)

<sup>91</sup>U. Brasiello. Corso di diritto romano. Atto illecito...., op. cit. p. 87 ss.

<sup>92</sup>L. Vacca. Delitti privati e azioni penali nel principato. Cagliari. A.N.R.W. 2, 14. 1982. p. 682 ss. En su reciente artículo, Actiones poenales e actiones quibus rem persequimur, IURA, 1989, p. 41 ss., mantiene sus tesis formuladas en el artículo de 1982, si bien muestra un cierto acercamiento a las tesis de Ankum, aunque a efectos de reafirmar lo que, en su conjunto, podemos calificar como esquema clásico de la génesis y evolución de la *actio poenalis* clásica, que, con sus diversos matices y divergencias exponemos, frente a una concepción que quiere aparecer como contraria a los esquemas formulados en general, hasta ahora, por la doctrina romanista: Se trata de la monografía de G. Cardascia, Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain (La responsabilité à travers les âges, Paris 1989, p. 1 ss.), en la que, como sintetiza Vacca, se defiende que el período preclásico y clásico se presenta como una fase de transición entre el período antiguo y el período postclásico y justiniano, "una fase en la que, a consecuencia de las construcciones teóricas y sistemáticas de la jurisprudencia, se oscurece la distinción, presente en la efectividad y concreción de la reglamentación decemviral e inmediatamente sucesiva, entre ilícitos sancionados mediante la obligación de reparación del detrimento patrimonial e ilícitos castigados con sanciones públicas o privadas. Esta distinción, que todavía permanece en edad clásica en el plano del contenido concreto de la *condemnatio*, volverá a emerger a un nivel sistemático solo en la compilación justiniana, a través de la racionalización de la división entre delitos y cuasi delitos, como división entre delitos dolosos, y como tales sancionados con penas públicas o privadas, e ilícitos culposos, que generan solo la obligación del resarcimiento del daño.

Vacca reacciona vigorosamente frente a esta nueva concepción citando en este sentido a buena parte de la doctrina romanista más autorizada. En cualquier caso, añadimos, queda patente una cosa: que el contenido de los dos primeros capítulos de nuestra tesis sigue, a pesar de todos los estudios realizados, aún abierto a la investigación romanista.

<sup>93</sup>E. Albertario. Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento. B.I.D.R., 1914, p. 90 ss.= Studi Diritto romano, IV, 2. p. 369 ss. Nota al fr. 10 pr. D. comm. div. 10,3. (Contributo allo studio della responsabilità nella misura dell'arricchimento). Studi di Diritto romano, IV,2. p. 409 ss.



Lübtow<sup>97</sup>, y recientemente, por Ankum<sup>98</sup>.

En particular Voci mantiene que el Derecho romano clásico no atribuye función reipersecutoria a ninguna acción penal y que sólo llama *actio poenalis* a aquella acción que sea tal por su naturaleza, estructura y función.

Voci<sup>99</sup> realiza su construcción dogmática en los siguientes términos: en primer lugar define los conceptos de estructura y función de una institución diciendo que estructura es el conjunto de elementos que normalmente valen para asegurar una determinada función, mientras la función es la producción (no necesariamente actual) de determinados efectos que vienen a realizar los objetivos que establece el Ordenamiento Jurídico para una institución. Estructura es la función en potencia, función es la estructura en acto.

Para determinar la función reipersecutoria o no de la *actio poenalis* señala los diferentes tipos de sanciones que el Ordenamiento jurídico preve para un acto que se considera ilícito:

- 1) Las sanciones que reaccionan directa e

---

<sup>94</sup>(...continuación)

<sup>94</sup>G. Longo. Contributi alla dottrina del dolo. Padova, 1937, p. 85 ss.

<sup>95</sup>Risarcimento e pena... op. cit.

<sup>96</sup>C. Sanfilippo. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento. Corso di diritto romano. Catania, 1960.

<sup>97</sup>Von Lübtow. Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato. Berlín 1970.

<sup>98</sup>H. Ankum. Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in Classical Roman Law. B.I.D.R. 85, 1982. Gaius, Theophilus and Tribonian and the Actiones mixtae in Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas, London, 1983.

<sup>99</sup>Voci. op. cit. p. 6 ss.

inmediatamente contra la situación que el ilícito ha creado o está por crear en el sentido de impedir o neutralizar sus efectos. Así la nulidad de un acto o la pérdida de la acción.

Se incluye en este grupo los supuestos en que la sanción se origina por un acto lesivo que ya cambió una determinada situación y que consiste en la restitución de la situación a su estado anterior al ilícito. Aquí Voci incluye la autodefensa, cuando está permitida, la *restitutio in integrum*, la persecución del enriquecimiento indebido, la ejecución específica (en los límites en que esté permitida), el resarcimiento del daño, y la reparación del mismo.

2) Por otra parte están las sanciones en las que no se trata de de una reacción específica contra el evento dañoso sino que se actúa "in odio al culpavole". Lo que importa es que cambie la situación personal o patrimonial del culpable, no la restauración del equilibrio patrimonial injustamente perdido.

Para Voci el término que define técnicamente la pena privada es el de *actio poenalis* y llega a la bipartición "fundamental" entre *res* y *poena*. De ahí la rígida distinción de Voci entre acciones que persiguen *rei persecutio* y las que *poena persecutio*. De esta diversidad de función, y esto es esencial para Voci, se ha de seguir una diversidad de estructura porque mientras el resarcimiento se inspira en criterios rigidamente económicos, la pena atiende a la persona del culpable que es el que sufre la injuria de la ofensa.

Así, por ejemplo, de esto se deriva algo tan fundamental como es que una acción resarcitoria es transmisible contra los herederos del autor del ilícito mientras que una

acción penal, por principio, no, porque la pena en su función aflictiva se rige por el principio de la personalidad.

La *actio poenalis* clásica presenta, según este esquema, los caracteres fundamentales (estructura) de la intransmisibilidad pasiva y activa, la concurrencia cumultiva con las acciones reipersecutorias, la cumulatividad y la noxalidad.

Hasta aquí el esquema de Voci, pero el problema está en contrastar este esquema con la fuentes, y en particular con D. 44,7,35,pr. y Gai. 4,9 que recogen una opinión general sobre el tema que nos ocupa por parte de juristas clásicos. Dados los graves problemas que estos fragmentos plantean su interpretación ha sido objeto de múltiples controversias por la doctrina romanista.

B) La interpretación de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4, 6-9.

Puede afirmarse que con la exégesis de D. 44,7,35,pr. (Paul. 1 ad ed.) se inicia el gran debate sobre la verdadera función que desempeñaron las acciones penales privadas en el Derecho clásico. El texto dice así:

In honorariis actionibus sic esse definiendum  
Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant,  
hae etiam post annum darentur, ceterae intra  
annum. honorariae autem, quae post annum non

dantur, nec in heredem dandae sunt, [ut tamen  
lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli  
mali et interdicto unde vi et similibus]. illae  
autem rei persecutionem continent, quibus  
persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum  
agimus cum bonorum possessore debitoris nostri,  
item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis  
datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno  
finitur, quia contra ius civile datur.

Según la concepción de Voci<sup>100</sup> el fragmento no hace sino confirmar su tesis sobre la estructura y función de la *actio poenalis*. Por el contrario para Levy<sup>101</sup> el texto es el que sirve de punto de partida para su distinción, de trascendentales consecuencias prácticas, entre naturaleza y función de las acciones poenales. Kaser sigue en esto a Levy<sup>102</sup>. Así, un mismo texto ha dado pié a dos diferentes enfoques de un mismo fenómeno jurídico: Una tesis "clasicista" o "historicista", como la de Voci, que se apoya en este punto en la interpretación del

---

<sup>100</sup>Voci. Risarcimento e pena... op. cit., p. 100. ss.

<sup>101</sup>Konkurrenz, I, op. cit. p. 491: "Dass diese pöenale Klage rei persecutionem continent, ist von vornherein zu vermuten..."

<sup>102</sup>Quanti ea res est op. cit., Zivilprozessrecht. op. cit., p. 232: "Bei gewissen später als <<gemischte>> Strafklagen bezeichneten Aktionen (besteht der Ziel der actio) in beidem, indem in der Geldstrafe (poena) auch der Schadensausgleich mitgehalten ist". Das Römische Privatrecht. I<sup>2</sup> op. cit., p. 621. "Die actio legis Aquiliae ist vermutlich seit alters eine Bussklage mit Sachverfolgungsfunktion".

fragmento de Albertario y que es mantenida en nuestros días por Ankum<sup>103</sup>, y la tesis, que nos atreveríamos a adjetivar de "pandectística"<sup>104</sup> que a partir de Pernice y Levy es seguida por Kaser y llega a nuestros días, entre otros, con Albanese y en la misma línea de éste, aunque con las advertencias vistas anteriormente, por Vacca.

D. 44,7,35, pr. es un texto que presenta graves problemas de interpretación<sup>105</sup>. A la hora de abordarlo se plantea, como en tantos otros textos del Digesto, si realmente estamos o no ante un fragmento clásico o, por el contrario, ha sido objeto de interpolaciones o glosemas. Y si es así, la pregunta siguiente, como es natural, será tratar de determinar el alcance de esas alteraciones, y, sobre todo, si son meramente formales, de mera adaptación del texto al sistema jurídico diseñado por Justiniano, o, si por el contrario, nos encontramos con algo que realmente vulnera el espíritu del texto clásico. También caben posiciones intermedias: que la interpolación

---

<sup>103</sup>Ankum. Actions by Which we claim a thing(RES) and a Penalty(POENA) in Classical Roman Law. B.I.D.R., 24, 1982. p. 13.

<sup>104</sup>La diferencia estriba en la forma de estudiar la estructura y función de la actio poenalis clásica. Bien como una "fotografía" estática en la abstracción de las notas caracterizadoras que le fueron propias en un momento dado; o de forma dinámica, en función de la evolución de las instituciones de acuerdo con los cambios en el mundo romano; en realidad se trata de una evolución que llega hasta nuestros días con toda la problemática que hoy como ayer plantea el tema de la responsabilidad civil por un acto ilícito.

<sup>105</sup>Incluso vemos que en la edición del Digesto de Aranzadi se sigue una traducción acorde con la del primer grupo de autores, mientras que en la edición de García del Corral parece atenerse más a la segunda concepción. En efecto, aquí la frase que aparece al principio del texto "rei persecutionem habeant" se traduce por "las <se entiede, las acciones> que contengan reipersecución de la cosa" y, no, por "las que sean reipersecutorias".

justiniana, aún alterando ese espíritu, dé forma nueva a una corriente de opinión jurídica que, de una u otra forma, ya estaba esbozada o sugerida en el texto genuinamente clásico que fue objeto de alteración.

Todas estas cuestiones están presentes en D. 44,7,35,pr. Para darnos cuenta de la importancia de este fragmento hemos de pensar que, por ejemplo, Albertario hace del mismo uno de los pilares, quizá el más importante, para llegar a la conclusión de que la regla recogida en el Digesto de la transmissibilidad hereditaria pasiva de la mayoría de las acciones penales privadas, en la medida en que hubo un enriquecimiento por parte del heredero por el delito de su causante, es fruto de la mera interpolación de los justinianos<sup>106</sup>.

Voci entiende que este texto establece, en relación con las acciones honorarias, pero con alcance general, la distinción entre acciones penales y reipersecutorias teniendo cada una de estas clases de acciones su propia y específica estructura y función. Las acciones reipersecutorias, según esto, se mencionan en el fragmento con las expresiones "rei persecutionem continere" o "rei persecutionem habere" que, por lo demás, son las utilizadas en las fuentes indistintamente<sup>107</sup> para hacer referencia a las

---

<sup>106</sup>Albertario, Nota sulle azioni..., op. cit., p. 90 ss.

<sup>107</sup>Voci. op. cit. p. 102 ss. El autor para desmontar la tesis de Levy según la cual *rei persecutionem continere* y *rei persecutionem habere* son expresiones de distinto significado, y que sólo con esta última se alude propiamente a las acciones reipersecutorias, se refiere al V.I.R. indicando como las fuentes utilizan indistintamente ambas expresiones. Así *rei persecutionem continere*: D. 14,4,8; D. 4,7,4,6; D. 4,9,3,4; D. 29,2,20,5; D. 29,4,12,1; D. 42,1,6,3; D. 42,5,11; D. 25,2,21,5; D. 27,3,2,2; D. 44,7,34,2; D. 43,1,2,2; D. 44,7,35,pr.; P. Sent. 2,31,13. *Rei persecutionem habere*:..... D. 13,1,7,2; (continúa...)

acciones de esa naturaleza, tanto es así, que nunca aparece en las fuentes la expresión "actio rei persecutoria"<sup>108</sup>.

En segundo lugar, siguiendo la interpretación de Voci, en D. 44,7,35,pr., junto a las acciones honorarias reipersecutorias se citan las acciones honorarias penales que, conforme lo que hemos visto más arriba, para Voci, dada su naturaleza penal, no "rei persecutionem continent" porque ello no es posible, y porque, sencillamente, con esta expresión se hace referencia a las propias acciones reipersecutorias.

Muy diferente es el punto de partida de Albanese<sup>109</sup>, que sigue en esencia a Levy (y de Kaser y Betti) y que entiende que, a tenor del fragmento, Casio no pretendía distinguir, a efectos de aplicarles un distinto régimen jurídico, las acciones honorarias penales de las reipersecutorias, sino que parte del hecho de que ambas categorías (acciones penales-acciones reipersecutorias) no estaban perfiladas todavía en el Derecho clásico, y que, lo que ocurre es que la jurisprudencia, con vistas a la producción de determinados efectos jurídicos (aquí el plazo de ejercicio de la acción), va a ir distinguiendo un contenido patrimonial (rei persecutionem continent) en el seno de

---

<sup>107</sup>(...continuación)  
D. 16,1,10; D. 25,5,1,4; D. 38,5,3,2; D. 39,2,4,10; D. 37,6,2,4; D. 44,7,35,pr. Por el contrario para Levy, con rei persecutionem continent, se alude no a una cualidad ontológica de la acción sino a un elemento adjetivo que es independiente de la naturaleza, del ser-esse-de la acción. En realidad estamos ante un principio pero a la vez una consecuencia necesaria de su tesis. Ver también, en este aspecto, en la misma línea de Voci, a Ankum.(op. cit. p. 23 ss.) que añade junto a las expresiones anteriores la de "rei persecutionem pertinet".

<sup>108</sup>Ankum. op. cit., p. 23.

<sup>109</sup>B. Albanese. Illecito. (Storia). E. d D., XX, op. cit.

la *condemnatio* de las acciones penales y, todo ello, en el proceso de despenalización progresiva de las acciones penales privadas a lo largo del Derecho romano clásico.

Como veremos más adelante, al referirnos a Gai. 4,6-9, Albanese<sup>110</sup> parte del hecho de que en las fuentes no aparecen, así mencionadas, como tales, las acciones reipersecutorias, sino que, en la progresiva formación de lo que hoy entendemos por ilícito civil (contractual y extracontractual) se va conformando un concepto jurídico por oposición a lo que en época arcaica fue, como un todo unitario, el ilícito penal. En este contexto D. 44,7,35,pr. refleja los balbuceos de la jurisprudencia del siglo I d.C. en la dirección de ir delimitando lo que hoy entendemos por responsabilidad civil derivada de un acto ilícito. Se trata de interpretar D. 44,7,35,pr., no desde la óptica de una presunta clasificación de las acciones honorarias en reipersecutoria y penales<sup>111</sup>, sino en reconocer que la existencia de un elemento reipersecutorio en la propia *condemnatio*, ya sea de la acción penal, y por supuesto, si la acción persigue sólo *res*, es lo que va a determinar que estemos ante el desempeño real de una función estrictamente penal, o, más bien, reparatoria de la acción penal. Así, en el texto se determina la duración de la acción, la cual, si contiene ese elemento reipersecutorio, será *perpetua*, aunque la acción sea honoraria y no *ex iure civile*. Y lo que es más serio, si existe ese elemento, la acción, según el tenor del texto, será transmisible contra los herederos del delincuente en la medida del enriquecimiento obtenido: en suma,

---

<sup>110</sup> Illecito. E. d D. XX, op. cit. p. 72 ss.

<sup>111</sup> Albanese. Illecito E. d D. XX, op. cit. p. 78.



añadimos, recogiendo esta tesis, Casio no se proponía clasificar las acciones honorarias en dos categorías (penales y reipersecutorias) sino atender a un estadio de opinión patente en el siglo I d. C. que quiere hacer depender el criterio de la anualidad o perpetuidad de las acciones no de su fuente de creación sino de la existencia o no, sola o acompañada de la función penal, de una función reipersecutoria o indemnizatoria. Este es el punto de vista de Betti<sup>112</sup> y, actualmente, de Vacca<sup>113</sup>.

Pero, para centrar la cuestión es necesario abordar el tema de la posible interpolación, y en qué medida, del texto:

Un primer problema que nos encontramos está en el hecho de que el fragmento, refiriendo la opinión de Casio, está recogido por Paulo. ¿El texto, si no está interpolado, contiene la genuina opinión de Casio o más bien la del propio Paulo?. En favor de la primera posibilidad tenemos el tenor del propio texto. Si se duda por sistema de la clasicidad de todo lo que se dice en el Digesto quizá habría que rehacer todos los estudios de Derecho Romano. Además, la opinión de Casio se muestra concordante y coherente con D. 42,8,11 (Venul. 6, interd.):

**Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem  
pervenit.**

Es un texto que debe ponerse en relación con toda la

---

<sup>112</sup>Struttura... op. cit., p. 192.

<sup>113</sup>infra p. 93 ss.

problemática de los interdictos en general y del interdicto fraudatorio en particular. Ahora, el tenor literal del mismo no admite que se pueda decir, sin más, que está interpolado. Albertario<sup>114</sup> dice al respecto, poco menos que es una invención de los justinianeos y, precisamente, lo destaca por su concordancia con D. 44,7,35,pr. para indicar que este último fragmento está interpolado.

La interpretación de D. 42,8,11 será objeto de especial atención dentro del estudio del interdicto fraudatorio<sup>115</sup>. Ahora baste indicar la coincidencia entre lo reflejado en D. 44,7,35,pr. y en D. 42,8,11 a efectos de reconocer que pudo debatirse por la jurisprudencia en plena época clásica la cuestión de si se acepta o no la transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas en la medida del enriquecimiento del heredero por lo realizado por el causante.

Y a continuación entramos en las interpolaciones posibles del texto:

El centro de todas las sospechas está en ... "ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus...".

Esta frase se considera interpolada<sup>116</sup>: en primer

---

<sup>114</sup> Nota sulle azioni... op. cit., p. 392.

<sup>115</sup> infra p. 453 ss.

<sup>116</sup> INDEX INTERPOLATIONUM. Levy-Rabel. Weimar 1935. T. III, p. 366. Particularmente tenemos a E. Albertario L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere. Z.S.S., 32, 1911. p. 313. Nota sulle azioni... B.I.D.R. op. cit., p. 98. Scritti, IV,2, p. 394. Pero, no así, por B. Albanese. Illecito. E. d D. XX, op. cit., p. 74. n. 31, que señala que, aunque el texto presenta indicios de "rimaneggiamento" -pero dejando abierta la posibilidad de que dichas alteraciones sean obra de Paulo, que  
(continúa...)

lugar el uso de "ut tamen *lucrum ei extorqueatur*", tal y como indicó Albertario en el modo en que aquí se utiliza, no parece clásico; pero lo más importante es el hecho de que se tomen como ejemplo de "ceterae actiones", es decir de acciones que no "rei persecutionem habent" , por un lado a la *actio doli*<sup>117</sup> mali, lo que en principio es correcto, si no fuese porque el texto al negar que dicha acción sea transmisible contra el heredero por no contener reipersecución de la cosa, añade que "ut tamen *lucrum extorqueatur*", lo cual equivale tanto como decir que la propia acción penal es transmisible contra los herederos en la medida del enriquecimiento obtenido. Pero más evidente es la inclusión dentro de las ceterae actiones del interdicto unde vi. No se trata aquí de aludir a la vieja polémica sobre la existencia o no de interdictos penales<sup>118</sup>, de los que este interdicto sería quizá el más claro exponente, sino de reseñar el hecho de que en la época de Casio el interdicto unde vi es precisamente eso, un interdicto, no una acción penal. Otra cosa era, en época clásica, la *actio ex interdicto* que resulta del incumplimiento por el requerido de la orden del Pretor, pero tampoco se podría calificar sin más como una acción penal.

Todo esto nos hace pensar en la interpolación del texto. No obstante, desde el análisis del mismo también se puede

---

<sup>116</sup>(...continuación)

cita, a su vez, el fragmento de Casio- indica que "noi, tuttavia, riteniamo classica la sostanza del testo". Y en p. 75. n. 32 dice también que "no c'è dubbio; però, che il testo è, come si disse, alterato formalmente".

<sup>117</sup>A. D'Ors. Derecho Privado romano. Pamplona, 1991, p. 436, n.1 señala que "*actio doli* no es forma clásica, la denominación más antigua parece haber sido la de *actio de dolo et fraude*".

<sup>118</sup>infra p. 560 ss.

señalar lo siguiente:

1) La interpolación de esta frase no tiene por qué suponer necesariamente la interpolación del contenido del resto.

2) La parte final del texto es necesariamente clásica. En particular Amelotti<sup>119</sup> demuestra la clasicidad de la última frase del fragmento: "...sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius datur". Señala que se hace referencia a una acción rescisoria que había sido pedida por verificarse una determinada circunstancia (en nuestro caso la usucapio) y que el pretor restituía, considerando no ocurrida esa circunstancia, mediante una restitutio in integrum; tal acción era la misma que correspondía al principio "salvo la sua trasformazione in pretoria per l'aggiunta alla formula di una fictio, in cui appunto s'immaginava non verificata la circostanza; nel caso particolare risulta del contesto trattarsi di una actio Publiciana rescissoria....Paolo enuncia così una delle poche eccezioni alla perpetuità delle azione reipersecutorie, e ne dà anche la motivazione quia contra civile datur". Así, añadimos, esta parte sería clásica, al menos de Paulo.

3) Por último, dentro de la frase, que dimos por interpolada, "ut...similibus", también puede plantearse si la interpolación atenta realmente contra el espíritu del texto o si se trata de un mero añadido que hacen los compiladores para apoyar con ejemplos, cosa que sucede frecuentemente, alguna norma jurídica. Esta opinión se ve acrecentada por el "similibus" que

---

<sup>119</sup>M. Amelotti. Actiones perpetuae e actiones temporales nel processo formulare. S.D.H.I., 1956, p. 192-193. La prescrizione delle azioni in diritto romano. Milano, 1958. p. 31 ss.

aparece al final de la frase.

Ahora, el hecho de que se mencione precisamente a la *actio doli mali* y al interdicto *unde vi* también es sugerente: ¿por qué no se menciona en su lugar a otra acción honoraria, como es, por ejemplo, la *actio metus causa*: si tenemos en cuenta que la *actio doli* es una acción que, aunque es penal, es también subsidiaria, arbitraria y con pena por el *simplum*<sup>120</sup>, si añadimos que esta acción plantea muy serios problemas, en cuanto a su transmisibilidad hereditaria pasiva, quizá sea posible decir que la inclusión de la misma por los compiladores no sea meramente aleatoria sino que venía a recoger algo que estaba en la mente de los juristas durante siglos. Lo mismo ocurre con el interdicto *unde vi*<sup>121</sup> que en época clásica era ejercitable dentro del año siguiente a la *deiectio* del anterior poseedor. Si, expedido el interdicto, el destinatario del mismo fallece, la orden se extiende a sus herederos que han de desalojar una finca cuya posesión, como hecho meramente fáctico, no reciben en la herencia. Posteriormente, si el destinatario de la orden no la cumple y resulta condenado por la correspondiente acción *ex interdicto*, la condena, fallecido el causante demandado después de la *litis contestatio*, pasaba sin más al heredero. Y, por último, si el interdicto se quería solicitar por el despojado transcurrido un año después de la *deiectio*, como el interdicto es anual, el Pretor, ante la situación de injusticia planteada, concedía acciones *in factum* contra el poseedor por la violencia, o su heredero, en la medida en que se hayan enriquecido.

---

<sup>120</sup>infra Capítulo quinto. Actio de dolo p. 480ss.

<sup>121</sup> infra p. 567 ss.

Vemos pues que se trata de un sistema complejo que Justiniano simplifica radicalmente mediante la transformación del *interdictum unde vi* en una acción penal<sup>122</sup> que, como ocurre con carácter general en el sistema de la Compilación, si el causante delincente fallece antes de la contestación de la demanda, la acción se dirige contra sus herederos en la medida en que se hayan enriquecido. Pero entonces, visto esto, cabe preguntarnos si la inclusión en D. 44,7,35,pr. del interdicto *unde vi* por los justinianeos aporta algo realmente distinto al espíritu del mismo. Se puede plantear si la inclusión de dicho interdicto, ahora ya acción penal, que se desenvuelve en el seno de la *cognitio extra ordinem*, no hace sino dar forma a un tema, el de evitar que el heredero se haya enriquecido con la ocupación por su causante de una finca ajena, que en el Derecho clásico se había abordado con diferentes y complejos expedientes jurídicos. En definitiva, la inclusión *ad exemplum* del interdicto *unde vi* tampoco sería casual sino que los justinianeos bien pudieron aprovechar el texto de Paulo en el que se contiene la opinión de Casio para incluir, en función de su nueva sistemática, dos acciones penales que plantearon desde hace tiempo serios problemas en la jurisprudencia.

4) Pero, frente a lo anterior, tenemos que debe estudiarse el texto en función de la consideración integral del sistema jurídico romano clásico (principios y reglas jurídicas) que, como todo "organismo vivo", evoluciona, se mueve, y lo hace en función de los cambios de la sociedad de la que procede y a la que sirve. Este punto se desarrolla a lo largo de este

---

<sup>122</sup>I. 4,15,8.

capítulo: singularmente veremos el análisis que hacen al respecto Albanese y Vacca. Baste aquí indicar la interrelación de este texto con Gai. 4, 6-9 que alude a la clasificación de la *actio in personam* en general en atención a su función penal y/o reipersecutoria y en el reflejo que esto tiene en la estructura de la propia acción. D. 44,7,35,pr. (Paul. 1 ad ed.) está en la base del otro texto fundamental antes citado, Gai. 4,9.

Por otro lado, D. 44,7,35,pr. debe relacionarse con otro pasaje fundamental: Gai. 4,110-111:

Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare.

Aliquando tamen et perpetuo eas dat, scilicet cum imitatur ius legitimum, quales sunt eae quas honorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.

Así pues, de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4,110-111 resulta que dentro de las acciones honorarias cabe, por un lado, que sean penales o reipersecutorias, y por otro, que sean perpetuas o

anuales. Gayo justifica que el Pretor pueda crear acciones perpetuas en tanto en cuanto sean acciones "quibus praetor imitatur ius legitimum", es decir, por razón de coherencia sustancial-Voci- puesto que casos similares deben ser regulados de modo similar. Así, este carácter debe acompañar a las extensiones útiles y ficticias que el Pretor realice de acciones civiles, e incluso, a aquellas acciones *in factum* que nacieron en realidad como derivaciones de otras civiles, como la *actio furti manifesti* o la *actio vi bonorum raptorum*, pese a que ambas son acciones penales. Pero entonces, estamos ante una posible contradicción entre D. 44,7,35,pr. y Gai. 4, 110-111, porque en el primer texto se supedita la anualidad o perpetuidad de las acciones honorarias a que su función sea reipersecutoria mientras que en Gai. 110-111 se alude a ello según que sean acciones *in factum* o útiles<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup>M. Amelotti (Acciones perpetuae acciones temporales... op. cit., 189-190. La prescrizione delle azione... op. cit. p. 31 ss.) a la hora de plantear cómo resolver esta aparente contradicción, recoge diversas interpretaciones de Gai. 4,110 y, singularmente, de la expresión "plerumque" que aparece en el texto: G. Beseler (Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 4, Leipzig, 1931, p. 258 ss.) señala que, puesto que un grandísimo porcentaje de las acciones pretorias son concebidas *in factum* y un grandísimo porcentaje de las acciones *in factum* son penales, Gayo bien podía afirmar que el Pretor concedía "plerumque intra annum" las acciones derivantes de su jurisdicción.

Por otro lado recoge también la opinión de P. Beretta (L'annualità delle azioni pretorie nel Diritto romano classico, R.I.S.G., n. s. 2, 1948, vol. 2, p. 353 ss.; y 1949, n. s. 3, p. 305 ss.) que ve una interpolación justiniana de D. 44,7,35,pr., puesto que Gayo no podía en realidad sino coincidir con su maestro Casio, también sabiniano como él. En definitiva no cabría en origen esa presunta contradicción entre D. 44,7,35,pr. y Gai. 4,110.

Amelotti destaca que no se puede partir de una concepción que ya está superada: la de entender el Derecho clásico y el Derecho justiniano como dos sistemas abstractos: "In altri termini, si oppone il bianco al nero là dove la realtà postula (continúa...)



Levy<sup>124</sup>, por su parte, ante esta aparente contradicción, partió de los textos arriba mencionados para establecer la ecuación, justamente criticada por Voci, en virtud de la cual, puesto que a tenor de Gai. 4,110-111 sólo son perpetuas las acciones honorarias que imitan al *ius civile*, y puesto que, de acuerdo a D. 44,7,35,pr., las acciones honorarias penales son anuales, debe concluirse la ecuación diciendo que las acciones que nacen por el propio imperio del Pretor, es decir, las acciones *in factum*, son penales. Así establece la igualdad entre acciones *in factum* y penales. Y-Levy- si como dice el tenor literal de D. 44,7,35,pr., que recoge, como vimos, el pensamiento de Casio, "*illae* (es decir las acciones honorarias en general) *autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nostro abest*"..., ocurre que estas acciones, aún siendo-Levy- como toda acción *in factum*, penal, sin embargo cumplen una función reipersecutoria. Naturaleza penal, función reipersecutoria<sup>125</sup>.

Voci destruye, a nuestro juicio, la veracidad de la identidad entre *actio in factum* y *actio poenalis*. Argumenta para

---

<sup>123</sup>(...continuación)  
una progresiva *modificazione nel tempo*". Amelotti considera que en D. 44,7,35, pr. se expresa la regla que, a grandes líneas, se correspondía con la realidad jurídica del siglo I d. C., pero que, motivos específicos llevan al pretor o a la jurisprudencia a afirmar la anualidad de algunas acciones reipersecutorias o la perpetuidad de algunas acciones penales. Gayo-Amelotti- en Instituciones 4,110-111 abandona la regla ya anticuada expresada en D. 44,7,35,pr. y trata de establecer, aunque de modo poco feliz, una regla adaptada a la realidad jurídica del siglo II d. C.

<sup>124</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 5 ss.

<sup>125</sup>M. Amelotti (La prescrizione delle azioni in diritto romano op. cit. , p. 31 ss.) sintetiza con mucha claridad el pensamiento de Levy.

ello, entre otras cosas<sup>126</sup>, que, de aceptar dicha tesis, significaría que la expresión "rei persecutionem habent", que aparece al principio del texto, querría señalar a las acciones reipersecutorias por naturaleza, mientras que la expresión "rei persecutionem continent" que aparece al final del fragmento significaría una cosa distinta, es decir, haría referencia a la función reipersecutoria de algunas acciones penales. No es así, como ya vimos.

Esto es cierto, pero estimamos, por último, que hay un punto en que las explicaciones de Voci, por lo demás rigurosas y exhaustivas, no acaban de satisfacer, y es el de la constatación en las fuentes del proceso de erosión de los caracteres que según la doctrina general definen a la actio poenalis clásica. No en todas ellas, no en la misma medida, de tal forma que dichas desigualdades originan una petición de sistema relativo a las acciones penales, exigencia que será desarrollada por los compiladores.

Kaser<sup>127</sup> a este respecto distingue, en la misma línea de Levy, dentro del Derecho clásico, entre las acciones penales puras y las acciones penales cualitativamente mixtas. Las acciones penales puras conservarían todos sus caracteres penales como la actio iniuriarum o la actio furti, mientras que las acciones cualitativamente mixtas, a las que luego aludiremos, tienen naturaleza penal pero una función tanto penal como reipersecutoria, así-Kaser- la actio ex lege Aquilia.

---

<sup>126</sup>supra, y op. cit., p. 100 ss.

<sup>127</sup>Quanti ea res est. op. cit., p. 130 ss. y 165 ss.; Das röm. Privatrecht. I<sup>2</sup>, op. cit., p. 502.

Frente a esto, la tesis de Voci se centra en demostrar que no se produce esa pretendida erosión de los caracteres penales de estas acciones, al menos en época clásica, y ello porque, o se quiere hacer basar en textos interpolados, como ocurre cuando se trata de los que hacen referencia a la pérdida del carácter de la cumulatividad subjetiva<sup>128</sup>, o bien, porque la evolución jurídica permanece fuera de la estructura de la *actio poenalis*, como ocurre con la eliminación del carácter de la concurrencia cumulativa de estas acciones con las reipersecutorias, que se hace alternativa, por exigencias de equidad, pero sólo-Voci- en relación con acciones derivadas de relaciones contractuales presididas por la buena fe<sup>129</sup> y en cuyo caso, el juez debe atender a todas las circunstancias que resulten de la misma. Según esto sería contrario a ella que la condena del demandado resultase más onerosa que lo que dicten las normas de la equidad. Pero esto no afecta para Voci a la naturaleza de la *actio poenalis*. Otra es la opinión de autores como Brasiello, Albanese o Vacca en sus obras ya citadas.

Siguiendo a estos autores vemos como, en primer término, Brasiello realiza en su "Corso di Diritto Romano" un estudio de la gradual pérdida de la identidad penal de la *actio poenalis* a partir de la época clásica por la progresiva degradación de los caracteres que la definen como penal. Dado el rigor y claridad expositiva de esta obra, ésta nos va a servir de guía para comprender el alcance de la transformación, en el sentido señalado, de la *actio poenalis* clásica y, al mismo

---

<sup>128</sup>Voci. Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 117 ss.

<sup>129</sup>Voci. Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 121 ss.

tiempo, como introducción natural a lo que es, tal vez, la manifestación más lacerante de esa evolución: la transformación que pueda producirse en el carácter de la intransmisibilidad hereditaria de la *actio poenalis*. Y ello resulta, en gran medida, de poner en relación D. 44,7,35,pr. con Gai, 4, 6-9.

Pero ahora, para centrar el estudio de Gai. 4,6-9, creemos necesario exponer el esquema por el que Albanese muestra la evolución de la *actio poenalis* derivada de los delitos privados centrándose en el estudio de Gai. 4,6-9. que, al igual que D. 44,7,35,pr., ha sido objeto de múltiples interpretaciones. Ambos fragmentos revelan las dudas de la jurisprudencia del Principado sobre esta materia.

Gai. 4,6-9: *Agimus autem interdum ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. 7. Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus. 8. Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit. 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relictasunt<sup>130</sup>.*

---

<sup>130</sup>Estos fragmentos han de ponerse en relación con I. IV, 18-19, que representan el punto de llegada de una evolución jurídica (continúa...)

Para Albanese el texto pone de relieve el esfuerzo de Gayo por adaptar la clasificación de Casio relativa a las acciones honorarias (D. 44,7,35,pr.) al esquema de las acciones *in personam*<sup>131</sup>.

Albanese sitúa el problema de la naturaleza de la *actio poenalis* en el marco de la evolución del ilícito privado en el Derecho romano. Se entiende por tal el acto realizado injustamente por un particular que lesione la esfera de derechos de otro particular.

---

<sup>130</sup>(...continuación)

que culmina en la idea de las acciones mixtas desde el punto de vista cuantitativo, en las que, dentro del importe de la condena, se distingue perfectamente la parte que cumple la función reipersecutoria y la parte que cumple la función penal:

I. 4,6,18: *Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persecuendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persecuendae, et ob id mixtae sunt. poenam tantum persequitur quis actione furti; sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pena agitur: nam ipsam rem propriam actione persequitur quis, id est suam esse petens sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

I. 4,6,19: *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem...*

<sup>131</sup>B. Albanese. *Illecito*. op. cit., p. 78. Es decir, se trata de llevar a este esquema la distinción, no entre acciones reipersecutorias y penales, sino entre acciones que siendo penales contengan o no también en el seno de la *condemnatio* un elemento reipersecutorio. En este sentido E. Betti, *Struttura*. op. cit. p. 192, infra.

C. Venturini (*Le pene private...* op. cit. p. 20-22) señala: "Gai. IV,9 e I. IV, 6,19 essi sottolineano, nello stesso tempo, la concreta difficoltà connessa all'inquadramento teorico, compiuto in un mutato clima culturale, di istituti giuridici che avevano costituito la risposta ad esigenze maturate in differenti contesti storici".

En la Roma arcaica-Albanese- resultaba muy difícil deslindar en la reacción prevista por el Ordenamiento Jurídico un aspecto penal o aflictivo, de un aspecto civil o indemnizatorio como elementos diferenciadores que separasen, en cada caso, cuándo estamos ante un ilícito privado de naturaleza penal y cuándo ante uno de naturaleza civil. Así, en las relaciones de tipo contractual el incumplimiento de lo convenido entre las partes permitía una reacción del acreedor correspondiente que iba más allá de lo meramente indemnizatorio de los daños y perjuicios ocasionados por tal incumplimiento. En el *nexum* la parte que ha de cumplir la prestación (*nexus*) queda por *mancipatio* bajo el poder del acreedor; se trataba de una sujeción material en la que la reacción en caso de incumplimiento del *nexus* quedaba, desde luego, en la esfera de los particulares, pero en su contenido recaía sobre la propia persona del *nexus*.

Esta idea se ve en las primeras formas de obligaciones *ex contractu* del Derecho romano, es decir, tratándose ya de verdaderos vínculos jurídicos y no de mera sujeción material. En la *sponsio* la promesa se garantiza inicialmente con la propia persona y de ahí el procedimiento de la *manus iniectio* previsto en las XII Tablas. Se trata de un procedimiento ejecutivo que se preve que concluya, aunque por supuesto, en última instancia, cuando el acreedor no haya resultado satisfecho en su pretensión, con la muerte del propio deudor y a manos de su acreedor.

Por otro lado, en tiempos arcaicos, la naciente *civitas* romana, asentada sobre las gentes del Lacio concibe la reacción del particular contra el delito cometido contra él por otro como un ejercicio de una justa venganza, por mucho que sea esta

"reglada" por los mores maiorum de la comunidad. En este caso el ilícito es de tipo extracontractual pero la reacción queda sustancialmente en la esfera de la autonomía privada.

En conclusión, en los primeros tiempos no era posible distinguir como categorías conceptuales el ilícito civil del ilícito penal en la relaciones entre los particulares. Esta distinción se va perfilando a lo largo de la evolución del Derecho romano.

Estamos de acuerdo con Albanese en que son hitos, entre otros, de esta evolución la desaparición del *nexum*, posiblemente por la *Lex Poetelia Papiria*; la desaparición también por esta ley, y es posible que antes<sup>132</sup>, del procedimiento de la *manus iniecto* como procedimiento general de ejecución de la sentencia declarativa y su sustitución en el marco del proceso formulario por la *bonorum venditio pretoria*; la concepción de la *poena* ya en las XII Tablas como verdadera pena de contenido económico pero también, con todas las matizaciones doctrinales que se quiera, como compensación que satisfaga al lesionado y le disuada de toda otra forma de venganza; la aparición en virtud de un plebiscito del siglo III a.C., de la *actio ex lege Aquilia* que, ante el delito de daños injustamente causados, persigue una pena que, sin embargo, coincide normalmente con el importe del daño, con lo que, aunque la acción por su naturaleza es penal, normalmente opera en la Ordenamiento Jurídico con una función resarcitoria;

---

<sup>132</sup>A. D'Ors (Derecho Privado Romano. Pamplona. 1986. p. 158) considera que en realidad la *Lex Poetelia Papiria* se limitó a hacer posible la intervención de un *vindex*; pero al mismo tiempo no considera acertada la referencia que nos da Gai. 4,35 según la cual la sustitución de la ejecución personal por una meramente patrimonial se habría llevado a cabo por el pretor Publio Rutilio (II a.C.) sino que dicha sustitución debió de producirse antes.

la absorción por el Derecho penal público, desde finales de la República, de los supuestos más graves de delitos entre los particulares, con lo que se va empujando al delito privado a una esfera civilística dominada por la idea de la reparación del daño o de compensación por la ofensa; y, la creación por el Pretor de numerosos ilícitos penales privados con una fórmula que en numerosos casos lleva una *condemnatio al simplum*, es decir, por la estimación del daño producido con el ilícito.

Además, esta evolución en el sentido indicado afecta, incluso, a la esfera del Derecho Penal público, puesto que en crimina de pena básicamente patrimonial, como el crimen de *repetundis* o el crimen *peculatus*, ya desde finales de la República se contempla la posibilidad (aunque la evolución aquí también no es lineal sino cambiante y, a veces, contradictoria)<sup>133</sup> de que con la propia acción penal, dirigida por lo demás al *simplum* de lo robado, se pueda recuperar del heredero del procesado, aunque fallezca ésta durante el proceso, el importe de lo robado o ilícitamente adquirido por éste. En conclusión la correspondiente acción que nace de estos crimina es penal porque además de nacer de un crimen público va a castigar a la persona de quien, de una u otra manera, robó al pueblo romano, pero junto a esto aparece un componente de carácter reipersecutorio en la propia acción que hace, llegado el caso, que esta misma pueda dirigirse, en función ya sólo reipersecutoria, contra los herederos del condenado en cuanto, aún de buena fe, se aprovecharon de aquella ganancia ilícita.

Albanese interpreta pues, como conclusión general, los

---

<sup>133</sup>infra. Capítulo cuarto. 3).



textos contenidos en D. 44,35,7,pr., y en Gai. 4,6-9, con arreglo al proceso de despenalización del ilícito penal privado romano desde las XII Tablas hasta Justiniano. Se trata del esquema dogmático de una evolución jurídica que no se detiene, además, en sus últimas consecuencias, con Justiniano sino que llega hasta nuestros Ordenamientos Jurídicos. Añadimos a ello que la dirección en que se mueve un sistema jurídico como el romano, reflejo del cambio paulatino de las convicciones morales y jurídicas de la sociedad constituye un método válido para interpretar el sentido de fuentes de tanta importancia como las que examinamos.

Siguiendo a Albanese, vemos pues, que en Derecho Romano no hay lugar a una tajante distinción conceptual entre acciones reipersecutorias y penales; en las fuentes no aparece en ningún caso la expresión *actio reipersecutoria* y en sólo diez ocasiones la expresión *actio poenalis*, y todas ellas en comentarios ad *Edictum*<sup>134</sup>. En realidad el elemento reipersecutorio se va afirmando a lo largo del Derecho Romano para limitar en sus justos términos la presencia del componente penal vengativo dentro de la reacción del Ordenamiento frente al ilícito. Así se irá deslindando un campo penal, en el que la reacción del Ordenamiento jurídico atiende al castigo de una ofensa personal, y un campo civil, que se va afirmando frente al anterior, por el que la reacción va dirigida a restaurar un equilibrio patrimonial injustamente perdido entre particulares.

Este es el sentido de la evolución en la que *res* y *poena* no son conceptos que definan tajatemente la naturaleza y

---

<sup>134</sup>Albanese. Illecito. op. cit. p. 84, nota 44.

función de las acciones de uno u otro tipo sino que son elementos que pueden estar presentes en mayor o menor medida, o incluso en ninguna (como es el caso de la *actio iniuriarum* en la que no está presente el elemento reipersecutorio), en la propia pretensión del actor.

En definitiva, con arreglo a este esquema, *res* y *poena* aparecen como elementos que integran la *condemnatio* correspondiente, como parece indicarse en D. 44,7,35,pr., cuando se indica que "*rei persecutionem continent*" lo que, precisamos, como se vió<sup>135</sup>, que aunque el texto esté particularmente interpolado (y es muy discutible en qué medida), ello no altera el hecho de que de un estudio de conjunto de las fuentes relativas a las acciones penales, se admita que en el Derecho clásico pueda darse que en la *condemnatio* de la acción penal honoraria pueda contenerse también la persecución de "*quod patrimonio nobis abest*" (lo que se recoge en el *res et poena persequimur* gayano) y que esto se traduzca en que, en la medida en que la acción conlleve este elemento reipersecutorio civilístico, pero sólo en esta medida, pueda, a pesar de ser honoraria y penal, ser ejercitada *post annum* (y si es así lo será *in simplum*, o en la medida del enriquecimiento), y quizá también en algún caso, *in heredem*, en la medida en que se haya enriquecido, aún de buena fe.

Claro está, de aquí a admitir la existencia de acciones cualitativamente mixtas en el Derecho clásico por razón de deslindar naturaleza y función no hay más que un paso, y este lo

---

<sup>135</sup>supra p. 62 ss.; Albanese. *Illecito*. op. cit. p. 76.

dió, como vimos Levy<sup>136</sup>; pero por nuestra parte podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿por qué no pudo darlo también Gayo en Gai. 4,6-9 ? . Por lo menos puede pensarse que Gayo muestra una cierta indecisión ante la idea de clasificar las acciones in *personam ex iure civile* en atención a la función que éstas desempeñan en el Sistema Jurídico. Lo que sí resulta evidente-entendemos- es que Gayo encuentra una seria dificultad a la hora de realizar tal sistematización si se parte de un esquema rígido de *res* y *poena* como conceptos que determinen dogmáticamente cuando estamos ante acciones reipersecutorias o penales.

Es cierto que Gayo coloca dentro de la categoría de acciones por las que se persigue *rem* y *poenam* (Gai. 4,9) acciones "velut *ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus*". La inclusión de estas acciones en las que aparece una pena procesal no tiene sentido. Aquí, la generalidad de la doctrina se muestra de acuerdo en el hecho de que no se pueden relacionar en una misma clasificación conceptos que se encuentran en planos distintos, porque la clasificación gayana atiende a la función (civil o penal) que desempeña la *actio in personam* y esto no puede relacionarse con los supuestos de la *infitiatio* como pena procesal.

Pero sobre todo llama la atención el hecho de que Gayo incluya, por razón de la *infitiatio*, en el fragmento 9, a la *actio ex lege Aquilia*, cuando en Gai. 4,112, al enunciar la "*certissima iuris regula*", propia de las acciones penales, de la intransmisibilidad pasiva de dichas acciones enumera aquí, entre otras, precisamente a la *actio ex lege Aquilia*. También sorprende

---

<sup>136</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 11 ss.

que la *actio vi bonorum raptorum* aparezca con verdadera cautela entre las acciones por las que "*poenam tantum persequimur*" (Gai. 4,8) al decir "*et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum*". Por el contrario el hecho de que no incluya entre el grupo de las acciones por las que "*rem tantum persequimur*" a la más genuina de todas, es decir, a la *actio rei vindicatoria*, tiene para Albanese<sup>137</sup> la fácil interpretación de que el texto de Gayo parte de D. 44,7,35,pr., que a su vez se refiere sólo a las acciones honorarias, por eso, no cabía incluir a la *actio reivindicatoria*, que es una *actio ex iure civile*. Para Vacca<sup>138</sup> la razón se encuentra, más bien, en que Gayo realiza una sistematización de las acciones *in personam*, estamos pues en materia de obligaciones, no puede pues incluirse a aquella acción que es de naturaleza real.

En cualquier caso el problema se centra pues en relación a la *actio ex lege Aquilia* y a la *actio vi bonorum raptorum*.

Según Voci<sup>139</sup> la inclusión de la *actio ex lege Aquilia* entre las acciones por las que "*rem et vero poenam persequimur*" es una "svista" de Gayo pues está claro que en dicha acción en caso de *infinitatio* no se unen *res et poenam* para llegar así a formar una pena del duplo de la *vera aestimatio rei* sino que se une *poena et poena*, puesto que aunque el importe de la *condemnatio* coincida con la *vera aestimatio rei* la acción

---

<sup>137</sup>Illecito. op. cit., p. 78 ss.

<sup>138</sup>Delitti. op. cit., p. 690. Actiones poenales... op. cit., p. 50 ss. Cfr. también Pugliese, Istituzioni di diritto romano op. cit. p. 600.

<sup>139</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 94 ss.

presenta los caracteres propios de una *actio poenalis* en sentido técnico. El propio Gayo se contradice, según esto, porque precisamnete al enunciar la más neta regla definidora de una *actio poenalis* en Gai. 4,112 incluye entre otras, como ejemplo, preciamente a esta acción. Sanfilippo<sup>140</sup> sigue esta misma línea aunque, antes que decir que estamos ante un error de Gayo se limita a constatar el problema que plantea el texto. Ankum<sup>141</sup> en este mismo sentido no ve más que un defecto de sistematización forzada a efectos didácticos, pero nada más.

Ahora, Albanese<sup>142</sup> (en la línea de Levy y Kaser) dice algo más: es cierto que estamos ante un doble error de sistematización de Gayo, tanto en relacionar en esta sede la pena procesal de la *infitiatio*, que no se mueve en la esfera de la función de las acciones *in personam*, cuanto en traer a colación en los términos vistos a la *actio ex lege Aquilia*, pero por qué no pensar que ese "error" de Gayo deja entrever en realidad una falta de claridad de conceptos. Gayo nunca pudo dudar que la *actio ex lege Aquilia* era una acción de naturaleza penal, pero al lado de ello hay que reconocer que la *condemnatio* en esta acción normalmente va dirigida a la indemnización del daño<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup>Corso di Diritto Romano... op. cit., p. 32.

<sup>141</sup>Actions by which... op. cit. p. 13 ss.

<sup>142</sup>op. cit., p. 80.

<sup>143</sup>Un punto que debe destacarse a este respecto es el hecho de que ya en la época clásica la determinación de la cuantía de la *condemnatio* en la *actio ex lege Aquilia* se realice en función del interés patrimonial subjetivo del actor (*id quod interest*) cuando la aplicación de un criterio objetivo (*vera aestimatio rei*) llegue a resultados ilógicos desde el punto de vista de la justicia material. Voci, (Risarcimento e pena..., op. cit., p. 66-67) destaca el hecho de que la pandectística (B. (continúa...))

<sup>143</sup>(...continuación)

Windscheid, Diritto di Pandette, II, op. cit., & 455, sub. 5; p. 761-762) tenía en cuenta el interés del actor al fijar el máximo valor de la cosa dañada, en el curso del último año, o del último mes, según que fuese una cosa perteneciente respectivamente, al primer o al tercer capítulo de la ley. Sigue diciendo Voci que, posteriormente la doctrina interpolacionista (Beseler, Zur Sachwertberechnung nach dem aquilischen Rechte, Z.S.S., 50, 1930, p. 25 ss.) señaló que la jurisprudencia clásica debió aplicar las normas de la ley Aquilia pero en función de una estricta valoración objetiva de la cosa siendo luego los compiladores los que aplicaron el criterio del interés.

Por último Voci (op. cit. p. 67 ss.) señala que el criterio del interés se impone, tanto en algunas acciones reipersecutorias como en algunas acciones penales (sin afectar para nada a la naturaleza penal de éstas) en el seno de la jurisprudencia clásica porque esta es la única forma en muchos casos de que, al hacer una completa valoración del interés patrimonial lesionado, se consiga para el actor la solución más justa en el caso concreto.

Kaser (Quanti ea res est, op. cit. p. 167 ss. (cit. de Voci, p. 67-68); Das röm. Privatrecht, I<sup>1</sup>, op. cit. p. 621) ve en la determinación de la condemnatio en la actio ex lege Aquilia, a tenor del interés del actor (id quod interest), una señal de que esta acción es cualitativamente mixta en la época clásica, es decir, tiene naturaleza penal, pero cumple una función indemnizatoria en sentido amplio. Como ya se indicó, Kaser (Das röm. Privatrecht, I<sup>1</sup>, op. cit. p. 502) entiende que por la actio ex lege Aquilia persigue la indemnización del id quod interest desde al menos desde Juliano.

A. González (Tres estudios romanísticos, Madrid, 1983, p. 27 ss.) aborda este tema y señala que (p. 33) "nos parece que en época clásica es probable que el criterio objetivo de la aestimatio rei sería el que en principio se aplicaría para la determinación de la condena según los criterios de la repetitio temporis previstos en la propia ley Aquilia. Pero a consecuencia de la evolución experimentada por la Jurisprudencia, se pudo muy bien haber admitido una valoración según criterios menos rígidos, de forma que se tendría ya no solo el daño material causado, sino el perjuicio que se deriva del delito, perjuicio que en definitiva bien pudo ser valorado según los módulos del id quod interest".

En este sentido, recientemente Valditara, Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini. Milano, 1992: en este trabajo, el autor pretende como novedad poner en conexión los dos fenómenos diversos de, por un lado, la superación por parte de la jurisprudencia del criterio del pretium rei para la valoración del daño aquiliano mediante el manejo del criterio del id quod interest y, por otro, la progresiva extensión de la legitimación activa de la a. legis Aquiliae a sujetos diferentes del propietario: el homo liber que de buena fe sirve a otro, el paterfamilias por las lesiones ocasionadas a su hijo, el  
(continúa...)

Las cosas son lo que son y no lo que parecen. La *actio ex lege Aquilia* es de naturaleza penal pero la función que llega a desempeñar en el tráfico jurídico es básicamente indemnizatoria, y así, como se verá, sus caracteres penales se ven erosionados en época clásica, singularmente el de la concurrencia cumulativa (que pasará a ser alternativa) entre esta acción y las acciones civiles reipersecutorias. Añadimos la hipótesis de que, según todo esto, la inclusión de dicha acción en Gai. 4,9 tal vez sea un reflejo subliminal de las propias dudas de Gayo, manifestación, a su vez, de un época de cambios por la articulación de una sistemática nueva por la jurisprudencia clásica.

El otro problema básico venía dado en relación a la *actio vi bonorum raptorum*. En Gai. 4,8 se nos dice que se persigue por ella sólo la poena, pero esto sólo según la opinión de algunos autores. Ello debe ponerse en relación con otros dos textos<sup>144</sup>:

---

<sup>143</sup>(...continuación)  
usufructuario, el comodatario (salvo por lo referente a deterioros sufridos por la cosa dada en comodato), el acreedor pignoraticio, el titular de una servidumbre de acueducto. El autor opina que esta extensión sólo es posible a partir de la jurisprudencia severiana (s. III d. C.; ver Ulp. D. 9,2,21,2), tras fuertes discusiones jurisprudenciales habidas durante el siglo anterior, coincidiendo con el desplazamiento del criterio de la *aestimatio rei* por el del *id quod interest*. A este resultado se llega con no poco esfuerzo interpretativo, dada la rigidez de la previsión legal de condenas de *quanti ea res (fuit)* referidas en principio exclusivamente al bien destruido o lesionado.

<sup>144</sup>No debe ser motivo de duda, Gai. 3,209, en el que no se dice nada acerca de la posible concurrencia alternativa de la *actio vi bonorum raptorum* con la *actio furti* sino que se especifica simplemente que para el caso del robo con violencia hay una acción particularmente creada por el Pretor diferenciada de la *actio furti*.

Ei quoque, qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse Iulianus libro vicensimo secundo significat. D. 13,1,10,1. ( Ulp.1. 38 ad Ed.).

Rerum raptarum nomine etiam furti vel damni iniuriae vel condictione agi potest vel certe singulae res vindicari possunt. D. 47,8,2,26. (Ulp. 1. 46 ad Ed.).

Nos preguntamos sobre el sentido de las dudas de Gayo. Albanese<sup>145</sup> desde la coherencia de su construcción dogmática llega a unas conclusiones que creemos más bien hipotéticas. Según éstas Gayo, al recoger el esquema de Casio en Gai. 4,6-9, se encuentra con una acción que es ejercitable por el *quadruplum* dentro del año y por el *simplum* despues del año: es la *actio vi bonorum raptorum* de origen pretorio pero incluida por el mismo Gayo en Gai. 3,182. Las dudas de Gayo-Albanese- vendrían por el hecho de que la acción sería ejercitable *post annum* en la medida en que, de acuerdo con D. 44,7,35,pr., *rei persectionem continet*, pero esto dejaría sin explicar que la acción mantenga el carácter inequívocamente penal de la intransmisibilidad *in heredem*. De ahí que Gayo, en coherencia con otros textos suyos (Gai. 4,112), mantenga la acción entre las que *poenam tantum persequimur*. (Gai. 4,7).

Pero el problema se plantea más que en el ámbito del ejercicio de la acción *post annum* o *in heredem*, en relación a la concurrencia de la acción con otras acciones penales y civiles, es decir, si puede ejercitarse cumulativamente con otras

---

<sup>145</sup>op. cit., p. 79.



acciones. Juliano<sup>146</sup>, en el siglo II, da una opinión recogida por Ulpiano que parece zanjar la cuestión: sienta el principio clásico de la concurrencia cumulativa con la *condictio furtiva* (D. 13,1,10,1). Luego, el mismo Ulpiano reafirma el principio con carácter general en D. 47,8,2,26; es decir, en relación no sólo con la *condictio furtiva* sino también con la *actio furti*, y la *actio iniuriarum*.

Claro está, todo esto con independencia de las posibles y puntuales atenuaciones pretorias de la concurrencia cumulativa en aras a razones de equidad para que el condenado no resultase excesivamente perjudicado, lo que, aún siendo éste un indudable mecanismo de erosión del carácter penal de la *actio vi bonorum raptorum*, no impide que, al menos en apariencia, quede en pie el principio clásico hasta el punto de llegar hasta el Digesto de Justiniano<sup>147</sup>.

La opinión de Juliano asentó la naturaleza específicamente penal de la acción y esto es lo que importa realmente en este capítulo de la tesis, sin poder adentrarnos ahora en el problema de la posible asimilación inicial de la *actio vi bonorum raptorum* con la *actio furti* como supuesto delictivo más cualificado pero de naturaleza análoga, o bien con la *actio ex lege Aquilia*, por los destrozos ocasionados por el reo de aquella acción.

---

<sup>146</sup>H. Ankum. Actions by which... op. cit., p. 30 ss.

<sup>147</sup>Juliano asienta el carácter penal de la *actio vi bonorum raptorum* en Derecho clásico. Posteriormente vuelven otra vez las dudas y por último Justiniano (I. 4,6,19) la incluye dentro de las acciones mixtas.

Vacca<sup>148</sup>, por su parte, apunta que si se asimila la rapina a la hipótesis de *damnum* cualificado podría comprender en la *condemnatio, res et poenam*, es decir, contener junto a la pena, en la propia *condemnatio*, el importe del resarcimiento del daño<sup>149</sup>. En definitiva, otra vez la aplicación del esquema casiano.

Por último, como exponente del pensamiento actual más autorizado sobre la materia nos parece conveniente reproducir, en esencia, la opinión al respecto de Vacca<sup>150</sup> que aporta elementos nuevos dentro del esquema general de Albanese.

Partiendo de Gai. 4,6-9, recuerda que la doctrina excluye que en este texto se pueda ver una anticipación de la distinción justiniana entre acciones reipersecutorias o de resarcimiento, acciones penales y acciones mixtas. Esta distinción (I. 4,6,16) se encuentra en una óptica distinta a la de Gayo, puesto que ya no se trata de una clasificación de las acciones *in personam* sino que comprende todas las acciones y, con arreglo a esto, se distinguen por un lado las acciones que miran a la *rei persecutio* (*in rem* y *ex contractu*), por otro lado las acciones que persiguen una *poena* (*ex maleficio*), y por último, las acciones mixtas que persiguen al mismo tiempo, y de modo perfectamente separable, *rei persecutio* y *poena*. Respecto a la acciones mixtas se cita en I. 4,6,16

---

<sup>148</sup>Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. Milano, 1972. Cfr. también Balzarini. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano. Padova. 1969.

<sup>149</sup>Delitti privati.... op. cit., p. 690, nota 13.

<sup>150</sup>Delitti Privati. op. cit., p. 682 ss. Actiones poenales. op. cit., p. 50 ss.

específicamente a la *actio vi bonorum* y a la *actio ex lege Aquilia* que son reipersecutorias hasta donde el importe de la condena iguale a la estimación del daño y en lo que exceda, en esa parte cuantitativa de la condena, serán penales. Las dudas-añadimos- de los clásicos se zanzan por Justiniano, pero en realidad lo que hace es resolver, decididamente, de conformidad con una dirección de evolución del Derecho que está presente desde la época clásica.

Para Gayo-Vacca- no cabe que haya contradicción entre el carácter penal de la *actio ex lege Aquilia* y el hecho de que el objeto de la pretensión fuese prevalentemente el *rem persecui*.

Vacca continua su exposición poniendo en relación Gai. 4,6-9 con el texto contenido en D. 44,7,35 pr. (Paul. 1.1 ad Ed.) e interpreta este último diciendo que Casio realiza la distinción dentro de las acciones honorarias, según que estén dirigidas, o no, a la *persecutio de la res* (en el sentido genérico de aquello que viene a faltar en nuestro patrimonio) con el limitado fin práctico de justificar un diverso régimen respectivo. Esta clasificación es completamente extraña a la distinción entre acciones penales y reipersecutorias en términos justinianos y, por el contrario, como indicó Albanese, la contraposición *res-poena* se relaciona con diferentes contenidos de la pretensión procesal. Así, según el esquema que resulta de la distinción de Casio, las *ceterae actiones* (aquellas que no contienen la *rei persecutio*) no pueden estar dirigidas más que a la persecución de una mera *poena* y por lo tanto son acciones penales. Ahora, esto no significa que todas las acciones penales contengan la *persecutio de una mera poena*. Para Vacca la distinción de Gayo

tenía el limitado fin práctico de explicar el concurso de algunas acciones, en particular el concurso electivo entre acciones *ex delicto* y las acciones *ex contractu* dirigidas a repetir la cosa eventualmente dada, y que tenían por objeto, por lo tanto, *res*. Debe destacarse, en este sentido, que la clasificación de Gayo se limita a las acciones *in personam*; nos movemos pues en el terreno del Derecho de Obligaciones. La consecuencia práctica está en que si la acción *ex delicto* persigue el pago de una suma de dinero a título exclusivo de *poena* la acción será acumulable con las acciones *reipersecutorias* (como sucede con la *actio vi bonorum raptorum* que es acumulable a la *reivindicatio* y la *condictio furtiva*).

Es evidente-Vacca- que el razonamiento de Gayo sigue el mismo esquema lógico que el de Casio, "anche se a diverso proposito e con una esplicitazione della nozione de poena", así el "agere ut rem tantum consequamur" y el "agere ut rem et poenam tantum consequamur", de los cuales habla Gayo, no puede corresponder más que a las "actiones quae rei persecutionem habent" de Casio. A este propósito no puede "destare" perplejidad la afirmación implícita en el pasaje de Gayo de que con la *actio ex lege Aquilia* se persiga una *poena* sólo en el caso de que ella sea "in duplum adversus infitiantem". Añade Vacca que el considerar la *actio ex lege Aquilia in simplum* como una acción con la cual "rem persequimur" no tiene nada que ver con el hecho de que sea "poenalis", sino que alude exclusivamente a que en ella la "condemnatio" incluye la reintegración patrimonial del ofendido. La única consecuencia que se saca de ello se une al hecho de que para los juristas clásicos la *actio ex lege*

Aquilia no puede ser acumulada con la eventual acción contractual que está también dirigida al "rem persequi". En definitiva, esta consunción procesal se opera no sobre la base del carácter penal o reipersecutorio de las acciones sino sobre el contenido de la pretensión; la cual consunción procesal no tendría lugar en el ámbito del *ius civile* sino que obedecería a la valoración discrecional del magistrado.

Como conclusión, a tenor de todo esto, debemos entender que el análisis de la *condemnatio* de las acciones penales es lo que va a permitir al juez en época imperial atemperar el principio de responsabilidad penal personal *ex delicto* para no ocasionar un excesivo enriquecimiento en el patrimonio de la víctima. El paso siguiente será, lógicamente, la configuración de una finalidad reparatoria, no meramente resarcitoria, de la *actio poenalis*, que Justiniano posibilita, bajo la apariencia del mantenimiento de los principios clásicos, a través del cauce procesal del *civiliter agere* por el que se sustanciará la *actio poenalis ex delicto*<sup>151</sup>.

Terminamos con las siguientes palabras de Vacca relativas a la *actio ex lege Aquilia*: " si potrebbe andare anche oltre, ma entriamo necessariamente nel campo delle supposizioni, ipotizzando che l'affermazione che l'*actio ex lege Aquilia* contiene il *rem persequi* deriva proprio dalla delimitazione giurisdizionale del concorso delle azioni, che inizia il processo che porterà a considerare l'*actio ex lege Aquilia* azione prevalentemente diretta al risarcimento, là dove inizialmente la condanna nel *simplum* costituiva semplicemente una pena

---

<sup>151</sup>Cfr. Pugliese. n. 70

commisurata in qualche modo all'entità dell'offesa. Potrebbero conciliarsi così le posizioni di chi considera carattere insopprimibile dell'azione penale il fatto che oggetto de la condanna sia il pagamento de una somma di denaro esclusivamente a titolo di poena, e di chi distingue la natura dell'azione dal contenuto della pretesa: il passo di Gaio esaminerebbe cioè semplicemente un aspetto pratico della distinzione fra le diverse azioni, che prelude alla distinzione anche teorica operata dei giustinianeî".

En la misma línea A. González<sup>152</sup> establece que "aunque se mantenga la naturaleza penal de la actio legis Aquiliae, se advierte que ésta, al concurrir con acciones derivadas de contratos consensuales de buen fe, se comporta como una acción reipersecutoria, en el sentido de que el ejercicio de una de las dos acciones vendría eliminado por vía de la consunción judicial *ex officio*, o incluso en algunos casos a instancia de parte, mediante una *exceptio doli*. Este funcionamiento de la acción de daño injusto fue una de las razones que determinaron la evolución ya iniciada en época clásica, evolución que culminaría con la nueva concepción justinanea de las acciones mixtae".

---

<sup>152</sup>Tres estudios romnísticos, op. cit., p. 47.

6) La decadencia del carácter penal de la actio poenalis en el Derecho romano clásico.

A) Naturaleza penal y función reipersecutoria en el campo de las acciones penales públicas que conllevan penas de tipo patrimonial.

Continuamos con el desarrollo iniciado en el número anterior. Y comenzamos éste con una afirmación que, desde luego, puede sorprender: la decadencia del carácter propiamente penal de la actio poenalis de Derecho privado encuentra un paralelismo, e incluso, en cierta medida, una anticipación, en el campo del Derecho penal público<sup>153</sup>, es decir, en el ámbito de los crimina, y en particular de los que tienen un contenido patrimonial como son los consistentes en apropiación de dinero público (peculatus, crimen de residuis) o en cualquier forma de corrupción, exacción ilícita o enriquecimiento a costa de un cargo publico (crimen repetundarum), cometidos por parte de magistrados, senadores o funcionarios en general. Estos crimina aparecen en la legislación republicana de los siglos I y II a.C.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup>E. Levy. Privatstrafe... op. cit. p. 89.

C. Venturini, Le pene private, premissa romanistica... op. cit., p. 15-16, subraya la complementariedad que se aprecia entre la represión pública de los crimina patrimoniales y la represión, a través de las acciones penales privadas, de los delicta contra el patrimonio de los particulares.

Cfr. F. Serrao, Repetundae, N.N.D.I., XV, p. 453 ss.

<sup>154</sup>F. Serrao. Repetundae. N.N.D.I., op. cit., p. 454 ss.

Mommsen<sup>155</sup> considera la identidad de función que desde el punto de vista de la filosofía del Derecho tuvieron la *condictio ex causa furtiva* con el *crimen repetundarum* tal como quedó configurado por la primera de las diversas leyes que, de acuerdo con la turbulenta vida política del final de la República, fueron promulgadas<sup>156</sup>, y lo cierto es que, respecto al *crimen repetundarum*, queda configurado como tal, más que nada por su sustanciación por un proceso público, dado el interés en juego de esta naturaleza, y a través de la correspondiente *quaestio perpetuae* en la que se lleva toda la instrucción de oficio a partir de la *accusatio* o *delatio nominis* de un particular que pone en marcha la maquinaria del Estado<sup>157</sup>. En

---

<sup>155</sup>Droit Pénal..., III, op. cit., p. 1 ss.

<sup>156</sup>*Lex Calpurnia, Lex Iunia, Lex Acilia (Sempronia, a. 122 a. C.), Lex Acilia (a. 111 a. C.), Lex Servilia, Lex repetundarum de Silla, Lex Iulia repetundarum.* F. Serrao, N.N.D.I., XV, *Repetundae*. p. 454 ss.

Es lógico, era un tema de especial sensibilización política. ¿Cómo concebir la función real de la pena aplicable al condenado por estos crimina?. ¿Cómo establecer una función realmente penal, es decir aflictiva, aún en su patrimonialidad con el corolario lógico de la intransmisibilidad hereditaria pasiva, o con una función reparatoria o simplemente resarcitoria del daño ocasionado?. Lo cierto es que el Derecho romano de fines de la República, en aras al interés público en juego (la *Res Publica*), será más resolutivo que en el campo del Derecho privado en lo que atañe a la recuperación de lo ilícitamente obtenido por magistrados o senadores, pero al mismo tiempo, *ratione personae*, sobre todo por influencia del partido conservador senatorial en la República, y por prudencia y conveniencia políticas en los primeros tiempos del Principado, el legislador será más proclive a configurar estos crimina con unas penas que desempeñan una función real más reparatoria que aflictiva. De ahí que Mommsen señale que la *actio repetundarum*, tal y como quedó configurada a finales de la República, participase de la misma naturaleza de la *condictio ex causa furtiva*.

<sup>157</sup>En tema de *crimen repetundarum* tanto en cuanto a su estudio pormenorizados como en cuanto al punto clave de la *delatio* como mecanismo que conducirá y servirá de puente para el (continúa...)



realidad sólo la Lex Acilia (Sempronia) estableció, como uno de los exponentes de la legislación gracana, la pena del doble de lo ilícitamente obtenido y sin embargo, fue esta ley la que, movida por principios publicísticos establece, fugazmente, la transmisión hereditaria pasiva de la propia pena siempre que, al tiempo del fallecimiento, se hubiere producido ya la *delatio nominis*<sup>158</sup> contra el fallecido. La reacción silana, confirmada en este punto por la legislación posterior, acaban con esta posibilidad. Serrao realiza en la obra antes citada un detallado estudio de la evolución ulterior, en la que cabe destacar el establecimiento en el Principado de una acción de repetición contra los herederos del reo fallecido por el importe de la condena y limitada por un año, recogida en D. 48,11,2 (Scaevola 4 regul.). Y lo que es más importante, con el desarrollo de la *cognitio extra ordinem* se distingue, por un lado, una acción dirigida a la recuperación patrimonial de lo ilícitamente obtenido, heredera en su función reparatoria de la legislación de *repetundarum*, y, por otro, las penas aflictivas de la *cognitio* de carácter propiamente penal. Así P.Sent. L. (R. 20-21)<sup>159</sup>:

Leg(e) Iul(ia) repetundar(um) nemo in p[ublico  
iud(icio) acc] usatur, sed id qu(od) dat(um) e(st)

---

<sup>157</sup>(...continuación)  
ulterior tránsito del *ordo iudiciorum publicorum* a la *cognitio extra ordinem*. Cfr. C. Venturini Studi sul "Crimen Repetundarum" nell'Età Repubblicana. Milano, 1979; "Quaestio extra ordinem". S.D.H.I., 63, 1987.

<sup>158</sup>infra, p. 301 ss.

<sup>159</sup>Reconstrucción de estas rúbricas de F. Serrao. Il frammento leidense di Paolo. Milano, 1956. p. 43.

Cfr. el texto con D. 48,1,1.

repeti p(otest).

La acción dirigida a la reparación patrimonial cumplirá una función análoga a la que cumplirá a partir de Derecho clásico la *actio poenalis* privada en general<sup>160</sup>.

Por lo que hace al *peculatus* y al crimen de residuis, la acción penal, en el primer caso, del múltiplo de lo hurtado, es, directamente, y desde el primer momento, en la propia legislación republicana, dirigida por la totalidad contra los herederos<sup>161</sup>. Serrao dice respecto al proceso de *peculatus* que se trata de un proceso formalmente penal pero dirigido en definitiva a la reintegración de un patrimonio público. Y añade que "il fenomeno è interessante anche per altro verso, perchè permette di osservare come, proprio a proposito del peculato, la pena patrimoniale pubblica subisca, molto per tempo, un processo de trasformazione e tenda sempre più ad assumere funzione riparatoria".

Aparece pues en relación a estas acciones una doble función que responde a un doble interés. Por un lado el del Estado de que se castigue en un proceso público, *ad exemplum*, un crimen contra el interés público, y, por otro lado, el del particular- y el del propio Estado- lesionado en su patrimonio de que se le restituya lo que injustamente se sacó del mismo.

---

<sup>160</sup>Este punto será tratado más profundamente en el capítulo relativo a la transmisibilidad hereditaria de las acciones penales públicas.

<sup>161</sup>Serrao. *Sul danno da reato*. op. cit., p. 37 ss. y 42. Además en la p. 43 se refiere, en esta misma línea, de persecución del importe de lo ilícitamente obtenido a los herederos la *lex malacitana*. *Infra* p. 315

Añadimos, anticipando una reflexión que desarrollaremos en el capítulo cuarto, que frente a la resolución con que se manifiestan los compiladores en relación con la transmisibilidad pasiva de las acciones correspondientes a estos crimina- D. 48,11,2; D. 48,13,16; D. 48,2,20- no se da una regla que exprese de forma tan nítida la transmisibilidad pasiva de las poenales acciones de Derecho privado. Posiblemente se esté, con esta constatación revelando algo importante: mientras en Derecho público, por razón del interés de la comunidad, las Constituciones imperiales regularon profusamente y con libertad sobre diversos aspectos, por ejemplo respecto a delitos patrimoniales de Derecho Público- C.Th. 9,27,4= C. 9,27,2- la evolución del ilícito penal privado, en el marco de las relaciones entre los particulares, se produce no tanto por la acción del legislador, sean los comicios o el Principe por medio de constituciones o de senadoconsultos, sino que es materia que se deja a la equidad del pretor o del juez de la *cognitio extra ordinem* en la aplicación del Derecho al caso, realizándose con cuidado exquisito un trabajo, que nos ha llegado sólo fragementariamente plasmado por los textos de los juristas clásicos, de adecuación de la estructura de la *actio poenalis* de los delitos privados a lo que va siendo cada vez con mayor claridad su función indemnizatoria.

Vemos pues, que en temas como la concurrencia de las acciones penales privadas entre sí, o de éstas con la acciones reipersecutorias, o en relación a la transmisibilidad pasiva de las mismas, la jurisprudencia clásica no podía rechazar, sin más, principios elaborados en tiempos de la República, o aún antes,

como el principio de la personalidad de la pena, que reflejan principalmente en su plasmación en leyes los principios generales del pensamiento jurídico del *populus romanus*<sup>162</sup>. Ante esto lo que la jurisprudencia hizo fue crear expedientes jurídicos para hacer cumplir la función que de suyo, conforme a la propia naturaleza de las cosas, van cumpliendo las instituciones jurídicas, encajando a estas como piezas que cuadran en el rompecabezas del sistema jurídico.

Las acciones penales privadas, en general, con todos los matices que se quiera, van a desarrollar de modo paulatino una función reparatoria, encuadrable en lo que hoy en día entendemos por Derecho civil, dejando en el seno de la *cognitio extra ordinem* el aspecto puramente penal que nace de un ilícito determinado al *criminaliter agere*. En dicho proceso las acciones penales privadas se sustanciarán por el *civiliter agere*; es decir, en una acepción de *civiliter* recogida por Justiniano y plenamente moderna, se trata de reclamar la reparación, en forma de *poena*, que se considere pertinente por el delito en cuestión<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup>infra p. 346 ss.

<sup>163</sup>La vertiente procesal del problema también es esencial para la comprensión del mismo. El proceso de adecuación de las normas a los principios jurídicos vigentes en el Sistema Jurídico romano clásico pasa por la superación del formalismo procesal romano, heredero de concepciones religiosas, y que se produce por el establecimiento, a partir del Derecho clásico, de la *cognitio extra ordinem* como sistema procesal en el que el juez-funcionario imperial, dotado de una sólida formación jurídica, y dependiente de una jerarquía judicial, y por la tanto, doctrinal (coherencia en la aplicación del Derecho, desde los juristas de la Cancillería imperial al juez que resuelve el caso concreto), conoce de la causa correspondiente en todas sus fases. El juez actúa con una libertad (la que en último término le confiere la autoridad imperial) que no tenía en absoluto el Pretor en el  
(continúa...)

Ahora, como venimos diciendo, esta transformación jurídica no se opera en el terreno de las declaraciones dogmáticas contenidas, por ejemplo en leyes, sino en el terreno que constituye el cauce jurídico natural de creación y cambio en el Derecho romano: la búsqueda de la solución más justa en el caso concreto, en otras palabras, en el proceso. Así exigencias de equidad, de justicia material, obligan al juez-magistrado a un deslinde conceptual entre pena y resarcimiento, en cada caso particular, para atemperar la condena pecuniaria que pueda resultar de la acción penal determinada, o de las acciones concurrentes entre sí, a unas exigencias de equidad que no pueden sino responder a un cambio de función de la acción.

B) Cambio de la estructura de la acciones penales privadas como consecuencia del cambio de la función que desempeñan a lo largo del Derecho romano clásico.

Hemos de volver a la cuestión inicial que vimos en este capítulo. Se nos plantea si este cambio de función nos obliga a

---

<sup>163</sup>(...continuación)  
proceso formulario. Por otra parte, desaparece el *ius honorarium* como sistema paralelo al *ius civile* y la labor de adecuación de la justicia formal, que resultaba muchas veces de la aplicación del *ius civile*, a la justicia material, es decir, acorde con los valores éticos realmente sentidos por la sociedad de su tiempo, es ahora dejada a los márgenes de discrecionalidad, que dentro siempre de la ley quedan ahora en manos del juez.

La separación, dentro de la *cognitio extra ordinem*, de un *civiliter agere* y de un *criminaliter agere* y el tratamiento procesal de lo *delicta privata* dentro del primer cauce es, a nuestro juicio, de capital importancia. En este sentido Pugliese. Processo privato e processo pubblico... op. cit. p. 63 ss.

admitir un cambio en la estructura que caracteriza a la *actio poenalis* clásica (lo que sería consecuencia lógica del mantenimiento de la rígida equivalencia de Voci, estructura-función de la *actio poenalis*); o si por el contrario pueda separarse naturaleza y función de la *actio poenalis* y pueda defenderse la existencia de una evolución de la función de dicha *actio* pero sin alterar su sustancia. Creemos que la posición de Voci lleva a un callejón sin salida porque desde el plano de la estructura de la *actio poenalis*, o se da un determinado carácter o no se da; no puede en función de la ortodoxia defenderse que la concurrencia de las acciones penales privadas con las reipersecutorias se va haciendo alternativa por obra del Pretor, así en relación a las acciones de buena fe, o a las acciones arbitrarias, y ver esto como algo extraño, ajeno a lo que ocurre en la propia estructura de la acción. Porque entonces el carácter de la concurrencia cumulativa entre ambos tipos de acciones o se da o no, y si no se cumple, o vemos en ello un ataque a la estructura clásica de la *actio poenalis*, o no queda más remedio que ir admitiendo una separación, como si de dos planos se tratasen, de la naturaleza y la función de la *actio poenalis*. Para nosotros la contradicción es insalvable.

Lo cierto es que autores que se encuentran en posiciones tan distantes respecto a este tema como Voci<sup>164</sup> y Sanfilippo<sup>165</sup>, por un lado, y Serrao<sup>166</sup>, por otro, elaboran sendos esquemas conceptuales que parten, lo que ya nos sugiere

---

<sup>164</sup>Risarcimento e pena privata... op. cit. p. 185 ss.

<sup>165</sup>Gli atti illeciti... op. cit., p. 51 ss.

<sup>166</sup>Sul danno da reato in diritto romano. op. cit., p. 58.

algo, del mismo punto de partida: de la insuficiencia e inadecuación de la *actio poenalis privata* respecto de la función que está llamada a desempeñar en el Derecho clásico en el que el fortalecimiento de la idea del Estado<sup>167</sup> y la creación de la *cognitio extra ordinem* llevan a la *actio poenalis*, con su *condemnatio pecuniaria*, a la esfera de lo que hoy entendemos por Derecho civil.

El esquema se da con relación a aquellos caracteres que definen con mayor claridad la *actio poenalis*: la intransmisibilidad pasiva de la *actio poenalis* y el régimen de concurrencia de dichas acciones entre sí y con relación a las acciones reipersecutorias y criminales. En el primer caso, la intransmisibilidad se justifica por el principio de personalidad de la pena que es una de las notas básicas que se da en toda acción que cumpla una función penal; el régimen de concurrencia se justifica también por la función desempeñada por la acción: así la concurrencia entre una *actio poenalis*, mientras que cumpla una función estrictamente penal, ha de ser cumulativa con las acciones reipersecutorias porque en el objeto de la demanda en una y otra no hay el mismo asunto (*ne bis in eadem res*) viniendo la diferencia por la función penal o reparatoria que se cumple respectivamente.

Para Voci, como ya se ha indicado, la función de la *actio poenalis* clásica no desborda nunca el ámbito de la estructura de la misma. Su inadecuación a las nuevas exigencias del tráfico jurídico, reconocida por Voci, se resuelven fuera de su estructura, presentándose el siguiente cuadro de medidas para

---

<sup>167</sup>Utilizamos una terminología moderna.

hacer frente a esa situación:

Desde el punto de vista de resarcimiento-Voci- tenemos que:

1) Muchas acciones que en el Derecho primitivo o preclásico son penales se convierten en reipersecutorias en el Derecho clásico, ya por transformación de la acción misma o bien por surgir otra nueva, reipersecutoria, que se pone junto a la anterior, penal, y que muchas veces acaba por sustituirla.

2) El Pretor introduce la figura de la acción penal arbitraria en la que al reo sólo se le impone la pena correspondiente si no realiza la restitutio ordenada por el juez. Si se piensa- Voci- que la pena puede ser por el múltiplo del daño y que la restituo comprende el valor de la cosa la contraposición resultará clara<sup>168</sup>.

3) La consunción judicial en materia de acciones (sobre todo entre acciones penales y reipersecutorias) por obra del Pretor y luego, del juez de la cognitio extra ordinem en relación a acciones nacidas de contratos de buena fe o de acciones arbitrarias.

---

<sup>168</sup>Cfr. sobre el tema B. Biondi (Studi sulle azioni arbitrarie e l'arbitrium iudicis. Ristampa ed. anastatica de 1912. Roma, 1970) mantiene la tesis de que no existen en el Derecho clásico acciones penales arbitrarias, en el sentido de que en la litis contestatio se fije, o que, en cualquier caso, durante el proceso, el reo pueda liberarse de la condena pecuniaria mediante la restitución del objeto del litigio. Otra cosa es la arbitrariedad de estas acciones entendida como la posibilidad que tiene el futuro demandado de evitar que se dirija la propia acción penal contra él cumpliendo el iussum restituendi que basado en el imperio del pretor le ordene restituir la cosa. En este sentido sí admite Biondi la arbitrariedad de determinadas acciones penales. Esto tendrá gran importancia en el capítulo relativo la intransmisibilidad hereditaria pasiva en lo que hace a la actio metus y a la actio doli.



4) La fictio de la litis contestatio que en determinados casos llegaría a reconocer el Pretor, lo que permitiría la transmisibilidad pasiva de la actio poenalis ejercitada como si ya se hubiese extinguido por haberse producido la litis contestatio<sup>169</sup>.

Por otro lado desde el punto de la prohibición del indebido enriquecimiento se desarrolla como criterio de responsabilidad clásico- Voci contra el parecer de Albertario<sup>170</sup>-la medida del enriquecimiento (in id quod pervenit), por la que el Pretor a través de acciones in factum impide que, al amparo del principio de personalidad de la pena, pueda el heredero del reo fallecido antes de la litis contestatio, enriquecerse impunemente de lo que éste obtuvo por el delito de aquél.

Serrao<sup>171</sup>, desde una óptica completamente distinta a la de Voci, establece un esquema no limitado a las acciones poenales privadas sino que también se refiere a los crimina de contenido patrimonial cometidos por senadores o magistrados en el ejercicio de sus funciones, y que explica la evolución de la función de estas acciones desde el punto de la intransmisibilidad pasiva de dichas acciones en caso de muerte del reo. El esquema es el mismo de Voci<sup>172</sup> pero para Serrao podemos afirmar que se

---

<sup>169</sup>infra p. 272 ss.

<sup>170</sup>infra capítulo séptimo 3).

<sup>171</sup>Sul danno da reato. op. cit., p. 58 ss.

<sup>172</sup>No debe sorprendernos. Por encima de la consideración de las diferencias que resultan por la interpolación de las fuentes clásicas, las líneas esenciales de la evolución del Derecho romano clásico son, en cualquier caso constatables. No obstante (continúa...)

aprecia una tensión dialéctica dentro del binomio estructura-función de la *actio poenalis* clásica que hace que al final la función nueva acabe desbordando una estructura inadecuada; de ahí la transformación que-Serrao- ya aparece en D. 44,7,35,pr. Así el autor distingue una primera época, dentro del Derecho clásico, en la que está en vigor el *ordo iudiciorum publicorum* (creado en el último siglo de la República) en la que los medios con los cuales, muerto el culpable, se provee al restablecimiento de la situación patrimonial turbada por el crimen público pueden agruparse del siguiente modo.

1) Acciones reipersecutorias concurrentes cumulativamente con los *iudicia publica*.

2) *Iudicia publica* excepcionalmente ejercitables contra los herederos del reo. Es un supuesto especial por ser la parte lesionada el Estado y que provoca que queden a un lado la aplicación del principio de personalidad de la pena. En particular se trata de los crímenes de *peculatus* y de *residuis*<sup>173</sup>.

3) *Iudicium publicum* que va dirigido hasta alcanzar el objeto de la restitución del patrimonio lesionado, a pesar de que se haya producido la muerte del reo en el curso del proceso, después de la *nominis delatio*. Es el supuesto del crimen

---

<sup>172</sup>(...continuación)

la interpretación que se dé a esas realidades jurídicas y sus cambios muchas veces se debe a la utilización de una u otra metodología o a la consideración de unos u otros presupuestos ideológicos. De ahí que, como en este caso, se aplique prácticamente el mismo esquema porque hay, en esencia una misma realidad y sin embargo el desarrollo de esos esquemas de trabajo llevan a conclusiones diferentes.

<sup>173</sup>infra p. 313 ss.

**repetundarum**<sup>174</sup>.

4) Acciones penales privadas concurrentes cumulativamente con la persecución pública, respecto de las cuales, si ya se ha producido la *litis contestatio* con el reo, son ejecitables íntegramente contra los herederos.

5) Acciones concedidas por el Pretor en los límites del enriquecimiento del heredero, concurrentes cumulativamente con la persecución pública, en lugar de las acciones penales privadas.

Pero- Serrao- a partir del siglo II d.C. se producen profundos cambios en el campo del Derecho criminal (afirmación definitiva de la *cognitio extra ordinem*, creación de nuevos crímenes extraordinarios decadencia de las *quaestiones...*) lo que no deja de producir influencia en las Instituciones a través de las cuales se había actuado, precedentemente, para el resarcimiento del daño después de la muerte del culpable. Así tenemos:

A) El número de las acciones reipersecutorias concurrentes cumulativamente con la persecución criminal, y por lo tanto ejercitables contra los herederos, aumenta considerablemente. Junto al crimen *repetundarum* surge una específica acción de repetición<sup>175</sup>. Para el *peculatus* la antigua pena patrimonial va a ser el objeto de una acción reipersecutoria, concurrente con la persecución criminal extraordinaria.

B) En todos los casos en los que falta la

---

<sup>174</sup>infra p. 301 ss.

<sup>175</sup>infra p. 305

correspondiente acción reipersecutoria el resarcimiento se consigue por las acciones penales privadas en concurso cumulativo con la represión criminal.

Se evidencia pues del esquema de Serrao un cambio en la función, y por lo tanto en la naturaleza, de las acciones penales privadas en general, las cuales pasan con el tiempo a tener una función reparatoria del daño ilícitamente producido, en lugar de una función propiamente penal-aflictiva.

Y hasta aquí un esbozo de esquemas dogmáticos (insuficiencia función-adaptación de estructura versus cambio función- cambio de estructura) en los que se mueve la *actio poenalis* clásica. Dentro de estos esquemas se comprende la problemática relativa al tema de la desaparición o no del carácter de la intransmisibilidad pasiva hereditaria de las acciones penales. Sin embargo este es el objeto central que da título a la tesis por lo que será tratado lo más pormenorizadamente posible en los capítulos correspondientes<sup>176</sup>.

Ahora, tanto como apoyo a lo dicho hasta aquí, y como contexto concordante con lo que se verá respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales, debemos hacer una referencia al cambio de naturaleza y función de la *actio poenalis* clásica en cuanto se manifiesta también en otros de sus caracteres que definen su estructura. En particular, nos referimos a la concurrencia cumulativa o alternativa con otras acciones reipersecutorias o penales, a la

---

<sup>176</sup> Capítulos quinto y séptimo.

nota de la cumulatividad subjetiva y a la noxalidad<sup>177</sup>.

Voci<sup>178</sup> estudia el tema de la concurrencia de las acciones penales privadas entre sí y con las acciones reipersecutoras desde la óptica de su polémica con Levy a propósito de la existencia o no en el Derecho clásico de las acciones cualitativamente mixtas defendida por Levy; a esta categoría se le aplicaría la posibilidad de concurrencia alternativa con las acciones reipersecutorias, lo que pretendía ser defendido por Levy a partir de los textos. Voci demostraba- con razón- que la posibilidad de concurrencia alternativa se da en pleno Derecho clásico con respecto a toda acción penal privada y no sólo respecto a las pretendidamente acciones mixtas. Ahora bien, y esto es lo importante, esta concurrencia alternativa aparece para Voci como algo extraño a la estructura y función de la *actio poenalis*, que se plantea en otro plano, que es el de la actuación del magistrado en el proceso relativo a las acciones arbitrarias y a las derivadas de los contratos de buena fe<sup>179</sup>. En las primeras el juez tiene la facultad de impedir el ejercicio

---

<sup>177</sup>La puntual referencia a la pérdida del carácter de la intransmisibilidad hereditaria activa (excepto para las acciones *vindictam spirantes*) se hace con ocasión del estudio específico de la intransmisibilidad hereditaria pasiva. *supra*

<sup>178</sup>Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 123 ss.

<sup>179</sup>Se hace referencia por lo tanto a algo ajeno a la propia acción que es el mayor grado de discrecionalidad que el magistrado tiene en estos supuestos para ajustar la cuantía de la condena a las exigencias de equidad del caso. Pero, según esto, por ejemplo, no habría posibilidad de limitar la cumulatividad del concurso entre una acción penal y otra reipersecutoria no arbitraria y de Derecho estricto, sencillamente porque el juez no puede hacerlo. Nosotros añadimos, si se ha de limitar el total de la *condemnatio* por razones de equidad, lo que ocurre es que hay una contradicción entre una pieza del sistema jurídico con los Principios del mismo.

de la correspondiente *actio poenalis* cuando el demandado ha cumplido la orden restituendi en la causa relativa a la acción arbitraria<sup>180</sup>.

Por otro lado- Voci- en los juicios de buena fe el magistrado cuenta con el doble juego de la *exceptio doli* o de la *denegatio actionis*. Así, si se ejercita primero la acción reipersecutoria derivada de la relación de buena fe, en tanto que estamos en una acción de este tipo, el magistrado pondrá como condición de la condena la remisión de la *actio poenalis*, y si a pesar de ello, el demandante ejercita esta *actio* podrá el demandado oponer la *exceptio doli*. Si la primera acción que se ejercita es la acción penal, el juez no puede compeler al actor a que no ejercite la acción reipersecutoria pero, en cuanto que es de buena fe, ya no es necesario la inclusión de la *exceptio doli* porque es contrario a la buena fe ejercitar esta segunda acción y el juez en la sucesiva acción reipersecutoria absolverá al demandado si le consta que ya se ejercitó contra él la acción penal<sup>181</sup>.

Sin embargo esta exposición de Voci para nosotros es insuficiente; en realidad la actuación del magistrado al limitar la concurrencia cumulativa entre las acciones penales privadas y las acciones reipersecutorias hasta el importe determinado de una *condemnatio pecuniaria* (y ello por razones de equidad) sí altera la naturaleza y función de las acciones penales privadas. Porque o la concurrencia es cumulativa, o, en todo o en parte,

---

<sup>180</sup>Voci. op. cit., p. 126 ss. Al respecto D. 6 1,13; 14; D. 6,1,27,2; D. 5,3,36,2; D. 4,9,3,5.

<sup>181</sup>Voci. op. cit., 145 ss.

no lo es, ya que la acción cumple una función penal que se corresponde con el carácter de la concurrencia cumulativa, o no lo cumple. Que la actuación del magistrado se limite a la concurrencia con relación a acciones reipersecutorias de buena fe (no de de derecho estricto), o con respecto a las acciones penales arbitrarias, no indica sino las limitaciones (y las posibilidades) con que se en contraba el Pretor en su actuación en pro de la justicia y equidad, pero no otra cosa. Es más, si en esas razones de equidad invocadas se percibe una transformación de la función de las acciones penales privadas el esquema de Voci se rompe.

C) Cambio de la estructura y función en las acciones correspondientes a los cuatro delicta ex iure civile.

Lo dicho vamos a apreciarlo a través del examen de aquellos textos reputados en su conjunto como clásicos relativos al régimen de concurrencia de las acciones correspondientes a los cuatro delicta ex iure civile que figuran en Gai. 3,182. Seguimos en este estudio a Vacca<sup>182</sup> y a Brasiello<sup>183</sup>.

1) Actio ex lege Aquilia.

En primer lugar nos ocupamos de la concurrencia de ésta

---

<sup>182</sup>Delitti privati... op. cit., p. 693 ss.

<sup>183</sup>Corso di diritto romano. Att0 illecito... op. cit., p. 193 ss., en lo que respecta al concurso de acciones.

acción con la acciones reipersecutorias. Así en D. 17,2,50 ( Paul. 6 Sabin.) cuyo carácter genuino, como señala Vacca, es defendido por Rotondi<sup>184</sup> se dice respecto a dicha acción, en relación con la *actio pro socio*, que "*ad rei persecutionem respicit*", lo que induce a pensar en un régimen de concurrencia alternativa con las acciones reipersecutorias. Así también, y en particular respecto a las acciones de buena fe<sup>185</sup>, en materia de

---

<sup>184</sup>Dalla lex Aquilia all'art. 1151 CC. Ricerche storico-dogmatiche. Rivista del diritto commerciale. 1916. I. p. 967, n. 2. [= Scritti di diritto romano, II, Milano, 1922. p. 498, n. 1]. Dicho autor recoge también, en este sentido a D. 44,7,34,2, y dice al respecto que "*l'a. Aquiliae è precisamente l'esempio tipico di un'azione a cui i classici riconoscono senza esitazione il carattere penale con tutte le relative conseguenze, mentre riconoscono parenti-senza lasciarsi impressionare dai fenomeni occasionali dello repetitio temporis e della litiscrescenza- che essa normalmente realizza la simplei reipersecutio..*".

Seguramente el citar a este autor se debe tanto a los estudios que realizó respecto a la *actio ex lege Aquilia* como por ser encuadrable en la doctrina interpolacionista de principios de siglo. De ahí que la autora que seguimos considerase de especial valor el que Rotondi califique dicho texto como genuino.

<sup>185</sup>Vacca. Delitti... op. cit., p. 691, n. 18. Actiones poenales... op. cit., p. 52 en la que, sin embargo, entiende que el fundamento de la concurrencia alternativa clásica de la *actio ex lege Aquilia* con las acciones reipersecutorias nacidas de los contratos de buena fe, hay que buscarla en la tendencia que se aprecia en la jurisprudencia clásica, a partir de Labeón (D. 6,1,13), de hacer basar el principio de la consunción judicial, no tanto en la naturaleza o finalidad de las acciones que parten de un mismo hecho sino en el contenido de la pretensión procesal. No en la *causa petendi* sino en el *petitum*. Se trata de un desarrollo de lo ya señalado en Delitti..., op. cit., en 1982, de acuerdo con la interpretación que da de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4,6-9, a la que, como vimos, nos adherimos. Ahora, luego se añade en este último artículo que, por ello, la *actio ex lege Aquilia* no deja de ser penal y que la condena pecuniaria no deja de ser el pago de la *poena* al condenado.

Pero, añadimos, aún cuando la *actio ex lege Aquilia* sea penal en el Derecho clásico como, entre otras cosas, nos dice claramente Gai. 4,112, esta nueva metodología de los juristas clásicos, con arrglo a la cual abordan el tema de la consunción procesal, no deja de producir, en la realidad de los hechos una crisis del carácter penal de la *actio ex lege Aquilia*.

Este tema de la concurrencia alternativa de la la acción ex lege *Aquilia* con las acciones derivadas de los contratos (continúa...)



concurso con la *actio ex locato*: D. 19,2,25,5; D. 19,2,43; Coll. 12,7,9 (=D.9,2,27,11); D. 19,2,30,2; D. 9,2,7,8. Respecto a la *actio ex commodati*: D. 13,6,18,1; D. 13,6,7,1; D. 44,7,34. Respecto a la *actio pigneraticia*: D. 9,2,18. Respecto a la *actio depositi*: D. 13,6,18,1. Respecto a la *actio pro socio* : D. 17,2,50. Por otro lado en D. 47,1,2,3 se nos presenta un caso de concurso alternativo entre la *actio ex lege Aquilia* y la *condictio furtiva* aunque, precisa Brasiello<sup>186</sup>, que en realidad en este supuesto estamos ante dos hechos distintos, de los que derivan respectivamente una y otra acción.

Por lo que hace a la concurrencia de la *actio ex lege Aquilia* con la acciones criminales, de acuerdo con las fuentes, y de forma coherente con lo que venimos diciendo, pasa a convertirse en concurrencia cumulativa. Así en D. 9,2,23,9; D. 19,5,14,1; D. 47,10,7,1<sup>187</sup>.

Como señala Serrao, la acumulación entre la *actio ex lege Aquilia* y la *actio ex lege Cornelia de sicariis* (D. 9,2,23,9. Ulp.18 ad Ed.)- fragmento en el que se toma una posición más nítida en este sentido que en Gai. 3,213- nos muestra la diferencia de función de ambas, porque afirmar esta acumulación no tiene sentido si, tanto una como otras, son

---

<sup>185</sup>(...continuación)  
consensuales y con los contratos reales es abordado, con particular estudio de los textos en cuestión por A. González Tres estudios romanísticos, op. cit. p. 33 ss. y p. 49 ss.

<sup>186</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit. p. 211 ss.

<sup>187</sup>L.Vacca. Delitti privati... op. cit. p. 694, nota 25. F. Serrao. Il frammento leidense. op. cit. p. 77. Cfr. también F. Avonzo. Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. B.I.D.R. 49-50. 1956.

acciones penales que persigan una pena- eadem res- por un mismo hecho.

Precisamente este pensamiento de los juristas es plasmado en una Constitución de Gordiano (C. 3,35,3; a. 241 d C.):

Ex morte ancillae, quam caesam conquestus es, tam legis Aquiliae damni sarcendi gratia actionem quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere posse non ambigitur.

Además-Serrao- por los daños producidos por incendio, devastaciones nocturnas, per turbam seditionemve, así como por la rapiña realizada con ocasión de calamidades, junto a las correspondientes acciones de daño, de creación pretoria, se une generalmente en la época imperial la represión extra ordinem. Así D. 47,9,1,1; D. 48,19,28,12; P.Sent. 5,3,1. Concretamente en el primer fragmento se contraponen en tal caso el concurso cumulativo entre criminum executiones y forenses actiones<sup>188</sup>, con las primeras crimina vindicantur, con las segundas damnum sarcitur.

Otro aspecto que se debe constatar es el de la concurrencia de de la actio ex lege Aquilia con otra acción penal privada (o incluso consigo misma). Así en D. 9,2,46 y en D. 9,2,47 se hace referencia a la acumulación de la actio ex lege Aquilia ex capite I y ex capite III en la hipótesis de un esclavo que fallece en virtud de las heridas ocasionadas anteriormente. Ulpiano en el último fragmento afirma la posibilidad de acumular ambas acciones (lo que es perfectamente lógico porque estamos

---

<sup>188</sup>Serrao. Il frammento leidense. op. cit., p. 79.

ante dos hechos distintos) pero lo que importa es que atribuye a la *exceptio doli* la función de limitar el montante de la condena a lo que el *dominus* hubiera conseguido si hubiese actuado desde el primer momento por la muerte del esclavo<sup>189</sup>. Brasiello<sup>190</sup> analiza estos últimos textos y subraya que aunque se aprecie una intervención de los compiladores, realmente, éstos no han introducido nada sustancialmente nuevo y sólo han modificado el rigor formal constituyendo un juicio único y una condena única mientras que ya Juliano (D. 9,2,47.) había, en esencia, atenuado el rigor sustancial.

## 2) *Actio iniuriarum*.

Se trata de la *actio poenalis* donde se mantienen con mayor pureza, en el Derecho romano, los caracteres propios de una acción de esta naturaleza, pues como señala en D. 37,6,2,4, la *actio iniuriarum magis vindictae quam pecunia habet persecutionem*. No hay, por lo tanto, una lesión patrimonial sino una pura ofensa personal. Veamos, pues, las consecuencias:

La *lex Cornelia de iniuriis* crea la *quaestio* que conoce de algunos de los más graves casos de injurias (*pulsatio*, *verberatio* y entrada violenta en un domicilio ajeno)<sup>191</sup>. La concurrencia con la *actio poenalis privata* ha de ser alternativa pues aquí se ve con claridad como por un mismo hecho se reclama, sin que aparezca un indicio en sentido contrario, pena o pena.

---

<sup>189</sup>Vacca. *Delitti privati...* op. cit., p. 694, nota 27.

<sup>190</sup>*Atto illecito, pena e risarcimento...* op. cit., p. 224-225.

<sup>191</sup>V. Devilla. *N.N.D.I.*, VIII. *Iniuria*. p. 705-706.

En este sentido D. 47,10,6 y D. 47,10,7,1<sup>192</sup>.

En particular en D. 47,10,7,1 (Ulp. 57 ed.) se contiene el significativo contraste entre el régimen aplicable en la concurrencia de la *actio iniuriarum* y la *actio ex lege Aquilia*, respectivamente, con respecto a la *actio ex lege Cornelia*. El texto establece lo siguiente:

...quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter, nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniurarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur.

El fragmento es reputado sustancialmente genuino por Serrao, pero no por Avonzo<sup>193</sup>. Ahora, el texto concuerda con otros reputados auténticos en los que la evolución de la función de la *actio ex lege Aquilia* es evidente. Que se diga que esta acción es acumulable por perseguir el importe del daño material mientras que la acción de injurias no por atender a la pura ofensa personal, con la diferencia de función y de régimen que

---

<sup>192</sup>Vacca. Delitti privati... op. cit. p. 696. Serrao. Il frammento leidense. op. cit., p. 81. Avonzo. Coesistenza e connessione. op. cit., p. 171 ss.

<sup>193</sup>Serrao(Il frammento leidense. op. cit. p. 77.) indica que en el texto Ulpiano como explicación del distinto régimen de cumulatividad pone de relieve que entre la *actio ex lege Aquilia* y la *actio iniurarum* hay distinta función. Avonzo, no obstante considera al pasaje sustancialmente interpolado. Coesistenza e connessione. p. 173. Cfr. INDEX INTERPOLATIONUM. III, p. 514. En este sentido también, G. Beseler, Beiträge zur Kritik..., 4, op. cit., p. 189; ZSS. 47, 1927.

ello implica, es, conforme a los textos arriba señalados, algo que no se contradice en rigor con el pensamiento clásico.

Pero es que además, respecto al tema de la concurrencia de la *actio iniuriarum* con otras acciones penales privadas, en D. 47,10,15,46, Ulpiano en su comentario al Edicto recoge la opinión de Labeón en favor de la acumulación entre la *actio iniurarum* y la *actio ex lege Aquilia* porque "eandem rem non esse, quia altera *actio ad damnum* pertineret culpa datum, altera ad *contumeliam*".

Paulo reafirma en D. 44,7,34 (concurrencia de *actio iniuriarum* y *actio ex lege Aquilia*) el principio típico de la acumulación del ejercicio de las acciones penales privadas que deriven de un mismo hecho cuando este acto ilícito sea susceptible de integrar los diversos supuestos delictivos previstos en cada acción que se acumula. Ahora bien, y esto es lo que nos importa, también señala que el Pretor limita, por razones de equidad, el importe de la condena pecuniaria que en conjunto se obtenga a la cantidad que resulte más elevada de las dos condenas<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup>Betti (Struttura... op. cit. p. 191 ss.) apunta que también en la *actio iniuriarum* aparece una función reparatoria congruente con el hecho de que no hay más pena que la pecuniaria en concepto de reparación por la lesión personal moral sufrida. El problema está en que en rigor no se puede cuantificar económicamente un daño moral. Sólo, si se mide en términos de las pérdidas económicas sufridas por el injuriado, por ejemplo, en su actividad, podemos pensar en una función de estricta indemnización civil: pero, entonces, ya no estamos en el ámbito del daño moral propiamente dicho.

No podemos, porque no hay fuentes al respecto, analizar el importe de las *condemnationes* de los jueces romanos pero lo que sí vemos es que la estructura de la *actio poenalis* es la que conserva con más nitidez los caracteres penales respecto a las demás acciones *poenales*. No obstante, como vemos, el tema permite también discusiones. Supra capítulo octavo en el que se trata de (continúa...)

Por otro lado, por lo que hace a la concurrencia entre la *actio iniuriarum* y las acciones criminales, con la afirmación de la *cognitio extra ordinem*, se mantiene un régimen alternativo entre represión criminal y *actio iniuriarum* y luego en el Bajo Imperio va a subsistir con carácter exclusivo la represión *extra ordinem* en la que el juez por un delito de injurias impone la pena aflictiva correspondiente según la gravedad del hecho y las circunstancias del caso (D. 47,10,45) pero también, en atención al poder discrecional del juez a la fijación de una indemnización por los daños materiales sufridos en su caso en virtud del acto injurioso<sup>195</sup>.

Y Justiniano en I. 4,4,10 recoge la posibilidad de elección entre una responsabilidad criminal del delito (*criminaliter agere*) o el ejercicio de la acción penal privada, a través, precisamente, del *civiliter agere*.

In summa sciendum est, de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta secundum quod dictum est poena imponitur. sin autem criminaliter, officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur...

### 3) *Actio furti*.

---

<sup>194</sup>(...continuación)  
la responsabilidad por daños morales, desde el Derecho romano al Derecho civil español actual.

<sup>195</sup>Serrao. Il frammento leidense... op. cit., p. 80, nota 143.

Su régimen de concurrencia viene dado, en primer lugar, por la acumulación entre esta acción penal con las acciones reipersecutorias correspondientes, así con la *condictio furtiva* y con la *actio reivindicatoria*.

Así en D. 13,1,7,pr. (Ulp.1.42 ad ed.):

Si pro fure *damnum* *decisum* sit,  
*condictionem* non impediri *verissimum*  
est: *decisione* enim *furti* *quidem*  
*actio*, non autem *condictio* tollitur.

En el mismo sentido, D. 13,1,7,1; D. 47,2,55,3; D. 44,7,34,2; Gai. 4,4 y Gai. 4,8. De esta forma queda clara la diferencia de funciones entre la *actio furti* y las otras acciones citadas, hasta el punto de que si el lesionado por un *furtum* recuperase la cosa por cualquier motivo, lógicamente, ya no podría ejercitar las acciones reipersecutorias, pero si, plenamente, la *actio furti*, porque se persigue una pena, aunque su determinación se base en un múltiplo de la *vera aestimatio rei*.

Ahora, Brasiello<sup>196</sup> nos muestra dos textos de las Sentencias de Paulo en los que se evidencia la crisis en que en se encontraban los conceptos clásicos en época postclásica y en ambientes provinciales; concretamente, P.Sent. 2,31,34; y P.Sent. 2,31,13; y así, vemos respectivamente los dos fragmentos:

---

<sup>196</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 206 ss.

Res subrepta si in domini potestatem reversa sit,  
cessat furti actio.

El segundo texto dice:

Furti manifesti actio praeter quadripli poenam  
ipsius rei persecutionem genere vindicationis et  
condictionis continet.

En estos fragmentos el elemento penal y el elemento reipersecutorio ya se confunden en la propia actio furti. Se difumina la función de ambos tipos de acciones que se contemplan desde la perspectiva de la satisfacción del robado por el ilícito patrimonial.

No obstante, las constituciones imperiales mantienen en época de Diocleciano la firmeza de los principios clásicos: C. 6,2,12 (Dioclec. et Maxim. 293); C. 6,2,13 (Dioclec et Maxim. 293) y C. 6,12,14 (Dioclec. et Maxim. 293). Y Justiniano reafirma con claridad estos principios clásicos en I. 4,1,19 y en I. 4,6,18.

En realidad las transformaciones en la actio furti van a venir por la afirmación de la represión extraordinaria de este delito, la cual, concurre en un primer momento junto a la acción, pero luego, acaba absorbiéndola desde el punto de vista procesal.

Brasiello sostiene que la concurrencia entre represión criminal y actio furti fue cumulativa, lo que evidenciaría el cambio de función de dicha acción. El aspecto penal queda para la represión criminal mientras que la actio furti cumplirá una función reparatoria o indemnizatoria (hoy decimos, civil).



Res subrepta si in domini potestatem reversa sit,  
cessat furti actio.

El segundo texto dice:

Furti manifesti actio praeter quadripli poenam  
ipsius rei persecutionem genere vindicationis et  
condictionis continet.

En estos fragmentos el elemento penal y el elemento reipersecutorio ya se confunden en la propia actio furti. Se difumina la función de ambos tipos de acciones que se contemplan desde la perspectiva de la satisfacción del robado por el ilícito patrimonial.

No obstante, las constituciones imperiales mantienen en época de Diocleciano la firmeza de los principios clásicos: C. 6,2,12 (Dioclec. et Maxim. 293); C. 6,2,13 (Dioclec et Maxim. 293) y C. 6,12,14 (Dioclec. et Maxim. 293). Y Justiniano reafirma con claridad estos principios clásicos en I. 4,1,19 y en I. 4,6,18.

En realidad las transformaciones en la actio furti van a venir por la afirmación de la represión extraordinaria de este delito, la cual, concurre en un primer momento junto a la acción, pero luego, acaba absorbiéndola desde el punto de vista procesal.

Brasiello sostiene que la concurrencia entre represión criminal y actio furti fue cumulativa, lo que evidenciaría el cambio de función de dicha acción. El aspecto penal queda para la represión criminal mientras que la actio furti cumplirá una función reparatoria o indemnizatoria (hoy decimos, civil).

Además, en la práctica, el juez de la *cognitio extra ordinem* fija en la sentencia condenatoria, en virtud de su poder discrecional, la devolución de la cosa hurtada o el resarcimiento de su valor<sup>197</sup> con lo que, queda aún más claro, la *actio furti* asume la función de hacer efectiva una indemnización por daños y perjuicios concurrente con lo anterior. Así vemos D. 47,2,93 (Ulp. 1.38. ad Ed.):

Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.

En el mismo sentido tenemos D. 47,1,3<sup>198</sup>; en este fragmento Ulpiano nos dice lo siguiente:

Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem

---

<sup>197</sup>Serrao (Il frammento leidense... op. cit. p. 105 ss.), el cual, destaca este punto y cita, en el mismo sentido, a Mommsen, Droit Pénal... op. cit. III, p. 228 (= Strafrecht, p. 892 ss.). Ferrini. Diritto Penale. op. cit., p. 238. Schulz, Classical Roman Law p. 573 ss. Avonzo, Coesistenza e connessione. p. 182.

<sup>198</sup>Brasiello. Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 248.

eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit.

Por otro lado C. 9,31,1 (Val. Grat. et Val. a. 378 d C.) establece:

A plerimque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio actio moveatur, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario.

Por su parte Serrao<sup>199</sup>, en virtud de D. 48,15,6, que recoge un rescripto de Adriano que hace referencia al supuesto de raptio de esclava ajena, reconoce el concurso cumulativo entre la actio furti y la actio ex lege Fabia, si bien el mismo autor matiza que, en este caso, más que en una acumulación en sentido propio, es decir de una única actuación perseguible por distintos medios jurídicos, estamos ante hechos realizados en distintos momentos.

Frente a todo lo anterior, Vacca<sup>200</sup> cree que el concurso entre la actio furti y la represión extra ordinem debió de ser alternativo y que sólo se acumularían ambas cuando no hubiese posibilidad de ejercitar la correspondiente acción

---

<sup>199</sup> Il frammento leidense... op. cit., p. 28 ss.

<sup>200</sup> Delitti Privati. op. cit., p. 698, n. 48.

reipersecutoria. A las mismas conclusiones llegan Balzarini<sup>201</sup> o Venturini<sup>202</sup>: el primero indica que al menos para el supuesto de hurto no cualificado los juristas clásicos se inspiraron en el criterio de no aplicar al reo una doble sanción aflictiva y un doble procedimiento penal.

C. 9,31,1 obedecería-Vacca- a una generalización realizada por los justinianeos puesto que dicha constitución tal y como aparece en el Código de Justiniano, con un alcance general, es tomada del Código Teodosiano en el que el mismo texto alude a un caso particular. En este sentido Avonzo<sup>203</sup>.

Aparecen pues serias dudas en la doctrina actual respecto a la concurrencia alternativa o cumulativa de la *actio furti* con la represión *extra ordinem* dentro del procedimiento cognitorio. De todas formas, lo que si podemos encontrar es un principio de acuerdo. Así, una vez generalizado el procedimiento cognitorio, dentro del mismo, la *actio furti* (la que se individualiza como tal en la sistemática del Digesto) lo normal es que sea ejercitada a través del *civiliter agere*, del mismo modo que cuando se ejecute la correspondiente acción reipersecutoria. Lo que queda claro es el cambio de función de la *actio furti* que ahora será más reparatorio que propiamente penal porque la pena aflictiva se impone en la vía del *criminaliter agere*. Además el juez al imponer esa pena también establecerá la consiguiente obligación de restituir lo robado o

---

<sup>201</sup>In tema di repressione extra ordinem del furtum nel diritto romano classico. B.I.D.R., 72, 1969, p. 268 ss.

<sup>202</sup>Le pene private, premessa romanistica... op. cit. p. 15-16

<sup>203</sup>Coesistenza e connessione. op. cit., p. 155 ss. p. 176 ss.

su valor<sup>204</sup>.

Estamos más cercanos a la tesis expresada por Vacca que, por otra parte, en rigor, no tiene por qué contradecir lo establecido en C. 9,31,1 y textos concordantes, sino que pone de relieve el cambio de función de la *actio furti*. Glosando las palabras de Vacca<sup>205</sup> vemos como los juristas clásicos tendieron a distinguir caso por caso, dando a la acción penal privada-también-la función de reintegración patrimonial-es decir, la propia de una acción reipersecutoria, así de una *condictio*, además de la penal privada o reparatoria, según se entienda -sólo donde no fuese posible la acumulación con los medios reipersecutorios y tutelando, de todos modos, el interés patrimonial del ofendido a recibir el montante de la poena, propiamente, a través del principio de la posibilidad dejada al ofendido, de elección entre los dos medios- *civiliter agere*, *criminaliter agere*- y confiando- en cualquier caso- al magistrado *extra ordinem* el poder de permitirle conseguir el resarcimiento del daño.

Por último, el problema de la concurrencia cumulativa entre la *actio furti* con respecto a otras acciones penales privadas se plantea especialmente entre dicha *actio* y la *actio*

---

<sup>204</sup>Así, Serrao. Il frammento leidense... op. cit. p. 84, n. 159: "Tale funzione ben si coglie da alcuni fonti dove l'*actio furti* è trattata *extra ordinem* e il magistrato condanna alla restituzione e, all'occasione, ad *aliquid amplius* [D. 47,2,57,1(...) C. 9,20,12]. Si direbbe che, con la *cognitio extra ordinem*, nello stesso processo si facesse per lo più praticamente valere l'*a. furti* e la *rei vindicatio* o *condictio ex causa furtiva*. Ciò spiega perchè agendo *criminaliter* per il furto restino per lo più escluse, oltre l'*a.f.*, anche la *condictio* e la *rei vindicatio*".

<sup>205</sup>Delitti privati... op. cit. p. 698, nota 48.

vi bonorum raptorum; pero ello será tratado a continuación.

#### 4) Actio vi bonorum raptorum.

Respecto a la concurrencia de esta acción con las acciones reipersecutorias en el Derecho clásico rige el mismo principio que para la actio furti, es decir, el de la cumulatividad entre las mismas. Así Gai. 4,8; D. 13,1,10,1; D. 47,8,2,26.

El problema de la actio vi bonorum como acción penal o acción mixta cualitativamente, en época clásica, fue tratado más arriba<sup>206</sup>. Los compiladores harán de esta acción uno de los supuestos de acciones cuantitativamente mixtas en la que se incluye en el importe de la condena el simplum por la aestimatio de la lesión patrimonial y el triple en concepto de pena, al igual que ocurre con la actio ex lege Aquilia. (I. 4,6,19).

Por lo que hace a la concurrencia de la actio vi bonorum raptorum con otras acciones penales privadas (singularmente la actio furti y la actio ex lege Aquilia) rige una concurrencia alternativa puesto que son acciones que nacen de un mismo hecho delictivo. Piénsese que la actio vi bonorum raptorum aparece precisamente como un delito cualificado respecto del hurto y del delito de daños<sup>207</sup>. Vemos así D. 47,8,2,10; D. 47,8,2,26 y Gai. 3,209.

Ahora bien, en cuanto a la concurrencia entre la actio

---

<sup>206</sup>supra p. 90 ss.

<sup>207</sup>Vacca. Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. Pub. Fac. Giur. Univ. Cagliari, 12, 1972. p. 47 ss. M. Balzarini. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano. Padova, 1969. U. Ebert. Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve. Heidelberg, 1968.

vi bonorum raptorum y la actio furti in duplum, Paulo establece en D. 47,8,1 y en D. 47,2,89 la concurrencia cumulativa, pero hasta el importe del quadruplum de la aestimatio, lo que lleva a que si primero se ejercita la actio vi bonorum raptorum y el reo resulta condenado no pueda ya intentarse la actio furti; si en primer lugar se ejercita, con el mismo resultado, la actio furti, sólo puede obtenerse con la otra acción la diferencia, es decir las dos pretensiones se extinguen en el límite de la compensatio. No cabe duda de que estamos ante una solución típicamente justiniana, no obstante, como precisa Vacca<sup>208</sup>, el hecho de que los dos fragmentos sean del jurista Paulo, cuyas soluciones en tema de concurrencia de acciones se han mostrado bien lejos de una rígida aplicación de los principios ligados a las reglas del procedimiento formulario, y guiadas por las exigencias de atemperar las viejas estructuras con la "mutata funzione" que se atribuye en estos casos a la condemnatio pecuniaria, "mi induce ad essere meno recisa nella soluzione, ed ad accettare per lo meno il dubbio posto da F. Serrao, sia pur ad altro proposito, che già sul finire dell'età dei Severi si tendesse ad applicare ad alcune ipotesi di concorrenza di actiones ex delicto la compensazione, nella forma che risulta poi generalizzata dai giustiniani".

Efectivamente, Serrao<sup>209</sup> se pregunta si en la misma época, junto a la represión pública, las acciones penales privadas, concurrentes cumulativamente con la misma, tienden a asumir una función de resarcimiento; si, en fin, afirmada como

---

<sup>208</sup>Delitti Privati. op. cit., p. 699.

<sup>209</sup>Il frammento leidense op. cit., p. 113.

general la *cognitio extra ordinem*, la compensación se convierte en una institución de general aplicación; si todo esto es verdad- Serrao- ¿cómo es posible que no se pueda ni siquiera tener la duda de que ya en época prejustiniana se haya llegado a admitir la compensación entre las acciones penales privadas?. Y concluye diciendo que" già in un periodo intermedio fra Ulpiano e Giustiniano si sia potuto giungere ad ammettere la compensazione anche nelle azioni penali private, concurrenti con la persecuzione publica, non mi sembrerebbe, confesso, ipotesi azzardata".

Por lo que hace al régimen de concurso entre la *actio vi bonorum raptorum* y las acciones criminales, y en particular la *actio ex lege Iulia*, dicho régimen no se presenta con claridad de acuerdo con las fuentes. Tenemos dos textos del Digesto. En primer lugar, D. 48,2,15 (Ulp. 56 ad Ed.):

In eum, cuius dolo malo hominibus coactis damni quid datum esse dicatur, non debet cogi actor omissa actione civili crimen intendere.

El texto responde a la preocupación de no privar al ofendido del ejercicio de la acción privada por el hecho de que pueda acudir a la represión criminal. Pero, en rigor, nada se dice sobre si la concurrencia es cumulativa o alternativa. Ahora, este texto es colocado por Lenel en la *Palingenesia* junto a otro (D. 47,8,2,1. Ulp. 56 ad ed.) que, según Vacca<sup>210</sup> y Avonzo<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup>Delitti Privati... op. cit., p. 700, n. 53.

<sup>211</sup>Coesistenza e connessione. op. cit., p. 152 ss.



parece decantarse por el carácter alternativo de la concurrencia al utilizar la expresión *elegantibus privata persecutione*<sup>212</sup>.

Pero el concurso se establece claramente como electivo en D. 48,1,4 (Paul. 37 ad ed.)<sup>213</sup>.

*Interdum evenit, ut praeiudicium iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum raptorum et interdicto unde vi et de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.*

D) Permanencia del carácter penal de la cumulatividd subjetiva de las acciones penales privadas.

Y, para terminar este capítulo, hacemos una breve referencia a la decadencia de otro de los caracteres que definen a la *actio poenalis*: la cumulatividad de acciones cuando son varios los autores de un mismo hecho delictivo<sup>214</sup>. En virtud de este carácter todos los autores de un delito privado han de ser

---

<sup>212</sup>la posición contraria es defendida por Serrao en Il frammento leidense... op. cit., p. 85-86. También L. De Sarlo. Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano. Riv. di dir. proc. civ. 14\ 1, 1937. p. 341.

<sup>213</sup> Cfr. De Dominicis. Rapporti fra iudicium publicum e iudicium privatum dal diritto classico a Giustinio. Corso di diritto romano. Trieste. 1965.(= Scritti Giuffrè, l. Milano. 1967. p. 226)

<sup>214</sup>Cfr. A. González, Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en Derecho romano clásico. Madrid, 1983.

castigados por igual sin tener en cuenta el excesivo enriquecimiento que ello pueda producir en el patrimonio del actor. Esto es así porque se trata de la imposición de una pena a cada uno de los autores del hecho puesto que han realizado un ilícito penal; no estamos pues, ante la indemnización de un daño injustamente causado.

El conservadurismo formal del Derecho romano se observa aquí con mayor fuerza; la cumulatividad subjetiva es una de las características que integran la estructura de la *actio poenalis* clásica como acción penal, y este carácter se mantiene con más vigor a lo largo del Derecho romano a pesar de la evolución que se aprecia en la función que desempeñan estas acciones. El Digesto mantiene este carácter como general y así lo vemos en D. 47,10,34; D. 47,2,21,9; D. 9,2,51,2; D. 9,2,11,2;3;4; D. 9,2,51,1; D. 47,7,6,pr. También esta regla clásica se confirma cuando se trata del carácter noxal de las acciones penales, así en D. 9,4,5,pr., D. 9,4,9 y D. 9,4,17,pr., está presente implícitamente el principio de la cumulatividad porque si un mismo delito es cometido simultáneamente por dos esclavos de distinto dueño (uno *sciens* el otro *inciens* de la acción de sus esclavos respectivos), el dueño que desconoce podrá usar de la *noxae deditio* pero el otro no. Lo que quiere decir que si los dos dueños son conscientes ambos responden cumulativamente.

Sin embargo, también con relación a la cumultivaidad se va produciendo un cambio, una matización basada en el cambio de función de estas acciones. En primer término tenemos D. 39,4,6 que hace referencia al edicto de publicanos:

Si multi publicani sint, qui illicite exegerut, non multiplicatur dupli actio, sed omnes partes praestabunt et quod ab alio praestari non potest, ab altero exigetur, sicut divus Severus et Antoninus rescripserunt: nam inter criminis reos et fraudis participes multum esse constituerunt.

Voci admite la clasicidad de la responsabilidad solidaria en la acción de publicanos en función de las características peculiares que concurren en el supuesto cuando dice<sup>215</sup> "che qui, como sempre in tema di diritto fiscale, siano intervenute speciali disposizioni degli Imperatori, è cosa verosimile". Así se justifica una regulación específica por las constituciones imperiales. De esta forma D. 39,4,6 recoge un rescripto de Severo y Antonino y establece la pena del duplo por las ilícitas exacciones; pero si la exacción es realizada por varios la acción no se dirigirá contra todos ellos sino que el importe de la condena se dividirá pro parte y de lo que no sea prestado por uno responderán los otros. Brasiello<sup>216</sup> al respecto expresa que se ha de observar que si el rescripto de los emperadores no hubiese hecho otra cosa que confirmar el principio de la cumulatividad no habría sido necesario nombrarlo. Además- Brasiello- los rescriptos imperiales aunque en apariencia dan solamente, por decirlo así, la interpretación auténtica de la norma, de hecho, las más de las veces crean Derecho constituyendo

---

<sup>215</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 120.

<sup>216</sup>Corso di diritto romano..Atto Illecito... op. cit., p. 166-167.

como tal el *ius novum imperial* que contribuyó a la transformación del Derecho clásico.

No obstante lo anterior, Brasiello<sup>217</sup> apunta que a partir de un análisis de textos se puede afirmar que también en el Derecho clásico se inicia una tendencia general para limitar el rigor de la regla de la cumultividad de las acciones penales.

Así, el principio de la cumulatividad no se aplica cuando exista la posibilidad de restitutio de la cosa objeto del ilícito. Y esto es así porque en las acciones con cláusula restitutoria la restitución no es una forma de condena sino que elimina la verdadera condena que es siempre pecuniaria<sup>218</sup>. (D. 39,4,5,pr.; Gai. ed. tit. de publicanis).

Tenemos en este sentido D. 4,3,17 (Ulp.1.11 ad Ed.) a propósito de la *actio doli*:

*Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari...*

Por otro lado, en las fuentes existen supuestos que

---

<sup>217</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 169 ss.

<sup>218</sup>Biondi (Studi sulle actiones arbitrariae... op. cit., p. 168 ss.) entiende que esta acción, al igual que la *a. metus*, es arbitraria en el Derecho clásico, pero en el sentido antes indicado en la nota nº 168, es decir, que el posible demandado puede eludir que se ejercite contra él la acción penal mediante el cumplimiento de la orden de restituir la cosa en cuestión. Los justinianos-Biondi- interpolaron este sentido de la arbitrariedad pudiendo el reo salvarse de la condena mediante la entrega, en cualquier momento del proceso, de la cosa extorsionada o ilícitamente obtenida. Ahora bien, paralelamente a ello estas acciones adoptarán en el Derecho justiniano una naturaleza mixta.

revelan una intervención del Pretor en este campo. En estos casos no se puede lógicamente hablar de una verdadera consumación *ex iure civile*- aplicación del principio "*altera (actione) electa alteram consumi*"- porque la acción desde el punto de vista del *ius civile* queda siempre en pie, sino que, por el contrario, es una consumación que deriva del Derecho pretorio, la cual puede verificarse con los diversos medios que el Pretor tiene a su disposición como son la *denegatio actionis*, la *exceptio*, y las cauciones. Especialmente tenemos la *denegatio actionis* en D. 9,3,1,10, D. 9,3,2, D. 9,3,3, y D. 9,3,4. La doctrina considera que es fruto de la interpolación esta cadena de fragmentos procedentes de distintos juristas y relativos a la *actio de effusis et deiectis*<sup>219</sup>. Brasiello, al cual seguimos, indica-de todos modos- que aquí, a efectos de determinar una responsabilidad cumulativa, no hay evidencia alguna de quién arrojó los objetos fuera de la casa, de ahí que tampoco sorprendería que la solución en favor de la solidaridad electiva que se da en estos fragmentos sea clásica en aras a un principio de equidad. Pero lo más importante es lo que se expresa en el fragmento nº3 (9,3; Ulp.1. 23 ad Ed.):

*et quidem in solidum; si cum uno fuerit actum,  
ceteri liberabuntur.*

Se hace referencia a una consumación de las otras acciones por la *litis contestatio* que extingue también la acción del demandante para con el demandado con que tiene lugar. Los

---

<sup>219</sup>INDEX INTERPOLATIONUM, I, p. 118. Significativamente no se menciona el fragmento 3 al que se hace referencia especial más abajo.

compiladores hablarían, en su caso aquí, de consumación por pago efectivo por uno de los demandados en virtud de la condena. Nos movemos pues en un terreno que puede ser de Derecho clásico.

También como supuesto discutido de *denegatio actionis* por el Pretor está D. 11,6,3,pr.

Junto a lo anterior Brasiello señala también otros casos en que el Pretor intervino modificando el rigor originario del principio de la cumulatividad. Así vemos dos textos que dan por supuesta la solidaridad electiva y que se reputan ampliamente alterados: D. 27,6,7,4 y D. 27,6,8<sup>220</sup>; pero, no obstante, llama la atención que en el último fragmento se diga que "*ceteros non denegandam Sabinus scribit in id quod deest*", lo que en rigor no concuerda con lo anterior porque Sabino, entendemos, no pudo escribir que una acción se consuma por la percepción de lo reclamado en virtud del ejercicio de otra que versa sobre el mismo objeto (*eadem res*). La opinión de Sabino recogida por Paulo debía referirse a la actividad del Pretor, a menos que la propia cita de Paulo sea falsa; ahora bien, si es verdadera, el fragmento parece presuponer la figura de la *denegatio actionis* del Pretor al decir que el acreedor que no hubiese sido satisfecho en la totalidad de su deuda por uno de los deudores no podía verse ante una *denegatio actionis* del Pretor por lo que hace al resto de la misma.

Para terminar tenemos D. 21,2,51,4 (Ulp. lib. 8 ad ed.) a propósito de la *actio auctoritatis*:

Si plures mihi in solidum "pro evictione"

---

<sup>220</sup> INDEX INTERPOLATIONUM. I. p. 118

teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, si agam cum ceteris, exceptione me esse repellendum Labeo ait.

Puede pensarse que estamos ante la *exceptio rei iudicatae* y que por lo tanto no estamos ante una consunción *ipso iure*. Más verosímil -Brasiello- es que se trate de la *exceptio doli*, y que en un principio se diese la acumulación pero que lo impide la intervención del Pretor, pero, en esta ocasión, no por vía de una *denegatio actionis* sino por vía de la concesión de una excepción.

Por último, muy brevemente, también puede hallarse huellas de la misma línea de evolución, esto es la progresiva transformación de las acciones poenales, en el carácter penal de la noxalidad de las mismas puesto que pasamos con el tiempo de estar ante un carácter nítidamente penal, al ser el medio por el cual el *pater* o *dominus* se libera de toda responsabilidad penal por la entrega del hijo o esclavo culpable a la víctima (así se hace efectivo el principio *noxa caput sequitur*) a asumir, también, una función más coherente con el ámbito patrimonial en que se mueve la *actio poenalis* en el Derecho clásico: como la posibilidad que tiene el *dominus* para mitigar su responsabilidad, de contenido patrimonial, cuando haciendo cálculos, el pago de la condena pecuniario resulte más gravoso que la entrega del esclavo<sup>221 222</sup>.

---

<sup>221</sup>Vacca. *Delitti privati*. op. cit., p. 703 ss. Especialmente cita como muestra de esta evolución a D. 9,4,2.(Ulp. 18 Ed.)

## CAPITULO II:

### LA OBLIGATIO EX DELICTO COMO

### CREACION DE LA

### JURISPRUDENCIA CLASICA

---

<sup>222</sup>(...continuación)

<sup>222</sup>Respecto a si las obligaciones ex delicto en el curso de su cambio de naturaleza y función llegaron a ser posible objeto de novación o de garantía a través de fideiussio, Kaser (Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit., p. 614, señala, respecto a lo primero, que es impensable, y en cuanto a la posibilidad de que pudiesen ser objeto de fideiussio señala que es algo completamente discutible. Cfr. P. Frezza. Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali. Padova, 1962, p. 37. Dicho autor proporciona textos del Digesto en los que se admite dicha posibilidad.



1) El concepto de la obligatio ex delicto como delimitador del concepto de la obligatio ex delicto.

A) Introducción.

En este apartado estudiamos cual fue el verdadero alcance de la voz *delictum* en el Derecho clásico. Se trata de una acepción técnica que en su tipicidad determina los ilícitos que constituyen el contenido de los supuestos que originan, por virtud del *ius civile*, la *obligatio ex delicto*. En realidad se puede hablar del binomio *delictum-obligatio ex delicto*, en una relación recíproca de causa a efecto. No obstante, como veremos, el término *delictum* también aparece referido en la fuentes, por ejemplo, a los ilícitos pretorios.

En el marco de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales, tema que constituye el objeto central de nuestra tesis, interesa perfilar cual es el verdadero uso técnico de los términos "*delictum*", "*obligatio*" y "*obligatio ex delicto*".

*Delictum* (por oposición frente a crimen) y *obligatio ex delicto* son nociones que, en una primera aproximación, aluden a un tratamiento privatístico del ilícito penal.

En la cuestión terminológica entre *delictum* y crimen veremos algo esencial desde el punto de vista metodológico: la evolución que se aprecia en las fuentes del uso de los conceptos jurídicos como expresión de la evolución de las instituciones en el Derecho clásico.

## B) Cuestión terminológica: delictum y crimen.

Las fuentes cuando hacen referencia al ilícito penal en el Derecho romano utilizan términos tales como "delictum", "crimen", "maleficium", "noxa", "noxia"<sup>223</sup>, "flagitum",

---

<sup>223</sup>Noxa o noxia (del vocablo latino noceo o neco) representan el significado de daño antijurídico. Constituyen términos que tienen un significado técnico en el Derecho Penal romano y que luego decayeron en su uso a partir del Derecho preclásico, siendo sustituidos por los términos delictum o maleficium, justo cuando se va perfilando la idea de la obligatio ex delicto. En las XII Tablas se utilizan estos términos para hacer referencia a supuestos de ilícitos penales entre particulares que dan lugar a la poena correspondiente: T. VIII, 6; 9; 10; 14. T. XII, 2 a. (F.I.R.A. Bruns., F.I.R.A. Riccobono).

Debe hacernos meditar el hecho de que su uso técnico, como digimos, desaparece paralelamente a la conceptualización de la noción de obligatio ex delicto. Sin embargo permanecen en el Derecho clásico determinados conceptos técnicos derivados de noxa o noxia que reflejan supervivencias de un estadio jurídico más atrasado: así, aparte de noxius-culpable de un delito- tenemos la actio noxalis que alude al responsabilidad del paterfamilias o dominus por los delitos cometidos por sus hijos o esclavos; en tal caso la vieja idea de responsabilidad personal corporal-noxa caput sequitur- sigue siendo una realidad.

Sobre el tema: Noxa, B. Biondi, N.N.D.I., XI, p. 449-450) y lit. allí cit. Biscardi (La dottrina romana de la obligatio rei. 1991. p. 65.

Especial atención nos merece la distinción que originariamente existiría entre los términos noxa y noxia: T. Gimenez-Candela (La subsidiariedad de las acciones noxales... op. cit.) recoge el estado de la cuestión y nos muestra la opinión al respecto de : 1) Biondi, para el que noxa sería el daño objetivamente considerado producido por una acción antijurídica, mientras que noxia sería una acción humana antijurídica. 2) De Visscher, para el que noxa tiene el significado general de delito o de responsabilidad derivante de delito, noxia por el contrario se emplearía en el mismo sentido de damnum, y, 3) Kaser que por noxa entiende cualquier daño delictivo, mientras noxia se refiere, según el autor, exclusivamente, al daño patrimonial: así en las expresiones noxiam sarcire y noxiam nocere, que aparecían en la XII Tablas (T. XII, 2 a) y que recoge Ulpiano en D. 9,4,2,1. Tardíamente, y sin sentido técnico, noxa y noxiam llegan a tener el sentido de deuda por dinero.

Por último C.A. Cannata (Delitto e obbligazione. Atti Convegno internazionale di Copanello. Illecito e pena privata in età repubblicana. 4-7 junio. Napoli, 1992. p. 29 ss.) realiza un breve estudio comparado, con relación de las fuentes respectivas, entre las expresiones damnum decidere (por ejemplo, en el caso (continúa...))

"scelus", "fraus", "peccatum", "probrum", etc... Sin embargo interesa destacar que algunos de estos términos recibieron de los juristas clásicos un significado técnico jurídico bien preciso como expresión de conceptos delimitadores de realidades jurídicas tan importantes como la de obligatio ex delicto, frente, por ejemplo, a las relaciones que nacen de los ilícitos pretorios, o expresión también, a través de los diferentes términos utilizados (en particular de delictum o de crimen), de la división del Derecho Penal romano en las dos grandes esferas del Derecho Penal Público o Privado.

Podemos hacer una reflexión inicial: del mismo modo que la topología al estudiar los nombres de los lugares refleja la evolución de los pueblos que habitaron un determinado territorio, el diferente uso técnico que en Roma se da a una realidad jurídica determinada pone de relieve la evolución del pensamiento jurídico romano sobre la misma.

Se plantea el problema central de la confrontación entre el uso clásico y justinianeo de los términos técnicos de "delictum", "maleficium", "crimen" y "flagitum" en la

---

<sup>223</sup>(...continuación)  
de *furtum nec manifestum*) y *noxiam sarcire* (por ejemplo, en la *actio de pastu pecoris* o en la *actio pluviae arcendae*). Cannata sigue en ello los estudios realizados al respecto por S. Tondo (*Leges regiae e parcidas*. Firenze, 1973) e indica que entre *damnum* y *noxia* se da una equivalencia de significado, si bien, por un lado señala que *noxiam sarcire* debía ser el significado técnico de las normas (las leyes regias), y, por otro, que las sanciones determinadas en función de la cuantía del daño, y por lo tanto variables, eran expresadas con un *damnum decidere*, si la pena debía calcularse en un múltiplo, y como *noxiam sarcire*, si se trataba de una pena *in simplum*. En todo caso, la expresión *noxiam sarcire* alude -Cannata- a normas que no crean una obligación sino que implican la sujeción del autor del daño. Así en el incendio culposo se sujeta a *noxiam sarcire* (T. VIII,10), o tenemos la *noxiam sarcire*, acompañada de la *verberatio*, en el caso del *furtum nec manifestum* del impúber (T. VIII,14).

alternativa, por otra parte fundamental, de determinar si este cambio obedece a la corrupción del lenguaje jurídico clásico debida a las interpolaciones justinianas y a los glosemas postclásicos, o si, por el contrario, estos cambios ya se producen en plena época clásica, desde el Principado, y son reflejo de una evolución jurídica que se remonta a aquel momento. Por ejemplo, vemos que el uso técnico restringido de *delictum*, como expresión del ilícito penal que, previsto por el *ius civile*, crea alguna de las cuatro obligaciones *ex delicto* a las que se refieren las Instituciones de Gayo, ya no tiene sentido en realidad cuando por efecto de la cristalización del Edicto del Pretor se unifica el *ius civile* y el Derecho honorario; o también, la rígida separación entre *delictum* y *crimen*<sup>224</sup> pierde su razón de ser a medida que se generaliza para todo el Derecho Penal el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* con unos principios procesales que, por lo demás, están más cerca de la esfera procesal en que se desarrollaron los *crimina* que de la de los *delicta*.

Etimológicamente<sup>225</sup> "*delictum*" deriva del verbo "*linquere*" como *de-linguo* (de la misma raíz que "*leik*", como "*leihe*"). Verbo que significa dejar, abandonar, quitar: la palabra "*delinquo*" se usa en principio en las fuentes literarias

---

<sup>224</sup>Sobre los términos *delictum* y *crimen* como delimitadores del Derecho penal público y del Derecho penal privado: *supra* p. 13 ss.

<sup>225</sup>Dictionnaire étimologique de la Langue Latine (Histoire des mots). Ernout-Meillet. Paris 1967. p. 361. P.W. IV<sup>2</sup>. Voz *Delictum*. Hitzig. p. 2438-2442. Cfr. también N.N.D.I., V. Voz *Delicta*. Brasiello. p. 377-379.

en el sentido de omitir un deber<sup>226</sup> (siendo en este sentido más frecuente para este significado la palabra "deficio"). Así en este sentido Festo. ep. p. 73,9: "delinquere est praetermittere, quod non oportet praeteriri: hinc deliqua et delicta". Ahora, también en textos literarios clásicos de Ennio, Terencio y Plauto<sup>227</sup> se aprecia ya el sentido de "delictum" como comisión de un acto ilícito y, en este sentido, en el uso corriente no se vislumbra ninguna diferencia entre "delictum" y "maleficium". Así en las fuentes literarias aparece este sentido genérico de delictum que se confunde con el de palabras como "maleficium", "facinus", "peccatum", "vitium", y otras<sup>228</sup>. También los juristas romanos utilizan esta palabra en el sentido de contravención (en general) del Ordenamiento jurídico o en un sentido también general, aunque más restringido, de acto ilícito que origina la reacción del Ordenamiento Jurídico, siendo éste un significado comprensivo de "crimen" sobre todo-Hitzig- en una época más remota en la que "crimen" en el sentido de falta o delito no aparece casi nunca<sup>229</sup>. Junto a esto tenemos el significado técnico preciso que "delictum" adquiere, en el Derecho clásico que es el de acto ilícito que hace nacer una "obligatio ex delicto ex iure civile" que origina una "poena" privada a cargo del ofensor, la cual se obtiene por medio de un proceso privado ordinario iniciado exclusivamente por la propia

---

<sup>226</sup>P.W. IV<sup>2</sup>. p. 2438.

<sup>227</sup>Plauto, Amphitryon 494, Terencio, Adelphoe 682.

<sup>228</sup>P.W.A.R. IV<sup>2</sup>. p. 2439.

<sup>229</sup>Así, Hitzig cita D. 21,1,51,pr.; D. 21,1,1,8; D. 4,4,9,3; D. 38,17,2,34; D. 24,3,39; D. 43,5,4.

acción del lesionado. En otras palabras, que se opone al significado también técnico en Derecho clásico de "crimen" como ilícito penal que se reprime por el proceso penal público. El problema está en la promiscuidad con que estas palabras van a ser utilizadas, desde luego por las fuentes literarias, pero también por numerosos textos jurídicos que han sido recogidos fundamentalmente en la Compilación y para los cuales se plantea si son o no interpolados o modificados al menos en época tardía.

Por lo que respecta a la etimología de "crimen"<sup>230</sup>, esta palabra deriva de la palabra latina "cerno" similar a la griega κρῖvo siendo su común raíz indogermánica "skar", "ker" (así en alemán, "scheiden"); y alude a un significado de separar, diferenciar, decidir. "Crimen" significó, siguiendo el trabajo de Hitzig, en P.W., en primer lugar, probablemente aquello sobre lo que se ha decidido, sobre lo que el juez da su decisión.

Hitzig<sup>231</sup> conecta el significado de "crimen" en el Derecho romano por un lado con la acusación o acción penal pública: así vemos que aparecen con este sentido expresiones como "crimen intendere", "obicere", "probare", "crimine postulare", "accusare", "teneri", "damnari", "crimini respondere", "crimen audire", "in crimen subscribere" y otras. "Crimen" también aparece en textos jurídicos usada de forma alternativa con "accusatio". Otras veces se refiere a la posibilidad o no de ejercicio de la acción penal, como en "crimen cessat", "crimen nascitur", "crimen excluditur". También se relaciona su

---

<sup>230</sup>P.W. V<sup>2</sup>. Voz Crimen. Hitzig. p. 1712-1718. N.N.D.I., V. Voz Crimina. Brasiello. p. 1 ss.

<sup>231</sup>P.W., V<sup>2</sup>. p. 1712.

utilización, aunque en época postclásica, con el acto punible en que mediando una acusación su autor puede ser perseguido en el curso de un proceso público; y de esta forma se relacionan las expresiones "crimen comittere", "admittere", "contrahere", "crimen eruere", "in crimine deprehendi", "pro crimine punire", "criminis suspicio", "conscientia", "socius". Y más raramente toma el sentido de culpabilidad en los giros "crimis capax", "in crimine esse", "crimine carere". Y por último aparece además su utilización para hacer referencia al proceso penal, "criminalis causa", en su conjunto, como "in crimine defendere", "torquere", "condemnare", "suspenso crimine".

Como se verá más adelante, la relación entre "crimen" y "accusatio" supone la conexión a través del procedimiento penal público, ante las quaestiones perpetuae, entre un tipo de ilícito penal y su correspondiente tramitación por medio de un proceso basado en unos principios determinados. De ahí la separación con *delictum* como ilícito que origina una reacción del Ordenamiento jurídico que se mueve en un ámbito que se puede calificar, al menos desde el punto de vista procesal, de privatístico. Se recalca esta separación entre estos dos ámbitos en numerosas fuentes, sin embargo, la confusión entre ambas aparece también en numerosos textos jurídicos como veremos más adelante.

Creemos que se debe reconcer a Albertario<sup>232</sup> el mérito de haber planteado el *status quaestionis* de la determinación del exacto significado técnico-jurídico que para los juristas

---

<sup>232</sup>E. Albertario. *Delictum e crimen*. Milano, 1924. (= Studi di diritto romano, III, 1936. p. 141 ss.). *Maleficium*. en Studi in onore di Perozzi. Palermo, 1925. p. 221 ss. (= Studi cit., III, 1. p. 196 ss.)

clásicos tuvieron los términos "delictum", "crimen" y "maleficium". Sin embargo, las conclusiones de su trabajo han sido, creemos que con acierto, rebatidas por autores como Volterra, Lauria, Segré, Levy o Kaser, y esto, no sólo como resultado de aplicar una metodología que interpreta las fuentes del Derecho romano conforme a la dirección en que se mueve la evolución de las Instituciones, sino también, como resultado de la propia exégesis de los textos jurídicos controvertidos.

Albertario utiliza el método interpolacionista para concluir que la utilización de *delictum* y *crimen* como términos técnicos que, entre otras cosas, delimitaban las esferas del Derecho Penal Público y Privado, se da de una forma rigurosa en el Derecho clásico mientras que este sentido no sólo desaparece en el Derecho justiniano, sino que son objeto de una masiva interpolación los textos clásicos en los que se hace un uso no técnico o indiferenciado de *delictum* y *maleficium* respecto a *crimen*.

Para Albertario *delictum* es exclusivamente el acto ilícito castigado por el *ius civile* con *poena* privada. Es más, *delictum* como acto ilícito fuente de la *obligatio* clásica fue en su origen la exclusiva fuente de la *obligatio* y sólo son *delicta* los señalados por Gayo en los siguientes términos:

Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona ruperit, damnum dederit, iniuriam commiserit...  
Gai. 3,182.



Por el contrario-Albertario<sup>233</sup>-pertenecen a la época postclásica o justiniana, o son alterados, los textos que se agrupan en los siguientes números:

1º) Los textos que equiparan *delictum* y *crimen*, como D. 50,16,131,1; D. 49,16,2,1; D. 49,16,6,pr.

2º) Los textos que utilizan indiferentemente *delictum* y *crimen* o que adoptan *delictum* para indicar el acto ilícito en general. También ellos o son interpolados o pertenecen a la época postclásica o justiniana: como son C. 4,55,4; C. 7,19,3; C. 9,9,10; C. 9,20,10; C. 9,2,2; C. 9,9,7,pr.-1; C. 9,20,7; C. 9,20,6; C. 9,47,7; C. 9,12,9; C. 9,36,2,pr.-1; C. 9,47,22,2; C. 1,5,4,6; C. 4,20,14; C. 9,15,1; C. 9,47,19; C. 9,49,7; C. 12,37,16,7; C. 6,7,2; C. 9,4,5; C. 7,61,2; C. 4,1,13,1; D. 48,5,14,9; D. 48,4,7,3; D. 40,9,15,pr.; D. 50,16,131,1; D. 4,4,20,pr.; D. 47,16,2; D. 40,5,35; D. 1,3,1; D. 26,6,4,4; D. 4,4,20,pr.; D. 4,4,37,pr.-1; D. 40,2,20; D. 48,19,5,2; D. 48,18,14; D. 40,7,29,pr.; D. 48,19,41; D. 2,7,2,pr.; D. 12,7,5,pr.; D. 24,3,39; D. 24,3,39; D. 48,16,15,3-4; D. 37,14,7,1; D. 48,10,31; D. 50,13,5,1; D. 48,15,7; D. 3,6,8; D. 37,15,1; D. 47,13,1; D. 50,2,2,7; D. 48,19,1,pr. y Gai. 4,155.

3º) Los textos que llaman o consideran *delictum* al acto ilícito privado castigado por el *ius honorarium*. Para estos casos la jurisprudencia clásica hablaba de un *teneri*, no de un *obligari*; es decir, no son fuente de obligaciones en Derecho clásico<sup>234</sup>, lo que lleva a concluir-Albertario-que el acto

---

<sup>233</sup>Studi, III,1. op. cit., p. 149 ss.

<sup>234</sup>Sobre este controvertido tema, esencial para comprender cual es el verdadero sentido de la *obligatio* romana clásica, se  
(continúa...)

ilícito privado castigado por el *ius honorarium* no es un *delictum*. Así son interpolados D. 47,1,1,2; D. 4,7,4,6; D. 42,5,9,8; D. 11,3,10; D. 47,4,1,19.

4º) El *delictum* aparece en este grupo de textos refiriéndose al dolo contractual, es decir el dolo que se emplea en el *negotium gerere*. Se pone de manifiesto-Albertario- una degeneración profunda del sentido técnico de *delictum* que para los clásicos era la antítesis misma del *contractus*. D. 44,7,49; D. 4,4,9,2; D. 4,4,47,pr.; D. 16,3,1,18; D. 26,10,3,5-6; D. 27,3,1,10-14; D. 44,4,4,27; D. 16,3,9; D. 43,5,4; D. 50,17,154; D. 21,1,51,pr.; C. 2,34,1; C. 11,35,1.

Albertario llama la atención a este respecto acerca de la utilización en griego de una misma palabra para traducir *delictum* y *dolus*, griego, lo que explica este uso indiferenciado de aquellas palabras por la influencia helenística en la parte oriental del Imperio y especialmente en época tardía.

5º) En este grupo de textos aparece *delictum* con el significado de culpa por lo que son-Albertario-visiblemente interpolados, D. 4,4,9,3; D. 21,1,1,8; D. 22,6,9,pr.; D. 37,4,3,5.

6º) En algún texto se encuentra la expresión "*delictum militae*" para referir delitos de tipo militar, cuando los juristas clásicos ya conocían la expresión técnica de "*flagitium*"<sup>235</sup>. Se recogen los siguientes textos en que aparece

---

<sup>234</sup>(...continuación)  
hace referencia puntual en el número segundo de este capítulo.

<sup>235</sup>Sobre "*flagitium*" como denominación técnica con la que se conoce la infracción de tipo militar citamos el breve artículo que al respecto tiene E. Volterra: Flagitium nelle fonti (continúa...)

ese uso impropio y que son relativos a juristas de época tardía o de menor entidad<sup>236</sup>: D. 38,12,1; D. 48,19,14; D. 49,16,12,2; D. 49,16,3,5; D. 32,22,1. Y también un texto de Ulpiano, para Albertario interpolado: D. 29,1,11,pr.<sup>237</sup>

La conclusión de todo lo anterior está en que el término *delictum* representa el acto ilícito considerado por el *ius civile*, y que es la fuente más antigua de la obligatio a la que luego se añadió el *contractus*.

Crimen para la jurisprudencia clásica también tiene un significado técnico que es el de ilícito castigado por el *ius publicum* con pena pública. Albertario procede a distinguir los siguientes grupos de textos jurídicos en los que crimen aparece con un significado no clásico<sup>238</sup>.

1º) Textos en los que se menciona la expresión crimen *publicum*, lo cual es una evidente redundancia: D. 3,6,1,1; C. 2,4,18; D. 47,8,2,24; D. 21,1,17,18; C. 2,4,18; C. 9,1,3; C. 9,2,9; C. 9,6,5; C. 1,3,10,8; C. 1,3,30,2; C. 1,5,4,1; C. 1,11,8,pr.; C. 1,51,10; C. 3,24,3,pr.; C. 9,2,14; C. 9,2,14; C. 9,2,15; C. 9,3,1; C. 9,11,1; C. 9,27,6,1. Y en C. 1,17,2,8 a, Justiniano contrapone *crimina publica* a *delicta privata*. Albertario indica que con estos textos se pone de manifiesto que en edad tardía el concepto de crimen se ha dilatado tanto que comprende todo acto ilícito y por eso crimen

---

<sup>235</sup>(...continuación)  
giuridiche romane. Archivio Giuridico. "Filippo Serafini". 1934. XII, 1. p. 39 ss.

<sup>236</sup>Textos de Menandro, Modestino, Macrobio y Hermogeniano.

<sup>237</sup>Delictum e crimen. op. cit., 172.

<sup>238</sup>Albertario. Delictum e Crimen. op. cit., p. 176 ss.

publico no es más que la adjetivación de delito castigado con pena pública.

2º) Textos que mencionan la expresión *crimina privata*. Se pone de relieve que están interpolados o que son de época postclásica o justiniana: D. 48,19,1,3; D. 48,19,32; C. 3,24,3,pr.

3º) Textos que contienen el término *crimen* para indicar actos ilícitos que en el Derecho romano clásico no se castigaban con pena pública: Gai. 3,208; Gai. 4,178; Gai. 3,197; D. 19,2,45,1; D. 50,16,225; D. 48,16,7,1; D. 48,1,7; D. 48,15,6; D. 47,2,93(92); D. 11,4,1,1-3; D. 47,9,1,1; D. 48,5,6,pr.; C. 9,33,3; C. 6,2,1; C. 6,2,2. También aquellos textos en que aparece *crimen* para designar ilícitos pretorios: D. 44,7,1,5; D. 4,3,16; D. 16,3,1,4; D. 26,10,3,7; D. 42,5,31,2; D. 26,10,3,3; D. 3,6,9.

4º) En este grupo están los textos en que se utiliza *crimen* para designar en general el acto ilícito: D. 3,6,5,pr.; D. 48,5,12,12; D. 4,6,38,pr.; D. 29,5,3,4; D. 39,4,6.

5º) Tenemos un último grupo de textos interpolados en que *crimen* significa culpa: D. 4,2,14,3; D. 9,2,30,3.

La conclusión está en la utilización a partir de época postclásica de *crimen* en un significado general de ilícito penal comprensivo de los *delicta* y *crimina* de época clásica.

Albertario completa este trabajo con su artículo titulado "*Maleficium*"<sup>239</sup> en el que se estudia el significado que debió tener este término para los juristas clásicos: un sentido técnico análogo al de *delictum*; es decir, de acto ilícito

---

<sup>239</sup>Maleficium. Studi, III,1, op. cit., p. 199 ss.

generador de obligatio, castigado por el ius civile con pena privada. Se subraya la equivalencia de las dos expresiones en época clásica; así en Gai. 3,88 con respecto a D. 4,7,1,pr.; o Gai. 4,80 con respecto a Gai. 3,88; o Gai. 3,182 y Gai. 4,182, con relación a Gai. 4,75-76, D. 44,7,4, Gai. 4,112 y D. 50,17,111,1<sup>240</sup>. Junto a estos aparecen numerosos textos en el Digesto y en el Código de Justiniano en los que *maleficium* adopta el significado general de ilícito perseguido penalmente, es decir más allá de los cuatro *delicta* previstos por Gai. 3,182. De modo análogo a lo que ocurría respecto a este término, Albertario estima que estos textos en los que aparece *maleficium* con tal sentido no técnico, son interpolados o son de época postclásica.

Las conclusiones de Albertario, tan importantes para el estudio por la doctrina romanista de la noción de la *obligatio ex delicto*, encuentran una importante matización en el artículo publicado por Volterra en la R.I.S.G. en 1930 titulado "*Delinquere, nelle fonti giurisdiche romane*"<sup>241</sup> que aborda el problema terminológico en que nos encontramos, pero desde la perspectiva del verbo (es decir del acto en su concepción dinámica) que en las fuentes expresa la acción de delinquir: "*delinquere*".

Volterra para ilustrar mejor la antítesis entre *delictum* y *crimen* se centra en el concepto que los romanos dan

---

<sup>240</sup>Albertario (*Maleficium...* op. cit., p. 199-200) realiza dicha relación de textos demostrando un uso equivalente y técnico entre *delictum* y *maleficium*. Así como ejemplo vemos que en Gai. 3,88 se dice "*omnis - obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*"; y en D. 44,7,1,pr. (Gaius 2 aerorum) tenemos: "*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut...*"

<sup>241</sup>R.I.S.G., 5, 1930. p. 117 ss.

al verbo *delinquere* en el lenguaje técnico jurídico. Ahora, advierte el autor, la investigación se presenta sin embargo muy complicada en cuanto tenemos poquísimos textos prejustinianos que hayan conservado este vocablo y, por otro lado, numerosos fragmentos del *Corpus Iuris*, en los que parece que se nos revelan en gran parte interpolados por los compiladores. Para Volterra una vez eliminados los textos que a la crítica resultan obra de los bizantinos, se tienen los siguientes resultados:

1º) *Delinquere* en un significado primario significa venir a menos, faltar a alguna cosa, y el término es usado por los juristas clásicos para indicar el ilícito en general: el ilícito castigado con pena privada por el *ius civile*, el acto ilícito castigado con pena privada por el *ius honorarium* y el acto ilícito castigado con pena aflictiva o pecuniaria *extra ordinem*.

2º) Por el contrario, señala, no se emplea para indicar el delito castigado por una de las leyes públicas, es decir, para referirse al verdadero y propio crimen ordinario.

3º) Por último, los compiladores no han respetado este significado riguroso sino que han interpolado *delinquere*: a) para indicar el acto castigado en Derecho clásico por una de las *leges publicae*. b) en numerosas interpolaciones de los fragmentos clásicos. (sic)

Volterra<sup>242</sup> considera un indicio del verdadero significado clásico de *delinquere* el hecho de que en los textos clásicos no se encuentra nunca usado *delinquere* para el acto

---

<sup>242</sup> "*Delinquere*" nelle fonti giuridiche romane op. cit., p. 117 ss. (p. 126 ss.)

castigado por el verdadero crimen público y los textos que en la Compilación dicen lo contrario están interpolados. Así resulta de D. 22,4,3; D. 48,5,2,3; D. 48,5,30(29),3;4; D. 48,5,39(38),4; D. 23,2,68; D. 48,19,5,pr.; C. 4,17,1.

Volterra en sus conclusiones generales<sup>243</sup> establece que en el lenguaje jurídico latino, después de la introducción del sistema de las *quaestiones perpetuae*, *delinquere*, más que a su significado general de acto ilícito debía técnicamente indicar solo el acto considerado como delito privado en oposición a *contrahere* que, por el contrario, se refiere originariamente al acto considerado como contrato. En la esfera del Derecho Penal, en época republicana *delictum* y *crimen* diferencian las acciones penales privadas de las públicas. Así, -Volterra- según la terminología técnica, *delinquere* se refiere al acto que ofende al particular pero no al Estado; y con la progresiva introducción por el Pretor de nuevas figuras de delitos junto a los contemplados por el *ius civile*, el verbo *delinquere* viene a aplicarse también a ellos.

En la época imperial, cuando junto a los *crimina* públicos aparece la categoría de los crímenes extraordinarios y pasan a designarse con *delinquere* también estos actos<sup>244</sup>. Sin

---

<sup>243</sup> "Delinquere" nelle fonti giuridiche romane. op. cit., p. 144 ss. Las conclusiones establecen por un lado la existencia de un uso técnico del verbo *delinquere* que se corresponde con el ámbito en el que se mueve el ilícito denominado *delictum*, y por otro, en términos semejantes a Lauria, como veremos seguidamente, pone de relieve, aunque de una forma más tímida, la crisis que en ese uso técnico se produce por consecuencia de la extensión de la *cognitio extra ordinem*.

<sup>244</sup> Hay que tener en cuenta, añadimos, que en el último siglo de la República cada *crimen* creado por ley tiene el valor esencial de hacer anudar para sí una *quaestio* que se crea al  
(continúa...)

embargo en el Derecho clásico, añade Volterra, queda aislado el grupo de los crimina ordinarios a los cuales los juristas no aplican nunca este verbo. Así, para indicar el acto que se corresponde con el verdadero y propio crimen *ordinarium*, perseguido todavía por las *quaestiones perpetuae*, se usa solo "damittere", "comittere", "perficere", y otras expresiones equivalentes.

Por último, al quedar sólo la *cognitio extra ordinem* como sistema procesal que comprende todas las causas civiles y criminales y, desde luego, en la época de Justiniano, se funden la dos categorías de crimina y, de este modo, todos los casos de crimina se persiguen *extra ordinem* y el verbo *delinquere* se aplicará a todo supuesto-delictum, crimen- de ilícito penal.

Lauria, Segré o Brasiello en la doctrina italiana, y, Levy o Kaser, en la alemana rechazan con mayor contundencia las conclusiones de Albertario.

Para Lauria<sup>245</sup> no puede entenderse que el término *delictum* tenga un significado propiamente técnico en el Derecho Clásico.

---

<sup>244</sup>(...continuación)  
efecto por aquella misma ley. Crimen es un vocablo pues que debía tener forzosamente un gran significado jurídico porque expresaba un respectivo proceso penal "tipificado" por ley. En los crimina *extra ordinem* se trata simplemente de figuras delictivas, ya sea creadas *ex novo*, ya meras adaptaciones para los supuestos más graves de crímenes o delitos ya existentes, que no llevan aparejada una expresa *poena legis* sino que entran, sin más, en el *delinquere* indicativo de la comisión de actos ilícitos penales y que quedan a la vista del juez a través de un procedimiento común y sujetos a unas penas que varían según el margen de discrecionalidad que el Ordenamiento le confiere al juez.

<sup>245</sup>Contractus, delictum, obligatio. S.D.H.I., 4, 1938. p. 163. ss.



Se parte del presupuesto<sup>246</sup> de que el Derecho romano "antiquísimo" conoce relaciones singulares e instituciones típicas, (servitutes, stipulatio, sponsio, manus, mancipium patria, gestum per aes et libram, traditio, in iure cessio...) cada una con su nombre técnico y típico, pero ignora categorías, conceptos abstractos y generales. Ahora bien, el término delictum no es de Derecho romano antiquísimo ni es término-Volterra-técnico<sup>247</sup>.

Lauria añade que, desde siempre, hubo por la jurisprudencia un uso promiscuo y no técnico de delictum y maleficium. Porque:

A) No se ajusta la utilización técnica de aquellos términos que según la interpretación rigurosa de Albertario se

---

<sup>246</sup>M. Lauria. Contractus, delictum, obligatio. op. cit., p. 183 ss.

<sup>247</sup>Ahora, especificamos, diciendo que se trata de verificar no si el uso de delictum es técnico, que en un sentido amplio puede decirse que lo es en cuanto delimita la esfera del Derecho Penal privado del público y parece que se refiere sobre todo a los ilícitos penales privados contemplados en el ius civile y no en el ius honorarium. Lo que aquí se trata es de determinar qué se entiende por uso técnico en la época clásica, es decir, si se trata de un uso radicalmente separador de realidades jurídicas distintas e incluso contrapuestas o, si por el contrario, se da la suficiente permeabilidad en el uso jurisprudencial como para entender que en el Derecho clásico ese tecnicismo es más de escuela o descriptivo de conceptos jurídicos distintos que, como piensan Albertario o Perozzi, es un lenguaje típico que responde a unos conceptos de formación histórica. En realidad, como veremos más adelante (supra p. 176 ss.) de esta diferente concepción terminológica hay en juego algo más profundo: la consideración de la obligatio romana en general y de la obligatio ex delicto en particular como un concepto de formación dogmática, inherente al desarrollo de las instituciones jurídicas, o de un concepto histórico con una terminología y formalismo rígidos que trasciende en su formación de lo que es, en la realidad en la que han de servir, el objeto y fin de las construcciones jurídicas. Se trata de un presupuesto que se verá como esencial para abordar la problemática de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales.

circunscribe a los cuatro previstos en Gayo (*furtum*, *iniuria*, *damnum*, *rapina*) al sistema de acciones penales privadas existente en la época clásica. Por un lado quedarían fuera ilícitos penales *ex iure civile* como la *actio de pauperie*, *de modo agri*, *de pastu pecoris*, *rationibus distrahendis*, *de tigno iungto* o *depositi in duplum*; también aquellos ilícitos penales populares previstos en la leyes. Por otro lado quedarían dentro del ámbito de los *delicta* ilícitos pretorios como los previstos en al *actio vi bonorum raptorum*, en la *actio iniuriarum*, en la acciones pretorias de hurto (*furtum manifestum*), o en las acciones útiles derivadas de la *actio ex lege Aquilia*. En este mismo sentido se expresan Segré<sup>248</sup> y Levy<sup>249</sup>.

B) En segundo lugar no se comprende la razón por la que Gayo agrupa los cuatro delitos señalados arriba, puesto que - Lauria- no existe ninguna característica intrínseca que los una, y al mismo tiempo, diferencie de los demás delitos privados. Al mismo tiempo se discute el verdadero alcance que tiene la enumeración contenida en dicho texto que sin duda está en la raíz del problema:

Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit...  
(Gai. 3,182).

---

<sup>248</sup>Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano. Studi in onore di P. Bonfante, III,3. p. 578 ss.

<sup>249</sup>Z.S.S., 46, 1926, p. 415 ss.

Para Lauria en este texto Gayo recoge los delitos privados que eran más importantes y más estudiados al inicio del Imperio, así Labeo los exponía en los Posteriores<sup>250</sup> y Sabino en los libri iuris civilis, añadiendo la actio de arboribus succisis y la de damni infecti<sup>251</sup>. Gayo probablemente los recogió en el texto a título de ejemplo<sup>252</sup>.

Esta última idea ayuda sin duda a entender lo que constituye una de las claves del problema, esto es, el significado de la palabra "veluti" utilizada por Gayo en su texto. Si se traduce por "como" o "por ejemplo" (al igual que en Gai. 4,112 o en Gai. 4,75) la enumeración de los cuatro delitos tiene un sentido meramente "ad exemplum" precisamente para incluir los delitos privados más importantes, pero nada más.

Además<sup>253</sup> la relación incluye en realidad sólo dos

---

<sup>250</sup>M. Lauria (Contractus, delictum, obligatio op. cit.) menciona en p. 185 la Palingenesia de Lenel, I: Iavolen. ex post. Lab. 1. 9 nn. 229-232. p. 314-315.

<sup>251</sup>Lauria cita también la Palingenesia de Lenel, II: p. 1258  
\*\* XII-XVI;

<sup>252</sup>No para Albertario o para S. Perozzi (Istituzioni..., II, op. cit. p. 13) el cual niega que el delito pudiese prestar en época clásica un servicio análogo al que presta en el campo de las obligaciones que derivan de los contratos, la stipulatio, "che servisse cioè di base a un concetto astratto generale di delitto". Estos autores no admiten más delicta que los señalados en Gai. 3,183. Pero, tampoco para Maier (Prätorische Bereicherungsklagen. Berlín y Leipzig, 1932. p. 7-9.) que toma como uno de sus presupuestos para la elaboración de su tesis sobre la intransmisibilidad, o habría que decir mejor, la transmisibilidad hereditaria pasiva, "in id quod ad eum pervenit" de las acciones penales, el dato de que la enumeración gayana es taxativa y no enunciativa. De todos modos, como se verá oportunamente, este punto no obsta la consideración general que se haga de sus planteamientos en el capítulo séptimo de la tesis.

<sup>253</sup>Segré. Obligatio, obligare obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano. op. cit. p. 579.

delicta ex iure civile que son el furtum y el damnum porque la rapina y la iniuria son en realidad ilícitos pretorios como se determina por el propio Gayo (Gai. 3,209) cuando, al referirse a la rapina, especifica que "sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum..." y añade Segré que no puede argumentarse que la rapina fuese ya un hurto porque- siguiendo aquí al propio Perozzi<sup>254</sup>- Gayo la nombra como delito autónomo junto al hurto y autónomo "in grazia dell'azione pretoria".(Gai. 4,75-76; Gai. 4,112).

Para Segré el texto más importante para demostrar que delictum y maleficium no pueden circunscribirse a los cuatro delitos contemplados por Gayo (a los que, como vimos, tampoco puede limitarse sin más la obligatio ex delicto clásica) está contenido en Gai. 4,112, cuando se trata de la intransmisibilidad de las acciones penales:

... est enim certissima iuris regula , ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredi contra quidem [videlicet actoris] huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.

---

<sup>254</sup>Segré, (op. cit. p. 580) cita a Perozzi: Istituzioni..., II (op. cit., p. 9, nº1), y refiere, en el mismo sentido, a Lenel: Z.S.S., 45 (1925) p. 25 ss., y 26 nº1.

Resulta así del uso de *veluti* que las *ex maleficii* penales acciones pueden ser derivadas del *ius civile* o ser pretorias y, según esto, señala Segré<sup>255</sup>, que tiene razón Perozzi cuando dice que un delito puede ser causa de una *obligatio* (Gai. 3,182) pero- Segré- al mismo tiempo, puede dar lugar a una acción de Derecho civil o pretorio. En este sentido en Coll. 2,5,5, se dice que "...*iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria...*" Y en términos análogos en D. 47,1,1,2 (Ulp. 41 ad Sab.):

*Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur*<sup>256</sup>.

Además en Gai. 4,112 al hablar de la intransmisibilidad

---

<sup>255</sup>Obligatio, obligare, obligari, op. cit. p. 583. Este tema se tratará mas específicamente al hablar del concepto de la *obligatio ex delicto* Supra p.

<sup>256</sup>Segré (Obligatio, obligare, obligari... op. cit. p. 587, nº 242) señala que "quanto a Ulp. D. 47,1,1,2, non è punto così evidente, come dichiarò, ma senza dirne ragioni, l'Albertario (Delictum e crimen, op. cit. p. 31) che "sive civiles sive honorariae" sia un emblema. Poichè Ulpiano parlava ivi ex professo del furto, l'avvertimento che la noxalità non si limita a questo delitto, ma si estende agli altri, sia l'azione civile, sia questa onoraria è molto naturale e nos affatto inutile".

Lauria (Contractus, delictum, obligatio, op. cit. p. 184-185) da la razón a Albertario el cual considera que "sive civiles sunt sive honorariae" es una glosa (Cfr. INDEX INTERPOLATIONUM. III, p. 479) pero, frente a ello, considera Lauria que aún siendo así no se comprende la razón por la que Ulpiano haya indicado sólo con el término "delictis" los cuatro ilícitos de Gai. 3,182, sino que, más bien, se deduce lo contrario utilizando la interpretación extensiva de que se está haciendo referencia a todos los ilícitos penales ya que todos ellos dan lugar a acción noxal contra el *pater* o *dominus*.

activa exceptúa de los delitos activamente transmisibles la "iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio". Es decir, necesariamente, las acciones pretorias similares a la actio iniuriarum.

Segré concluye diciendo que no se puede concebir, en el sentido de Albertario, el ius civile y el Derecho Pretorio como dos ordenamientos jurídicos tan distantes que la terminología utilizada en el uno para designar instituciones y relaciones jurídicas no puedan utilizarse análogamente en el otro<sup>257</sup>.

Levy<sup>258</sup>, por su parte, subraya que Gayo se cuida de utilizar "veluti" en Gai. 3,182 y en Gai. 4,112. En este último texto al mencionar la intransmisibilidad activa de la actio iniuriarum dice "et si qua alia similis inveniatur actio". Destaca también que no se puede pensar que todos los textos en los que hasta Diocleciano se haga un uso de delictum y maleficium

---

<sup>257</sup>El tema es complejo. Se trata de determinar si en el *actione teneri* por el que se describe la relación jurídica de origen pretorio existe o no un verdadero *vinculum iuris*, es decir el vínculo derivado del necesario cumplimiento de una prestación que constituye el interés del acreedor y que supone un derecho reconocido por el Ordenamiento jurídico. Si existe, podemos hablar materialmente de una *obligatio*, si no, estamos ante un mero poder de voluntad reconocido por el Ordenamiento, en este caso por mediación del Pretor. El problema terminológico que venimos tratando en realidad constituye sólo la punta del iceberg, pero al mismo tiempo, la consecuencia lógica de esta cuestión de fondo que es objeto de estudio en la p. 176 y ss., particularmente al glosar las tesis de G. Segré. Dicho de otro modo, la terminología utilizada a lo largo de la evolución del Derecho romano depende de lo que se entienda, realmente, por concepto de *obligatio*. Y sin perder de vista un dato: hacia el año 150 de nuestra era se produce la cristalización del Edicto de Pretor. Ya no tendrá sentido distinguir, salvo llegado el caso, por la reverentia que los juristas romanos tienen por los principios, entre el sistema del *ius civile* y el del *ius honorarium*. Y esto ha de tener, forzosamente, su reflejo terminológico.

<sup>258</sup>Z.S.S., 46, 1926, p. 415.

que va más allá de los cuatro delitos de Gai. 3,182, estén interpolados (en particular, Gai. 1,128; D. 37,10,2; C. 7,33,7) y aún más, en su crítica a Albertario, pone de relieve que no todos los textos que contienen *maleficium* vienen recogidos en el trabajo de éste, así D. 5,1,18,1 y Gai. 2,181.

Kaser<sup>259</sup> señala a este propósito que respecto al uso de *obligatio* y *delictum* no se pueden llegar a conclusiones indudables ya que tampoco puede valer como completamente seguro, según el estado actual de la investigación crítica, que *obligatio* y *delictum* queden limitados a las relaciones del *ius civile* como creyó Albertario. También es dudoso -Kaser- si Gayo sólo ha empleado *maleficium* en el sentido de delito privado y crimen en el sentido de ilícito castigado con pena pública.( Así Gai. 1,128).

Por lo que hace al uso de crimen en contraposición a *delictum* y *maleficium* seguimos la tesis de Lauria<sup>260</sup> y vemos que, desde luego, en la época republicana y principios del Imperio, los *crimina* aludían a los ilícitos penales que estaban sometidos a una persecución pública mediando la correspondiente *accusatio* y a través de las *quaestiones perpetuae*, por el contrario, los *delicta* quedan en un ámbito procesal privado (procedimiento formulario) y perseguidos sólo a instancia del propio lesionado. Pero debe tenerse en cuenta que ambos tipos de procesos sólo se aplicaban en la propia ciudad dentro del *pomerium* y que fuera del mismo sólo estaba vigente la *cognitio extra ordinem*. Al avanzar la época imperial la *cognitio extra*

---

<sup>259</sup>Z.S.S., 70, 1953. p. 170.

<sup>260</sup>Contractus, delictum, obligatio. op. cit., p. 186 ss.

ordinem desplaza a los procedimientos ordinarios y la distinción técnica entre *delictum* y *crimen* careció de sentido.

Para terminar, debemos hacer referencia a la monografía de Longo, *Delictum e Crimen* (Milano, 1976), en la que se hace un exhaustivo examen filológico de los textos en los que aparecen los términos controvertidos, y en el que, como conclusión final, establece que aunque los resultados críticos que resultan de la revisión exégetica demuestran que donde el uso de *delictum* y de *delinquere* pueda atribuirse justificadamente a los postclásicos o a los compiladores, por eso mismo, no puede darse por demostrada la tesis de fondo de Albertario según la cual tales cambios revelan un "divario" innovativo respecto a un uso técnico clásico restringido a los cuatro *delicta privata*. "Vere, o verosimili, tali alterazioni; no è vero, né verosimile, che il preteso uso tecnico sussista e che siasi conservato, inalterato, nel corso di secoli e anche dopo gli interventi pretori e l'apporto delle formulazioni nuove dell'extraordinario cognito, dell'epoca imperiale classica. A tutto concedere -ma con ristretto riguardo a un bene individuato numero di testi- (como ho dimostrato) i giustinianeî, e, ancor prima, gli annotatori postclassici usano una nomenclatura che già trovano diffusa nei testi classici utilizzati e da essa quell ásserito tecnicismo no compare".

También Longo repite lo mismo para el uso de *crimen* y de *crimen publico* : "l'uso non è tecnico nemmeno presso le cancellerie dell'età imperiale classica". Por otro lado reconoce también el papel esencial que juega la superación de los procedimientos ordinarios público y privado por la *cognitio extra*



ordinem para entender ese uso promiscuo en la época imperial de delictum y crimen.

## 2) La obligatio ex delicto.

### A) Cuestión previa: El origen y la estructura de la obligatio clásica.

Un momento esencial en el tratamiento que el Derecho romano dio a los delitos viene determinado por la incorporación de la materia de los *delicta privata*, como hechos que sirven de fundamento a la correspondiente *actio poenalis*, al ámbito jurídico de la *obligatio romana*.

Como punto de partida empezamos por la clasificación de Gai. 3,88:

Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Es imprescindible, llegados a este punto, analizar el proceso jurídico convergente que lleva a la construcción de la *obligatio ex delicto* partiendo, por un lado, de la formación de la propia *obligatio* como concepto jurídico básico del derecho de obligaciones, y, por otro lado, del concepto de *delictum* o *maleficium* como acto ilícito entre particulares susceptible de fundamentar el ejercicio por la víctima de una acción vindicativa o reparatoria. En tanto que ya hemos estudiado los conceptos de *delictum* y *maleficium* nos referimos aquí, aunque brevemente, al

concepto de la obligatio romana.

El término "obligatio, (re), (ri)", etimológicamente hace referencia a un vínculo o ligazón -ob ligatio- sugiriéndonos la idea de una sujeción que en un primer momento tuvo que ser material<sup>261</sup> entre dos personas libres que actúan como acreedor

---

<sup>261</sup>A. Biscardi (La dottrina romana de la Obligatio rei. Milano 1991. p. 13) da este significado como término que deriva de la palabra ligo. El autor parte de lo expuesto en el Dictionnaire étimologique de la langue latine de Ernout-Meillet (Paris 1959-1960. Voz ligo.) y en el Lateinisches etymologisches Wörterbuch de Walde-Hoffmann, I,(4) (Heidelberg 1965. p. 800), y en virtud de ello, señala que "pertanto i più autorevoli lessici sottolineano che obligo non è in origine che uno sviluppo di ligo nel suo primitivo significato materiale di <<legare>>, <<stringere fisicamente>>, <<assogetare>>, <<asservire>> (ted.<<binde an>>, <<binde zu>>), che obligo è sinonimo di necto, e che obligatus equivale a nexus (si confronti l'osco leiguss).

E. Betti (Struttura dell'obbligazione... op. cit. p. 80,109 y bibliografía allí citada) indica que obligatio etimológicamente deriva de ligar alrededor, "fasciere", anudar, y que se alude a un vínculo material, no ideal en su origen.

G. I. Luzzatto (Per un'ipotesi sulle origini... op. cit. p. 93-94) pone de relieve que en el proceso de perduellio de Horacio, el culpable, ofrecido en piaculum a la divinidad, aparece en el ritual del sacrificio con la cabeza ligada o cubierta de distinta forma según la divinidad ofendida, pero subrayándose, en cualquier caso, la sujeción material, por el ofrecimiento del cuerpo del culpable, a la misma. Debe tenerse en cuenta que para Luzzatto el origen de la obligatio se encuentra en la noxae deditio intergentilicia paralela a la consacratio capitis.

M. Kaser (Das Römische Privatrecht. I<sup>2</sup>, op. cit. p. 150) señala que obligare significa como "nectare", "binden" y subraya que en un principio alude a una sujeción material sobre el propio cuerpo del sujetado por el vínculo y que luego aparece como una vinculación ideal. A este respecto, A. D'Ors (Derecho Privado Romano. Pamplona. 1986. p. 401) indica que "evidentemente obligare y obligatio derivan de la idea de atar (ligare). En sentido jurídico, aparece por primera vez referido este texto al acto de sujetar una cosa en garantía: así, en Plauto, Truculentus 214". Biscardi, en la obra arriba citada (p. 14), subraya que la protohistoria del término obligatio se reconduce a una concepción unitaria del mismo como forma indiferenciada de garantía, ya sea de sometimiento material de una persona o de una cosa, al cumplimiento de una determinada prestación.

P. Fuenteseca (Origen del concepto romano de obligación. (Obligatio). Libro-Homenaje a Roca Sastre. Separata Vol. I.) en este sentido indica que obligare aparece desde (continúa...)

y deudor respectivamente de alguna prestación<sup>262</sup>.

En las fuentes de la *obligatio* clásica hay que situar dos negocios jurídicos antiguos cuyos orígenes habrá de remontarlos, por lo menos, a la época del nacimiento de la *civitas*: el *nexum*, como exponente de una sujeción material, y la *sponsio*, como vínculo ideal fundamentado en el valor del juramento a los dioses.

El *nexum* tal como ha llegado hasta nosotros por las

---

<sup>261</sup>(...continuación)

antiguo en dos sentidos: *obligare rem* (=vincular una cosa a una finalidad) y *obligare personam* (=vincular a una persona).

La posición contraria a lo que venimos afirmando se encuentra en Gioffredi (*Ius, Lex, Praetor*. S.D.H.I. 13-14. 1947 p. 22) que no cree que *obligare* signifique estar ligado o encadenado, sino estar envuelto, vendado o estrechado en torno. Al mencionarse al prisionero no se diría *obligatus* sino *nexus* o *nexum*. *Obligatus* podría significar mejor el vínculo ideal que envuelve enteramente la voluntad del sujeto, plegándolo a un comportamiento. Gioffredi mantiene esta opinión en el marco de su tesis sobre el origen de la *obligatio* que sería, desde la aparición de la *sponsio*, un vínculo ideal, basado en palabras de significado jurídico-religioso (aún cuando se refuerce con la garantía material-corporal de terceros: *vindex*, *praes*).

Lo cierto es que la primera vez que se aparece el término *obligatio* en las fuentes- la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* (*supra* p. 207 ss.) - lo hace en un sentido-*obligatum*ve- que interpretamos como de vinculación o sujeción a una cosa o asunto, es decir, subrayándose el aspecto de ser responsable o garante por algo.

<sup>262</sup>Por lo demás el término *obligatio* no es exclusivo en el Derecho clásico para hacer referencia a un deber jurídico tutelado por una acción *ex iure civile*. Aparece también el término *damnas* o *damnationem*, seguramente más antiguo que *obligatio* y entroncado directamente con la terminología que se utiliza en la legislación decemviral (*damnum decidere*). El término *damnationem* aparece en la época clásica, singularmente, en el campo de los legados. Así, tenemos el heredero gravado por el legado *per damnationem* que está sujeto a cumplir una prestación determinada en favor del legatario acreedor de la misma. (Gai. 2,215).

escasas fuentes de que disponemos<sup>263</sup> es un negocio jurídico de perfiles oscuros, cuya naturaleza ha sido debatidísima por la doctrina romanista y que alude, en cualquier caso, a una puesta a disposición de un acreedor de la persona de su deudor, que por lo demás, es un hombre libre, no esclavo, y que se realiza per aes et libram, es decir por las formas solemnes de la mancipatio, lo que nos acerca a los negocios traslativos del dominio<sup>264</sup>. Nos movemos todavía en un mundo estructurado más en una esfera de poderes que de derechos y créditos. El deudor pone a disposición del acreedor sus operae, su trabajo, para así saldar una deuda, por ejemplo un préstamo de mutuo, colocándose dicho deudor, en sí mismo, como garantía del cumplimiento de la deuda. Talamanca<sup>265</sup> piensa, en este sentido, que en aquel estadio de civilización jurídica no era factible, por demasiado teórica y poco realista, hacer la distinción entre puesta a disposición de

---

<sup>263</sup>Fuentes literarias: Varro, de lingua latina 7, 105; Festo, de s.v. nexum (165 M.= 160 L.); Festo, id., s.v. nexum aes (165 M.= 162 L.); Tito Livio (2,23,8; 2,24,7; 2,25,3; 2,27,1; 7,19,5; 8,28,2). Fuentes jurídicas: XII Tablas. Tab. VI,1 (F.I.R.A. Bruns. p. 25. F.I.R.A. Riccobono. p. 43); P. Sent. 2,17,1.

Respecto a una bibliografía elemental sobre el nexum: cfr. A. Biscardi (La dottrina romana... op. cit. p. 32, nota 49); Talamanca (Obbligazioni. op. cit. E.d D. XIX, p. 5, nota 27; Forme negoziali e illecito... Atti Copanello, 1982, op. cit. p. 125 ss.) U. Brasiello. Obbligazioni. N.N.D.I. XII, p. 554 ss.

<sup>264</sup>Las fuentes se hacen más debiles a medida que se hace más oscura la noche de los tiempos pero lo que nos ha llegado hasta nosotros permite ver en el nexum un negocio jurídico que adopta la forma solemne de un acto per aes et libram lo que alude a un traspaso de disponibilidad que guarda relación con el traspaso de disponibilidad que supone la adquisición de la propiedad de una res mancipi. Debemos observar que en el Derecho de los Quirites la construcción de un Derecho de propiedad como concepto autónomo de la mera disponibilidad material de la cosa por el dominus hubiere sido una mera anticipación respecto a un mundo jurídico más evolucionado.

<sup>265</sup>Obbligazioni. E.d D., XIX. op. cit., p. 6, nota 35

la persona del *nexus* y la puesta a disposición sólo de sus operae de modo análogo a lo que ocurre con el *iudicatum* que, en virtud de la *manus iniectio* procesal, queda a disposición del demandante vencedor.

El *nexus*, en definitiva, aparece como negocio jurídico característico de una estructura social arcaica, sirviendo de cauce suficiente, junto a la *sponsio*, para el tráfico jurídico de la época.

La *sponsio* aparece también, como vimos, en épocas remotas, como negocio jurídico que consiste, en esencia, en una promesa verbal solemne en la que una de las partes promete que le será dado o hecho algo a la otra<sup>266</sup>.

La *sponsio* se configura como dotada de una forma propia, inmanente al propio negocio jurídico- la fórmula verbal, en un principio con carácter de juramento religioso- y por lo tanto no está necesitada de acudir, a diferencia de lo que ocurre en el *nexus* a la forma propia de la *mancipatio*. Gioffredi<sup>267</sup> ve

---

<sup>266</sup>Dos puntos llaman la atención inicial sobre la *sponsio*. Por un lado que en la fórmula oral se utilice el verbo *dar* en su voz pasiva (*dari* y no *dare*) lo que plantea el problema de la naturaleza originaria de la vinculación del *sponsor* respecto al acreedor, es decir, si existe una mera vinculación de responsabilidad o si por el contrario tanto el *sponsor* deudor como el *sponsor* que actúa como garante de un deudor han de satisfacer una prestación (la suya) que es autónoma y que constituye el objeto del vínculo. Por otro lado la solemnidad jurídico-religiosa de la *sponsio* hace pensar en que, a diferencia del *nexus*, sólo podría celebrarse en un primer momento entre los patricios si entendemos que la plebe, en origen, podía ser una comunidad agregada por oleadas migratorias a la *civitas* que no tenía la misma religión de los patricios y que, por otra parte, además de su palabra no tendrían nada más con que responder de sus deudas que con su trabajo personal: el negocio *crediticio* entre patricios y plebeyos tuvo que ser en origen el *nexus*.

<sup>267</sup>Ius, lex, praetor. S.D.H.I., 13-14, 1947-1948. Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane. Roma, 1955. p. (continúa...)

en la sponsio el vínculo ideal, basado en principio en fórmulas mágicas o religiosas que sirve de base al vínculo jurídico en que consiste la obligatio clásica. Podemos añadir que el formalismo del Derecho romano que se aprecia también en el campo de la sponsio y de la stipulatio clásicas es un claro heredero del sentido religioso con que nacen las instituciones romanas. La religión y la propia naturaleza de las cosas dan legitimidad a los ordenamientos positivos arcaicos, como el romano de los primeros tiempos; luego aparecerá también la idea de la lex, voluntad del populus expresada en los comicios, que contiene la legitimidad democrática propia del Ordenamiento republicano<sup>268</sup>.

Creemos que la sponsio fue la primera forma de obligatio romana, como consecuencia de esa transformación de vínculo religioso-sponsio juramento- en vínculo jurídico; es decir, un vínculo que puede ser actuado por medio de la correspondiente actio, en particular por la legis actio per

---

<sup>267</sup>(...continuación)

226 ss. También De Martino en Le origini delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio. S.D.H.I. 6. 1940. p. 132 ss. Y Talamanca (Obbligazioni. E. d D., XIX, op. cit. p. 11) dice al respecto que "l'aspetto religioso serve, ad un determinato momento, per superare le difficoltà nel'ordine eminentemente pratico, offerte, per l'appunto, dall'immediato asservimento materiale, e per creare un vínculo che sia esclusivamente potenziale, destinato ad attuarsi quando l'aspettativa del "creditore" sia frustrata: la nuova struttura così creata é la sponsio primitiva che si evolverá nella verborum obligatio dell'epoca storica.

<sup>268</sup>La definición que da J. J. Rousseau de la ley responde al espíritu de la lex republicana como expresión de la voluntad del populus romano en los comicios. De ahí la reverencia que el Derecho romano como sistema de normas tendrá siempre por el ius civile.

iudicis arbitrive postulationem<sup>269</sup>, de modo tal que en el ámbito del primitivo formalismo del Derecho romano surge como esencial la presencia de una fórmula verbal que se concreta en el término oportere<sup>270</sup>, así dare facere oportere. Dicho término se convierte, ya desde entonces, y para toda la experiencia jurídica romana, en el eje en torno del cual gira en el proceso la existencia de una verdadera obligatio ex iure civile. Así, en cada caso particular hay obligatio porque aparece en el iudicium en que se concreta la fórmula procesal un oportere. El fundamento último debe buscarse en la cadena de legitimación activa procesal que nace de la concatenación entre oportere-obligatio-lex-populus romanus a tenor de la cual el oportere del iudicium particular es lo que hace reconocible como jurídica lo que de otro modo sería una mera relación de crédito de hecho, porque en esta palabra se manifiesta la validez y eficacia jurídica (actuable ante los tribunales) que para la comunidad tiene la realización

---

<sup>269</sup>P. Fuenteseca (El origen de la obligación romana, op. cit. p. 140 y 148 ss. Investigaciones de Derecho Procesal Romano. Salamanca. 1969 p. 29, 72, 114. Sin embargo, A. Biscardi (La dottrina romana... op. cit. p. 54 ss.) entiende que en la época de las XII Tablas la situación debió de ser más confusa y que existen dudas acerca de que Gai. 4,17 a, refleje las certae verbae de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem, sencillamente, porque en el s. V a. C. no cabe pensar en sextercios cuando apenas se había pasado del aes rude al dinero amonedado.

Claro que este argumento también puede rebatirse considerando la referencia a los X milia sestertiorum como algo adjetivo a la fórmula.

En cualquier caso para Biscardi el momento determinante para el nacimiento de la obligatio como vinculum iuris viene determinado por la derogación del nexum por la Lex Poetelia Papiria. supra p. 193.

<sup>270</sup> Sobre el carácter técnico del verbo oportere como elemento esencia de la obligatio ex iure civile ver Talamanca: Obbligazioni. E.d D., XIX, op. cit. p. 17, n. 116, y bibliografía allí citada: especialmente Kaser, Oportere und ius civile. ZSS, 83, 1966 p. 1 ss.



del débito contenido en dicha relación crediticia.

La *sponsio* primitiva y el *nexum* están pues en el origen de la idea de *obligatio* como vínculo jurídico *ex lege*.

Lo dicho, sin embargo, no es una afirmación rigurosa sino que se mueve en un terreno muy oscuro. De Martino<sup>271</sup> vio la función de los *vades* y *praes* en época arcaica, precisamente en la necesidad de dar un refuerzo de sujeción material, mediante la consignación en garantía de un rehén, al vínculo puramente ideal, de la *sponsio* primitiva. Por otro lado el *nexum* no fue en ningún caso una forma de *obligatio* sino un negocio *per aes et libram* de sometimiento o disponibilidad material, aunque esencialmente redimible, de una persona a otra<sup>272</sup>.

No obstante, sí se debe afirmar para ambos negocios que reflejan una misma función de servir de cauce jurídico de relaciones de crédito en una época todavía arcaica dominada por el valor de la tierra sobre la que los *patresfamilias* ejercen todo su poder y potestad (*dominium ex iure Quiritium*), y esa función será desarrollada en el seno de la nueva sociedad romana clásica por la *obligatio* a través de sus distintas formas bajo los principios de la autonomía de la voluntad y de la economía de mercado propios de la época clásica. En definitiva, el desarrollo del Derecho es paralelo al desarrollo económico y

---

<sup>271</sup>Le origini delle garanzie personali... S.D.H.I., 6. 1940. op. cit., p. 132 ss. En términos parecidos Talamanca, Le forme negoziale e illecite. Atti di Copanello, 1982. op. cit., p. 125 ss.

<sup>272</sup>Otra cosa es que cumpliera en el tráfico jurídico una función crediticia al permitir al acreedor otorgar un crédito con la garantía del sometimiento personal del deudor a través de la fuerza de su trabajo y que posibilitaría al acreedor disponer de la persona del deudor sin necesidad de una previa declaración judicial relativa al incumplimiento del débito.

social.

No es este el lugar para hacer un estudio pormenorizado y no meramente indicativo sobre las distintas teorías sobre el origen de la obligatio, pero sí se puede señalar aquí que desde Perozzi<sup>273</sup> (que veía en la obligación romana un concepto de formación histórica y precívica, no dogmático, recogido luego por el *ius civile* y que, en su origen, indicaba el estado de sometimiento-asservimento- en que quedaba sometida una gens por otra como consecuencia de un acto ilícito o de paz) hasta las grandes construcciones teóricas sobre el origen y la estructura de la *obligatio* realizadas por autores como Betti<sup>274</sup>, Luzzatto<sup>275</sup> y Pastori<sup>276</sup>, se ha puesto de manifiesto, como "leitmotiv" en torno al cual giran estas construcciones, la vinculación que existe entre la idea de obligación y los conceptos de débito y responsabilidad dentro de la estructura de aquella. Así, desde que la pandectística<sup>277</sup> elabora la tesis de la distinción entre débito y responsabilidad (*Schuld und Haftung*) se produce una conmoción en el campo de la teoría relativa a la *obligatio* clásica derivada de la toma de posición de la doctrina

---

<sup>273</sup>Le obbligazioni romane. Bologna, 1903. Scritti II. 1948. p. 313 ss.

<sup>274</sup>Struttura...op. cit.

<sup>275</sup>Per un'ipotesi sulle origine la natura delle obbligazioni...op. cit.

<sup>276</sup>Concetto e struttura della obbligazione nel Diritto Romano. Corso. Milano. 1968-1969. Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana. Milano, Varese. 1951. Elementi di diritto romano. Obbligazioni. Milano, 1991.

<sup>277</sup>Biscardi (obligatio rei op. cit. p. 14, n. 8) contiene un breve pero muy clarificador resumen y comentario de la bibliografía al respecto.

romanista en general sobre aquella, y en particular, dentro de sus defensores, para adaptar, o al menos acercar, la tesis de la separación de débito y responsabilidad a la obligatio clásica.

Luzzatto expone su tesis acerca del origen y estructura de la obligatio partiendo de la idea exclusiva de responsabilidad: en efecto, como ya vimos en el Capítulo primero<sup>278</sup>, la obligación arcaica (Luzzatto será el último gran defensor de la prioridad del delito sobre el contrato en el origen de la obligatio) se encuentra en el estado mismo de sometimiento a que se sujeta al autor de un ilícito cometido por el miembro de una gens contra un miembro de otra. La gens del ofensor se ve en el compromiso de entregar o de poner a disposición de la gens del ofendido al responsable de la noxa es decir del daño ilícito, a través de la noxae deditio<sup>279</sup> y todo ello en el seno de una comunidad de gentes que no están en lucha entre sí, sino que, civilizadamente -participan de unos mismos caracteres étnicos, culturales y religiosos, en definitiva, nacionales- arreglan los conflictos que puedan surgir entre ellas.

Se pone de relieve-Luzzatto- el paralelismo de la entrega noxal intergentilicia con la sacratio capitis que, aunque con matices existió en Roma, Grecia y en los pueblos germánicos<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup>supra p. 36 ss.

<sup>279</sup>G. I. Luzzatto. Per un'ipotesi sulle origini... op. cit. p. 101 ss.

<sup>280</sup>Luzzatto introduce un elemento de Derecho natural al explicar el origen de la obligatio porque en ese paralelismo entre noxae deditio y sacratio capitis comprende una invocación (continúa...)

Betti<sup>281</sup> sostuvo, y tras él la doctrina mayoritariamente, la tesis de la prioridad del contrato sobre el delito como fuente de las obligaciones. Para Betti la obligación es, ante todo, un vínculo de responsabilidad en el que el débito se configura como el presupuesto necesario para que exista la obligación, pero nada más: con la acción correspondiente el acreedor va a obtener el equivalente económico de la prestación, no la prestación misma; la *litis contestatio* no extingue propiamente la obligación-según Betti-sino sólo la transforma concretando la responsabilidad del deudor en el importe de la condena pecuniaria y haciéndola depender de la condición suspensiva de que acaezca dicha sentencia condenatoria por lo que el débito queda al margen, como elemento extrajurídico, de tal manera que, aún después de la *litis contestatio* le cabe al deudor, voluntariamente, satisfacer la prestación específica; otro efecto de la configuración de la *obligatio* como vínculo de responsabilidad está en los caracteres específicos de la *obligatio ex delicto*, los cuales constituyen el reflejo de una época arcaica en la que del delito nace la exposición a la venganza del ofendido o su grupo, es decir, una sujeción material nacida de una responsabilidad penal personal.

Betti ve el origen de la *obligatio* en el acuerdo por el que un tercero-*vindex*, *praes*, *vas*- se interpone entre el acreedor y el deudor que ha cometido para con él el acto ilícito

---

<sup>280</sup> (...continuación)  
a la justicia como valor teleológico que está presente en los principios jurídicos y religiosos y nacionales que regulan las de convivencia social de los pueblos del Lacio precívico. Nos remitimos a lo ya dicho al respecto.

<sup>281</sup> Struttura... op. cit. p. 109 ss.

de no cumplir lo prometido. Si atendemos al resultado del proceso ejecutivo de la *manus iniectio* de las XII Tablas, podemos hacernos una idea de lo que sería la *manus iniectio* arcaica en la que el deudor incumplidor quedaría sometido al poder del acreedor. De aquí se deriva la necesaria intervención de un tercero que acordaría con el acreedor lesionado la liberación del deudor ofreciéndose a saldar la deuda y haciéndose responsable de ello con su persona. Nace un estado de pendencia en el que el tercero se obliga por una deuda de otro. Se entiende pues que es precisa una premisa lógica en este desarrollo jurídico que es la necesidad de un acuerdo entre partes y también la configuración de la *obligatio* en su origen como vínculo de responsabilidad. A partir de ahí, la obra de Betti es un extraordinario esfuerzo por demostrar la concepción de la *obligatio* clásica como vínculo de responsabilidad.

Por último, Pastori atiende como elemento esencial de la *obligatio* clásica el de la prestación. Si atendemos a una de las dos definiciones generales que de la *obligatio* nos ha legado el Derecho romano (D. 44,7,3,pr.; Paul. 2 inst.) vemos como en las mismas se alude a un *dare, facere, praestare oportere*. En las acciones con fórmula *in ius concepta* se aprecia siempre el rigor del formalismo romano cuando se alude perifrásticamente a la *obligatio ex iure civile* siempre con dichos términos. Por otro lado Pastori<sup>282</sup> recuerda con De Martino que la función de los *vades* y *praes* sería más bien la de dar un refuerzo, una garantía, para el vínculo espiritual que surgía entre el acreedor y el

---

<sup>282</sup>Concetto e struttura... op. cit., p. 366 y Profilo dogmatico... op. cit., p. 301 ss.

deudor en la *sponsio* arcaica. Pero, sobre todo, atiende Pastori a lo que es la función que la *obligatio* cumple en el tráfico jurídico y económico, que no es la de someter al deudor a un vínculo de responsabilidad sino la de satisfacer el interés del acreedor a que se le dé, realice o garantice algo. Otra cosa muy distinta son las especulaciones sobre lo que fue la obligación en tiempos arcaicos y el condicionamiento que se quiera ver sobre la *obligatio* clásica.

Hemos visto pues que la *obligatio* queda configurada como el vínculo jurídico que está reconocido por las acciones que nacen de la ley. Ahora, el Pretor al desarrollar su actividad va a dar lugar a lo que en el Derecho preclásico y clásico se conoce como Derecho honorario. El término *obligatio* ligado al término *oportere* se circunscribe a las acciones de la ley por lo que también se circunscribe al Derecho civil. Para las relaciones no previstas por la ley, sino sólo amparadas por el Derecho honorario, por la correspondiente acción pretoria, se utiliza en las fuentes la terminología *actione teneri*.

El problema que se planteó en la doctrina romanista de este siglo fue el de verificar, a tenor de las fuentes que han llegado hasta nosotros, si la terminología *obligatio, re, ri*, se mantuvo, para el periodo clásico, como específica del *ius civile*, o, si ya en época clásica, sobre todo tras la codificación del edicto, se llega a un uso promiscuo de dichos términos entre las relaciones tuteladas por el Derecho civil y por el Derecho pretorio. La cuestión, en contra de lo que pueda parecer, afecta a la concepción de la naturaleza misma de la *obligatio* clásica puesto que la solución estará condicionada por el carácter

histórico o dogmático que se le quiera dar a la formación de dicha noción y por su estructura y función<sup>283</sup>.

La doctrina mayoritariamente ha venido admitiendo que los términos *obligatio*, (*re*), (*ri*), se circunscribían en época clásica al *ius civile*. Así Arangio Ruiz, Perozzi, Betti, Albertario, Pastori, Costa, De Francisci o Siber<sup>284</sup>.

Frente a los anteriores, Segré realizó un estudio<sup>285</sup> en contra de aquella tesis mayoritaria, y después, las tesis de Segré fueron seguidas, al menos, por Kaser<sup>286</sup> y por Talamanca<sup>287</sup>.

La tesis de Segré parte, desde luego, del uso normal y general de *obligatio* para las relaciones tuteladas por el Derecho civil, pero se añade que la idea según la cual en el lenguaje de la jurisprudencia clásica (que tal vez se quiere extender hasta la edad de Diocleciano) la voz *obligatio* y los

---

<sup>283</sup>En este sentido de modo análogo a lo dicho respecto a los términos *delictum* y *crimen*.

<sup>284</sup>F. Pastori(Concetto e struttura... p. 301) incluye la siguiente nota bibliográfica: Perozzi. Le obbligazioni romane. p. es. Dalle obbligazioni da delitto a quelle da contratto. Memom. Accad. Bologna, 10, 1915-16. p. 9 ss. Costa. Storia del diritto romano. op. cit. p. 308 ss. Albertario. La c.d. honoraria obligatio. Studi diritto romano, III,1. p. 19 ss. Arangio Ruiz. Le genti e la città. op. cit. p. 38 ss. Betti. Sul valore dogmatico de la categoria "contrahere". B.I.D.R., 28, 1916. p. 48 ss.; Istituzioni II. op. cit. p. 74 ss. Bonfante. Istituzioni. op. cit. p. 280 ss. De Francisci. Synallagma. II, 1916, p. 313 ss. Siber. Naturalis obligatio Leipzig, Gedenkschr. Mitteis, p. 8 ss.

Hemos transcrito aquí la nota de Pastori, si bien, advertimos que la referencia completa de estas obras puede encontrarse en el índice bibliográfico final.

<sup>285</sup>Obligatio, obligare, obligari. op. cit. p. 502 ss. (= G. Segré. Scritti varii di diritto romano. Torino, 1952. p. 249 ss.)

<sup>286</sup>Das Römische Privatrecht. I<sup>2</sup>, op. cit. p. 480.

<sup>287</sup>Obbligazione. E.d D., XIX. op. cit. p. 18

verbos correlativos no encuentran aplicación en las relaciones dependientes de la tutela pretoria, no resiste un examen sereno de las fuentes: de ello resultará solamente, como veremos, un uso menos frecuente de estas voces para tales relaciones, lo que es bien distinto.

Se traen a colación, en principio, para contradecir la tesis de Segré, como conceptos exclusivos del *ius civile* en el lenguaje jurídico clásico los de *dominium*, *hereditas*, *successio mortis causa*, *contractus*, *delictum*, *maleficium*, y también, el de *obligatio*. Pero aún siendo exactas estas afirmaciones, de ello no puede resultar que los juristas clásicos no puedan de ninguna forma calificar a las obligaciones pretorias como *obligatio*, del mismo modo que las califican como *teneri*, *adstringi*, y *obstringi*. En realidad son todas metáforas equivalentes, y todas indican aquel vínculo que en las más antiguas formas de *obligatio* era real, y ahora, en la época clásica, no lo es más. En la tesis de Segré se defiende, en definitiva, que los vocablos *obligatio*, *re*, *ri*, si bien propios del *ius civile*, se extienden, en el uso de los juristas, a las relaciones de Derecho pretorio.

Segré se refiere en particular a los postulados de Arangio Ruiz sobre el tema e indica que dicho autor<sup>288</sup>, en un principio parece admitir incluso el uso del vocablo cuando se trate de acciones pretorias que daban una nueva dirección subjetiva a una acción civil, y esto, independientemente de la fórmula de la acción, porque en determinados casos, como en la *pecunia constituta*, en el *receptum argentarii* y en el *receptum*

---

<sup>288</sup>Le gente e la città. op. cit., p. 37 ss. Istituzioni. II. op. cit. p. 283 ss.



nautarum se utiliza el término obligatio aún no apareciendo en las fórmulas relativas a estas acciones una intentio concebida en términos del ius civile<sup>289</sup>; igualmente menciona la autenticidad de los textos en los que se utiliza el término obligatio respecto a las acciones adiecticias<sup>290</sup>: ahora, esto estaría justificado por la correlación de tales relaciones con el ius civile, del cual serían meras adaptaciones. Pero después<sup>291</sup>, Arangio Ruiz, atendiendo a Gai. 4,2 concluye diciendo que, donde no existe el término oportere no hay obligatio y que oportere y obligatio son excluidos sólo en las fórmulas in factum. Se incluyen pues, por el autor citado, dentro del concepto de obligatio, además, claro está, de las relaciones tuteladas con acciones ex iure civile, los supuestos de relaciones pretorias protegidos por una acción con fórmula in ius concepta que el Pretor podría usar sólo si se trata de una pretensión ya reconocida por el ius civile. Además, según Arangio Ruiz, para mayor abundamiento de su tesis, indica que la definición que de obligatio hace Justiniano en I. 3,13,pr., cuando menciona "secundum nostrae civitatis iura" alude, precisamente, al ius civile, entendemos nosotros, como reflejo de su espíritu formalmente clasicista.

Por otro lado Segré alude también a Albertario

---

<sup>289</sup>Arangio Ruiz (Le gente e la città op. cit. p. 55) dice al respecto que debemos considerar fuentes ulpinianas, es decir genuinas, las que hacen nacer obligatio del constitutum en D. 13,5,1,2 y D. 13,5,5,10; y del receptum nautarum en D. 4,9,1,2.

<sup>290</sup>Arangio Ruiz. Le gente e le città. op. cit. p. 40. Y no debe olvidarse que Gai. 4,71 califica como pretoria a la acción exercitoria.

<sup>291</sup>Arangio Ruiz Istituzioni p. 264 ss. Cita de Segré.

señalando que "fino a certa momento sembrò il piú diceso"<sup>292</sup> e radicale fautore della tesi, in quanto dichiarava doversi escludere assolutamente per diritto classico questa terminologia per qualunque obbligazione di *ius honorarium*, e non esservi *obligatio* fuori del territorio del *ius civile*: non già soltanto fussi dei casi di un'*intentio iuris civilis*, chè anzi la riteneva dapprima limitata agli obblighi fondati nell'*antico ius civile*; ma poscia<sup>293</sup> dovette riconoscere di fronte alla testimonianza di Gai. 4,182, che almeno questa affermazione non reggeva". Y Albertario también excluye el término cuando la eficacia vinculante de la relación se funde en la *cognitio extra ordinem*. Por último ALbertario afirma que del mismo modo que el Pretor pone junto a la *hereditas*, la *bonorum possessio*, también, junto a la *obligatio* pone la *actio honoraria* con fórmula *in factum*.

Betti<sup>294</sup> tampoco sostiene que pueda darse un confusión entre los conceptos de obligación civil y obligación pretoria en el Derecho clásico, la cual, sólo admite para la época postclásica (D. 44,7,52,pr.).

Segré contesta a estos razonamientos indicando que tanto si la fórmula de la acción pretoria es *in ius* o *in factum concepta* dicha acción pretoria no es de Derecho civil sino que

---

<sup>292</sup>Segré (op. cit. p. 593) cita a Albertario: La c.d. honoraria obligatio. op. cit. p. 5 ss.; Le fonti dell'obbligazione. Riv. Diritto Comune, 1923, I, p. 492. n.2. Ancora sulle fonti dell'obbligazione. p.1 ss. La c.d. obligatio ex fideicommissum. p. 3 ss. La definiz. dell'oblig. rom.. p. 393. (Las citas completas de dichas obras aparecen en el índice bibliográfico).

<sup>293</sup>Albertario. Ancora sulle fonti dell'obbligazioni. op. cit., p. 2 n.1.

<sup>294</sup>Struttura.... op. cit., p. 79

en ambos casos estamos ante el poder discrecional del Pretor. Así indica que "la promessa di dare un iudicium e l'ordine dato nella formula del pretore di trattare un determinato rapporto di fatto como se fosse di ius civile, non significano punto protezione giudiziaria di una pretesa già riconosciuta dal ius civile".

También indica que en las Instituciones de Gayo se emplea el término de obligatio en relación a relaciones pretorias, ya den lugar a acciones con fórmula ficticia (Gai. 4,172), como también con fórmula in factum (Gai. 3,209; Gai. 4,189; mal debe ser 3,189.)<sup>295</sup>.

Pero, sobre todo Segré pone de relieve que lo que ha servido de argumento a la doctrina en contra de un uso clásico de obligatio respecto a relaciones tuteladas por el ius honorarium es Gai. 4,2:

In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui

---

<sup>295</sup>En realidad el texto de Segré en p. 594 incluye un supuesto fragmento gayano, Gai. IV,189, que, en realidad, no existe. El mismo "error" aparece en G. Segré, Scritti vari di diritto romano. op. cit., p. 377, que reproduce dicho texto. Después de un estudio de los textos de las Instituciones que contienen los términos obligatio, obligatus, obligare creemos que el sentido que debe darse al pasaje de Segré es el siguiente: Gai. 3,189 dice respecto a la actio furti manifesti que "Sed postea improbata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est". Y en Gai. 3,209 se dice respecto a la rapina que "qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. (...) Sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum..."

Y sin embargo, en Gai. 3,182 se califican como obligatio ex delicto las relaciones que proceden tanto de la rapina como del furtum en general, incluido por tanto el furtum manifestum. Aunque, debemos de admitir que, respecto de estas dos acciones, de acuerdo con Gai. 4,110-111 tampoco pueda decirse que son acciones in factum.

nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.

Y Segré rechaza este argumento aludiendo a que "el núcleo fundamental-conforme a su modelo- de las Instituciones de Gayo se refiere al *ius civile*<sup>296</sup>, por lo que no podemos extrañarnos de que las definiciones de Gai. 4,2 relativas a las acciones *in rem* e *in personam*, respectivamente, se refieran al *ius civile*". Así, añade, esto se confirma por la utilización del verbo *oportere* en Gai. 4,5; y también por la definición que de *obligatio* se da (implícitamente) en D. 44,7,25,pr. (Ulp., reg.) que sigue la misma definición de las *duo genera actionum*, de la misma forma que Gai. 4,2, salvo en la referencia a la *intentio in oportere*. No se tiene en pie, en consecuencia, el resultado de excluir el término técnico de *obligatio* de las relaciones pretorias partiendo de la premisa, a tenor de Gai. 4,2, de concebir la definición de la *actio in personam* como referida a la *obligatio ex iure civile*, porque esto nos llevará a que tampoco las acciones pretorias con *intentio iuris civilis* queden dentro de *obligatio*", lo que, por otra parte, sí que fue admitido por Arangio Ruiz, tal y como se vio más arriba.

En realidad, pues, Segré apunta que el manual de Gayo es un tratado relativo al *ius civile*<sup>297</sup>. Así Gai. 4,2 alude, pues, sólo al *ius civile* cuando declara que "*actio in personam*

---

<sup>296</sup>Segré. op. cit., p. 595.

<sup>297</sup>A este respecto, Albanese, *Illecito* E.d D. op. cit., p. 80, nº 37, al estudiar Gai. 4,6-9 y D. 44,7,35,pr.

est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est", y, precisando, "id est cum intendemus dare facere praestare oportere".

Pero, además, en Gai. 4,106 y Gai. 4,107, se incluyen dentro de las acciones *in personam* las acciones *in factum* y se distingue dentro de las mismas las que tienen fórmula *in ius* o *in factum concepta*<sup>298</sup>.

Albertario por su parte, dándose cuenta de la trascendencia del tema, objetó-Segré-que la *actio in personam* tiene un alcance más amplio que la *obligatio*, la cual se refería en el Derecho clásico sólo al Derecho civil; es decir, sólo sería *obligatio* cuando estemos ante una *intentio* con un *dare*, *facere*, *oportere*, o lo que es lo mismo con una fórmula *in ius concepta*.

Pero, frente a ello, Segré<sup>299</sup> indica que basta con recordar que las fórmulas derivantes de los cuatro *delicta* de Gai. 3,182, (que generan verdaderas *obligationes*), no tienen una *intentio* en *dare*, *facere*, *praestare oportere* y ello a pesar de lo que dice, literalmente, Gai. 4,2.

Por otro lado-Segré<sup>300</sup>- I. 4,6, "cuya derivación gayana no es contestada describe, precisamente, el territorio de las acciones *in personam* como relativo a las obligaciones pero con las palabras "et aliis quibusdam modis", que (bien se entiende) no son genuinas, pero con las que se alude a otras

---

<sup>298</sup>Señala Segré (op. cit. p. 596, nota 277) que, no obstante, Lenel (*Intentio in factum concepta?*, Z.S.S., 48. 1928. p. 17) argumenta en contra diciendo que, a tenor de Gai. 4,41 (en relación con Gai. 4,2), no cabe otra *intentio* en una *actio in personam* que la *intentio in ius*.

<sup>299</sup>op. cit. p. 507-508.

<sup>300</sup>op. cit. p. 597-598.

intenciones diversas de las relativas al dare, facere, oportere, permaneciendo la duda de si el interpolador postclásico o justiniano aluda a las fórmulas in factum al pensar en Gai. 4, 106, 107, o bien a las fórmulas con oportere, pero no con un oportere, sino con un *damnum decidere*. O a ambos.(...) Por otro lado I. 4,6,1 dice que la *actio in rem* se da contra quien no está *obligatus* lo que lleva a extender la categoría de la obligación hasta los límites de la *actio in rem*". "Ma che, poi, Gaio nelle sue Istituzioni, malgrado le apparenze contrarie, non rifugga dal considerare come *obligationes* anche quelle in cui l'azione non è in dare, o dare facere, o, magari, decidere oportere, è confermato sí del fatto che egli include i noti *maleficia* che danno luogo ad azioni con formule in factum, fra quelli donde nasce un'*obligatio* (Gai. 3,182; Gai. 3,209, cfr. Gai. 4,112, 224<sup>301</sup>), come da Gai. 4,172:... *heredes vel qui heredem loco habentur... obligati sint*; onde, ripeto, resta dimostrato che, per qualunque specie di formule di azioni pretorie, vi si parla di *obligatio in factum* como è il caso di Gai. 4,172".

Lo que, en definitiva, después de lo visto, se pone de manifiesto a nuestro juicio, es una falta de rigor en la utilización de los conceptos en las Instituciones de Gayo, lo que, no puede sino mostrar un estado de confusión ante un mundo jurídico cambiante, de modo análogo a lo que ocurre en Gai. 4,6-9<sup>302</sup>. Esta falta de rigor conceptual en las propias

---

<sup>301</sup>Hacemos constar una advertencia parecida a la hecha constar en la n. : Gai. IV,224, no existe.

<sup>302</sup>supra p. 79 ss.

Instituciones gayanas<sup>303</sup>, no pueden por menos que augurar una confusión terminológica en la época clásico tardía. Pero pensamos que no pudo ser de otro modo, puesto que a partir de mediados del siglo II se produce, en el seno de una evolución jurídica que va transformando al sistema, un hecho fundamental: la cristalización del Edicto. La distinción de Derecho civil y pretorio pierde su sentido original; será todo ello *iura ex civitate*.

Como muestra de la confusión terminológica de la jurisprudencia clásica en el empleo de *obligatio*, tanto para obligaciones de Derecho Civil como de Derecho honorario, baste la siguiente relación de textos: D. 46,1,8,6; D. 2,15,4,1; D. 46,1,47,8; D. 46,1,8,2; D. 44,7,52,pr.; D. 4,5,7,2; D. 13,5,27; D. 11,7,23; D. 13,5,1,2; D. 13,5,30; D. 47,5,5,1,3; D. 4,9,1,2; C. 2,3,26. Por último, no es razonable pensar ni en error ni en interpolación masiva de todos estos textos<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup>Entendemos nosotros falta de rigor, pero no una plena promiscuidad terminológica. Lo que se deduce en una primera lectura de las Instituciones de Gayo es una fidelidad al sentido de *obligatio* como *vinculum iuris ex iure civile*; es decir, referido a acciones con una fórmula *in ius concepta*. Pero lo que se aprecia, después de Segré, es el hecho de que estos caracteres no son excluyentes, dadas las explicaciones vistas, de una falta de rigor, que más que debida a errores sistemáticos lo que augura es la percepción gayana de un cambio de orientación del Derecho romano en este punto que se ve confirmado en el Derecho clásico tardío. En este sentido debe tenerse en cuenta el cambio que se produce respecto al uso de *delictum* y *crimen*, que pone de manifiesto el propio Segré. En el fondo como puntos más destacados de esa situación cambiante están la codificación del Edicto y el avance imparable de la *cognitio extra ordinem*.

<sup>304</sup>No obstante, como se indicó más arriba, E. Betti (*Struttura...*, op. cit. p. 93) defiende que en el Derecho clásico el término *obligatio* se reserva exclusivamente a los supuestos en los que realmente existe un *vinculum iuris*. "sicchè non se ne potrebbero desumere obiezioni al perdurante carattere civilistico di questa come *vinculum iuris*. Invero, col onta di seffatti contatti e interferenze, la diffeenza di effetti e di trattamento giuridico che caratterizzano, da un lato, il *vinculum iuris* della  
(continúa...)

Del examen de este problema se deduce lo siguiente:

Frente a las tesis historicistas que ven en la obligatio clásica una construcción jurídica predeterminada y estrictamente condicionada por el proceso histórico que lleva a configurarla como tal, la aceptación de la extensión del término de obligatio a las relaciones pretorias demuestra que en la Roma clásica se generaliza una construcción dogmática de obligatio basada en su función jurídica y económica como vínculo que tiene por contenido una prestación en la que se centra el interés del acreedor y que exige de una cooperación del deudor; y vínculo que es jurídico, es decir tutelado por el Ordenamiento, en definitiva por el Poder Público, a través de una actio in personam. De ahí que sean rechazables las críticas a los planteamientos de Segré sobre la base de que confundir obligatio y obligación de Derecho pretorio implique confundir también lo que son dos planos diferentes del Derecho romano: el de la obligatio ex iure civile

---

<sup>304</sup>(...continuación)

obligatio, dell'altro, il mero actione teneri pretorio, rimane ben netta, e mal corretto linguaggio classico non ammette trasferimenti".

Estamos de acuerdo, pero no obstante se puede matizar: ¿qué se entiende por época clásica?; si por tal atendemos al ambiente jurídico del siglo I d. C. o incluso hasta mediados del siglo II d. C., lo afirmado por Betti no puede cuestionarse. Pero si entendemos también por época clásica el período de los severos e, incluso, todo el siglo III d. C. hasta Diocleciano (hay que constatar el nuevo marco procesal en el que nos encontramos, es decir el de la cognitio extra ordinem), podemos plantearnos si los textos arriba citados, que se corresponden a juristas clásicos tardíos, como es el caso de Paulo o Ulpiano fueron realmente interpolados.

Nuestra tesis es siempre la misma: Las innovaciones de los justinianeos fueron muchas veces más formales que reales. Además el distinguir al menos dos periodos dentro de la época clásica quizá pueda ayudarnos en la búsqueda de datos desconocidos ante el silencio de las fuentes y, en definitiva, a sentar bases que sirvan para superar la dialéctica entre historicismo y dogmática en la interpretación de las fuentes.



y el de las relaciones que son meramente amparadas por una *actio honoraria*, las cuales, desde luego, en un primer momento aparecen como relaciones que en sí mismas no dan lugar a lo que en nuestro lenguaje jurídico actual llamamos derecho subjetivo a la prestación del deudor que nace de una norma jurídica determinada que regula una relación jurídica, porque estas relaciones pretorias no son actuables *ex lege* en cuanto que no constituyen un *oportere* reconocible por el Pretor<sup>305</sup>.

Pero frente a ello constatamos lo paradójico que resulta que desde posiciones radicales historicistas o dogmáticas de corte pandectístico, respectivamente, se pueden llegar a resultados semejantes: debemos tener en cuenta que el *ius honorarium* es precisamente *ius positivo*, lo que lo refiere a una idea de normatividad que va más allá del simple conglomerado de acciones; en efecto, las acciones pretorias van cristalizando en el Edicto de forma análoga al modo como van cristalizando los precedentes en el Common Law, lo que va determinando no sólo la formación de principios jurídicos conformadores del Sistema Jurídico, también en su carácter positivo, es decir aplicable, sino, incluso, de una auténtica normatividad que forma parte integrante, con aquellos, del sistema y en la que se contemplan

---

<sup>305</sup>En la esfera de los vínculos de Derecho pretorio (*actione teneri*) estaríamos a través de la acción dada por el Pretor en virtud de su poder jurisdiccional en algo más próximo a la idea de poder de la voluntad individual, reconocido por el Poder público, que de un derecho subjetivo establecido por una norma jurídica. Cfr. en este sentido a Windscheid (Die *actio des römischen, Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Düsseldorf. 1856.) y la crítica realizada por Pugliese (*Actio e diritto subiettivo*. Milano, 1939.). Sobre estos puntos, también, Pastori, Concetto e struttura... op. cit. p. 299 ss.

relaciones jurídicas con unos contenidos determinados. Por otro lado hay que constatar también que existe una "permeabilidad" entre acciones del Derecho civil y del Derecho pretorio (acciones que comenzaron siendo pretorias *in factum*, que luego tiene una fórmula *in ius concepta*, acciones pretorias ficticias o con trasposición de personas que constituyen una derivación pretoria del Derecho civil, acciones *in factum* cuando ya existe para supuestos análogos acciones con fórmula *in ius*). Se ve que estamos en el proceso histórico de formación de las categorías jurídicas de nuestros sistemas de Derecho. Pero ante ello es lícito hacernos la siguiente pregunta: ¿debemos quedarnos en la mitad del camino de esa trascendental evolución jurídica o debemos ir más allá y comprender que el resultado, todavía vacilante, pero inexorable de la misma, lleva a la jurisprudencia clásica a vislumbrar un concepto de *obligatio* en el que, cumplidas las formalidades esenciales que la hagan reconocible como tal, la conviertan en una categoría general, dogmática y no solo histórica, es decir como vínculo jurídico entre deudor y acreedor dirigido a la realización por éste de una determinada prestación?. Nuestra posición es esta última.

En este marco debe situarse el concepto de *obligatio ex delicto*, fruto de la jurisprudencia clásica y que aparece como un vínculo jurídico reconocible por un *oportere*, (así *damnum decidere oportere* para la fórmula de la *actio furti* en Gai. 4,45 ).

B) La obligatio ex delicto.

En Gai. 3,88 se establece:

Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Vemos pues un primer intento de ordenación sistemática en torno de la categoría o concepto general de *obligatio*. Si profundizamos en el sentido de esta clasificación veremos mejor cual es el campo de actuación que sirve de objeto del concepto de *obligatio ex delicto*.

Biscardi<sup>306</sup> ve en esta clasificación la recepción de la definición de contrato tal y como resulta de la jurisprudencia republicana, es decir, refleja un estadio jurídico en el que todavía no se ha abierto paso la nueva concepción de contrato como acuerdo de voluntades de contenido tipificado por el Ordenamiento jurídico, sino como acto dirigido a constituir un vínculo obligatorio aunque no exista, o al menos no se manifieste, tal acuerdo, así por ejemplo en la *dotis dictio*, que se configura como un contrato que se constituye por el concurso de una sola voluntad<sup>307</sup>. Podemos añadir que este estadio

---

<sup>306</sup>Temas de Derecho Romano. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano. Barcelona. 1987. p. 35 ss. Esta misma orientación es seguida por Talamanca. Obbligazioni. E.d D., XIX. op. cit., p. 41 ss.

<sup>307</sup>Betti. Struttura... op. cit. p. 117.

jurídico previo también se manifiesta en el campo de las obligaciones ex delicto en relación con los ilícitos pretorios porque en Gai. 3,182 no existe una categoría general de obligatio ex delicto basada en el hecho del ilícito penal privado sino determinados supuestos, que se consideran de Derecho civil, pero sin mencionar en general a los ilícitos pretorios<sup>308</sup>.

Precisamente, conforme a lo dicho antes, tenemos que junto a esta clasificación de Gai. 3,88, en Gai. 3,91 se rechaza que la solutio indebiti pueda considerarse dentro de las obligaciones que nacen del contrato "quia is solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere".

Biscardi, en la obra antes citada, defiende el valor de Gai. 3,88, ya que, como dice el propio Gayo, se trata de una summa divisio obligationum, es decir, de la mayor de las divisiones que, siguiendo el método retórico (Cicerón, Topica 5,28 y ss.) comprende toda una realidad general que se divide en todas las especies que sea posible y así sucesivamente. Ahora bien-Biscardi, y en la misma línea Talamanca<sup>309</sup>- "no se puede reprochar a nuestro jurista el haber equivocado en el uso de estos dos instrumentos dialécticos de genera y species cuando,

---

<sup>308</sup>Otra cosa es el sentido meramente enunciativa que nos sugiere veluti en Gai. 3,182, pero lo cierto es que, al menos desde un punto de vista formal, la sistemática gayana que desarrolla Gai. 3,182 se circunscribe a las obligaciones ex delicto contenidas en dicho texto.

<sup>309</sup>Obbligazioni. E.d D. 19. op. cit., p. 42, nota 271. El autor no acepta la construcción de De Visscher (Les origines de l'obligation ex delicto. op. cit. p. 345 ss.) que considera la sistemática gayana acerca de la clasificación de las obligaciones como un intento mal conseguido para adaptar la nueva categoría escolástica de la obligatio ex delicto a la clasificación tradicional de las obligationes ex contractu: es uno de los puntos clave de la tesis del autor romanista belga, tal y como veremos más adelante.

después de dividir todas las obligaciones en contractuales y delictuales establece (Gai. 3,89) la clasificación de las obligaciones que nacen del contrato en los siguientes genera: "quattor genera sunt, re, verbis, litteris aut consensu". Sólo en apariencia, no en realidad, hay un cambio de términos técnicos. Esto se funda en que el uso de esos instrumentos dialécticos (genera, species) se debió al hecho firme de que de la pluralidad de obligaciones (los cuatro genera de obligaciones ex contractu y el unum genus de la obligatio ex delicto) fue creado por inducción el más extenso género de obligatio, que luego fue dividido por deducción en las dos comprensivas especies de obligationes ex contractu y ex delicto".

Ahora bien, de acuerdo con Biscardi<sup>310</sup>, a tenor de lo establecido por Labeo (D. 50,16,19) y por Sextio Pedio, cuya opinión es recogida por Ulpiano (D. 2,14,1,3), en un determinado momento, en plena época clásica, se produce la crisis y luego superación de la concepción de contrato como acto constitutivo de un vínculo obligacional por la de contrato como vínculo basado en un acuerdo de voluntades. Ante ello, en este nuevo estadio de pensamiento jurídico, las Instituciones de Gayo, como obra de transición, reflejan su preocupación por supuestos de constitución de un vínculo jurídico que están alejados de la nueva idea del acuerdo de voluntades como esencia de todo contrato. Así vimos las dudas de Gai. 3,91 a propósito del pago de lo indebido. Ante ello o se empezaba a hablar para estos casos de fictio contractus o se afirma que estamos, sin más, ante supuestos de obligaciones nacidas ex variis causae figurae.

---

<sup>310</sup>Temas de Derecho Romano... op. cit. p. 48 ss.

De ahí la clasificación tripartita de las *Res cottidianae*<sup>311</sup>.

Pero la evolución jurídica, paralela a la construcción de la categoría general de los contratos basada en el acuerdo de voluntades, no se detiene, y así ya en I. 4,13,2 se refleja el punto de llegada cuando, con arreglo a una construcción escolástica, se establece que las obligaciones nacen de un contrato, como de un contrato, del delito, o como de un delito. Se agregan pues a contrato y delito las categorías que la glosa medieval llamará *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto* reflejándose, por un lado, las obligaciones que no naciendo de un acto antijurídico no constituyen, en sí, un acuerdo de voluntades, y por otro, aunque es un tema debatido por la doctrina, los casos en que una persona queda obligada, en relación con un hecho culposo, por el daño causado a otra persona.

Por lo que hace al origen de la *obligatio ex delicto* se puede partir diciendo que existe en el mundo de la realidad jurídica, aunque no todavía en el de los conceptos jurídicos, desde que la *lex* hizo derivar directamente un deber jurídico, es decir actuable procesalmente, de determinados actos ilícitos que un particular realizase contra otro, y que consiste en el pago de una *poena pecuniaria* (el contenido de la sentencia

---

<sup>311</sup> "Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris". D. 44,7,1,pr. (Gai. 2 aer.). El contrato se identifica con un acuerdo que genera acción y el delito con un acto antijurídico que daña a la víctima. Las otras fuentes de las obligaciones son calificadas como *variae causarum figurae*. Los distintos tipos de causas son las siguientes: la *negotiorum gestio* (D. 44,7,5,pr.), la tutela (D. 44,7,5,1), los legados obligatorios (D. 44,7,5,2), la *indebiti solutio* (D. 44,7,5,3) y la *communio incidens* (I. 3,27,3-4).

condenatoria) que la víctima (acreedor en la consiguiente relación obligatoria) tiene derecho a obtener del deudor que es el reo condenado en el proceso. Sin embargo a este estadio que se identifica con el periodo de las XII Tablas, a través de la correspondiente *actio legis*, le falta todavía un elemento: en virtud del *iudicatum* nace un vínculo, una situación de pendencia en el cumplimiento de la prestación del deudor, pero en esa época la responsabilidad por el incumplimiento de dicha prestación genera, por el procedimiento de la *legis actio per manus iniectioem*, un estado de sujeción material del deudor por el acreedor que llega hasta su propia ejecución corporal. La vinculación entre deudor y acreedor de la prestación aparece pues caracterizada todavía por un elemento de sujeción material, y no meramente ideal, lo que es incompatible con la idea de *obligatio* clásica<sup>312</sup>.

No obstante, si se admite el deber de satisfacer *ex lege* una *poena* al lesionado por el ilícito, creemos, aún con todas las cautelas, puede hablarse, como digimos, en el mundo de la realidad jurídica, de *obligatio ex delicto*<sup>313</sup>. Así, se da por un lado la existencia de un vínculo jurídico *ex lege* (Gayo en 4,37 y 4,45, nos refiere la fórmula de la *actio in personam*

---

<sup>312</sup>Tito Livio, *ab urbe cond.* 8,28,8 y Varro, *de lingua latina* 7,105, nos refiere la derogación del negocio del *nexum*. Biscardi, (*La dottrina romana de la obligatio rei*. op. cit., p. 59 = Seminarios Complutenses de Derecho Romano. II. p. 6) como ya se indicó, ve en la *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.) derogadora, según su tesis, del *nexum*, el paso decisivo para la configuración de la *obligatio* como *vinculum iuris*; ahora, y esto es lo que aquí nos importa en contra de la opinión de otros autores, no cree que esta ley derogadora del *nexum* terminase con la ejecución personal del condenado por deudas.

<sup>313</sup>Muy distinta es la opinión de De Visscher: *infra*. p. 202 ss.

correspondiente a la actio furti), y por otro lado, una responsabilidad patrimonial, fundamentalmente, por la obra, en la República, del Pretor a través del expediente de la bonorum venditio<sup>314</sup>, con lo que la ejecución del condenado se aparta del campo de lo personal para entrar en el campo más propio de las obligaciones, que es el puramente patrimonial.

Gai. 4,37:

...velut si furti cum peregrino agatur, formula ita concipitur: IUDEX ESTO. SI PARET <LUCIO TITIO A DIONE HERMAEI FILIO OPEVE> CONSILIO DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE et reliqua...

Gai. 4,45:

Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum <decidi oportere; sunt et> aliae in quibus iuris civilis intentio est.

---

<sup>314</sup>No obstante debe tenerse en cuenta lo dicho al respecto por A. D'Ors en Derecho Privado Romano. 1991, op. cit., & 113. n. 8 p. 158-159 sobre la subsistencia, de acuerdo con las fuentes literarias allí indicadas, de supuestos de ejecución personal a principios de la época clásica.



Kunkel<sup>315</sup> y Fuenteseca<sup>316</sup> ven como momento decisivo en la formación de la obligatio ex delicto el representado por el proceso de las legis acciones, y concretamente, las legis acciones per sacramentum. Fuenteseca parte de la oscuridad de las fuentes acerca de la actio per sacramentum in personam: en realidad, consideramos nosotros que nada dicen al respecto las Instituciones de Gayo, sólo en Gai. 4,13 se dice:

Sacramenti actio generalis erat; de quibus ut aliter ageretur legem cautum non erat, de his sacramento agebatur...

Además en el fragmento 14, faltan 23 líneas y no se dice más, en consecuencia, que el hecho de que estamos ante una generalis actio. Pero esto no impediría su consideración como una denominación genérica que comprendiese diversas acciones de la ley, en fin, como categoría genérica distinta del otro genus: la legis actio in rem. Lo cierto es que Kunkel fundó, frente a la opinión de la mayoría de la doctrina<sup>317</sup>, la persecución del crimen de homicidio dentro de la esfera procesal de las legis

---

<sup>315</sup>Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit. München. 1962.

<sup>316</sup>Investigaciones de Derecho Procesal Romano op. cit. p. 12 ss.

<sup>317</sup>B. Santalucía (Alle origini del processo penale romano IURA, 1984, p. 57) entiende que la ejecución del homicida voluntario se realizaría por los parientes de la víctima ante la Asamblea verosímelmente sobre el presupuesto de una declaración realizada por quaestores parricidii que eran oficiales asalariados nombrados caso por caso. En términos parecidos, Burdese, Diritto pubblico... op. cit. p. 239.

acciones<sup>318</sup> y concluye que en un momento inicial, en el Ordenamiento ciudadano, no existió la dicotomía entre proceso penal público y privado en la persecución de los delitos sino que existiría una específica acción de la ley penal previa a la formación de las quaestiones como órganos jurisdiccionales de la República<sup>319 320</sup>.

---

<sup>318</sup>Esta idea de Kunkel presuponía, como base para la misma, la existencia de una *legis actio in personam* entendida no de modo específico, es decir, relativa sólo a las conflictos que nacían de la *sponsio* como negocio de tipo obligacional, sino un *genus de legis actio generalis* que comprendería diversos procedimientos de la ley para finalidades muy diversas.

<sup>319</sup>No obstante, debemos costatar que las fuentes aducidas son débiles frente a los indicios que señalan el origen anterior a las XII Tablas de órganos jurisdiccionales específicos bajo cuyo conocimiento se sustancian los crimina de *perduellio* (*duoviri perduellionis*) y de homicidio (*quaestores parricidii*).

<sup>320</sup>P. Fuenteseca (*Investigaciones de Derecho Procesal romano*. op. cit. p. 13) señala que "Kunkel sostiene, frente a la doctrina tradicional, que el proceso civil y el penal nacieron juntos como proceso privado y mediante el mecanismo común del *sacramentum*. Desde antiguo existiría la idea de la *quaestio* (cuyo origen se atribuye tradicionalmente a la época republicana avanzada) en el sentido de proceso criminal privado con base en el *sacramentum*: prueba de esta idea sería la expresión *si negat sacramento quaerito*, perfectamente interpretada y encuadrada por Kunkel en la historia del proceso criminal: este *quaerere* o *quaestio*, sin embargo no implicaría apuesta sacramental al estilo del *agere sacramento in rem*; sería un *sacramentum-iusiurandum*-sin apuesta entre las partes. Esta luminosa idea de Kunkel nos alentó para clarificar la sospecha de dos aplicaciones del *sacramentum* que creemos percibir en Festo, (Festus P. 468) *sacramentum aes*) el cual parece distinguir entre una *contentio sacramento* y una *interrogatio sacramento*. Otros indicios acabaron llevándonos a la conclusión de que en efecto existió un *agere sacramento* en sentido amplio *sine provocatione sacramento* consistente en una *interrogatio sacramento*- que no sería otra cosa que un *iusiurandum*- para el caso de que el presunto delincuente negase la comisión del delito. La mencionada expresión ciceroniana, "*aiote mihi furtum fecisse*", sería precisamente la iniciación *in iure* de un *agere sacramento*, porque si el presunto reus negaba se le exigiría el *iusiurandum sacratione interposita*: "*si negat sacramento quaerito*". Así, la necesaria acción declarativa en materia de delitos se iniciaría ante el pretor y podía conducir a una *quaestio* donde se decidía la culpabilidad - *fecisse* o *non fecisse*-después de haber interrogado al presunto reus con un  
(continúa...)

Ahora, por lo que hace al propio concepto jurídico de *obligatio ex delicto*, entendido como categoría que se coloca sistemáticamente junto a la *obligatio ex contractu*, esto no aparece en el Derecho romano hasta la jurisprudencia clásica<sup>321</sup>. Ahora nos interesa, no ya determinar el momento en el que se puede hablar de tal *obligatio ex delicto*, como concepto autónomo, sino el proceso de la formación de la misma como tal como concepto específico utilizable por la jurisprudencia en el campo del sistema jurídico. Esto nos lleva a otro aspecto que es el del origen de la *obligatio ex delicto* en relación con el de la *obligatio ex contractu*.

¿La *obligatio* como vínculo jurídico tiene su origen en

---

<sup>320</sup>(...continuación)  
*iusiurandum*. Realizada la acción delarativa mediante *quaerere sacramento* y declarado *reus* el culpable, se haría valer una *petitio pecuniae* en reclamación del múltiplo o cantidad señalada *ex lege*. (XII Tablas)".

Recientemente R. Santoro en la relación de síntesis que cerraba el "Convegno internazionale di diritto romano", Copanello 4-7 Junio, 1990 (las Actas se publicaron con el título de "Illecito e pena privata in età repubblicana. Napoli, 1992), en p. 341-342, sigue la tesis, citando a Kunkel, en virtud de la cual, no sólo los delitos privados, sino también algunos de carácter público, singularmente el *crimen repetundarum*, se sustanciaron en la República, hasta la aparición, para éstos últimos, de las *quaestiones perpetuae*, por medio del procedimiento de las *legis actiones*.

<sup>321</sup>No debemos olvidar que el primer texto jurídico conocido en el que aparece el término *obligatio* es muy tardío: la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* que es de mediados del siglo I a.C. Como subraya Talamanca (*Obbligazioni*. E.d D. XIX. op. cit. p. 40) la formación del concepto de *obligatio ex delicto* no pudo ser muy distante al de *obligatio ex contractu*). Ahora bien, Gell, 6,15,2, nos refiere un esbozo de la evolución del *furtum* desde las XII Tablas hasta la época clásica y en él alude al libro XVI relativo a *ius civile* de Q. M. Scaevola, por lo tanto, primera mitad del siglo I a.C.. Concretamente A. Gellio pone en boca del jurista de la República las siguientes palabras: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civile composuit, XVI verba haec posuit: Quod, cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad alium rem, atque accepit, usus est, furti obligati.*

la Historia del Derecho, en la esfera de los actos de paz, en el contrato, o en la de los actos ilícitos, el delito?<sup>322</sup>.

Tradicionalmente la doctrina romanista venía admitiendo la prioridad del delito respecto al contrato como fuente de las obligaciones<sup>323</sup>, así, en general, la obligación nacería del

---

<sup>322</sup>Talamanca (Obbligazioni... E. d D. op. cit. p. 2 ss.) señala que estamos ante un viejo problema en realidad no resuelto por la doctrina romanista. Propone, no una resolución de la cuestión, sino una superación partiendo del estudio de los negocios jurídicos existentes en época precívica y en los primeros tiempos de la civitas: destaca que no puede distinguirse aún entre un ilícito de tipo contractual y otro de tipo penal ya que en ambos casos, en un primer momento, la *manus iniectio* primitiva, anterior a las *legis actiones*, supondría la toma de la persona del deudor que no cumple, o del delincuente, salvo la intervención de terceros que saliesen responsables y se obligasen a satisfacer una suma compensatoria.

<sup>323</sup>Reproducimos la relación bibliográfica que al respecto da F. Pastori (Concetto e struttura... op. cit. p. 33-34) sobre el tema: La prioridad del delito sobre el contrato en la origen de la obligatio clásica. La prioridad del delito fue mantenida por Perozzi. Le obbligazioni romane, Bologna, 1903. Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto, en Mem. Acc. Bologna 1915-1916. Istituzioni di diritto romano. II, Roma. 1908. p. 1 ss. Bonfante. Storia del diritto romano. Roma. 1934. p. 191. Albertario. Le fonti delle obbligazioni e l'art. 1097 cc. op. cit. p. 500. Corso di diritto romano, le obbligazioni. Parte Gen. Milano, 1936. p. 81 ss. Luzzatto. Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane. Milano, 1934. La prioridad de la obligatio ex contractu es defendida por Betti. La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi. Milano. 1953. Meltzl. Ueber die realen Grundlagen des obligatorischen vinculum. Knutze. Cursus des römischen Recht. II p. 207. Arangio Ruiz. Istituzioni. op. cit. 207. De Francisci. Storia del diritto romano. I. Milano, 1943. p.332 ss. Biondi. Istituzioni. p. 279. De Visscher. Les origines de l'obligation ex delicto. R. H. de droit franc. et étrang. 1928. p. 335 ss. Etudes de droit romain. Paris. 1931. p. 257 ss. Pugliese. Actio e diritto subietivo. Milano 1939. p.76 n.1. G. Scherillo. Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Milano. 1937. p. 221 ss. Grosso. Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano. Torino. 1948. p. 194 ss. Monier. Manuel. II. p. 11 ss. Gioffredi. Ius, lex prstor. en S.D.H.I. 13-14 (1947-1948). p. 9-11. Lavaggi. Iniuria e obligatio ex delicto. p. 152 n. 47. Siber. Römisches Privatrechet. p. 223 ss. Levy. Neue Bruchstücke aus der Institutionen des Gaius. p. 399 ss.

Añadimos nosotros al propio Pastori (Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano, Milano. 1968-69) ya que ve la (continúa...)

rescate que el autor del delito o su grupo debe de pagar al lesionado para que éste, que goza de la disponibilidad física de aquél, renuncie a la ejecución fáctica de la venganza. Como exponente de este pensamiento, Bonfante<sup>324</sup> dice que "la finalidad de la obligación en el Derecho más antiguo no es comercial sino penal; las obligaciones representan el Derecho penal primitivo (...) el delito desaparece paulatinamente como fuente de las obligaciones frente al contrato. Pero remontándonos a los orígenes hay un momento en que ninguno de los contratos es reconocido. El delito invade todo el sistema de obligaciones. La palabra reus significa culpable y deudor. Una supervivencia de la antigua obligación se encuentra en la noxae deditio del Derecho clásico. El culpable de una lesión debía ser entregado en la forma de *mancipium* o *nexum*, que es la misma cosa. La costumbre permitió al reo liberarse sufriendo la pena del talión o pagando. La Ley de las XII Tablas imponía la composición mediante dinero. Esta era la *poena*: el más antiguo objeto de la obligación. En tanto esta no se satisfacía había un estado de sumisión al poder del acreedor, este era el estado de obligación. El verdadero origen de la obligación moderna viene dado por la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.). Desde ese momento el estado de *obligatus* está constituido por la vinculación del patrimonio y no por la servidumbre de la persona".

---

<sup>323</sup>(...continuación)  
*sponsio* el origen de la *obligatio*. Respecto a la opinión de Kaser: *infra*, p. 210 ss.

<sup>324</sup>Cita de P. Fuenteseca en Origen del concepto romano de la obligación. Libro-Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre. Separata Vol. I. p. 122-123): Bonfante. Historia del Derecho romano. Trad. Santa Cruz Teijeiro. Madrid. 1944. p. 243 ss.

Luzzatto<sup>325</sup> es el último autor que defiende la prioridad del delito como fuente de las obligaciones. La obligación está en el estado de sujeción que viene dado por la *noxae deditio* o entrega noxal que hace la gens del ofensor en favor de la del ofendido. El paso siguiente viene dado por la entrega de un rescate, por la primera gens a la segunda, que libera al ofensor del castigo<sup>326</sup>.

Frente a esta tesis, a partir de Betti, pero con el antecedente de Metzler, tenemos la opinión de la prioridad del contrato sobre el delito como fuente de las obligaciones. Es también una opinión que desde nuestra perspectiva actual da un enfoque más civilístico al tema del origen, estructura y función de la obligación.

Betti, así como De Visscher, siguen una misma línea de pensamiento aunque también con importantes diferencias de fondo.

Para ambos, el origen de las obligaciones está en el acuerdo. No cabe pensar en un nacimiento *ex lege*, por un acto delictivo, de una obligación en una época tan arcaica como es la anterior a las XII Tablas. La obligación como vínculo entre dos personas dirigido a la satisfacción de una de ellas, requería de un acuerdo entre ambas. Betti concibe el origen de la obligación, como se vió, en la intervención de un tercero, *vindex*<sup>327</sup>, y señala que la obligación más antigua se inserta en el tronco de la primitiva *manus iniectio*<sup>328</sup> dirigida a acordar un rescate con

---

<sup>325</sup>Per una ipotesi sulle origini... op. cit.

<sup>326</sup>supra p. 36 ss.

<sup>327</sup>Struttura... op. cit. p. 109 ss.

<sup>328</sup>Struttura... op. cit. p. 130 ss.

el lesionado por un acto ilícito que puede ser también el incumplimiento de una promesa y en la que el tercero asume una responsabilidad de vencimiento perentorio, con carácter de garantía real, voluntariamente asumida por una persona libre frente a otra<sup>329</sup>.

Particularmente Betti reconoce un papel del *nexum* como acuerdo de voluntades en la formación posterior de la *obligatio ex delicto*. Parte el autor<sup>330</sup> de las palabras de Livio (*ab urbe condita*, 8,28,8) a tenor de las cuales se deduce que el *nexum* se constituía, bien por razón de débito (para evitar la ejecución física del deudor<sup>331</sup>), bien por razón de un delito (para evitar la venganza).

Por el *nexum*-Betti- se llega al acuerdo por el cual el deudor paga una composición al que ha resultado ofendido por el ilícito, cuyo medio de pago consiste en la realización de trabajo personal, quedando en una situación de *addictio redimible*, análoga a la prevista para deudores insolventes en las XII Tablas. El presupuesto necesario es que las partes se sometan a un pacto (*pax*) del que surge el crédito pecuniario a favor del lesionado, a título de expiación. *Damnum decidere*.

Betti, y en este sentido también Biscardi, indica que de los textos de Livio y de Varrón<sup>332</sup> no se debe deducir la supresión por la *Lex Poetelia Papiria* de la ejecución forzosa del

---

<sup>329</sup>Struttura... op. cit. p. 139.

<sup>330</sup>Struttura...op. cit. p. 173 ss.

<sup>331</sup>Varro, de lingua latina 7,105. "...Liber qui suas operas in servitutum pro pecunia quam debebat, dabat dum solveret, nexus vocatur..."

<sup>332</sup>supra p. 193.

deudor, sino la supresión del nexum como instrumento jurídico que, aún entonces, cumpliría una función ejecutoria por la que el deudor compensaría con su trabajo forzoso una deuda anterior incumplida, o bien, sería la forma misma de realizar la prestación convenida.

La obligatio ex delicto nace, según esto, cuando el uso y costumbre social relativa al pago de compensaciones venga fijado por ley (ya no por transacción); así, se parte de la primitiva facultad de rescate para llegar al deber ex lege de reparación económica. La poena objeto de la obligatio ex delicto cumple- Betti- desde el principio, una función reparatoria (hoy diríamos, dentro del ámbito del Derecho civil) sustitutiva y evitadora del ejercicio del puro poder de vindicta del lesionado a través de lo que fue la manus iniecto primitiva.

De Visscher<sup>333</sup> defiende la prioridad del contrato sobre el delito en el proceso de formación de la obligatio ex delicto, pero defiende también que el concepto de obligatio ex delicto sólo aparece de forma muy tardía, fruto de la elaboración escolástica de la jurisprudencia clásica. Para el autor hablar de obligatio ex delicto a mediados de la República es una entelequia. No puede admitirse un paso tan radical como es el de partir del poder de vindicta del lesionado por un delito entre particulares a la obligatio ex delicto en un periodo inmediatamente posterior a las XII Tablas.

Además, para De Visscher, se une otra razón de fondo, y es la importante diferencia que le separa de Betti, que es la

---

<sup>333</sup>Les origines de l'obligation ex delicto. op. cit., p. 23 ss.



de consierar que la poena, objeto y resultado de ese pacto al que llegan ofendido y ofensor, es, para De Visscher, de carácter penal, no indemnizatorio, tanto en su origen como, al menos, hasta la época clásica.

No estamos pues ni ante un oportere del que nazca una obligatio en sentido técnico, ni ante una poena con función sustitutiva de la venganza a través de una reparación económica.

Lo cierto es que la actio poenalis presenta en tiempo de Gayo unos caracteres penales<sup>334</sup> que diferencian su estructura respecto a la de las acciones que nacen de las obligationes ex contractu; ante lo cual, Betti<sup>335</sup> ha de ver, necesariamente, un residuo del carácter primitivamente penal de la responsabilidad derivada de un ilícito penal privado que daba lugar a la primitiva manus iniectio ejecutiva.

Mientras, para De Visscher, estos caracteres no son sino el propio reflejo del estadio jurídico existente sobre la materia hasta llegar a un nuevo estadio jurídico representado, entre otras cosas, por la creación por la jurisprudencia clásica de un concepto jurídico nuevo para una realidad jurídica nueva: la obligatio ex delicto.

Para el citado autor, en el Derecho de las XII Tablas la ley no impone el deber de pagar una poena consistente en una cantidad determinada o de un múltiplo del valor estimado del daño, es decir, sobre el quantum ea res est. Por el contrario la conclusión a que llega, sobre todo a partir de una exégesis de

---

<sup>334</sup>Baste aludir a Gai. 4,112.

<sup>335</sup>Betti reconoce más explícitamente estas características penales en Istituzioni. II, op. cit. p. 506 ss.

los textos contenidos en Gai. 4,37 y en Gai. 3, 88 y siguientes, es que, con la expresión *pro damnum decidere oportere*<sup>336</sup> no se quería indicar más que la ley obliga a componer, fijándose por la misma ley, así en las XII Tablas, la cantidad máxima por la que el lesionado debe darse por satisfecho. Es el sistema legal de noxalidad<sup>337</sup> que supone una superación del estadio anterior de simple pacto, puramente arbitrario, para evitar la venganza, y que en la XII Tablas se refleja todavía en la regulación del *membrum ruptum* que da lugar al Talión, pero salvo pacto en contrario.

El otro gran apoyo de la tesis de De Visscher viene dado del análisis de la sistemática de las Instituciones de Gayo respecto al tratamiento del contrato y del delito como fuentes de las obligaciones. El que Gayo incluya dentro de la especie de las obligaciones *ex contractu* la teoría relativa a la extinción de las obligaciones en general y que, después de esto, en Gai. 3,182 se diga, simplemente, que "*transeamus nunc ad obligationes qua ex delicto nascuntur...*" no puede sino reflejar un extraño error de sistematización que para De Visscher sólo es explicable por el añadido, mal relaizado por Gayo, del *genus* de la obligatio *ex delicto* (fruto del pensamiento jurídico clásico) con respecto de una sistemática anterior para la cual las obligaciones nacen de un acto jurídico ilícito constitutivo de un *oportere*.

De todo ello se saca la consecuencia fundamental de que hasta época muy tardía no nace del hecho ilícito una obligatio

---

<sup>336</sup>Es decir, la *condemantio* que recoge Gai. 4,37 relativa al *furtum*.

<sup>337</sup>De Visscher. Il sistema romano della noxalità IURA, 7. 1960. op. cit., p. 1 ss.

ex lege sino sólo la responsabilidad noxal (noxae deditio) de entrega o sometimiento del autor del mismo a la responsabilidad penal, salvo que se llegue a una composición por haber ofrecido el ofensor una poena en los términos vistos anteriormente. Así la noxalidad de la actio ponalis en la época clásica respecto a esclavos o alieni iuris sometidos a la potestad del paterfamilias. En consecuencia-De Visscher- no nace realmente la obligatio hasta la litis contestatio por la aceptación de un iudicium, y cuando se produce, tal nacimiento determina una obligatio de naturaleza típicamente procesal y con un contenido patrimonial, no penal: se explicaría así, sin más, el hecho constatado por las fuentes de Derecho clásico, de la transmisibilidad pasiva de las acciones penales contra el heredero, si se produce el fallecimiento del reo post litis contestatam<sup>338</sup>.

Con el tiempo-De Visscher- se irá produciendo, por una relación de causa-efecto, un fenómeno de anticipación respecto al momento de nacimiento de la obligatio ex delicto y se irá considerando que éste es, ex lege, el de producción del propio hecho ilícito y no ya el de la litis contestatio procesal.

La, a nuestro juicio, muy importante tesis de De Visscher, tiene un grave obstáculo proporcionado desde el terreno de las fuentes. En particular, subrayamos como en la propia fórmula de las acciones penales correspondientes a los delicta se contiene un oportere<sup>339</sup>; es decir, los delicta como hechos ilícitos que dan lugar a un oportere, aparecen como

---

<sup>338</sup>infra Capítulo Tercero. 2).

<sup>339</sup>Gai. 4,2; Gai. 4,45.

construcciones jurídicas que proceden de la *lex*, es decir, con una tipicidad que arranca del Ordenamiento civil republicano. Precisamente, el hecho incontestable es que en Gai. 3,182 se mencionan como *obligationes ex delicto* el *furtum* (XII Tablas) y el *damnum iniuria datum* (*Lex Aquilia de damno*, S. III a.C.) y las derivaciones pretorias de *delicta ex iure civile* que son la rapina y la iniuria.

En este sentido Pugliese<sup>340</sup> destaca que en la fórmula de la *actio furti* (Gai. 4,37)<sup>341</sup>, y seguramente en la propia de la *actio ex lege Aquilia*, se contiene un *oportere*. De ahí que Pugliese- dada la presencia de este verbo, la investigación del juez no podía limitarse a la comisión del hecho delictivo en sí mismo, sino que debía versar también en la determinación de la existencia de una efectiva relación obligatoria, que, en cuanto tal, necesariamente había de surgir antes de la *litis contestatio*, porque, por ejemplo, podía darse el hecho de la comisión de un hurto, pero que se hubiese realizado contra un *paterfamilias* por un sometido a su patria potestad: en este caso aún existiendo un *furtum*, no era perseguible<sup>342</sup>.

No obstante, en apoyo de De Visscher, también se puede argumentar que el término *obligatio* parece que surge tardíamente en las fuentes jurídicas: concretamente en la *lex Rubria* de

---

<sup>340</sup>Obbligazione del capo di famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità. Studi in memoria de Albertario, I. Milano, 1953. op. cit. p. 233 ss.

<sup>341</sup>Lenel. Das Edictum perpetuum<sup>3</sup>. Leipzig. 1927, p. 324 ss.

<sup>342</sup>Gai. 4,78.

Gallia Cisalpina<sup>343</sup> de mediados del siglo I a. C.

En un comentario breve respecto a este texto baste decir que mientras el capítulo XXI de la ley se refiere sólo a las deudas por dinero (*pecunia certa credita*), en el Capítulo XXII se trata del proceso por deudas de dar, hacer, garantizar, o por un ilícito extracontractual. Ahora bien, es de destacar que si para las deudas de naturaleza contractual aparece, en el Capítulo XXII, la fórmula *d(are), f(acere), p(raestare)*<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup>F.I.R.A. Bruns. p. 97 ss. F.I.R.A. Riccobono. p. 169 ss. Ver la respecto el comentario que hace Arangio Ruiz en *Historia del Derecho Romano*. Trad. Pelsmaeker. Madrid 1980. p. 254-255.

<sup>344</sup>"...ex h(ac) l(ege) deve ea re cum eo ageretur ita d(are) f(acere) p(raestare) restituereve oportere aut se debere eiusve eam rem esse aut se eam habere eamve rem de qua arguetur se fecisse obligatumve se eius rei noxiaeve esse.." (*Lex Rubria de Gallia Cisalpina*)

En el texto de la plancha de bronce aparecen repetidas las iniciales p., f., d., lo que demuestra que el contenido del *vinculum iuris* que constituye la prestación estaba aprehendido en la fórmula procesal. Llama la atención que en el Capítulo XXII a estas tres palabras se añada *restituereve*, pero con todas las letras: ¿No significa esto un mensaje implícito?. Parece que aquí la ley añade un término que, en un Capítulo que recoge el proceso por cualquier caso de débito, incluso por acto ilícito, debido a un especial afán de matizar el posible contenido de la prestación obligatoria. Pero p.=*praestare*; f.=*facere*; d.=*dare*; suponen, con el consiguiente, oportere el tecnicismo que hace distinguible, podríamos decir, "erga omnes", la presencia de una *obligatio ex iure civile*.

Así lo entiende F. J. Bruna (*Lex Rubria*, *Studia Gaiana*, V, Leiden, 1972, p. 214 ss.) que nos refiere a Gai. 4,2 y D. 44,7,3 (Paul. 3, Inst.) para indicar que los términos en cuestión se encuentran en particular en las acciones *in personam*. Sobre el significado particular de los tres términos, *dare*, *facere*, *praestare*, nos remite a M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*. I<sup>2</sup>, op. cit. p. 489 ss.

Bruna continúa, respecto a *restituereve*, que como hemos dicho, aparece en la ley con todas las letras, e indica que este término no se encuentra regularmente citado junto a los anteriores, e indica que, frente a las tres palabras señalados antes, que constituirían una antigua y firme fórmula, *restituere* se emplearía con un carácter más general comprensivo también de demandas suplementarias y secundarias como es el caso de daños producidos posteriormente a la cosa en litigio (p. 215).

(continúa...)

restituere oportere; se hace referencia luego a los delitos mediante un "se fecisse"<sup>345</sup>, o, incluso, con un "rem noxsiave" pero como algo separado al d(are), f(acere), p(raestare) oportere. Y no es que del delito no naciese, por ley, el deber de pagar la poena en que consista la condena del delincuente (el contenido material de la obligatio ex delicto) sino que lo que se aprecia, creemos, es un cierto rubor de incluir, sin más, al *damnum decidere* en aquel tecnicismo formulario, propio de la *obligatio ex contractu*.

Por otro lado se destaca el pobre empleo que se hace aún en esta ley del término *obligatio*. Parece que, simplemente, se usa en un sentido de garantía o vinculación material por alguna cosa o asunto. En definitiva, más cerca aún de la *obligatio rei*<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup>(...continuación)

Respecto a "aut se debere" señala que "debemos suponer que se trata aquí de una expresión cotidiana, colocada al lado de la palabra oficial oportere para una mayor claridad".

<sup>345</sup>"...eamve rem de qua arguetur se fecisse..." Bruna traduce esta frase en el sentido de "que se declara culpable de aquello de que lo acusan" y considera que con la expresión fecisse se está haciendo referencia a un delito como puede ser el *furtum*, el *damnum*, o la *iniuria*, que se llevan a juicio por el procedimiento civil ordinario.

Parece que queda claro que el término técnico oportere se reserva todavía al *vinculum iuris* relativo a una obligación nacida de relaciones de tipo contractual, es decir, a acciones *in personam* nacidas de contratos reconocidos por el *ius civile*, pero no, todavía, al "*damnum sarcire*" derivado de un delito.

<sup>346</sup>De Visscher (*Les origines de l'obligation ex delicto* op. cit., p. 360) traduce la frase "*obligatumve se eius rei*" por ser culpable de un delito. Señala que la expresión "*obligari rei*", es decir el verbo *obligari*, más el hecho que determina la responsabilidad del sujeto que lo ha realizado (con el genitivo *rei*) es muy antigua y no tiene nada que ver con la *obligatio ex delicto*.

Por su parte F. J. Bruna (*Lex Rubria*, op. cit.) traduce "*obligatumve se eius rei noxsiave esse*", por, "o bien que sea (continúa...)"

Por último, aludimos a Lavaggi<sup>347</sup> que, partiendo del estudio de un supuesto particular, la *actio iniuriarum* ejercitada por el padre (*filii nomine*) por una ofensa hecha a un hijo suyo<sup>348</sup>, llega a una visión exclusivamente penalística del tema genérico de la responsabilidad que nace para el autor de un delito privado. La *poena* la concibe, como De Vischer, como subrogado de la venganza, de naturaleza penal, y no como una reparación indemnizatoria del daño causado, como piensa Betti.

---

<sup>346</sup>(...continuación)

responsable por la cosa que se le imputa o por el daño causado por una persona bajo su posesión" e indica que se está haciendo referencia no a la frase precedente, es decir, al *fecisse* con el que se menciona a las *obligationes ex delicto*, sino que "*eius*" se refiere en general a la cosa respectiva llevada al juicio y que, en particular, con la expresión "*noxiaeve*" se está mencionando la responsabilidad por actos realizados por personas sujetas a la potestad de quien se trate (en este sentido el autor remite a Heurmann-Seckel, p. 274, v. *noxia\noxia* y a Ernout-Meillet *Dictionnaire de la langue latine*, p. 440, según los cuales por *noxia* se recoge el caso de delitos cometidos no por el acusado mismo sino por personas sometidas a potestad).

<sup>347</sup>G. Lavaggi. *Iniuria e obligatio ex delicto*. S.D.H.I. 13-14. 1947. op. cit. p. 141 ss.

<sup>348</sup>Se plantea si en este caso es el padre o el hijo el titular del derecho subjetivo por la *obligatio ex delicto*. Si se toma al hijo contra el cual el delito se ha cometido, y consideramos su derecho como un derecho patrimonial, entonces chocamos contra el principio de la incapacidad patrimonial (mientras esté sometido a *patria potestad*) del *filius familias*: por principio, la acción es hereditariamente intransmisible y "o la *a. iniuriarum* è intrasmisibile e allora non si vede perchè passi a costui o è trasmisibile e allora dovrebbe al pari di ogni altra azione da delitto competere agli erede di chi ne fu per primo il vero e solo titolare" (p. 147).

Si se quiere considerar el derecho del hijo, no como un derecho patrimonial, entonces esto contradice el carácter de la reclamación por dinero y también la capacidad del hijo de obrar para sí y de hacer valer su derecho en juicio.

Si se toma en cambio al padre como titular del derecho, ello resulta inconcebible con el hecho de que este derecho corresponda al hijo cuando éste, despues de la muerte del padre, o a través de la emancipación, sea liberado (p. 148).

Entonces concluye Lavaggi: el derecho que sigue del delito no es una *obligatio* como *vinculum iuris* que dé al acreedor una reclamación sobre una prestación determinada del deudor.

Ahí está la estructura penal de la *actio poenalis*, singularmente la intransmisibilidad hereditaria pasiva, la noxalidad, y la concurrencia cumulativa de la misma con las acciones reipersecutorias<sup>349</sup>. Frente a ello, esta realidad se encuadra mal con la teoría de la *obligatio ex delicto* que el autor ve como el mal producto de un tardío intento sistematizador de la jurisprudencia clásica, carente de todo contenido real porque al tratar de encuadrar el mundo penal de la *actio poenalis* con el, en terminología actual, civilístico, es decir patrimonial, de la *obligatio ex delicto*, se va a producir una contradicción carente de sentido.

Apostillamos diciendo que contradicción quizá no, pero sí supuso, a la postre, la paulatina superación de lo penal sustituido por lo patrimonial en este campo.

Kaser<sup>350</sup> realiza una ponderada recensión de la obra de Lavaggi en la que, después de constatar que el lesionado, en época arcaica, podía compensar la ofensa ocasionada por el ilícito hacia su personalidad por el ejercicio de una forma de venganza sobre el cuerpo del responsable, señala que en un proceso ligado al desarrollo de la economía y de la sociedad se

---

<sup>349</sup>Lavaggi (*Iniuria e obligatio ex delicto*. op. cit. p. 154 ss) entiende que la acción penal derivada del delito privado y la acción penal derivada del crimen público pertenecen a un mismo ámbito en el cual el objetivo de la pena que atañe tanto a la pena en dinero como a la pena corporal es fundamentalmente diferente al ámbito de la reparación del daño, que es el propio de la *obligatio ex delicto*. En esta esfera de la reparación del daño coloca, por contra, la *condictio furtiva*.

Por el contrario-Lavaggi- la *poena* no tiene por objeto restituir un valor patrimonial al lesionado sino tan sólo el de causar un daño al autor, y no es esencial que el contenido de esa *poena* sea el pago de una suma de dinero o una pena corporal.

<sup>350</sup>I.U.R.A., I, 1950. op. cit. p. 520 ss.



llega ya en el siglo V a. C. a un estadio en el que la costumbre, primero, y luego, la ley, hacen que el lesionado se haya de conformar con adquirir, en virtud de la lesión, un derecho a una compensación económica (poena). En cuanto al concepto de obligatio, Kaser opina con Lavaggi que nace en el ámbito contractual y sólo poco a poco se va extendiendo a la reclamación penal. No obstante para Kaser el concepto de la obligatio ex delicto se forma ya en la época preclásica.

No obstante-Kaser-la obligatio ex delicto va a presentar una formulación ambigua ya que con ella se persigue un objeto ideal (una lesión en la personalidad) con medios materiales. "Esta naturaleza ambigua-Kaser- no se deja compensar por caminos constructivos sin violentar la forma de pensar de los romanos".

### C) El Congreso de Copanello.

Al tiempo en que me encontraba trabajando en los dos primeros capítulos de la tesis se celebró en Copanello (sur de Italia) el quinto convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 4-7 Junio 1990), cuyas actas se publicaron en el curso de 1992. Dicho Congreso llevaba por título genérico el de "illecito e pena privata in età repubblicana", y en él se analizó la cuestión de la configuración de la categoría conceptual del ilícito privado (delicta) en la época decemviral como categoría progresivamente diferenciada de los crimina públicos y de los ilícitos de tipo religioso, así como también, la formación a

finales de la República de una categoría nueva: la *obligatio ex delicto*, con toda la problemática que ello lleva consigo.

Las conclusiones que se obtienen de dicho Congreso confirman nuestros planteamientos y el espíritu general de nuestra tesis. El Congreso tiene el gran valor de aportar a la comunidad científica ideas nuevas en un campo tan estudiado durante décadas como es éste. Así ocurrió, por ejemplo, con las "relazione" de C. A. Cannata respecto a la *Lex Aquilia*, o la de L. Vacca respecto al edicto de Lúculo relativo a la *actio vi bonorum raptorum*; lo cual, dicho de paso, viene a demostrar que no estamos, ni mucho menos, ante un campo cerrado. Dichas aportaciones son puntualmente recogidas en los lugares correspondientes de la tesis. Pero, ahora, nos interesa entresacar algunos párrafos de la relación de síntesis que realiza R. Santoro al final del Congreso, en la que no se limita a glosar las intervenciones de los asistentes, sino que aborda, él también, el núcleo del problema:

Santoro<sup>351</sup> parte de la advertencia de que al hablar de estos temas se debe tener el cuidado de distinguir las diferentes etapas históricas por las que atraviesa el Derecho romano y, particularmente aquí, entre la época decemviral y el Derecho de finales de la República y comienzos del Principado.

En particular, en la época decemviral tenemos lo siguiente:

"Si ritiene così generalmente che in età

---

<sup>351</sup>Copanello, op. cit. p. 328 ss.

decemvirale<sup>352</sup>:

1) L'illecito penale coprisse un campo ben definito rispetto al più ampio campo dell'illecito.

2) L'illecito penale privato si differenziasse dall'illecito sacrale e dall'illecito pubblico.

3) Il primitivo regime sanzionatorio della vendetta fosse sostituito, a parte qualche eccezione e, quel che più conta rilevare, senza mediazione di altre figure, dalla obligatio ex delicto (anche se si riconosce che almeno tale espressione terminologica è più tarda).

4) La pretesa nascente da tale obligatio si facesse valere attraverso quell processo delle legis actiones, del quale si tende ad escludere ogni carattere ed ogni applicazione che non sia privatistica.

Solo una limitata parte della dottrina ha messo in dubbio questi punti sostenendo<sup>353</sup>:

1) Che l'illecito penale coprisse originariamente tutto il campo dell'illecito e che questa situazione sia in larga misura perdurata anche dopo l'età decemvirale.

2) Che ancora in età decemvirale non esistesse una netta differenziazione tra le figure dell'illecito pubblico e dell'illecito privato.

3) Che il regime de la vendetta, là dove appare superato in età decemvirale, non fosse sostituito immediatamente

---

<sup>352</sup>Nosotros vemos aquí los postulados de Betti, según la cual, la poena privata prevista en las XII Tablas entra más en el terreno de lo privatístico, como sustitutivo de la venganza, que en el de lo penal.

<sup>353</sup>Nosotros, máxime de conformidad con lo que veremos más adelante, la identificamos con la tesis de De Visscher.

(el subrayado es nuestro) dal regime della obligatio ex delicto, ma da un regime in cui l'autore dell'illecito continuava ad essere esposto alla eventualità della vendetta, poiché la pena pecuniaria rappresentava il contenuto non di un obbligo, ma solo di un onere di riscatto.

4) Che anche in età postdecemvirale la legis actio non fosse un tipo di processo strettamente privatistico, poiché implicava caratteri e consentiva impieghi anche pubblicistici".

Añade Santoro más adelante que "se guardiamo alla progressiva emersione della nozione di obligatio ex delicto, dobbiamo dire che essa è in funzione, al tempo stesso, non solo, come è più evidente, della diversificazione dell'illecito privato dall'illecito pubblico e dall'illecito sacrale, ma anche della progressiva depenalizzazione, pur entro l'età repubblicana, dell'illecito e che l'atteggiarsi della legis actio come processo esclusivamente privato è il riflesso di di questa molteplice fenomenologia".

Santoro se decanta en favor de aquella de las dos tesis anteriormente vistas que califica como minoritaria. Concretamente reivindica al respecto la figura "che la dottrina moderna ha quasi dimenticato" de De Visscher.

Hemos ya glosado la tesis de De Visscher<sup>354</sup>; Santoro dice en este sentido "come è pacifico, che la originaria reazione contro la commissione di un delictum dovesse essere la vendetta, già in base a considerazioni meramente logiche deve ammettersi, con il De Visscher, che il passaggio di questo regime a quello della composizione obbligatoria non sia stato immediato, ma

---

<sup>354</sup>supra p. 202 ss.

mediato attraverso il regime della composizione volontaria, quale è testimoniata da XII Tab. 8,2 riguardo al *membrum ruptum*..."

En este sentido-Santoro- la tesis de De Visscher se defiende tanto desde postulados comparatísticos, (singularmente, añadimos, con el Derecho germánico) sino, sobre todo, por las supervivencias que, respecto a la estructura de las acciones penales privadas<sup>355</sup>, ponen de relieve, la existencia de esa fase intermedia de composición en la que la ley simplemente fija el importe de la poena por la que tiene que ceder la venganza al arreglo pacífico.

Santoro, en apoyo de la tesis de De Visscher, cita también el hecho de que, de acuerdo con las modernas investigaciones de Biscardi<sup>356</sup> el *nexum* como instrumento jurídico válido, entre otras cosas para cumplir, con el trabajo personal, un castigo por parte del que fue entregado al que sufrió el delito (*addictio*), no desaparece, sino hasta la *Lex Poetelia Papiria*, o también, la fórmula de la *actio furti*, que conocemos por Cicerón: en efecto, Cicerón (*de nat. deor.* 3,74) nos revela que la *actio furti* no sólo era aún tramitada a través del procedimiento de las *legis actiones*<sup>357</sup> (aunque creemos que en aquel tiempo ya se tramitaba también por el procedimiento formulario) sino que "la *legis actio* era *impostata sulla*

---

<sup>355</sup>Intransmisibilidad pasiva y activa de las acciones penales, el carácter noxal de las mismas, la extinción de la *obligatio ex delicto* a través de un *pactum* por el que se llegue a una composición voluntaria.

<sup>356</sup>la dottrina romana de la *obligatio rei*. op. cit.

<sup>357</sup>Sobre la aplicación del procedimiento de las *legis actiones* al conocimiento de ilícitos privados y de algunos públicos, Santoro, op. cit. p. 345, el cual sigue en esto, como él mismo señala, el pensamiento de Kunkel.

affermazione della commissione dell'illecito (Ope consilioque tuo furtum aio factum esse) e la sentenza, non diversamente da quella relativa ai crimina repressi mediante le quaestiones, doveva esprimere un fecisse videri, che in età risalente riconosceva la suggestione del colpevole alla vendetta, da cui egli poteva essere liberato con il pagamento della vendetta, da cui egli poteva essere liberato con il pagamento della pena. Por otro lado, de Gai. 4,37 que, respectu del furtum nec manifesti, recoge, lógicamente, el oportere propio de la obligatio ex delicto (pro fure damnum decidere oportere), tenemos que se utiliza la expresión "pro fure" que Santoro<sup>358</sup> interpreta, en apoyo de la tesis de De Visscher, de la siguiente manera: "damnum decidere indica, qualunque possa essere il suo significato específico, la composición pecuniaria e pro fure contiene un riferimento al fur non in quanto legitimato passivamente all'azione, ma come il sujeto a favore del quale la composición può, non deve, esserle eseguita".

Como conclusión indica que, de acuerdo con todo lo anterior, resulta que en la intentio formular de la actio furti nec manifesti, la pretensión del pago de la pena se hace depender de la pretensión relativa a la existencia del ilícito: "Si paret A° A° a N° N° opeve consilio N°N° furtum factum esse paterae auae, quam ob rem N°N° pro fure damnum decidere oportet e non, per es., Si paret N°N° A°A° damnum decidere oportere ex furto paterae auae A°A° a N°N° opeve consilio eius facto".

---

<sup>358</sup>Copanello, op. cit. p. 337.

CAPITULO III

LA TRANSMISIBILIDAD

HEREDITARIA DE LAS ACCIONES EN

EL DERECHO ROMANO: CUESTIONES

DE DERECHO SUCESORIO Y DE

DERECHO PROCESAL

## 1) Introducción.

Dentro de un contexto relativo a la responsabilidad del heredero por el delito cometido por el causante, Rotondi<sup>359</sup> escribe que el criterio de la responsabilidad de aquel en la medida del enriquecimiento obtenido por ese delito (*in id quod ad eum pervenit*) está en íntimo nexo con la alteración del concepto de acción penal, con la teoría de las acciones mixtas y con la constante tendencia (general en el Derecho romano) de impedir el lucro injustificado.

Los dos primeros aspectos señalados por Rotondi han sido objeto de tratamiento en el primer capítulo de la tesis. Ahora se trata de estudiar la cuestión de la intransmisibilidad pasiva de la *actio poenalis privata* en el Derecho clásico dentro del marco trazado en los dos primeros capítulos de la tesis, referentes a la naturaleza y función de las acciones penales privadas y de su transformación a lo largo del Derecho romano, en íntima unión con la conceptualización de la idea de *obligatio ex delicto* por la jurisprudencia clásica.

La cuestión presenta numerosos puntos de vista desde los que ha de ser abordada.

Así nos preguntamos, en primer lugar, acerca de la razón de esa intransmisibilidad pasiva hereditaria de las acciones penales, esto es, si arranca de la originaria concepción de la *obligatio romana* como vínculo inherente a las propias

---

<sup>359</sup> Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni. Perugia. 1913. p. 4. n. 2



personas intervinientes o si, aún siendo cierta esta afirmación en lo esencial, la razón de esa regla general debe buscarse en la subsistencia del principio de personalidad de la pena dada, precisamente, la naturaleza penal de estas acciones.

Veremos más adelante como nos inclinamos por esta segunda solución, lo que, por otro lado, está dentro del sentido general de esta tesis.

Otra cuestión que se debe abordar es el aspecto procesal en el que se delimita, en el curso del proceso, el problema de la intransmisibilidad hereditaria de la acción penal, porque, como veremos, una vez producida la *litis contestatio*, la acción se extingue y se produce el nacimiento de la obligación, sujeta a la condición de un *iudicatus condemnatorius*, de satisfacer el importe de la condena que en el proceso formulario es de naturaleza siempre pecuniaria.

Esta obligación procesal es de naturaleza estrictamente patrimonial, sin ninguna huella del carácter penal de la acción que motivó el procedimiento y, como consecuencia de ello, se transmite también contra los herederos del reo en caso de su fallecimiento posterior a la *litis contestatio*, de ahí que, comunmente, se diga que la acción penal, en este supuesto, es transmisible contra su heredero, queriéndose significar en realidad que la obligación de satisfacer la condena, nacida de la relación procesal que surge de la *litis contestatio* es, por su índole patrimonial, y merced a la *successio* del heredero en la posición jurídica del causante, dirigida también contra aquél.

2) La transmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas en el Derecho Romano: Origen y fundamento.

A) La obligatio romana nace como un vinculum iuris personalísimo: Originaria responsabilidad personal del deudor.

En el Derecho romano arcaico el deudor de una prestación respondía de su cumplimiento personalmente, con su cuerpo, frente al acreedor. Así ocurría directamente en el nexum, o bien, mediatamente, en la sponsio, a través de la correspondiente declaración judicial por el procedimiento ejecutivo de la manus iniectio, en los términos establecidos en las XII Tablas. Realmente en este contexto no cabe una nitida separación entre ilícito civil e ilícito penal sino que es más clara la simple distinción entre el acto ilícito cometido entre particulares en el seno de una relación de tipo contractual (básicamente el incumplimiento de lo estipulado) o el cometido fuera de ese ámbito, si bien respecto a este último, ya desde las XII Tablas, sólo da lugar, salvo en el homicidio doloso y para los supuestos más graves de iniuria, al deber de realizar una prestación en dinero en favor del lesionado, acreedor de la misma. Ahora bien, en defecto de la misma, tanto en el caso de incumplimiento de una obligación como en el de ilícito extracontractual la responsabilidad es personal, es decir, se responde con la propia vida.

En definitiva, en el seno de la sociedad romana de los

primeros tiempos, se da una uniformidad en el modo de entender el acto ilícito en las relaciones entre los particulares, el cual se contempla unitariamente como ilícito penal, lo que también está en la raíz del carácter personalísimo de la primitiva obligatio romana. Dicho de otro modo, en la medida en que hay una responsabilidad personal del deudor de la prestación (así el promitente de una sponsio) existe una comunidad de espacio jurídico en el que tiene su aplicación tanto el principio de personalidad de la pena (noxa caput sequitur) como el carácter personalísimo de la primitiva obligatio.

Nexum y sponsio están en el origen mismo de la obligatio como vinculum iuris y, tanto en un caso como en el otro, se da evidentemente este principio de personalidad. En el nexum la persona del nexus, que cumple con su trabajo la prestación debida es quien se somete por el acto de la mancipatio a la persona del acreedor. En la sponsio el juramento del deudor vincula personalmente a las partes. Este último negocio marca, como vimos, un hito fundamental en el nacimiento de la obligatio como vinculum iuris tutelado por una acción de la ley, concretamente por la legis actio per iudicis arbitrive postulationem. Supone pues el eslabón entre una primitiva sponsio de carácter mágico-religioso fundada en el juramento del deudor, a la obligatio clásica como vínculo ex lege, tutelado por la correspondiente acción, y que, con el tiempo, dará lugar a una mera responsabilidad patrimonial del deudor. Ese carácter primigenio se percibe también por el hecho de que en el Derecho clásico se mantiene, como veremos más adelante, la intransmisibilidad hereditaria de la obligación del sponsor

garante de la obligación principal<sup>360</sup>, como por el hecho de que se mantenga la prohibición de *stipulationes post mortem*, y en las cláusulas recogidas con carácter general en la práctica contractual por la que se añade a la realización de *stipulationes in faciendo* la obligatoriedad del vínculo también para el heredero del obligado<sup>361</sup>.

B) Origen y fundamento de la transmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas nacidas de relaciones de tipo contractual en el Derecho romano.

El Derecho romano clásico admite la transmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas contractuales en el marco de la sucesión universal *mortis causa*. Por el contrario, no admitió la cesión particular *inter vivos* de créditos y de

---

<sup>360</sup>M. Kaser Die altrömische Erbenhaftung. R.I.D.A., 1952, p. 511-512 subraya el hecho de que, aún en la época clásica, la responsabilidad del fiador mediante *sponsio*, como la del *fidepromissor*, es intransmisible contra sus herederos. Señala el autor que no sólo la *sponsio* es la forma de fianza más antigua sino que, posiblemente, la función de fianza sea la más antigua de éste negocio jurídico. Kaser considera la "identidad esencial" entre la *sponsio* de Derecho privado y la de Derecho internacional y en ambos casos ve, en sus inicios históricos, un juramento en el que hay una responsabilidad estrictamente personal porque el *sponsor* que juró e incumplió el juramento, queda en una pignoración personal al dios correspondiente que es intransmisible contra sus herederos.

Sólo después-Kaser-cuando la *sponsio* pierde su sentido religioso y ya luego bajo la denominación de *stipulatio*, la intransmisibilidad hereditaria contra el heredero del deudor queda para el supuesto de utilización de la *sponsio* como fianza.

<sup>361</sup>infra p. 242 ss.

deudas<sup>362</sup> y tampoco, al menos respecto de las deudas contractuales<sup>363</sup>, su transmisión en el seno de una sucesión universal inter vivos. Así nos lo señalan los siguientes textos de Gayo:

...Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civile debere nobis, nec directo

---

<sup>362</sup>De ahí la figura del *cognitor* o del *procurator in rem suam* o de la delegación de deudas y créditos por medio de una novación estipulatoria. Todo ello no hace sino poner de relieve el arraigado formalismo del *ius civile* romano heredero no sólo de la configuración de las formas contractuales arcaicas según un modelo de negocios de responsabilidad personal corporal, sino también, en atención al ritualismo religioso de base augural que está en la base del formalismo jurídico del *ius civile* romano.

<sup>363</sup>Las deudas derivadas de delitos no se extinguen por efecto de la *capitis deminutio*, por lo tanto, de las mismas, responde el *paterfamilias* bajo cuya potestad entra el que cometió el delito, ya sea por *adrogatio* o por matrimonio *cum manu*. De esta forma se cumple el principio romano en virtud del cual "*nemo delictis exvitur, quamvis capite minutione sit*". (D. 4,5,2,3, Ulp. 12 ed.). Ahora, se trata de una responsabilidad noxal, el *paterfamilias* puede liberarse de la misma mediante la entrega del culpable a la víctima.

Por otro lado, M. Kaser (*Die altrömische...* op. cit. p. 518) rechaza la tesis de Korosêc (*Die Erbenhaftung nach römischem Recht*. Leipzig, 1927) según la cual, a partir de este diferente tratamiento de las deudas contractuales y de las derivadas de delitos, se puede apreciar una supervivencia del primitivo Derecho romano, según la cual, en aquella época, se distinguiría entre una responsabilidad penal objetiva, es decir, sobre el cuerpo del responsable, que no desaparecería por la *capitis deminutio*, y una responsabilidad personal obligacional por deudas de tipo contractual, que desaparece por la *capitis deminutio*.

Kaser rechaza esta construcción e indica que ambos tipos de responsabilidad no se pudieron dar simultáneamente en un momento determinado de la Historia del Derecho romano, sino que se dan en momentos sucesivos. La primera, se corresponde con el régimen de *obligatio* como *vinculum iuris* que todavía genera un tipo de responsabilidad estrictamente personal, es decir de responder con la propia vida; la segunda a un tipo de responsabilidad más patrimonial, con las *missiones in bona pretorias*. Es la tesis de B. Biondi, a la que más adelante aludiremos.

intendi potest sibi dare eum eamve oportere...  
(Gai. 4,38).

Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium eas alienum fuerit<sup>364</sup>: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero qui se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, desinit esse heres...(Gai. 3, 84).

A estos textos debe añadirse en el mismo sentido, Gai. 4,80. En los tres, dejado a salvo el principio de la intransmisibilidad de las deudas derivadas de relaciones de tipo contractual, se establece la misma solución adoptada por el Pretor para que no se vulnere fraudulentamente el elemental derecho de los acreedores a exigir el cobro de sus créditos en virtud del mantenimiento de un principio formal: una actio utilis

---

<sup>364</sup>Con respecto de estos créditos dice V. Scialoja. (Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali. Roma, 1934) que el pater adoptivo o el coemptionator, "con l'acquisto della potestà sul figlio o sulla moglie, diventano essi eredi di quel tale alla cui successione erano stati chiamati e la cui eredità avevano già adito l'arrogato o la moglie, e cessa il figlio, cessa la moglie di essere erede. Abbiamo così un passaggio della qualità ereditaria passano tutti i rapporti giuridici ereditari e quindi anche i debiti ereditari".

Por lo tanto queda claro que la única forma de transmisibilidad de deudas que admite el ius civile es la transmisibilidad hereditaria de deudas contractuales por medio de la successio del heredero en el lugar del cuasante.

Cfr. Bonfante, Corso di Diritto Romano... VI, Milano, 1974. op. cit. p. 35, que ve en este punto un apoyo para su tesis sobre la successio como forma de subentrar en una posición personal.

pretoria en la que se finge que la persona en cuestión no ha sido objeto de la respectiva *capitis deminutio*, es decir, que aún mantiene el *status familiae* anterior. A nuestro juicio, lo que en realidad se hace es demostrar la firmeza, incluso en época clásica, de un principio jurídico acuñado en el viejo *ius civile*, es decir, el carácter personalísimo de la *obligatio* como *vinculum iuris*<sup>365</sup>.

La cesión de créditos y de deudas queda pues limitada en el Derecho clásico romano<sup>366</sup>, con arreglo a los principios

---

<sup>365</sup>Ferrini (Manuale di Pandette (4), Milano, 1953, p. 589, n.1; p. 594) señala que las obligaciones fueron originariamente intransmisibles *mortis causa* del lado pasivo y ve una analogía de ello con lo establecido, a tenor de los textos de Gayo vistos, para la sucesión universal *inter vivos*.

Sin embargo Kaser señala respecto a las sucesiones universales *inter vivos* (*adrogatio* y *conventio in manu*) que originariamente en el *ius civile* de comienzos y mediados de la República debía producirse la transmisibilidad de las deudas al nuevo *paterfamilias* o al marido porque, de lo contrario, el pago de las mismas quedaría obviado por el fácil procedimiento de entrar bajo la potestad de otra persona. La sociedad de los primeros tiempos de la República-Kaser- tenía ya el suficiente desarrollo comercial para evitar que una cosa así hubiese sido permitida incluso por un ordenamiento jurídico tan formalista como era el *ius civile*.

Según esta tesis fue el Pretor el que establece la regla de la intransmisibilidad de las deudas en caso de sucesión universal *inter vivos*, excepto las de naturaleza hereditaria, pero, al mismo tiempo, dispuso la correspondiente acción útil en favor del acreedor contra el *paterfamilias* como si la sucesión universal no se hubiese producido.

De todos modos, nosotros resaltamos que resulta difícil entender que la norma de la intransmisibilidad de las deudas contractuales en caso de sucesión *inter vivos* sea de creación pretoria cuando, al mismo tiempo, se concede por éste una acción útil en favor del acreedor.

<sup>366</sup>No vamos a ocuparnos aquí de la evolución jurídica que se produce en la época clásica y postclásica que conduce en el Derecho justiniano al pleno reconocimiento de la cesión particular de créditos y de deudas en el ámbito de relaciones jurídicas *inter vivos*.

Nos limitamos aquí a citar como literatura reciente sobre este tema, B. Biondi. Cessioni di crediti e di altri diritti (continúa...)

del *ius civile*, por un lado, a las obligaciones *ex contractu*, y además, por otro, al campo de la sucesión hereditaria, es decir, *mortis causa* a título universal. En efecto, no era admisible que los acreedores, en una relación de tipo contractual, puedan quedar a merced de un evento tan aleatorio, la mayoría de las veces, como es el de la muerte de la persona del deudor. En una economía arcaica agraria y cerrada posiblemente no se planteasen problemas, pero en el momento en que se produce el desarrollo del comercio y del crédito sería una necesidad social elemental el dar una seguridad al tráfico jurídico en este campo.

Kaser se plantea cuál es el título jurídico que va a servir de cauce inicial para que en el *ius civile* de inicios de la República se admitiese por primera vez en el Derecho romano la transmisibilidad hereditaria activa y pasiva de los créditos nacidos de un negocio formal como es el de la *sponsio*.

El autor rechaza aquellas tesis que ven el reconocimiento de dicha transmisibilidad hereditaria en los edictos del Pretor y no antes del siglo II a.C.<sup>367</sup>. El primer argumento señalado por Kaser está en que la sociedad romana de principios de la República ya existiría el suficiente nivel de intercambios económicos como para que el Derecho estableciese ya el cauce jurídico necesario para evitar que el acreedor no

---

<sup>366</sup>(...continuación)  
(Diritto romano). N.N.D.I., III, p. 152 ss. W. Rozwadoski. Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano. B.I.D.R., 76, 1973. p. 11 ss. Astuti. Cessione (premessa storica). E.d D., VI, p. 805 ss.

<sup>367</sup>En realidad el artículo de Kaser al que nos referimos surge de la crítica a la posición de Korosêc (Die Erbenhaftung... op. cit.) que defiende el origen pretorio de la transmisibilidad hereditaria de los créditos y deudas nacidos de relaciones contractuales.



pudiese cobrar sus créditos como consecuencia de la muerte del deudor<sup>368</sup>. Piénsese además, que en aquel tiempo, en los negocios jurídicos de tipo patrimonial empieza a utilizarse el dinero como instrumento de cambio, ya sea como *aes rudum*, o incluso, como dinero ya amonedado (que, en cualquier caso, es una derivación del anterior que lleva el sello del Poder público garantizando la pureza de la aleación<sup>369</sup> y, desde luego, está la regla contenida en las XII Tablas sobre división de los nomina con ocasión de la muerte del paterfamilias, a la que después aludiremos, y que constituye el principal apoyo que tenemos en la fuentes para justificar el origen tan antiguo, en el propio *ius civile*, de la transmisibilidad hereditaria de las obligaciones derivadas de negocios de tipo contractual.

Respecto al título jurídico inicial que va a permitir el reconocimiento de esa transmisibilidad, Kaser no admite la tesis de Bonfante según la cual dicho título debe buscarse en la "*successio in locum et in ius*" del heredero, el cual

---

<sup>368</sup>Bonfante (Corso di Diritto romano, VI, op. cit. p. 107 ss.) considera, de acuerdo con su tesis, que el origen de la transmisibilidad hereditaria de las deudas del causante estaba en que el heredero subentra en su cualidad de jefe político, y por lo tanto, responsable de la familia, y, en esta línea niega que el fundamento original de la transmisibilidad hereditaria de las deudas se encuentre en razones de tipo comercial o crediticio.

<sup>369</sup>Sobre la aparición del dinero amonedado como elemento fundamental en el cambio dinamizador de la Sociedad y de la Economía romanas y, por lo tanto, del Derecho romano (así la propia delimitación conceptual, que nos legan los juristas romanos para la posteridad, de la *emptio-venditio*, es decir, compra-venta, como figura contractual independiente de otras, particularmente de la *permuta*-con la diferenciación de régimen jurídico que ello implica- precisamente, por la presencia, en aquella, como elemento esencial de ese negocio jurídico, del precio en forma de dinero amonedado) cfr. A. Fernández de Buján. El precio como elemento comercial de la compraventa romana. op. cit.

originariamente ocupaba la misma posición soberana que el anterior jefe de la familia patriarcal, o de la gens, con todos sus derechos y deberes<sup>370</sup>. Tampoco reconoce la tesis de Siber<sup>371</sup> y de Mitteis<sup>372</sup>, entre otros<sup>373</sup>, según la cual el fundamento originario de la transmisibilidad hereditaria de créditos y deudas derivados de negocios de tipo obligacional debe buscarse en el seno del primitivo Derecho hereditario familiar, ya que los *sui heredes* se convierten en los continuadores en la titularidad de la economía doméstica familiar, y en ella, junto a la granja y a los esclavos, estarían las deudas y créditos nacidos de la gestión de esa economía doméstica.

La razón del rechazo por Kaser a ambas tesis está en el hecho de que junto a los "sui heredes" podían ser nombrados herederos, ya en el antiguo *ius civile*, y en los términos que se establecía en el mismo, los *extranei*; pero respecto a éstos regía

---

<sup>370</sup>Bonfante (Corso di Diritto romano... VI, op. cit. p. 106) equipara la *successio* con el subentrar en un cargo público: "la *successio*, il subentrare nella estesa posizioni giuridica, ci rappresenta una costruzione perfettamente coerente con il trapasso di sovranità".

<sup>371</sup>Cita de Kaser, Die Altrömische... op. cit., p. 519: Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden en *Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae Comparativae* 1 (1928). p. 986 ss. 997 ss.

<sup>372</sup>Cita de Kaser: Mitteis, Röm. Privatrecht, I<sup>2</sup>. op. cit., p. 97 ss.

<sup>373</sup>Así también por V. Scialoja. Diritto ereditario... op. cit. p. 40-41: "il gruppo familiare risponde dei debiti contratti dal proprio capo quando tali debiti sono contrattuali, perchè questi corrispondono alla gestione del gruppo nel cui interesse son fatti". Igualmente P. Voci (Diritto ereditario romano. I. Introduzione Parte generale. Milano, 1960, p. 47) señala que "la successione nel rapporto obbligatorio e la responsabilità degli eredi sono una manifestazione di solidarietà familiare: il patrimonio, su cui grava il passivo, è sempre il medesimo, e i *sui* rispondono come continuatori della famiglia".

la regla según la cual-Kaser- sólo adquirirían activos patrimoniales, no deudas<sup>374</sup>. No obstante, como piensa Schulz<sup>375</sup> llegaría un momento en el que, respecto a ellos, se considerase que dentro del conjunto patrimonial que reciben, deben estar también las cargas, y así las deudas patrimoniales a las que haya de hacerse frente<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup>Biondi. Obbieto dell'antica "Hereditas". IURA, I, 1950, p. 171 ss. "La antica hereditas comprendeva solo cose corporali e la successione ereditaria non aveva altra funzione che quella di trasmettere il dominium". El heres, en la época arcaica, en cuanto tal heres, lo que adquiere es el dominium, entendido como potestas sobre el conjunto de cosas corporales de las que era propietario su causante. En dicho lugar Biondi realiza un estudio de una serie de fragmentos donde se encuentran huellas de esta tesis: Gai. 3,154; Gai. 2,157; D. 28,2,11; P.Sent. 4,8,6; Varro, de re rustica 1.10; Festo, s.v., 89.

<sup>375</sup>Classical Roman Law, 1951, op. cit. p. 214.

<sup>376</sup>El tema es más profundo de lo que puede parecer porque consideramos que la transmisibilidad hereditaria por deudas derivadas de relaciones patrimoniales del causante difícilmente se puede dar en el ámbito de los principios del Derecho romano de los primeros tiempos sobre responsabilidad personal por deudas. La responsabilidad del deudor en los negocios obligacionales al tiempo de las XII Tablas es personal, en el sentido de que se responde con el propio cuerpo. Así era, directamente, en el nexum, pero también en la sponsio, debido a que la manus iniectio del procedimiento de las legis actionis a lo que conduce en caso de insolvencia es a la responsabilidad corporal del propio deudor o garante. Por ello Voci (Diritto ereditario romano, op. cit. p. 45 ss. afirma la transmisibilidad de los créditos y de las deudas comerciales en la época de las XII Tablas, tanto por exigencias del tráfico comercial como por el hecho de que la estructura jurídica de la obligatio romana como vinculum iuris esté evolucionada al tiempo de las XII Tablas, de tal manera que, si muere el causante deudor durante el procedimiento ejecutorio, la manus iniectio se detendría y no afectaría a su heredero. (p. 47)

Como señala Biondi (Obbieto dell'antica "hereditas", IURA I, 1950. p. 150 ss.) frente al carácter pacífico que para la doctrina romanística tiene la idea de la intransmisibilidad hereditaria de las deudas derivadas de delitos en tiempos de las XII Tablas (p. 166), se ha discutido mucho respecto al fundamento y momento en que se admite la transmisibilidad hereditaria de las deudas derivadas de relaciones de tipo contractual. Ya hemos visto más arriba diversas argumentaciones que atienden a una presunta solidaridad familiar entre los diferentes miembros de  
(continúa...)

Kaser sigue esta opinión de Schulz y a partir de ella sostiene la tesis de que la responsabilidad del heredero por deudas del causante era algo que obedecía a la necesidad de dar una mínima seguridad en el tráfico mercantil. Ahora bien, esta transmisibilidad chocaba con el principio de la personalidad de la responsabilidad derivada de negocios obligacionales.

Kaser ante todo ello, para formular su tesis, atiende a las normas emanadas del colegio pontifical (depositario en los primeros tiempos del Derecho del pueblo romano) sobre la transmisión *mortis causa* de los *sacra familiaria*. Sostiene que también entonces, dado que los negocios de crédito ya eran muy frecuentes se decidió que, para el caso de la muerte del causante, la responsabilidad por sus deudas, aunque no se nos dice nada en las fuentes al respecto, correspondiese al que iba

---

<sup>376</sup>(...continuación)

una misma familia y que estaría en la base de esa transmisibilidad hereditaria.(p. 167) Pero Biondi considera que la raíz del reconocimiento por el *ius civile* de esta transmisibilidad, dado el primitivo carácter personal de la *obligatio* romana, derivado a su vez de la responsabilidad personal inherente a la misma, está en el debilitamiento de esta responsabilidad personal y su sustitución progresiva, a lo largo de la República, por una responsabilidad patrimonial: "Io penso che le basi di essa (transmisibilidad hereditaria de las deudas contractuales) si pongono con la introduzione della esecuzione patrimoniale, ed a misura che si oblitera il carattere rigidamente personale a quelle entità che trapassano all'erede. (p. 169).

Añade a esto Biondi que "attratto il rapporto nell'orbita patrimoniale, sotto la spinta delle esigenze pratiche, procedendo dalla nozione di *successio*, quale subentrare nella medesima situazione del defunto, fu possibile ammettere in linea di massima il passaggio dell'*obligatio* agli erede. Sono due fattori che concorrono al medesimo risultato: patrimonialità dell'*obligazione*, *successione in locum et in ius*; qualora manchi la *successio*, la trasmissione resta esclusa; ed ecco perchè ai romani restò sempre ignoto l'istituto della cesión del crédito, dal momento che non entra in un cervello romano che un diritto di crédito, all'infuori della *successio in locum et in ius*, possa tramettersi ad altri.

a recibir la mayor parte del activo patrimonial de causante<sup>377</sup>.

---

<sup>377</sup>En particular Kaser (Die Erbenhaftung... op. cit. p. 524) nos refiere la situación de los sacra familiaria tras la muerte del paterfamilias tal como nos informa Cicerón (De legibus 2,19,48-21,52). Según su relato, los decretos pontificales más antiguos reparten las cargas derivadas de los sacra familiaria en el siguiente orden:

1º Al heredero.

2º A aquel que tiene la mayor parte de la herencia pro herede.

3º A los legatarios cuando se ha testamentado más de la mitad de los bienes.

Los decretos posteriores especifican y completan esta lista a través de una nueva ordenación en la cual quedan sujetos a las cargas las siguientes personas:

1º Los herederos.

2º Los que han recibido una donación mortis causa y los legatarios los cuales reciban por lo menos tanto como los herederos juntos.

3º Cuando no exista ningún heredero, aquél que ha recibido en mayor cuantía pro herede.

4º Aquél que en concepto de acreedor ha recibido más de la herencia.

5º Aquél deudor que a falta de un heredero ha sido liberado de una deuda frente al causante. (En caso de ser varios, de todos).

Biondi (Obbietto dell'antica "hereditas". IURA, I, 1950. p. 154 ss.) estudia específicamente el tema de los sacra familiaria, es decir, el culto y el recuerdo respecto a los familiares muertos que constituye un elemento esencial de la sociedad antigua y el vínculo espiritual más firme para mantener la identidad familiar pese al transcurso del tiempo. Sobre los sacra familiaria, sólo a título de ejemplo citamos a Festo (245), Cicerón (de leg. 2. 19. 47) a Gell. (16. 4. 4) y a Tito Livio (45. 40. 7).

Biondi vincula los deberes inherentes a los sacra a la familia y no a una carga de la herencia. Sin embargo, como en los primeros tiempos la condición de heres recaía siempre sobre los sui, es decir los hijos e hijas del difunto, no se plantea ningún problema. Ahora bien-Biondi p. 156- cuando se introduce el testamento puramente civil per aes et libram fue posible, a través de la exhereditio, instituir heredero a un extraño con lo que el suus no sólo queda desheredado sino también con la carga de los sacra. Así Festo (p. 290) hace referencia a una hereditas sine sacra. Lógicamente estabmos ante una situación de injusticia, pero la materia de la religión familiar era ius pontificium, no ius civile, por lo tanto, los únicos que, dictando normas al respecto, podían resolver esta situación eran los pontífices. En este sentido Cicerón, citando a los pontífices autores de los edictos más recientes (P. Scaevolae y T. Coruncanio) señala que " P. Scaevolae et Ti. Coruncanio pontificibus maximis itemque ceteris eos qui tatundem caperet, quantum omnes heredes sacris alligari. habeo ius pontificium". (continúa...)

y, es más, dice Kaser<sup>376</sup>, que "la carga de los herederos por los sacra y por las deudas provenía de una misma concepción reformista de la jurisprudencia pontifical. No sabemos si también esa responsabilidad por deudas derivadas de relaciones puramente comerciales están contenidas en una disposición pontifical por la que hubiera sido introducida como *lex regia*, ya que las fuentes no nos dicen nada al respecto".

La jurisprudencia romana, desde muy temprano, configura la *successio in locum et in ius* como el instrumento jurídico por el cual el instituido heredero se coloca en la misma posición jurídica del causante; por lo tanto, en virtud de este título, va a adquirir el patrimonio del mismo *per universitatem* (Gai. 2,97), es decir, como un todo, salvo respecto a aquellos

---

<sup>377</sup>(...continuación)

Los pontífices tenían ante todo una gran preocupación por la perpetuación de los sacra familiaria y vinculan la adquisición del patrimonio hereditario del difunto por un extraño a la asunción por él mismo de los sacra, debiéndose entender que bastaba con que el heredero aportase los gastos necesarios para atender a dicho culto doméstico, el cual, podía ser continuado, en sí, por los propios familiares. Por lo tanto esos decretos pontificales- Biondi p. 157- no derogan el carácter esencialmente familiar de los sacra.

El tema nos lleva a la tesis de Biondi sobre el objeto de la antigua hereditas romana (p. 9); aquí nos limitamos a constatar que, sobre las exposiciones de Kaser y de Biondi, la asunción de los sacra familiaria por el heredero extraño, en cuanto recibe el activo patrimonial del causante, es un eslabón, unido a otros factores esenciales, como veremos, para el establecimiento, seguramente en virtud de la *interpretatio* de los juristas (no olvidemos que hasta bien entrada la República los juristas eran todavía los pontífices y que la fórmulas procesales se mantuvieron durante algún tiempo secretas) de la norma de la transmisibilidad hereditaria de las deudas derivadas de actos lícitos por parte del *ius civile* de la República.

Cfr. Bonfante. Corso ereditario romano... VI, op. cit. p. 133-134. P. Voci. Diritto ereditario romano. Vol. I. Introduzione e parte generale. Milano, 1960. p. 111 ss.

<sup>378</sup>op. cit., p. 543-544.

elementos (así, por ejemplo, las deudas *ex delicto*, o el derecho de usufructo; o las situaciones de mero hecho) que se consideren inherentes a la persona del causante<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup>B. Biondi (Universitas et successio... Studi in onore di Pietro De Fancisci, IV, Milano, 1956. p. 19 ss.), demuestra a nuestro juicio, en virtud del estudio que hace de una serie de textos genuinamente clásicos, especialmente de las Instituciones de Gayo, el carácter verdaderamente clásico de la expresión adquirir "*per universitatem*". Pero Biondi va más lejos, y frente a la tesis mantenida por Bonfante o Scialoja, ve en la adquisición de la herencia "*per universitatem*" no la consecuencia sino "el prius lógico y jurídico" (p. 65) para luego producirse la *successio in locum et in ius* del heredero respecto de su causante. A este respecto, debe de tenerse en cuenta especialmente Gai. 2,97, donde se dice "*quibus modis per universitatem res nobis adquiritur*". Precisamente Biondi (p. 55) justifica la transmisibilidad de las relaciones obligatorias en el concepto de *universitas* y de *bona* como comprensivo, no sólo de los *corpora*, sino también de los *iura*. Con el desarrollo económico y social de la *civitas* se produciría pues la patrimonialización del concepto de *obligatio* y la configuración de la *hereditas* como una universalidad comprensiva de activo y de pasivo patrimonial: "la trasmissione delle obbligazioni dal lato sia attivo che passivo deriva dalla antica interpretatio pontificale, anteriormente alle XII Tavole (aquí Biondi cita expresamente a Kaser), e si ricollega alla prevalenza del carattere patrimoniale su quella personale. La via seguita dalla antica interpretatio, ben lontana dalle concezioni metafisiche avanzate dai moderni, fu la considerazione della *hereditas* come *universitas*, ossia come un tutto unitario, che comprende la complessiva situazione giuridica del defunto. Considerando appunto in tal modo la eredità, fu possibile includervi i rapporti di obbligazione, quando esigenze commerciali reclamarono di mettere da parte quella estinzione del rapporto per morti dei soggetti, che discendeva dal carattere strettamente personale di esso. Le esigenze commerciali furono la spinta, ma la base giuridica stava nella nozione di *universitas*".

En éste mismo sentido, Biondi, en Obbietto dell'antica "Hereditas", op. cit. p. 189-190, vincula la transmisibilidad hereditaria de créditos y deudas a la configuración de la herencia como una *universitas* y, como fenómeno paralelo, en la evolución del Derecho romano, a la patrimonialización de la *obligatio* como *vinculum iuris*.

Sin embargo debemos precisar, Biondi entiende que la "*successio in locum et in ius*" es el título jurídico por el que el heredero sucede en época clásica en la *hereditas*, entendida como *universitas rerum*, y desde luego, dentro de ésta, en los créditos y las deudas. Lo que ocurre es que para Biondi, a diferencia de Bonfante, no estamos ante un punto de partida, sino de llegada, ya que en un primer momento, en la época de las XII Tablas, el heredero en realidad sucede en un conjunto de cosas  
(continúa...)

Betti al estudiar de un modo general la transmisibilidad hereditaria de deudas y de créditos nos remite<sup>380</sup> a su artículo "In iure cessio hereditatis, successio in ius e titulo di heres" (Studi in onore di Siro Solazzi, 1948) en el que parte de considerar el carácter meramente hipotético del por qué, esto es, de los fundamentos de la tesis general de Bonfante respecto a la successio hereditaria; es decir, la fundamentación original de la sucesión hereditaria universal en virtud del título de heredero respecto del pater familias como supervivencia de la época arcaica en la que éste ostentaba el cargo, de naturaleza política, de jefe de la respectiva familia romana, y ello del mismo modo en el que un magistrado sucede en el cargo respecto del anterior.

Ahora, no obstante lo anterior, Betti entiende, en cuanto al cómo, es decir cómo se adquiere la herencia, que esto se produce, en lo esencial, siguiendo la tesis de Bonfante<sup>381</sup>; así, en virtud de la successio in ius defuncti, es decir, en virtud del título de heredero (nombrado o ab intestato) y que la adquisición por un acto único, per universitatem, de la universalidad del patrimonio del causante, es un efecto de la

---

<sup>379</sup>(...continuación)  
corporales mientras que los derechos y deberes extrapatrimoniales, como son los sacra, el patronato o el ius sepulchri, seguían un camino netamente familiar.

<sup>380</sup>Struttura... op. cit., p. 66.

<sup>381</sup>Estamos de acuerdo e incluso lo está también, como vimos, Biondi (Obbietto... op. cit., p. 189-190) pero como una realidad jurídica (succedere in locum et in ius) propia ya del Derecho clásico.



*successio*<sup>382</sup>, por lo tanto, del título único y exclusivo por el que el heredero ocupa la misma posición jurídica del causante y asume, por ejemplo, sus deudas.

Por ello-Betti- en virtud de la *in iure cessio hereditatis*, el adquirente de la herencia la vindica ante el magistrado aduciendo la cualidad de agnado, es decir, la existencia de un título previo de índole familiar que le legitime para adquirir, eso sí, per *universitatem*, la herencia. Ante la reclamación del adquirente, el transmitente calla, y se produce la *cessio hereditatis*. Por otra parte, en la *adoptio* (Gai. 1,134) el adoptante reivindica al adoptado como *filius* suyo, es decir, hace valer una *patria potestas* sobre él. Y también cuando se trata de instaurar entre extraños una *societas omnium bonorum* a imitación del *consortium domesticum* entre *sui heredes*, en la recíproca *in iure cessio* (Gai. 3,154 b), cada uno de los participantes se atribuye, en relación con los otros, la cualificación ficticia de *frater suus*, y en virtud de tal cualificación puede constituirse un patrimonio común. Además-Betti-la *successio* en la posición jurídica del causante es el título que puede justificar que la responsabilidad del heredero por las deudas del causante sea ilimitada, *ultra vires*, no sujeta a cuál sea el valor neto del patrimonio hereditario que se recibe,

---

<sup>382</sup>Para Biondi ocurre lo contrario: la *universitas rerum* es el *pruis* lógico y necesario para que se produzca la *successio* en la posición del causante. De otro modo, y esto, desde luego, es un firme argumento, ¿cómo se puede justificar la figura de la *usucapio pro herede* en la que el poseedor del conjunto de los elementos patrimoniales de la herencia (es decir de la universalidad de la misma) la adquiere por *usucapio*, y no, por un título de heredero?. (Universitas e successio. op. cit. p. 50-51.

es decir, de la hereditas<sup>383</sup>.

Betti, en este sentido, trae a colación D. 28,1,12; D. 29,2,5,pr.; 6,pr.; 6,4; 22; 50; en los cuales la asunción de los débitos se vincula a la adquisición a título de heredero y añade que el *obligari hereditati* del cual se habla en éstos textos tiene en el título de *heres* su cualificación y legitimación.

C) La transmisibilidad hereditaria de créditos y deudas en las XII Tablas.

La transmisibilidad hereditaria de las deudas y de los créditos aparece implícitamente recogida en las XII Tablas. En particular en Tab. V,9 se contiene la siguiente norma:

Gordiano (C. 3,36,6). *Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.*

Diocleciano (C. 2,3,26; a. 294 d. C.). *Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum in solidum unum*

---

<sup>383</sup>Siempre le queda al heredero la posibilidad de no aceptar la herencia ruinosa o incluso de llegar a un acuerdo con los acreedores de la misma para obtener una rebaja o una espera en el pago. Justiniano para favorecer la aceptación de las herencias y que no queden dichos patrimonios vacantes establece la figura de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

obligari creditorum non potest...<sup>384</sup>

Los preceptos citados se refieren a la división de las deudas y créditos entre los coherederos, lo que pone de manifiesto la previa transmisión de los mismos, al menos desde la época de las XII Tablas.

Es cierto que las fuentes que refieren la transmisibilidad a aquella ley no son muy numerosas, y lo que es más importante, no hay referencias en fuentes literarias, mientras que, sobre otros aspectos de la legislación decenviral, existen numerosos testimonios, por ejemplo en las obras de Cicerón. Además, la mayoría de los textos de que disponemos son tardías constituciones imperiales que al referirse a las XII Tablas bien podrían querer hacer una genérica referencia al viejo *ius civile* romano. No obstante, dentro del *ius civile* republicano no tenemos constancia de alguna ley que en particular estableciese dicha transmisibilidad.

Sobre este punto Kaser se plantea<sup>385</sup> si la norma decenviral es la que introduce la responsabilidad de los herederos por deudas patrimoniales del causante. Dicho autor no lo cree así, y no tanto por un estudio filológico de los

---

<sup>384</sup>F.I.R.A. Bruns. op. cit. p. 24. F.I.R.A. Riccobono. op. cit. p. 41. Debe tenerse en cuenta D. 10,2,25,9; 13; D. 10,2,4,pr.; C. 4,2,1; C. 4,16,7; C. 8,31,1 (en el que refiere expresamente a las XII Tablas la división entre los coherederos de la acción personal del acreedor fallecido); y C. 8,35,1 (refiere la misma regla a la "ley antigua". Kaser (Die altrömische Erbenhaftung. op. cit., p. 533.) señala que en D. 10,2,25,9 la frase "quia talis...quia nec potest" tal vez contenga un glosema ya que es seguro que no está interpolada. Respecto a los textos transcritos (C. 2,3,26; C. 4,16,7) no ofrecen realmente ninguna objeción.

<sup>385</sup>Kaser. Die altrömische Erbenhaftung. op. cit., p. 533 ss.

supuestos fragmentos de las XII Tablas<sup>386</sup>, sino más bien por razones de fondo<sup>387</sup>.

En particular, como ya se vió más arriba, la norma parece una aplicación técnica de un principio anterior, esto es, de la previamente establecida transmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas, lo que se ajustaría muy bien al hecho de que, tratándose de dividir el conjunto de los bienes corporales (*dominium*), a la muerte del causante, entre los coherederos, se precisase una acción especial (la *actio familiae erciscundae*, Gai. 3,154a) mientras que la división de los *nomina* entre los coherederos ya se entiende producida *ipso iure* con la propia muerte del causante y ello aunque sobreviva la *societas inter fratres*: la razón sería que así se protege la posición de los coherederos acreedores, ya que cada uno puede cobrar su crédito de forma independiente con respecto de los demás, e incluso, la del propio deudor, ya que desaparece el riesgo de que se le exija el cobro de la totalidad de la deuda por parte de uno de los acreedores. No obstante, indica Kaser, que esta norma también tiene sus dificultades, puesto que en el caso de que se

---

<sup>386</sup>El léxico que aparece en Tab. V,9 parece-Kaser- posterior a la legislación decemviral, y ello, aún cuando deba recoger el espíritu genuino de la ley en este punto.

<sup>387</sup>Kaser op. cit., p. 534, cita a Heumann-Seckel (Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts, Graz, 1958, p. 369, -2) según el cual "nomen" en muchos fragmentos jurídicos significa reclamación de deudas de dinero pendientes cuya significación viene dada por el hecho de que, según la costumbre romana, cada *Paterfamilias* tenía un libro en el cual apuntaba sus negocios de dinero con indicación del nombre de su deudor (Gai. 3,128). Se trata pues de reclamaciones de préstamos de dinero pero que se corresponden cronológicamente con la aparición de esos libros de cuentas, que no puede ser anterior a los últimos siglos de la República.

Tampoco admite Kaser que la expresión "*ipso iure*" estuviese realmente en la norma decemviral.

den coherederos deudores la división de las deudas entre ellos es más simbólica que real ya que el patrimonio con el que, llegado el caso, han de responder por esas deudas en dinero permanece indiviso (*societas inter fratres*) a menos que medie el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* por parte de alguno de los hermanos.

Pero de todo ello no podía derivarse que ésta fuese la norma que estableciese la transmisibilidad de la responsabilidad hereditaria de deudas y créditos, ya que ello iría-Kaser- en contra del espíritu de las XII Tablas puesto que esta legislación es el producto del pacto social entre patricios y plebeyos, y en definitiva, para atender a intereses inmediatos de éstos, y así, una norma que hiciese que la deuda del plebeyo pobre pasase también al heredero de éste no podía responder al interés de este grupo social. La norma vendría dada por las exigencias del tráfico mercantil que, como dijimos, ya se realiza en esa época en dinero y, según Kaser, se establecería como norma positiva por los pontífices. En cualquier caso, nos atenemos a lo referido en las fuentes de que disponemos respecto a las XII Tablas.

D) La supervivencia de la intransmisibilidad hereditaria de acciones derivadas de relaciones de tipo contractual en el Derecho romano clásico.

El reconocimiento que hace el *ius civile* romano de la transmisibilidad hereditaria de las obligaciones de tipo

contractual es limitado, y así, no sólo permanece el principio, sólo obviado por expedientes jurídicos determinados<sup>388</sup>, ante las exigencias de la vida comercial por expedientes determinados, de la prohibición de cesión particular de créditos y de deudas por actos inter vivos, sino que quedan en el Derecho clásico supervivencias e indicios de lo que debió ser una primitiva intransmisibilidad, en todo caso, de las primeras formas de la obligatio, o de sus antecedentes inmediatos, lo que nos delata el carácter instrumental por el que se articula la transmisibilidad hereditaria, a través de la successio del heredero, como medio jurídico para hacer posible la seguridad del tráfico jurídico mercantil, lo que, a su vez, demuestra un cambio de los principios ordenadores del Derecho en función del cambio de la primitiva sociedad del Lacio por el desarrollo del crédito y del comercio.

Así, siguiendo en este aspecto la exposición de Betti<sup>389</sup> tenemos la siguiente relación:

-La permanencia en el Derecho clásico de la intransmisibilidad pasiva al heredero de la obligación del sponsor y del fidepromissor<sup>390</sup>.

Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaremus et alio iure civitas eius utatur.

---

<sup>388</sup>Así tenemos en el Derecho romano clásico las figuras de la delegatio, la novatio obligationis, o el procurator vel cognitor in rem suam.

<sup>389</sup>Struttura... op. cit. p. 59 ss.

<sup>390</sup>Cfr. n. que recoge la tesis al respecto de Kaser.

Fideiussoris autem etiam heres tenetur.

(Gai. 3,120).

- La imposibilidad, recogida en Gai. 3,100, de obligar mediante *stipulatio*, para después de la muerte. El texto se refiere a las prestaciones de dar. Y en particular se dice que "...nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem...". Y en Gai. 3,117 se hace referencia al lado activo de la prestación cuando, después de decir que se aceptan *sponsores*, *fidepromissores* y *fideiussores* cuando la garantía es exclusivamente para nosotros, se añade que "...adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur..."

Añadimos nosotros un texto del *Epitome Gaii*, derivado sin duda de los anteriores, que resulta muy indicativo de la permanencia de éste principio de Derecho romano, incluso en época postclásica.

Praeterea inutilis est interrogatio et promissio, si ita aliquis intorreet debitorem: post mortem meam vel tuam illud dari spondes? Quod propterea inutile visum est, quia a persona heredis obligatio incipere non potest. Et ideo nec heredi creditoris sub hac sponsione obligatur debitor, nec debitoris heres creditore tenetur obnoxius. (G.E. 9,7)

Justiniano rompe con esos principios y así razonando

la solución que da, establece en C. 4,11 lo siguiente:

Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consuetaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant contemplationem stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum.

(Confróntese también con C. 8,37,15).

- La pervivencia de la cláusula inserta en la fórmula de numerosas supuestos de stipulationes que nos transcriben las fuentes en las que el promitente declara expresamente que se obliga por sí y por su heredero.

Parece que estamos ante una supervivencia del carácter personalísimo de las primitivas formas de la obligatio romana en la que se exigía que se hiciese constar expresamente que quedan obligados el deudor y su heredero al cumplimiento de la prestación de que se trate porque, de lo contrario, no se transmite la deuda a éste. No debe olvidarse lo indicado más arriba: La responsabilidad personal, es decir corporal, del deudor en la antigua obligatio de principios de la República<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> Betti (Struttura... op. cit. p. 59) señala la vigencia de la misma regla para el antiguo Derecho germánico. Betti cita en esta materia a Esmein. N.R.H.D. XI, 1887. p. 59-60.



Así pervive en Derecho clásico, en uno de los más típicos negocios del *ius civile* -la *stipulatio*- la cláusula por la que se hace constar expresamente que la prestación ha de ser realizada por el promitente y por el heredero.

Así podemos traer a colación D. 45,1,56,1 (Iul. 52 dig.), que debe destacarse especialmente porque se refiere a una *stipulatio de dar*<sup>392</sup> respecto de la cual debe regir la regla de

---

<sup>392</sup>Salvo en éste primer texto, donde además, se dice "*Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?. Titti persona supervacua comprehensa est...*", es decir, que tratándose de una *stipulatio in dando* el nombramiento específico del heredero es superfluo (ahora, señala a Biondi, Obbetto dell'antica "Hereditas" op. cit. p. 167., *sensu contrario*, "con la primitiva *intransmissibilità* (de la *obligatio*) possiamo spiegarci il fatto che in pratica nella *stipulatio*, anche di dare, si soleva aggiungere la menzione dell'*heres*; tale uso si potrae fino a Giuliano, il quale dichiara superflua quella clausula"), los demás textos aluden a la *stipulatio in faciendo*".

Scherillo. (La trasmissibilità de la "stipulatio in faciendo". B.I.D.R. 1928. p. 9 ss.) tiene razón en su tesis de que en el Derecho clásico la *stipulatio in faciendo* tiene carácter personalísimo para el promitente. De esta forma el heredero no subentra, a diferencia de lo que ocurre en la *stipulatio in dando*, en la obligación del causante, a menos que se haga expresa mención de lo contrario en la propia *stipulatio*. Para Scherillo, éste y no otro, es el sentido de esta cláusula de estilo, la cual fue derogada, como veremos, por Justiniano, unificando el régimen de transmisión de las obligaciones derivadas de la *stipulatio*. Y desde luego, tratándose de Derecho de obligaciones y de prestaciones de hacer difícilmente puede quedar vinculado un heredero que además puede ser un *extranei* a un contrato celebrado por su causante.

Después de una atenta lectura del artículo de Scherillo consideramos que esto es cierto, pero de ello tampoco se puede negar, pensamos, que no estemos ante una cláusula que refleja una supervivencia de la originaria *intransmisibilidad* hereditaria de las obligaciones. Dicho de otro modo, que su tesis, aún siendo correcta, no nos convence respecto a que la cláusula relativa al heredero no suponga, en absoluto, una supervivencia de la primitiva *intransmisibilidad* de la *obligatio* romana. En este sentido, también Biondi, op. cit. p. 169, sugiere que "*non si può escludere che l'aggiunta della clausola di stile "per se ed propri ed i propri eredi" abbia indoto l'antica giurisprudenza ad ammettere, come tacitamente inclusa, detta clausola, e conseguentemente a riconoscere la trasmissibilità*". Por lo tanto, no creemos que se pueda desvincular la *intransmisibilidad* de las *stipulationes in faciendo* de la originaria *intransmisibilidad* de  
(continúa...)

la transmsibilidad hereditaria. Los demás textos que iremos viendo se refieren a *stipulationes* de hacer. Voci<sup>393</sup> señala que la regla fundamental en materia de *stipulationes in faciendo* en el Derecho clásico es la de la intransmisibilidad hereditaria. No obstante, dicha regla es obviada a través de diferentes vías, lo que, por otro lado, nos sugiere la idea de que se produce algo

---

<sup>392</sup>(...continuación)  
la *obligatio*.

Así, nos preguntamos acerca del verdadero sentido que en muchos casos tenía la cláusula referida en las *stipulationes in faciendo*. Si se trata de asegurar que el heredero continúe vinculado frente al acreedor y su heredero en la realización de la prestación consistente en un hacer o no hacer, o si, más bien, se trata de asegurar, en muchos casos, la responsabilidad del heredero por incumplimiento de la prestación por el causante. Esto nos lleva a considerar si la prestación de hacer, o de permitir hacer, o de no hacer, tiene o no un contenido económico: la respuesta normalmente es afirmativa puesto que al no cumplirse la prestación se va a producir una lesión en el patrimonio del *stipulante*, lo que determina, caso de fallecimiento del causante, un derecho por parte del *stipulante*, o de su heredero, de obtener el resarcimiento patrimonial correspondiente. Entonces, si esto no es más que un principio elemental del Derecho romano, ¿por qué se tiene que subrayar en la propia estipulación que la prestación corresponde al promitente y a su heredero.?

Scherillo no cree que la cláusula referida sea heredera de una primitiva intransmisibilidad hereditaria de la *obligatio romana* y que el hecho de que responda el heredero en el *quanti ea res erit* (op. cit., p. 90) en caso de incumplimiento por el causante de la *stipulatio in faciendo*, se debe a que se le mencionó expresamente en la cláusula correspondiente de la *stipulatio*, porque, en otro caso, no respondería de una prestación de hacer que para los clásicos, según su tesis, debió de ser personalísima, es decir inherente al propio obligado. Ahora bien, creemos que también se puede entender que la valoración económica de la prestación, por un principio elemental, es transmisible contra el heredero el cual no puede quedar enriquecido (valor actual) con el incumplimiento del causante. La cláusula por la que se menciona al heredero, si no tiene el sentido de vincular a éste a una prestación del causante (recuérdese la prohibición de las *stipulationes post mortem*) queda, como un apéndice, desde luego, como demuestra Scherillo, referible fundamentalmente a las *stipulationes in faciendo* y en el Derecho clásico, pero realmente poco útil debido a que sus resultados prácticos perseguidos ya se obtienen por la aplicación de los principios generales del Derecho romano.

<sup>393</sup>Diritto ereditario romano. op. cit., p. 231 ss.

parecido a lo que ocurre con la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales: estamos ante una regla, la de la intransmisibilidad, que, sin embargo, materialmente, en el terreno de los resultados prácticos, es obviada por diversos medios.

Siguiendo a Voci<sup>394</sup> podemos realizar la siguiente exposición:

1) En algunos supuestos la mención del heredero en la prestación de hacer constituye un apéndice que es inútil en la práctica, como en la *cautio usufructuaria* (D. 7,9,5,pr. (Ulp. 79 ed.)<sup>395</sup> en la que, en caso de que el usufructo dure toda la vida del usufructuario, la prestación prometida y garantizada a través de la *cautio*, esto es, la devolución de la cosa objeto del usufructo en el mismo estado en el que se recibió por el cuasante, ha de ser, evidentemente, cumplida por el heredero.

2) Las estipulaciones de "*habere licere*" pueden escapar de la regla de la intransmisibilidad pasiva, bien mediante la mención expresa del heredero del promitente, o bien, mediante la simple redacción en el texto de la *stipulatio*, de una *conceptio impersonal*. En este sentido es fundamental D. 45,1,38,pr. en el que Ulpiano alude a la estipulación por la que el promitente se compromete a garantizar que todos van a respetar el hecho de que, para el estipulante, es lícito tener. Pero entonces surge la duda de si ello significa el reconocimiento de que pueda alguien estipular un hecho de otro, lo que está prohibido en el Derecho

---

<sup>394</sup>Diritto ereditario romano. op. cit., p. 231 ss.

<sup>395</sup>Sobre el texto de la *cautio usufructuaria*: Lenel. EP.<sup>3</sup> p. 538.

clásico, y entonces resuelve Ulpiano diciendo que la cláusula sólo puede ser entendida en el sentido de que a través de ella se obliga también sólo al heredero del promitente.

Podemos mencionar sobre este tema los siguientes textos en los que se obvia la intransmisibilidad hereditaria de las *stipulationes in faciendo* mediante la referencia expresa del heredero del promitente: D. 45,1,131,pr. (Scaev. 13 quest.), que se refiere a no impedir el uso de una servidumbre de paso; D. 45,1,122,2 (Scaev. 28 dig.), relativo a la obligación, garantizada con cláusula penal, de manumitir a un esclavo donado; D. 45,1,49,2 (Paul. 37 ed.), que se refiere a la estipulación general de no hacer ni tú ni tu heredero; D. 45,1,83,pr. (Paul. 72 ed.), respecto a estipulaciones de que no hay ni habrá dolo malo, de poder tener y de no impedir, indicándose también en el texto que no puede obligarse uno en cuanto a la conducta de un tercero; D. 45,1,85,3 (Paul 75 ed.) respecto a no impedir el uso de una servidumbre de paso. A continuación tenemos otros textos en los que se obvia el principio de la intransmisibilidad hereditaria de las *stipulationes in faciendo* mediante la formulación de una *conceptio impersonal* en la *stipulatio*: D. 45,1,38,pr., 1 (Ulp.49 Sab.), relativo a la estipulación de ¿prometes que podré tener?, que hemos visto arriba; D. 45,1,38,13-14 (Ulp. 49 Sab.) respecto a la omisión de actos dañosos (*cautio doli*) no reputándose necesaria tampoco la mención expresa del heredero sino que basta con la formulación de una *conceptio impersonal (in rem)* como ocurría con las *stipulationes*

de habere licere<sup>396</sup>.

3) Respecto a la transmisibilidad activa de la prestación cabe igualmente la doble vía de mencionar expresamente al heredero o formular una *conceptio impersonal*. La primera vía la tenemos en D. 45,1,92 (Paul. 18 Plaut.) que se refiere a la estipulación de no impedir la vendimia ni a mí ni a mi heredero: "*etiam heredi datur actio*". También, en el mismo sentido que el anterior, tenemos D. 45,1,4,pr. (Paul. 12 Sab.) respecto a la ausencia de dolo tuyo y de tu heredero y con relación al problema que plantea que promitente y estipulante mueran dejando varios herederos; D. 10,2,44,5 (Paul. 6 Sab.) que se refiere al coheredero que incumplió lo estipulado por su causante, que se obligó por sí y por su heredero y que faculta a los demás coherederos para actuar contra el primero. La segunda vía está en D. 45,1,38,5, que, como vimos, se refiere a la *stipulatio habere licere* y en el que se dice que la prestación también es exigible por el heredero del estipulante "*et nihil intererit, utrum itam stipuler: habere licere, an mihi habere licere*".

Y, por último, hemos de referirnos a la constitución de Justiniano del año 530: seguramente tiene razón Scherillo cuando dice, refiriéndose a la argumentación dada por Justiniano, que el pretendido carácter problemático de la cuestión en el Derecho clásico no es sino una justificación para unificar el régimen de transmisibilidad en materia de *stipulationes*<sup>397</sup> pero

---

<sup>396</sup>Cfr. Scherillo. La trasmissibilitá de la "stipulatio in faciendo" B.I.D.R. 1928. p. 29 ss.

<sup>397</sup> Pero no, a diferencia de Scherillo, en el sentido de que el acreedor no pudiese dirigirse contra el heredero del promitente fallecido que incumplió la prestación, ya que siempre (continúa...)

esto no prueba nada en contra de la tesis de la mención del heredero en las stipulationes in faciendo, también como supervivencia, además de otras consideraciones, de la primitiva intransmisibilidad hereditaria de la obligatio romana. Se trata de C. 8,37,13. (a. 530):

Veteris iuris altercationes decidentis generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est...

El mismo texto continua con una argumentación típicamente justiniana en la que se alude a la igualdad de la

---

<sup>397</sup>(...continuación)  
puede obtener aquel de éste el importe de la lesión patrimonial sufrida, sino que aquella cláusula contenida en las stipulationes in faciendo, en las que aparece un matiz más personal que en las in dando, donde está más clara la relación entre patrimonios, resulta realmente innecesaria dentro de una concepción realmente moderna de la obligación como vínculo jurídico de contenido patrimonial y cuyos efectos pasan necesariamente al patrimonio de los herederos de las partes.

naturaleza humana para razonar que los herederos deban, sin más, cumplir las prestaciones de hacer estipuladas por el respectivo causante.

-Retomando la exposición de Betti<sup>398</sup>, también constituye una huella de la originaria intransmisibilidad de la obligatio romana el hecho de que "según atestigua la Rhetorica ad Herennium, 2,13,19, la transmisibilidad de la acción relativa a las obligaciones que nacen del mandato, no estaba aún reconocida (a. 123 a C.) por un pretor de nombre Sesto Julio y fue admitida sólo algún año después por el pretor Livio Druso, "ciò, senza dubbio pel carattere strettamente personale di questo rapporto che si fà valere con azione infamante".

- Por último, alude Betti a la necesidad que tienen los juristas romanos, y en particular Ulpiano, de reafirmar o de justificar en numerosos supuestos la transmisibilidad al heredero de la obligatio ex contractu: D. 29,4,12,1; D. 42,1,6,3; D. 50,12,2,2; D. 39,2,4,10; D. 16,1,10; D. 13,5,18,2. Precisamente se atiende, en caso de duda, al objeto perseguido por la acción respectiva. Se justifica así la transmisibilidad en tanto que el objeto de la acción es reipersecutorio, se persigue la res. La intransmisibilidad queda, por el concurso del principio de la responsabilidad penal, limitada a las acciones que tienen por objeto poena<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup>Struttura... op. cit., p. 61.

<sup>399</sup>infra capítulo quinto de la Tesis.

3) La litis contestatio como fuente de la obligatio procesal transmisible a los herederos del reo.

A) La transmisibilidad hereditaria de las acciones penales a partir de la litis contestatio: las fuentes relativas a las acciones penales privadas.

Las fuentes nos señalan que las acciones penales se transmiten hereditariamente, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, desde que tenga lugar la litis contestatio. Se trata de una consecuencia del efecto de la perpetuatio iurisdictionis<sup>400</sup> que origina la litis contestatio. Así tenemos I. 4,12,1; D. 27,7,8,1 (Paul.1 resp.); D. 44,7,59 (58) (Call. 1, ed. mon.); D. 50,17,139,pr. (Gai. ed. pret. urb.); D. 50,17,164 (Ulp. 60 ed.); D. 44,7,26 (Ulp. 5 de cens.); D. 44,7,33 (Paul. 3 decr.); D. 46,2,29 (Paul. 24 quaest.); D. 47,10,13,pr. (Ulp. 17 ed.); Cod. Herm. II,1 (a. 294) y la interpretatio visigótica a la misma; C. 4,17,1 (a. 293)<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup>P. Voci. Diritto ereditario romano... op. cit. p. 273-274. Savigny. Sistema, op. cit., 6, & 260 ss., p. 9 ss.

<sup>401</sup>I. 4,12,1: "...Poenales autem actiones, quas supra diximos, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt."

D. 27,7,8,1: "...nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur".

D. 44,7,59 (58): "Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heedes "similesque personas" transire".

D. 50,17,139,pr.: "Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent..."

D. 50,17,164: "Poenalia iudicia semel accepta in heredes (continúa...)



La litis contestatio es el acto por el que las partes acuerdan someterse a los resultados del litigio según el planteamiento que aparece en la fórmula<sup>402</sup>. De entre los efectos que produce la litis contestatio está el de la extinción de la

---

<sup>401</sup>(...continuación)  
transmitti possunt".

D. 44,7,26: "Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt".

D. 44,7,33: "Contitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo".

D. 46,2,29: "...Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt".

D. 47,10,13,pr.: Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur (...) semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere...

Cod. Herm. II,1: "Licet ante litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actioni conveniri, tamen hos etiam in tantum quantum ad eos pervenit teneri, ne scelere ditentur alieno, certissimi iuris est".

Interpretatio visigótica: "Haec lex praecipit, ut in criminalibus causis, si quis antequam moriatur non fuerit de facti sui scelere conventus atque convictus, si post eius obitum quod ab eo cum poena reddendum erat apud successores eius fortasse repertum fuerit, hoc tantum ab heredibus reddendum est, quod ad eos cognoscitur pervenisse. Ceterum in tali re heres nec ad poenam nec ad aliquam satisfactoriam tenetur obnoxius".

C. 4,17,1: "Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur".

Señala F. Bonifacio (Litis Contestatio, N.N.D.I. IX, p. 973 ss. p. 975) que en el momento mismo en el que se produce la deductio in iudicium se produce además de la extinción de la acción el efecto de que la pretensión quede inmune de las consecuencias extintivas o modificativas de determinados efectos si se hubiesen verificado ante litem contestatam. De esta forma se opera la "transmisibilidad pasiva de la acción originariamente intransmisibile, como es el caso de la acción penal. Es lo que A. Biscardi (Lezione sul processo romano antico e classico. Torino, 1968, p. 336 ss.) llama efecto conservativo de la litis contestatio.(ver supra nota 4). Sobre este tema resulta riguroso y sistemático el estudio de Brasiello (Corso di Diritto Penale. Atti illeciti... op. cit. p. 89-90.)

<sup>402</sup>Bonifacio (N.N.D.I., IX, p. 973 ss.) y bibliografía allí citada.

relación jurídica que se lleva al proceso y la creación de una nueva por la que el reo queda obligado a cumplir la condena siempre que medie un *iudicatum* condenatorio. Se trata de una consecuencia del principio "*ne bis in idem*" y, por lo que hace a las acciones penales, se traduce en la extinción de la *obligatio ex delicto* (como sabemos, conlleva pena exclusivamente pecuniaria), pasivamente intransmisible, y la coetánea creación de una obligación de origen procesal y de contenido patrimonial, ajena a toda concepción penal, y por lo tanto, totalmente transmisible contra los herederos del reo en el caso de fallecimiento de éste posterior a la celebración de la l.c.

B) Referencia a la naturaleza de la *litis contestatio* en el proceso formulario. El principio "*ne bis in idem*".

No podemos tratar en este lugar a fondo el problema de la naturaleza de la *litis contestatio*, lo que nos llevaría, a su vez, a profundizar en el estudio del proceso privado de las *legis actiones* y del proceso formulario; pero si podemos, brevemente, dejar constancia del *status quaestionis* relativo a una serie de puntos fundamentales sobre esta materia.

Así, sobre el fundamento mismo de la *litis contestatio* en el proceso formulario podemos apreciar la existencia de diversas líneas de pensamiento entre la doctrina romanista.

Así, Keller<sup>403</sup> fundó la l.c. en la presencia del magistrado en el proceso, el cual dicta un decreto por el que se otorga una fórmula escrita, y que constituía el momento final de la fase *in iure*. También, según Keller, podía entenderse por l.c., en términos generales, la suma de las actuaciones llevadas a cabo por las partes para la preparación del *iudicium*.

Frente a la tesis anterior se alzó la concepción de Wlassak<sup>404</sup> que ve en la l.c. un contrato formal privado, elaborado por las partes intervinientes en el proceso, mediante el cual estas se comprometen a someterse a la decisión de un *iudex*, y que se realiza mediante la entrega del documento en el que se recoge la fórmula dada por el magistrado, entrega que es hecha por el actor al demandado y que se recibe por éste. (*Edere iudicium-accipere iudicium*).

---

<sup>403</sup>F. L. Keller. Litiscontestation und Urteil nach classischem römischem Recht. Zurich, 1827. Ed. anastatica, Leipzig, 1969. Der römisch Zivilprozess und die Actionen. Leipzig, 1883. Ed. anastatica, Stuttgart, 1966. Señala J. L. Murga (Derecho romano clásico. II El proceso. Zaragoza, 1993, p. 288-289. nota 412) que también podrá asimilarse a a la línea de pensamiento de Keller, si bien con alguna diferencia, E. I. Bekker (Überschau des geschichtlichen Entwicklunganges der Römischen Actionem. Z.S.S. 15, 1884. p. 145 ss. Streitfragen aus dem Aktionen Prozessrecht. Z.S.S. 24, 1903, p. 362 ss). V. Scialoja. Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos. Trad. esp., Buenos Aires, 1954. B. Kübler. Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit. Z.S.S. 16, 1895, p. 137 ss. E. Hölder. Die litiscontestatio des Formularprozesses. Z.S.S. 24, 1903, p. 197 ss.

<sup>404</sup>Seguimos fundamentalmente la exposición de J. L. Murga (Derecho romano clásico. II El proceso. , Zaragoza, 1983).

Respecto a la tesis de M. Wlassak sobre la naturaleza de la l. c: Die litiscontestation im Formularprozess, Festchrift Windscheid. p. 69 ss. Anklage und Streitbefestigung. Wien, 1917. p. 176. Die klassische Prozessformel, I, Wien, Leipzig, 1924, p. 125 ss. También, en la misma línea E. Betti. Diritto romano 1. Padua, 1935, e Istituzioni di Diritto romano, 1, Padua 1942, p. 256 ss. (Cita de Murga, op. cit., p. 288. n. 411).

Esta última es la tesis dominante hoy en día, si bien se han hecho importantes matizaciones al respecto: Carrelli<sup>405</sup> destaca que en la l.c. interviene tanto el convenio de los litigantes como la cobertura política que proporciona la iurisdictio del magistrado. También citamos a Biscardi<sup>406</sup> que considera que la tesis de Wlassak se ajusta a la naturaleza del proceso que resulta de la lex Aebutia (130 a C.), es decir, señala Biscardi, según la opinión dominante hoy en día, el proceso formulario relativo a las obligaciones de dar cosa o cantidad cierta que sustituyó por esa ley al procedimiento de la legis actio per conditionem. Mientras que a partir de la lex Iulia iudiciorum privatorum<sup>407</sup>, la l.c. se configura en el Derecho clásico "como un negozio bilaterale sui generis, creativo di un vincolo processuale, destinato ad estinguersi con la sentenza di condanna o di assoluzione<sup>408</sup>". En ese momento surge la obligatio iudicati (ex causa iudicati teneri).

Añadimos nosotros que el proceso formulario, como antes el proceso de las legis acciones, es el proceso ordinario nacido en el seno de la civitas romana para resolver los conflictos entre los particulares. Desde luego, debe mediar un acuerdo entre las partes para somete se a la decisión de un tercero, de un

---

<sup>405</sup>La genesi del procedimento formulare. Milano, 1946, p. 80 ss. y 115 ss. (Cita de Murga, op. cit., p. 299)

<sup>406</sup>Lezioni sul processo romano antico e classico. Torino, 1968. p. 26 ss.

<sup>407</sup>Sobre este tema, en general: A. Biscardi. La litis contestatio nell'ordo iudiciorum. Siena, 1953.

<sup>408</sup>Biscardi. Lezioni sul processo... op. cit., p. 274.

iudex o de un árbitro<sup>409</sup>. Pero la civitas, representada por el magistrado es la que, mediante el mecanismo propio del proceso, es titular del poder de administración de la justicia. En este sentido no hay que olvidar que al iudex lo nombra la civitas mediante el magistrado.

Esta derivación lógica, que va desde la noción de la civitas como organización política en la que se estructura institucionalmente el *populus romanus* hasta llegar a la acción prevista por la ley (la ley es, ante todo, un acuerdo expreso del *populus romanus*) y que da contenido jurídico a una relación determinada entre particulares, es la que permite comprender, a nuestro juicio, por qué la l.c. tiene la eficacia de extinguir la relación jurídica privada que se ventila en el proceso<sup>410</sup>.

---

<sup>409</sup>Una base de tipo convencional es innegable. Así Bonifacio (N.N.D.I., op. cit., p. 974) nos recuerda que la fórmula (ver Gai. 4,30), una vez intervenida la autorización del magistrado (*datio iudicii*), es objeto de la l.c., con lo que actor y demandado manifiestan su acuerdo con ella. "All'edere (o dictare) *iudicium* del primo corrisponde l'*accipere iudicium* del secondo, ed edere et accipere si fondono in un unico atto bilaterale (Lex Rubria, 1,48: "*inter quos...eisque contestabitur*") al quale vengono rapportati in generali tutti gli effetti che nel sistema delle *legis actio* si ricollegavano al complesso procedimento aperto dalla pronuncia dei *certa verba* e chiuso con l'invocazione dei testimoni. La l.c. ha, dunque, per soggetti i litiganti, per oggetto la formula, per contenuto l'accordo su di essa". Sigue diciendo Bonifacio que las fuentes mencionan el efecto de la l.c. con la expresión "*rem in iudicium deducere*". Mientras, la *datio iudicii* es el acto por el cual el magistrado autoriza el proceso sobre una determinada fórmula y el *iussum iudicandi* inviste al juez de la *potestas iudicandi*. Solo la l.c. opera la deducción de la pretensión en el proceso y a esto se refieren todas las consecuencias del acto.

<sup>410</sup>Precisamente el efecto extintivo es automático, *ipso iure*, cundo se trate de *iudicia legitima*, esto es, de procesos derivados de acciones contenidas en el *ius civile*: Gai. 3,180 (ver también Gai. 4,107) señala que "*tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione...*"

(continúa...)

Señala Murga<sup>411</sup> "que la imposibilidad de replanteamiento procesal que se producía tan pronto como el proceso había llegado a la l.c., tuvo para la jurisprudencia más antigua el valor y la evidencia de un primer principio plasmándose en una de las más conocidas *regulae iuris*: *ne bis in*

---

<sup>410</sup>(...continuación)

El sistema de consumación *ipso iure* de las acciones ejercitadas en el proceso es propio de las acciones de la ley, es decir, las que conservan esa idea de haber sido genuinamente creadas por el *populus romanus* para los diversos supuestos contemplados en cada uno de ellas. Buena prueba de ello está en el hecho de que a partir de la reforma de Augusto se dividen los procedimientos encuadrados en el *ordo iudiciorum privatorum* en *iudicia legitima* y *iudicia imperio continentia*. (Gai. 4,103-107): "*Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*". En los *iudicia legitima* se exigen unos requisitos formales estrictos y arcaizantes que nos sugieren una supervivencia del sistema procesal de las *legis actiones*: desde el punto de vista formal se exige que el juicio tenga lugar al menos dentro del perímetro de una milla alrededor de la ciudad de Roma, que los litigantes y el *iudex* fuesen ciudadanos romanos, que se usase el latín y que la cosa, tratándose de un pleito sobre un inmueble, estuviese *in solo italico*, no en las provincias. (Gai. 4,103-105). Desde el punto de vista sustancial se exige que la reclamación se base en el *ius civile*: "...*quae iuris civilis habet intentionem...*" (Gai. 4, 107).

En el caso de que no se cumpliesen estos estrictos requisitos o, sencillamente, que la acción en cuestión sea una *actio in factum*, emanda del *ius honorarium*, estamos ante *iudicia imperio continentia*, con lo que la consumación de la acción no se produce *ipso iure* por la *litis contestatio*: Parece, o al menos así le pareció al consevador Cesar Augusto, que faltaba alguna "legitimación" para extinguir *ipso iure* la relación jurídica privada puesta en juego, ya sea porque se trata de acciones que no tienen su origen directo en el *populus* que aprobaba las leyes en la República sino que nacían del sentido de la equidad y oportunidad del Pretor, o bien porque no se cumplen las formalidades esenciales de los *iudicia legitima* de la época de las *legis actiones*, ante lo cual, en estos supuestos, el Pretor ha de suplir esta situación mediante la configuración de una forma de preclusión que, sin entrar en una esfera que es propia del *ius civile*, consigue los mismos resultados prácticos: La paralización de la acción ejercitada de nuevo, y por consiguiente, la preclusión de la relación llevada al proceso realizada *ope exceptionis*, en particular por la *exceptio rei iudicium deductae*.

<sup>411</sup>Derecho romano clásico. II EL Proceso. op. cit., p. 292.

*idem*, nunca dos veces sobre lo mismo; o bien; *bis de eadem re ne sit actio*, *bis de eadem re agere non licet*, formulaciones probablemente más modernas que la primera pero con un significado parecido. No deja de ser significativo que la propia jurisprudencia hubiera convertido precisamente en una *regula iuris* el principio inexorable de la extinción provocada por la *litis contestatio*. Indica, por lo menos, que esta extinción automática que sufre cualquier relación jurídica al ser llevada al litigio era para la jurisprudencia antigua algo absoluto y evidente aunque seguramente ninguno de los viejos juristas llegara a plantear el posible fundamento procesal de dicha extinción". En este sentido el propio autor nos recuerda que dicha *regula* no nos ha llegado por ninguna fuente jurídica del tiempo de la República sino por una fuente literaria (Quintiliano, *institutiones oratoriae*, 7,6,4) aunque, matiza, esto no quiere decir que no fuera de uso común por los juristas más antiguos.

Por otro lado, Murga encuentra el origen de esta *regula* en época remota, anterior o coetánea a la formación misma de la *civitas*, cuando la reclamación de los derechos vulnerados sólo podía llevarse a cabo por la venganza del talión o por juicios ordálicos. Sucedió que, una vez realizada esa venganza reglada por los principios jurídicos de la comunidad primitiva, o, sujetas las partes a las reglas del juicio ordálico (en el que cabían luchas o pruebas de ingenio para que los dioses o el azar decidiesen quien de los contendientes tiene razón), el derecho en cuestión quedaba, desde ese momento, fuera de la discusión original. "Finalmente cuando ya en época histórica, el rito

ordálico fue sustituido a su vez por el proceso primitivo, siguiendo siempre la misma mecánica, el recién inaugurado proceso abría también una posibilidad de satisfacción para el derecho lesionado, si bien cerraba igualmente toda posibilidad de un segundo raplanteamiento..."

Biscardi por su parte considera que el principio *ne bis in idem* se fundaría en épocas remotas en la concepción ritual y solemne del *agere* la cual supone en sí que ciertos actos una vez realizados no puedan volver a producirse. El propio autor refiere la opinión de Kaser para el cual el fundamento estaría en que originalmente las sentencias tendrían eficacia constitutiva<sup>412</sup>.

Por otro lado Liebs<sup>413</sup> concluye su trabajo sobre la consumación de las acciones en el Derecho clásico romano de la siguiente forma que consideramos de interés transcribir a efectos de lo tratado en estas páginas: "la consumación de las acciones romanas proviene del proceso de las acciones de la ley: mantiene sin embargo en el proceso formulario, gracias al *conseravdurismo* de Augusto, una función modesta dentro de límites estrechos y arcaíaos.

Su formulación clásica está en el "*scriptum*" de los "*veteres*": "*ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*" (Gai. 3,180). No tiene pues-Liebs- por objeto la acción como tal, sino que extingue el derecho de la reclamación material que le sirve de base. Retrocede -dicho

---

<sup>412</sup>Lezioni sul processo... op. cit., p. 59.

<sup>413</sup>Die Klagenkonsumtion des römischen Rechts. Z.S.S., 1969. p. 169 ss. En particular p. 190-191.



principio-a una época en la que la deuda (Schuld) no estaba efectivamente separada de la responsabilidad (Haftung). Entonces debió de formarse el principio jurídico, según el cual fundándose una controversia respecto a la legitimidad de un derecho de responsabilidad (Haftungsrechts), este último se anulaba. Lo cual también incluía la deuda. Originalmente no se pensaba en la preclusión de un segundo proceso. El impedimento para volver a examinar un caso al principio lo puso el magistrado, con su derecho a una examen previo, en tanto en cuanto dudase de la utilidad del proceso que se intentaba iniciar. Si el magistrado hubiera permitido un nuevo proceso, lo que estaba facultado a hacer y para lo cual podían existir razones de peso, entonces ya no podía evitarse un nuevo examen del fondo del asunto "apud iudicem", pero con la excepción de las obligaciones que se extinguieron ya con la iniciación del anterior proceso<sup>44</sup>. Sólo en los procesos formularios por acciones pretorias existía la posibilidad de impedir la posibilidad de un nuevo examen del caso "apud iudicem", con la introducción de la *exceptio rei iudicium deductae* con lo que se dejaba al *iudex* la posibilidad de examinar si, y en qué medida, había tenido lugar un proceso anterior".

Junto al efecto extintivo o preclusivo de la relación

---

<sup>44</sup>"...ausser bei den Obligationen, da sie schon mit Einleitung des Vorprozesses ersloschen waren."

Recordamos en este lugar que el efecto consuntivo de la *litis contestatio* se refiere exclusivamente a las acciones *in personam*, es decir a las que contienen una reclamación material relativa a un derecho de crédito y no a las acciones *in rem* que son ejercitables siempre *erga omnes* y, respecto a las cuales sólo cabe la oposición de la correspondiente *exceptio rei in iudicium deductae* por parte del reo que ya fue demandado anteriormente por el mismo caso.

jurídica anterior, la *litis contestatio* crea, al mismo tiempo, una relación jurídica nueva por la cual el condenado por la sentencia queda sujeto a satisfacer el importe de dicha condena contenida en el *iudicatum* correspondiente.

Biscardi parte de Gayo para distinguir dos épocas en el modo de entender este doble efecto de extinción-creación de relaciones jurídicas que origina la l.c: En la época preclásica, dominada por la *lex Aebucia*, los *veteres* están ligados a una visión del proceso en clave de derecho sustancial, en virtud de la cual, por la l.c. se extingue una *obligatio* para "statim" nacer una nueva por la que el reo queda sujeto a cumplir la condena.

Gayo, como vimos arriba, lo expresa con claridad en *Gai. 3,180*.

Por el contrario, para los clásicos, especialmente para los sabinianos, la l.c. se enmarca en un enfoque exclusivamente procesal. Se trata de un negocio bilateral *sui generis* por el que se crea un vínculo procesal, a través del cual, las partes del litigio quedan sujetas a las consecuencias de la sentencia, de tal manera que no surge realmente una nueva obligación hasta que se dicte la correspondiente condena (*obligatio iudicati*) que determina la extinción de aquel vínculo. "*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri*"<sup>415</sup>

---

<sup>415</sup>Con arreglo a esta concepción, Gayo utiliza la expresión *teneri* para aludir a la *obligatio iudicati* y no la de *oportere* (continúa...)

(Gai. 3,180).

El planteamiento expuesto por Biscardi nos dota de un esquema lógico que permite explicar dogmáticamente la evolución que se produce en la jurisprudencia romana respecto a dos puntos:

- 1) El posible efecto novatorio de la l.c.
- 2) La eficacia que pueda tener el cumplimiento de la prestación por el deudor, *post litem contestatam*.

Respecto al primer punto, la cuestión que se plantea es la de si estamos ante una novación de la obligación antigua por otra nueva, operándose por la l.c. un efecto similar al de la *stipulatio novatoria*. De lo que se trata, nada menos, es de determinar la naturaleza jurídica de la l.c. a lo largo del Derecho clásico romano.

Es un tema que fue discutido en el seno de la jurisprudencia clásica<sup>415</sup>. La jurisprudencia del último siglo de la República, de conformidad con el sistema de la *lex Aebutia*, vio en la l.c. un acto jurídico extintivo y creador idéntico a la novación, singularmente de una novación condicional en la que una obligación pura y simple es sustituida por otra sujeta a una condición suspensiva. El objeto de la obligación seguía siendo el mismo y se trataba pues, de la extinción de una obligación, la de dar, por otra obligación condicional, la de cumplir el

---

<sup>415</sup>(...continuación)  
como hacían los "veteres" para referirse a la nueva obligatio nacida de la l.c. Sin duda estamos ante un lenguaje técnico y preciso en el que se quiere indicar que el condenado queda sujeto por un vínculo estrictamente procesal.

<sup>416</sup>Biscardi. Lezioni sul processo... op. cit., p. 161 ss. y p. 252 ss. Murga (Proceso privado romano. II El proceso. op. cit., p. 304 ss.

iudicatum<sup>417</sup>.

Por otro lado, tanto en la l.c. como en la novación estipulatoria, los efectos se producían "statim" (así en Gai. 3,179 se recoge la opinión de Servio Sulpicio Rufo sobre el particular), en el mismo instante de su celebración, de tal manera que cuando se tratase de la sustitución de una obligación pura por otra condicional, el efecto novatorio tenía lugar aún cuando no se hubiese verificado la condición respectiva.

Otro paralelismo con la stipulatio novatoria venía dado por el hecho de que, tanto en la stipulatio como en la l.c., el efecto extintivo-creador no dependía propiamente de la voluntad de las partes. En el primer caso estamos (al menos hasta la época clásica) ante un negocio jurídico abstracto, en el segundo caso estamos ante un efecto derivado más de la propia mecánica procesal que de la voluntad de las partes.

No obstante, aparecen también diferencias entre uno y otro supuesto<sup>418</sup>. Así en la novación estipulatoria se extinguen

---

<sup>417</sup>Recogemos otra vez el pasaje de Gayo visto arriba en el que alude al "modus operandi" de los "veteres": "ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere".

<sup>418</sup>Betti (Struttura... p. 8 ss. y bibliografía allí indicada, especialmente, Betti: Concetto dell'obbligazione [Teor. gen. d. obblig. II] & 4, nota 3) desde la concepción de la obligatio romana como relación de responsabilidad entiende que la litis contestatio opera una escisión dentro de la obligatio que se hace valer mediante la actio in personam: el débito queda fuera mientras que el vínculo de responsabilidad se lleva a la nueva relación procesal y ello porque se entiende que el demandante al hacer valer su acción en el proceso ha renunciado a su derecho de ejecución específica, sólo le queda la posibilidad de hacer valer el vínculo de responsabilidad y conseguir el equivalente económico del valor de la prestación. Es el paso del dare oportere al condemnari oportere mediante un actione teneri. Betti indica, frente a la presunta identidad de la l.c. con la (continúa...)

todas las obligaciones accesorias a la propia obligación principal: fianzas, garantías hipotecarias, privilegia exigendi. En la l.c. esto no sucede sino que la extinción afecta sólo a la obligación principal. La explicación debe buscarse en la naturaleza procesal y en la función instrumental de la l.c. ya que el proceso no puede significar una minoración, u obstáculo de ningún tipo, a las legítimas expectativas del acreedor que se verían frustrados, por ejemplo, en caso de que éste, después de la l.c., no pudiese dirigirse contra los fiadores del deudor cuando, aún pendientes de la sentencia, fuese patente la insolvencia de aquel<sup>419</sup>.

Por contra, a lo largo del Derecho clásico se va produciendo un cambio de la naturaleza que tiene la l.c. para los

---

<sup>418</sup>(...continuación)  
novación, que la función de la l.c. no es propiamente la de crear una obligación nueva sino una función conservativa, esto es, de mantener en vida el vínculo de responsabilidad nacido en la obligación principal, con lo que se perpetúa la responsabilidad a través de la l.c., haciendo que no se vea alterada por la extinción del objeto de la prestación o por la muerte del sujeto pasivo: "omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent..." (D. 50,17,139, Gai.<9> ed.); "litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur". (D. 27,7,8,1, Paul. 9 resp.).

No se trata-Betti- del nacimiento desde el primer momento de una obligación nueva de tipo procesal, es decir la de pagar el importe de la condena, sino de la sujeción del demandado, en virtud de la l.c., entendida como negocio jurídico (en D. 15,1,3,11 y en D. 27,3,22 se habla de un *contrahere*) entre las partes por el que la responsabilidad inherente a la obligación principal "ha portato nel rapporto processuale il germe di quella responsabilità che risorgerà da esso rapporto nella forma di *obligatio iudicati*". Se trata por tanto de la sujeción al cumplimiento de una *obligatio iudicati* pecuniaria, pero cuyos efectos no han nacido todavía sino que están sujetos a la *condicio iuris* suspensiva de la existencia posterior de un *iudicatum* condenatorio.

<sup>419</sup>J. L. Murga. Derecho romano clásico. II El Proceso. op. cit., p. 307-308.

juristas. Aunque no tenemos constancia de que la jurisprudencia clásica llegase a negar expresamente el efecto novatorio, en la realidad práctica la configuración de la l.c. como un negocio especial por el que se creaba un vínculo procesal y no una obligatio nueva significaba cerrar toda posibilidad de que estemos ante la novatio.

Respecto al segundo punto, el cumplimiento de la prestación después de la l.c., nos encontramos que Gayo nos transmite una importante divergencia de base entre los sabinianos y los proculianos<sup>420</sup>.

Los sabinianos, de acuerdo con una concepción puramente procesal de la l.c., en sintonía con las directrices del pensamiento jurídico clásico, entienden que si el deudor cumple la prestación después de la l.c. el juez no puede condenar al reo porque éste ya ha satisfecho la pretensión del demandante. Estamos ante una concepción que es incompatible con la configuración que los veteres hacían de la l.c. como una novatio stipulatoria y que hemos visto ya según Gai. 3,180.

Así-Murga<sup>421</sup>-si se atiende al elemento del "animus" habría que ver qué ocurre si el deudor de una relación jurídica

---

<sup>420</sup>Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae scholae auctoribus de stricti iuris iudiciis contra placuit>; de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur [...]. Sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur [...] actum fuit. Gai. 4,114.

<sup>421</sup>Proceso privado romano.II El proceso.op. cit., p. 309-310.

paga al acreedor y cumple por tanto la prestación prometida después de la l.c. Según la configuración tradicional de la l.c. ese pago no extingue la relación jurídica en cuestión sencillamente porque ya quedó extinguida por la l.c.: el proceso sigue su curso y termina en el iudicatum por el que el deudor condenado (y que pagó extraprocesalmente la prestación) ha de cumplir con la condena, es decir, satisfacer el importe de la deuda. Frente a esta situación no cabía más que el Pretor aconsejase al condenado que ejercitase una *condictio indebiti* por razón de lo pagado.

Si por el contrario (y este es el pensamiento de los juristas de la escuela sabiniana) se atiende a una concepción que no pierda de vista cuál es la voluntad de las partes, se debe considerar que el efecto de la extinción de la relación jurídica correspondiente y el nacimiento de la nueva relación jurídica de naturaleza procesal no se ha producido "*statim*" sino cuando se ha cumplido la condición suspensiva, esto es, la sentencia condenatoria: por lo tanto, según esto, cabe la extinción, "*post litem contestata*" de la relación jurídica previa mediante cumplimiento de la prestación debida por el deudor.

En definitiva-Murga- para los sabinianos la l.c. produce una extinción de la relación jurídica anterior, pero ésta extinción no tiene nada que ver con la estipulación novatoria por obedecer a razones jurídicas muy distintas.

El pensamiento contrario fue mantenido aún por los proculianos que, no obstante, llegaron a admitir la posible absolución del reo en el supuesto que estamos tratando pero por razones ajenas a la propia naturaleza de la l.c. en tres

supuestos (Gai. 4,114):

a) *Iudicia ex fide bona* en los que el juez goza de un margen de discrecionalidad para decidir conforme a todo lo que resulte de la buena fe. Desde luego, sería contrario a la buena fe condenar a alguien que ya ha cumplido materialmente la prestación debida.

b) Los juicios en los que se sustancie una *actio in rem* en la medida en que conllevan cláusula arbitraria, es decir restitutoria del objeto en cuestión.

c) Los juicios por aquellas acciones *in personam* que también tengan cláusula arbitraria.

C) La litis contestatio en el procedimiento de la cognitio extra ordinem.

Por lo que hace al procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, desaparece la l.c tal y como se entiende ésta en el procedimiento formulario. No obstante, el sometimiento de la cuestión de que se trate a la función jurisdiccional del Estado (utilizando una terminología moderna) determina en la práctica la producción de los mismos efectos que los generados por la l.c. del procedimiento formulario clásico, y ello, no ya en la vía procesal del *civiliter agere*, sino también, en el *criminaliter agere*, cuando la pena sea de naturaleza patrimonial<sup>422</sup> <sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup>Así Bonifacio (N.N.D.I., op. cit. p. 975) aún reconociendo la oscuridad de las fuentes sobre este tema se inclina por pensar (continúa...)



Incluso Biscardi<sup>424</sup> defiende la tesis de la existencia, con carácter general, de una auténtica l.c. en el ámbito del procedimiento cognitorio penal en época clásica, lo que, a nuestro juicio, sólo sería admisible si tenemos una concepción de la l.c., en éste ámbito concreto, como un producto de la exclusiva competencia jurisdiccional del juez "extra ordinem", sin que aquí pueda aparecer esa base contractual determinada en el procedimiento formulario por esa concurrencia de la voluntad de las partes que debían aceptar el iudicium y elegir al juez que, por ese iudicium, nombra el juez. Dicho de otra forma, si aceptamos la existencia de una auténtica l.c. para el procedimiento cognitorio penal sus efectos únicamente pueden justificarse en la competencia jurisdiccional del juez "extra ordinem", establecida por la norma positiva, y en tanto que

---

<sup>422</sup>(...continuación)

que en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* (agere civile) clásico debió existir un acto con la misma terminología de *litem contestari*. En ello sigue a Di Paola ( La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica. *Annali Sem. Giur. Catania*, 1948, II, p. 5 ss.).

<sup>423</sup>D. 48,10,12 a propósito del crimen falsi, a tenor del cual, "sensu contrario", se presume la transmisibilidad de la propia acción penal contra el heredero del reo fallecido después de cumplirse un determinado momento procesal identificable con la l.c.: "Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, cessante Cornelia quod scelere quaesitum est heredi non relinquitur".

<sup>424</sup>Biscardi (Sur la litis contestatio du procès criminel, *R.I.D.A.*, 7, 1960. p. 307 ss.) defiende la tesis de que en el seno del *criminaliter agere* de la *cognitio extra ordinem*, en época clásica, debió existir un trámite semejante en cuanto a la producción de los efectos, a la l.c. del proceso formulario, y que, en virtud de ello, a partir de la jurisprudencia de época de los severos, se puede hablar de l.c. en aquel proceso, tal y como resulta de las numerosas fuentes jurídicas indicadas por Biscardi (p. 313). Ese trámite procesal viene dado por la formalización de la acusación por el demandado en los *solemnia accusationis*.

órgano del Estado<sup>425 426</sup>.

Tomando como base la idea de la l.c., en la *cognitio extra ordinem* se hacen derivar de diversos momentos procesales los efectos que la l.c. producía en el proceso formulario; en particular, por la que hace a la transmisibilidad de la pena en los procedimientos penales *extra ordinem* (*criminaliter agere*) por virtud de la l.c., este efecto se hace derivar de la *controversia mota*<sup>427</sup> o de los *solemnia accusationis*<sup>428</sup>, o de la citación

---

<sup>425</sup>Efectivamente, Biscardi, op. cit., p. 312 ss., señala que el término *litis contestatio* aparece en la jurisprudencia de la época de los severos (principios del siglo III d. C.) referida al procedimiento penal de la *cognitio extra ordinem* como un término adoptado del proceso formulario pero carente de todo fundamento en un acuerdo formal de voluntades. Por el contrario, dicho acuerdo no existe en este campo; no obstante esto, tampoco, según la tesis contractualista de Wlassak, puede llevarnos a negar toda virtualidad a la idea de la existencia de l.c. en el proceso criminal de la *cognitio extra ordinem*, sino que, de acuerdo con Biscardi, aquella aparece como el acto procesal que, también en el procedimiento de la *cognitio*, produce el efecto de crear una relación jurídica procesal a la que quedan sujetas las partes del proceso: dicho acto se identifica con la *solemnia accusationis*, es decir, la acusación formal ante el magistrado y sus subordinados realizada con las formalidades debidas por el ciudadano que acusa a otro del crimen de que se trate, Biscardi, op. cit., p. 310-311, p. 315-316, p. 316 ss. En sus conclusiones Biscardi (p. 359) afirma que "cette minutieuse recherche exégétique achevée, je me flatte de pouvoir conclure que non seulement la *litis contestatio* criminelle est, assurément, une véritable institution du Haut Empire, bien que de l'époque sévérienne, mais surtout que les prudents classiques l'ont établie á un moment á identifier avec les formalités de l'accusation (*solemnia accusationis*)- en partant duquel le rapport judiciaire criminelle devait se considérer comme irrévocablement constitué dans tous ses effets, ni plus ni moins que s'il s'agissait d'un droit subjectiv privé, ayant fait l'objet de la délivrance d'une formule acceptée par les plaideurs (*res in iudicium deducta*).

<sup>426</sup>Cfr. capítulo relativo a la intransmisibilidad de las acciones penales públicas: Capítulo cuarto. 2).

<sup>427</sup>Voci. Diritto ereditario romano..., I, op. cit., p. 282-283. En este sentido coincide básicamente con la tesis de Albertario. Lis contestata e controversia mota. Z.S.S., 35, 1914. [Studi Albertario, IV, 2. p. 263 ss.].

(C.Th. 1,2,10), cuando estamos ante procedimientos fiscales. En cambio cuando estamos en el "civiliter agere" de la "cognitio extra ordinem", aún cuando se persiga una pena privada, la l.c. aparece realizada en un momento posterior, y ello en interés del demandado. En este sentido, Voci<sup>429</sup>, sobre todo, en virtud de la interpretación que da a D. 44,7,33 (y Cod. Herm. II,1)<sup>430</sup>.

Riccobono<sup>431</sup>, respecto a este tema, indica que en el Derecho justiniano viene reforzado el empleo de la l.c. "De hecho viene extendido a toda clase de procesos: al iudicium publicum del Derecho criminal, a la cognitio extra ordinem y al proceso fiscal, a los interdictos que ahora seguían las normas del Derecho común y del proceso ordinario".

Sigue diciendo que "ello no contradice el normal desarrollo del Derecho bizantino, tal como, tal vez, podría creer quien ve la l.c. sólo como un resto del Derecho antiguo. De cualquier modo, el desarrollo de las instituciones procesales llevó a la preferencia del sistema y de las normas que eran propias de la cognitio extra ordinem, porque esta se ampliaba por medio de una extensión progresiva con todos sus atributos, y además, desde un punto de vista jurídico estatal y procesal, se incorpora a los tiempos modernos. Por otro lado, la l.c. se adecuaba en todo a la cognitio extra ordinem en la época

---

<sup>428</sup>(...continuación)

<sup>428</sup>Biscardi, como se indicó arriba.

<sup>429</sup>Diritto ereditario romano... op. cit., p. 282-283.

<sup>430</sup>Sobre el texto del Código Hermogeniano: infra p. 697

<sup>431</sup> S. Riccobono. Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte. [fr. 10 & 2 D. 2, 11 und fr. 33 D. 44,7]. Z.S.S. 47, 1927, p. 75 ss. esp. p. 101.

postclásica. Así ocurrió en casi todas las instituciones de Derecho procesal justiniano, el cual incorporó las normas principales de la *cognitio extra ordinem*, pero, al mismo tiempo, se apropió de muchos elementos del *ordo privatorum* transformados adecuadamente. (...) Ha quedado confirmado que la *cognitio extra ordinem* carecía de fórmula y de l.c. Así en la época de los iudicia extraordinarios debieron producirse dudas y vacilaciones cuando llegaba el momento de fijar la l.c. a la que los textos jurídicos atribuían los más variados e importantes efectos. La confluencia paulatina de todos los órdenes procesales clásicos en el único sistema de la *cognitio extra ordinem* explica la inseguridad y variedad".

Entonces, para Riccobono<sup>432</sup>, dentro del procedimiento cognitorio de la época clásica y postclásica, cuando se habla de l.c. se alude a tres diferentes posibilidades:

1) Identificar la l.c. con el momento de iniciación del procedimiento: *in ius vocatio*, *denuntiatio*, *conventio*, que se perfecciona con el envío del escrito para la acción. Y es más, señala que, en el seno de éste procedimiento, la *conventio* actuaba de una manera equivalente a la l.c. en el proceso privado<sup>433</sup>.

2) En segundo lugar, la l.c. de acuerdo con su tesis sobre este punto, a la que aludiremos más adelante, puede ser fingida por el Pretor, y de ahí-Riccobono- que hubiese un importante punto de arranque para la praxis postclásica de unir

---

<sup>432</sup>Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation..., op. cit. p. 102.

<sup>433</sup>En este sentido Voci (Diritto ereditario romano, I, op. cit., p. 282-283).

al simple emplazamiento (conventio, denuntiatio, evocatio) ulteriores consecuencias jurídicas.

3) También aparece la l.c. referida a un momento procesal posterior: al comienzo de la fase oral, es decir, cuando el demandado contrapone su defensa al demandante. Cita en este sentido D. 5,1,52,pr.<sup>434</sup>. Este momento se ajusta esencialmente a lo que era la l.c. del proceso privado.

Más adelante, Riccobono<sup>435</sup> añade, siguiendo a Wlassak, que Justiniano al abordar el tema de la l.c. está bajo la influencia de la enseñanza procesal clásica, y, en particular hace las siguientes observaciones acerca de la l.c. en el Derecho justiniano:

1) Que el nombre de l.c.-Riccobono- coincide en el Derecho de Justiniano con aquel del proceso privado y que, por consiguiente, se distingue ahora también de la *in ius vocatio*, *conventio*, *evocatio*, *denuntiatio* y similares. Indica así que, precisamente, C. 3,9-muy interpolado a juicio de Riccobono- es decisivo en este aspecto.

2) Que en el Derecho justiniano se produce un fuerte renacimiento de la terminología del Derecho clásico, como fruto de un estudio tenaz y sistemático de las fuentes jurídicas romanas en las escuelas jurídicas orientales y de la "reverentia" de Justiniano por el Derecho clásico<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup>Riccobono. Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation... op. cit., p. 105: "sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest".

<sup>435</sup>op. cit., p. 108.

<sup>436</sup>Riccobono. op. cit., p. 107-108.

Por otro lado, para finalizar este punto, siguiendo a Bonifacio<sup>437</sup>, vemos que en la legislación propia de Justiniano se habla claramente de l.c., y ello responde también al espíritu formalmente clasicista de Justiniano. Sin embargo-Bonifacio- los contornos del acto son poco precisos. En C. 3,1,14,1 (a. 530 d.C.) (ver también C. 2,58,2,pr., del año 531) se dice "...cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam..." Tenemos otra Constitución, C. 3,9, del año 202 pero que, precisamente, según este autor-y, como vimos, según Riccobono- ha sufrido profundas y diversas alteraciones, en la cual, la l.c. viene identificada con la simple narratio negotii: "...lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit"; es decir, añadimos nosotros, parece identificarse con un momento próximo al que se corresponde a la l.c. del proceso formulario clásico.

D) ¿ Litis contestatio fingida?.

Riccobono<sup>438</sup> mantuvo la tesis en virtud de la cual en el Derecho romano clásico, y en particular, en los procesos derivados de acciones penales pretorias, el Pretor podía, al menos si se daban determinadas situaciones, ordenar la ficción

---

<sup>437</sup>N.N.D.I., op. cit., p. 975.

<sup>438</sup>Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation ... op. cit.

de que ya se había producido la l.c. para permitir, en caso de fallecimiento del demandado con anterioridad a la l.c., la transmisibilidad de la acción penal contra el heredero.

Dicho autor atiende fundamentalmente a los siguientes textos:

Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. (D. 44,7,33; Paul. 3 decret.).

Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus "iudicio" sistat: commissa stipulatione mortuus est. non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omisa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non permetteretur ei. idem dicendum esse, et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio. et hoc Iulianus scribit, secundum quod et si "fideiussores" dati erant, minime dabitur in

eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post  
"longum tempus" decesserit, quia si "ad iudicium"  
venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.  
(D. 2,11,10,2; Ulp. 1 ad Plaut.).

Ambos fragmentos fueron relacionados entre sí- Riccobono- por los glosadores. De acuerdo con ellos tenemos que el caso excepcional de l.c. fingida se da en el supuesto en el que dicha l.c. no puede tener lugar, cuando, además del fallecimiento del demandado, hubo, por su parte, un retraso injustificado para comparecer en el proceso. Este sería el sentido de D. 2,11,10,2.

También Riccobono nos refiere la opinión de otros autores<sup>439</sup> que señalaron que en D. 44,7,33 no hay tal l.c. fingida sino una l.c. realizada, ya que que la palabra "quasi" tendría el significado de "quippe", "scilicet", "utpote", "quoniam", "quia". Por otro lado, Savigny<sup>440</sup> hizo cambiar la que había sido opinión dominante hasta entonces y entiende que el fragmento estudiado alude en realidad al proceso fiscal y no al ámbito del Derecho privado. Esta tesis fue seguida luego por Windscheid<sup>441</sup>, por Wlassak<sup>442</sup> o por Voci<sup>443</sup>, y a ella se

---

<sup>439</sup>Riccobono. op. cit., p. 81.

<sup>440</sup>System... VI, 19. (cit. Riccobono. op. cit., p. 79).

<sup>441</sup>Die Actio des römischen... op. cit., p. 68. (cit. Riccobono. op. cit. p. 80).

<sup>442</sup>Anklage..., op. cit., (cit. Riccobono. op. cit. p. 80).

<sup>443</sup>Diritto ereditario romano, I, op. cit. p. 282-283.



adhiera el propio Riccobono. Koschaker<sup>444</sup> está también de acuerdo con Savigny y Wlassak pero toma el final del fragmento como producto de una glosa medieval.

Otra tesis que nos refiere Riccobono es la seguida por autores como Mommsen<sup>445</sup>, Lenel<sup>446</sup> o Kübler<sup>447</sup>, entre otros, que refieren el fragmento al *iudicium publicum*. En este sentido se observa que *convenire* = *evocare* se usaba también en las *cognitiones extraordinariae*<sup>448</sup>. Por último, Albertario<sup>449</sup> diferencia dos fases en relación con el fragmento en cuestión: en el Derecho clásico la acción penal se transmitía a partir de la l.c. mientras que en el Derecho nuevo a partir de la simple *conventio*. Es decir, que en el fragmento 33, la frase "si *conventus*" fue interpolada en lugar de la l.c., y, por consiguiente, la frase final del fragmento resultaría ser una glosa.

Por su parte, señala Riccobono<sup>450</sup> que es un texto formalmente interpolado pero que contiene algún elemento clásico.

---

<sup>444</sup>Z.S.S., 40, p. 365, n. 1. (cit. Riccobono, op. cit. p. 81).

<sup>445</sup>Römisches Strafrecht, op. cit., p. 392. (cit. Riccobono, op. cit. p. 81).

<sup>446</sup>Palinogenesis, I, c. 965 n. 2 ver (cit. Riccobono, op. cit. p. 81).

<sup>447</sup>Vocab. Iurisprud. p. 1020, 9. (cit. Riccobono, op. cit. p. 81).

<sup>448</sup>Riccobono, op. cit., p. 81.

<sup>449</sup>Rendiconti Ist. Lombardo. Bd. 47, p. 505 ss. y p. 565 ss.; Z.S.S., 35. p. 306, n.1. (cit. Riccobono, op. cit. p. 81). [= *Litis contestata e controversia mota*. Studi, IV,2, p. 263 ss.]

<sup>450</sup>op. cit., p. 76 ss. en donde realiza una rotunda crítica interpolacionista del texto. Y, conclusiones (p. 114 ss.).

En todo caso, debe relacionarse con D. 2,11,10,2.

Este último fragmento es entendido por Riccobono de la siguiente forma<sup>451</sup>: en primer lugar, "el contenido principal del texto establece que cuando alguien que quiera proceder con la *actio iniuriarium* hubiera fallecido después del *vadimonium* y antes de la l.c., o bien, que alguien contra el que se dirija la acción hubiera fallecido en ese tiempo, entonces quedarían extinguidos todos los efectos del *vadimonium*. Incluso en el caso en que el demandante hubiera establecido *sponsors*, éstos últimos también habrían quedado liberados con la muerte del demandante o del demandado, ya que todos estos actos jurídicos previstos para la ejecución y seguridad de la *actio iniuriarum* tienen su fundamento en la misma acción y por ello dependen de su existencia. Todo esto está claro".

Pero, a continuación, Paulo apoyándose en Pomponio dice que "*idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset*". El texto-Riccobono- está aquí seguramente mutilado. No obstante, dicho autor ve en el texto un fondo clásico y, con arreglo a él, entiende que se hace alusión a la posibilidad de que el Pretor conceda la propia acción penal contra el heredero del demandado fallecido siempre que se den las siguientes circunstancias<sup>452</sup>:

1) Que no se haya llegado a la l.c. por culpa del demandado (en el texto <sería>: *deserto vadimonio*).

2) Muerte del demandado.

---

<sup>451</sup>Riccobono, op. cit., p. 84-85.

<sup>452</sup>Riccobono, op. cit., p. 87.

3) Promulgación por el Pretor de una "fórmula ficticia" que hace posible que la propia acción penal se dirija contra el heredero del demandado.

En definitiva, Riccobono reconstruye a continuación el pasaje del siguiente modo: "Idem Pomponius, <quí adicit, si is cum quo iniuriarum agere volebam, deserto vadimonio, antequam dies actionis exierit> decesserit, <aequum esse praetorem adversus heredem eius illam formulam "ac si lis contestata fuisset mihi dare>, quia si ad iudicium venisset litem cum eo contestari potuissem".

Por otro lado, dicho autor ve un apoyo para sus postulados en Gai. 4,112 y en D. 50,17,111,1 (Gai. 1 ed. prov.)<sup>453</sup>. Nosotros estudiamos estos textos, de valor esencial para nuestra tesis, en el capítulo siete, y, en este sentido, no queremos entrar aquí en el fondo de los mismos, sino que, simplemente, vamos a recoger la opinión de Riccobono respecto a la frase "est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere..."<sup>454</sup>. Riccobono entiende que las palabras "dari solere" no están de relleno sino que tienen un fondo particular: pueden entenderse de forma que el Pretor, sin la l.c., no suele impartir ninguna acción contra el heredero, pero, no excluye la posibilidad de que lo haga en casos especiales.

---

<sup>453</sup>Riccobono, op. cit., p. 92 ss.

<sup>454</sup>A pesar de todo, no podemos dejar de constatar que se han aducido parecidos argumentos e interpretaciones de estos fragmentos por parte de Maier Prätorische..., op. cit.) cuando pone en tela de juicio lo que podríamos calificar como dogma doctrinal de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas (al menos de las acciones penales pretorias) en el Derecho romano clásico. Capítulo siete. p. 665

"Gayo-Riccobono- sabe muy bien que aquí, como en cualquier parte, el Pretor puede intervenir de manera extraordinaria. Por lo que la exclusión de la transmisibilidad de la acción penal vale absolutamente para el *ius civile*, pero, de manera relativa, para el *ius honorarium*, aún cuando este último siga regularmente la norma del *ius civile*. El Pretor siempre puede impartir una acción<sup>455</sup> e incluso fingir la l.c. cuando le parezca necesario".

Añade Riccobono que también en Gai. 4,53 se nos dice que si el demandante abarca en la *intentio* más de lo procedente, "decae la causa", es decir, pierde el pleito, y no se decreta por el Pretor la *restitutio in integrum*, "exceptis quibusdam casibus". También, en D. 4,4,38,1, la regla "non solere succurri" sigue la limitación importante de que en casos especiales se concede a los hijos menores emancipados una *in integrum restitutio*.

Por último, el autor hace referencia a D. 50,17,111,1 (Gai. 1 ed. prov.) en el que se dice que "*in heredem non solent actiones transire quae poenales sunt*". Para Riccobono "solere" también aquí tiene un significado clásico, a pesar de que los compiladores han hecho amplio uso de esta palabra (lo mismo que de *plerumque*), para modernizar los textos y ponerlos en consonancia con otros. "Así vemos-insiste- como, aunque la formulación del fragmento 111 pertenece a los compiladores, las palabras "non solent" derivan del texto original.

---

<sup>455</sup>Pero la pregunta clave que nos haremos en el capítulo séptimo (4 -B.) es la siguiente: bien, puede impartir una acción, pero ¿cuál acción, la propia acción penal o una *actio in factum* particular?.

En sus conclusiones<sup>456</sup>, Riccobono termina su artículo (en el que se añaden otras argumentaciones y se citan otras fuentes en apoyo de su tesis), diciendo que "los dos fragmentos (D. 2,11,10,2 y D. 44,7,33) estaban muy claros en el sistema clásico, ya que el primero se refería al proceso privado en el cual, en casos excepcionales, tenía lugar la ficción de la l.c.; el segundo se refería al proceso fiscal, tal vez, con la simultánea mención de la ficción del proceso privado. Puesto que es probable que el fragmento 33 contuviese en el original las dos categoría de casos excepcionales -unidos no tan sólo por la identidad de la materia, sino también por la identidad de los efectos- entonces no es sorprendente que los compiladores al resumir el texto hubieran anulado la clara separación entre el proceso fiscal (sin l.c.) y el proceso privado (con ficción de l.c.). Queda claro que el jurista (se entiende Paulo) no podía fundar una disposición del proceso extraordinario sobre la ficción de la l.c.

En el Derecho justiniano ambos fragmentos se ordenan como en el sistema clásico, tanto si se considera auténtica (en su contenido) la motivación "quasi litem contestata cum mortuo", o si se estima atribuida del todo a Triboniano. En este caso sería la manifestación más relevante de la tendencia a extender la l.c. (real o ficticia) a todos los iudicia y clases de procesos en contraste con las obras de los juristas en las que las múltiples formas y efectos procesales se encuentran claramente diferenciadas unas de otras...."

Y, más adelante añade que la glosa ha reconocido

---

<sup>456</sup>Riccobono, op. cit., p. 114 ss.

correctamente la relación entre los dos fragmentos comentados y que, de acuerdo con Bas. 52,1,32<sup>457</sup>, en el que se recoge el fragmento 33, "se confirma esta interpretación; es decir, la equivalencia de la "conventio" queda expuesta, inmediata y directamente, por medio de la ficción. Tanto si "quasi contestata cum mortuo" proviene del texto original, o no, no hay en ello nada ominoso, ya que no es una invención de las escuelas o de los compiladores, sino que es un rastro auténtico del sistema pretorio, el cual había permitido la transmisibilidad de la acción penal fundamentándose en la "conventio" con la ficción de la l.c. La absurda interpolación en el fragmento 33 merece, por su origen distinguido, la "indulgentia" de la crítica moderna. A menudo he señalado que allá donde la frase, la idea, o la unión de un texto aparecen como torpes o absurdos, puede presumirse con seguridad que la interpolación ha sido confeccionada con elementos clásicos".

Ahora bien, frente a la tesis de Riccobono, Lenel<sup>458</sup> realiza una recensión de la misma que, en realidad, supone un rechazo de plano de los planteamientos de Riccobono.

Lenel se ocupa, en primer lugar, de D. 2,11,10,2, y señala, coincidiendo en ello con Riccobono, que "el fragmento trata del caso en el que Numerius, contra el cual Aulus quería elevar una *actio iniuriarum*, había presentado un *vadimonium*. Fue deserto *vadimonium*, sea por muerte del demandante o del demandado y con ello se extinguió la *actio iniuriarum*. La cuestión es si

---

<sup>457</sup>*Etiam post conventionem actiones poenales adversus heredes transmittuntur, quasi lite contestata cum defuncto.*

<sup>458</sup>Fingierte Litiskontestation?. Z.S.S., 1928, p. 563 ss.

y en que manera puede ayudarse a los herederos del demandante o al mismo demandante contra el demandado<sup>459</sup> o los herederos de éste último. Si hacemos caso al texto transmitido que se apoya en Juliano, no se les puede ayudar con la *actio* a través del *vadimonium*, puesto que este último no se otorga después de haberse extinguido la *actio iniuriarum*".

El problema viene con la frase final que se inicia con "idem Pomponius". Lenel, de acuerdo con Riccobono, cree que la frase en cuestión ha sido interpolada, pero, a diferencia del autor italiano, no ve cuál pudo ser el sentido originario de la misma. Así, indica<sup>460</sup> que "las palabras *post longum tempus* no tienen un sentido tangible; son justinianeas sin que pueda verse con seguridad lo que originariamente decían. La frase "quia" debe dar, evidentemente, el fundamento para la limitación del acuerdo contenida en la frase condicionante, de la misma forma como si detrás de esta última estuviesen las palabras "*tunc enim actionem dari aequum esse*"; pero, tal como leemos en el texto, la frase "quia" fundamenta más bien el mismo acuerdo, aún siendo limitado- el idem Pomponius- para lo cual no es apropiada de manera alguna. Finalmente, tampoco se entiende la frase "quia" en sí. Está claro que si el demandado hubiera aparecido dentro del plazo del *vadimonium*, la l.c. hubiera sido siempre posible y ello no solamente en caso excepcional. Si Pomponius hubiera querido insistir en este hecho, no hubiera debido llegar a un acuerdo- aunque limitado- con la decisión de Juliano, sino en una opinión

---

<sup>459</sup>No olvidemos que la *actio iniuriarum* es el prototipo del grupo de acciones "*vindictam spitantes*", y, por lo tanto, no sólo pasiva, sino también, activamente intransmisibles.

<sup>460</sup>Fingierte...? op. cit., p. 563-564.

contraria a dicha decisión".

Lenel atiende a la posibilidad de que, desde el punto de vista de la técnica procesal, fuese posible una fórmula en la que se aludiese a una l.c. ficticia. Para Lenel esto no es factible. Así, respecto de las fórmulas "in factum conceptae" que se nos refieren en Gai. 4,46-47<sup>461</sup> se pregunta cómo puede meterse una ficción aquí. Y Lenel<sup>462</sup> nos dice que "poniendo el caso en el que el pretor o las partes quisieran, por motivos especiales, dejar pasar a los herederos o contra ellos una actio poenalis in factum concepta, en contra de la regla afirmada en Gai. 4,112, aunque la l.c. no haya podido tener lugar por la muerte del demandante o del demandado, dicho efecto nunca podría ser producido mediante una ficción, sino que o bien el Pretor mismo realiza una cognitio acerca del motivo especial, o bien, se incluía el hecho de este motivo especial en los hechos condicionantes de la condena. La condemnatio, en ambos casos recaería en la persona del heredero, con un añadido referido a este como tal<sup>463</sup> o con motivo de una interrogatio in iure.

Por otro lado, Lenel considera que es aún más difícil la inclusión de una l.c. ficticia en el seno de la fórmula de las acciones con fórmula in ius concepta<sup>464</sup>, ya que aquí-Lenel- se

---

<sup>461</sup>"s.p. illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in vocatus esse"; o, "s.p. A° A° apud N° N° mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N° N° A° A° redittam non esse".

<sup>462</sup>op. cit., p. 565.

<sup>463</sup>Es un punto esencial en nuestra tesis que es abordado en el capítulo seis. Destacan en este sentido especialmente las tesis de Levy y de Maier.

<sup>464</sup>Lenel, op. cit., p. 565-566.



está en conflicto con el efecto de consunción de la l.c., puesto que la l.c. anula el *dari* (o *damnum decidi*) oportere, no podía ser puesto en la *intentio*, debido a que aquí llevaría necesariamente a la absolución. De esta forma, sigue diciendo, que si se intenta equipar la fórmula de una *actio in personam ex iure civile* con la ficción de la l.c. se verá en seguida que es imposible: una fórmula que dijera "si *lis contestata fuisset, tum si dari oportere*", según Gai. 3,180, sería una contradicción en sí. Y añade: "en la *condemnatio* no puede meterse la ficción, ya que entonces en lugar de la sencilla y precisa *condemnatio* de la fórmula sin ficción, a la cual no hay nada que cambiar, se pondría una extraña e inútil floritura. Las palabras "*quantam pecuniam N° N° condemnari oportuisset si lis cum eo contestata fuisset*" no le indicarían al *iudex* a que debía condenar; debería entonces procurarse por otro lado las instrucciones que, en los demás casos, siempre encuentra en las fórmulas, tal vez, mediante el estudio del *album pretoriano*. Más ininteligibles resultarían las palabras "*si lis contestata fuisset, tum si N° N° decem condemnari oportuisset*". Cuando el Pretor haya decidido pasar por alto la falta de la l.c. bastaría decir en la fórmula sencillamente y sin ficción "*decem condemnato*".

Por último, referimos la opinión de Voci al abordar el estudio de D. 44,7,33 en su obra "*Diritto ereditario romano*"<sup>465</sup>.

En primer lugar constatamos que Voci subraya, al igual que hizo Riccobono<sup>466</sup>, que este texto de Paulo se incluye dentro

---

<sup>465</sup>Diritto ereditario romano, I, op. cit., p. 282-283.

<sup>466</sup>Este último (op. cit., p. 76-77) nos dice respecto a este título que "es el más rico en doctrinas y que de hecho los (continúa...)"

de un título privatístico cual es el "de obligationibus et de actionibus" y que las Instituciones de Justiniano (I. 4,12) hablan de la l.c. a propósito de la pena privada.

Sin embargo, Voci entiende que el texto, que por lo demás es un "riassunto compilatorio", se refería originalmente a un supuesto específico enmarcado en el ámbito del proceso fiscal, al menos, de la *cognitio extra ordinem*.

Para Voci el significado del texto es el siguiente: "Según un principio establecido por constituciones imperiales, la pena llega al heredero si ya se ha iniciado, en virtud de la *conventio*, el proceso en relación con el reo: la *conventio* implica la transmisión de la pena como si hubiese tenido lugar la l.c. con el difunto. Por lo tanto, el texto contiene en su parte final un argumento de analogía por el cual los efectos de la l.c. vienen extendidos a la *conventio*".

Y añade que en los procesos fiscales y, en general, en los que viene aplicada una sanción pecuniaria *extra ordinem*, la *perpetuatio iurisdictionis* se fija en el momento de la *conventio* del reo, llamada, con otras palabras, *lis inchoata* o *quaestio mota*. La norma es establecida a favor del fisco ya que cuando el proceso *extra ordinem* funciona para asegurar una pena en favor de un particular, el punto decisivo no es la *conventio* sino la

---

<sup>466</sup>(...continuación)  
compiladores lo han confeccionado con todo cuidado como introducción al Derecho de obligaciones. La riqueza y el significado del título son tan grandes que estimo que cuando la crítica haya esclarecido sus 61 fragmentos de manera histórica y dogmática, podrá conocerse la jurisprudencia romana en su totalidad. Entonces el *Corpus iuris* ya no ofrecerá, por lo menos en sus puntos fundamentales del Derecho clásico y justiniano, esos misterios espantosos e impenetrables de los que está todavía repleto".

l.c. Así tenemos C. 4,17,1 (Dioclec. Max. 293-294) y C. Herm. II,1 (Dioclec. Saturn. 294 (Fontes 2, 665 e interpretatio)<sup>467</sup>.

Por último, Voci establece una relación con D. 39,4,16,13<sup>468</sup>, de tal forma que Marciano reclama para un supuesto particular un principio general (*sicut in ceteris poenis*) y Paulo anuncia este principio en D. 44,7,33.

---

<sup>467</sup>Los textos y comentario los encontramos en capítulo séptimo 5) B.

<sup>468</sup>*Poenae ab heredibus peti non possunt, si non est quaestio mota vivo eo qui deliquit: et hoc sicut in ceteris poenis, ita et in vectigalibus est.* Sobre este texto infra p. 319

CAPITULO IV:

LA INTRANSMISIBILIDAD

HEREDITARIA EN LAS ACCIONES

PENALES PUBLICAS EN EL DERECHO

ROMANO

1) Introducción: La intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales públicas en el Derecho romano.

En el campo del Derecho penal público romano tiene vigencia el principio jurídico esencial de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

En una primera aproximación, desde unos postulados de pura lógica jurídica, la afirmación anterior parece ser elemental ya que si en el Derecho penal privado, en el que se contemplan penas exclusivamente patrimoniales, incluso a veces equivalentes al valor del daño sufrido por la víctima, es, en palabras de Gayo, una certissima iuris regula, la de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales, mucho más lo será cuando nos encontramos en el Derecho penal público con penas gravemente aflictivas, tales como la pena de muerte, o la relegatio ad insulam.

No obstante, no encontramos en este campo declaraciones tan claras como las que aparecen en el Derecho penal privado, aunque sí, y esto también debe darnos un indicio de lo que queremos afirmar más adelante, aparecen diversas constituciones imperiales que, a lo largo de la época imperial, quieren reafirmar el principio de que la intransmisibilidad de las penas públicas.

Así tenemos las siguientes fuentes, referidas en general a éste ámbito del Derecho penal público:

D. 48,19,26 (Call. 1 cogn., 11); D. 44,7,33 (Paul. 3

decr., 78); D. 48,19,20 (Paul. 18 ad Plaut.); C. 7,66,3 (Alejandro a. 228 d. C.); C. 9,6,5 (Gordiano, a. 238 d. C.); C. 9,6,6 (Gordiano, a. 239 d. C.)<sup>469</sup>.

No obstante, a pesar de la claridad con la que se expresan estas fuentes, podemos distinguir los siguientes aspectos en este campo en los que se pueden introducir matizaciones o, incluso, verdaderas e importantes excepciones a la vigencia del principio de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales en el Derecho penal público:

- La instrumentalización de la *litis contestatio* en los procesos penales públicos.
- Los crimina que dan lugar a penas de tipo patrimonial.
- Los Crimina que dan lugar a penas de tipo personal.

---

<sup>469</sup>D. 48,19,26: "Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admissio sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitans rescripserunt".

D. 44,7,33: "Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri..."

D. 48,19,20: "Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit ". Debemos añadir que se trata de un precepto que fue objeto de un comentario especial en p.

C. 7,66,3: "Si is, qui ademptis bonis in exilium datus appellaverit ac pendente provocatione defunctus est, quamvis crimen in personam eius evanuerit, tamen causam bonorum agi oportet..."

C. 9,6,5: "Defunctis reis publicorum criminum, sive ipsi per se ea commiserunt, sive aliis mandaverunt, pendente accusatione, praeterquam si sibi mortem consciverint, bona successoribus eorum non denegari notissimi iuris est".

C. 9,6,6: "Si quis, cum capitali poena vel deportatione damnatus esset, appellatione interposita et in suspenso constituta fati diem functus est, crimen morte functus est, crimen morte finitum est..."

- Crimen maiestatis y publicatio bonorum.
- La ademptio bonorum o pena extra ordinem de naturaleza fiscal.

2) La instrumenstalización de la litis contestatio en los procesos penales públicos.

Al tratar acerca de la posible transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales públicas, es decir las relativas a los crimina, ya estuviesen estos previstos en el sistema de la quaestiones perpetuae ya fuesen supuestos de crimina extraordinaria, hemos de partir de una visión procesal del tema para determinar si en el proceso penal público se puede apreciar la existencia de uno o varios momentos procesales cuyo acaecimiento determina la producción de los efectos propios de la litis contestatio del proceso formulario, y singularmente, si aparece el efecto de la perpetuatio iurisdictionis con la consiguiente transmisibilidad de la pena contra los herederos<sup>470</sup>. Naturalmente, dicha transmisibilidad, por efecto de la litis contestatio se circunscribe a las penas de naturaleza patrimonial y no a las de naturaleza personal.

Así, por lo que hace a las quaestiones perpetuae la ausencia de fuentes al respecto es casi total. Sólo encontramos un antecedente en este punto en la l. 29 de la lex Sempronia de repetundis<sup>471</sup> en la que, como veremos más adelante (p. 302) se dispone de la persecución del importe completo de la pena, que además es del duplo de lo ilícitamente obtenido, siempre que, vivo el reo, se hubiese formulado ya la delatio nominis.

---

<sup>470</sup>supra capítulo tercero. 2)- C.

<sup>471</sup>supra p. 99 ss.



Brasiello<sup>472</sup> se pregunta si este antecedente se generaliza luego, de algún modo, en la práctica procesal en la época clásica, primero en las quaestiones, luego en la *cognitio extraordinem*: la conclusión es afirmativa tanto para el crimen de *repetundis*, como para otros que se refieren a supuestos de hecho análogos y tienen pena pecuniaria como es el crimen *peculatus*, el de *pecuniae residuis*, o el de *fraudati vectigalis*. Mayores dudas tiene el citado autor cuando se plantea lo que ocurre con *crimina* de otra naturaleza pero que conllevan una pena patrimonial fija, como es el caso del *plagium*, o del *ambitus*, o de aquellos supuestos en los que la ley imponía la *publicatio* de una parte de los bienes del condenado, cuando todavía no se había producido la sustitución del *Aerarium populi* por el *Fiscus Caesaris*, con el carácter de pena específica y diferenciada respecto de la de la *publicatio bonorum* que se producía como consecuencia necesaria de la condena del reo a pena capital.

Realmente, respecto a la época de las quaestiones *perpetuae*, por lo que hace a esta materia, no hay prácticamente

---

<sup>472</sup>Sulla persecuzione degli eredi del colpavole nel campo criminale. Studi in onore E. Volterra, IV, p. 325 ss. Especialmente p. 330. El mismo autor en Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 17, indica que la l.c. en las quaestiones *perpetuae* desde luego que no puede ser entendida como en el procedimiento formalario, sino que aparece desprovista de toda base contractual. Se trata de atribuir un efecto consuntivo de la acción penal a un acto equivalente al de la l.c., lo que significaría también considerar el punto del proceso en el que quedan fijados los términos de la controversia, que vendría dado por la *receptio nominis* del demandado frente a la *delatio nominis* del demandante, y a la que sigue la *inscriptio inter reos* del demandado, después de la cual, no se pueden oponer *praescriptiones* ni tampoco modificar el título de la imputación.

fuentes<sup>473</sup>. Es necesario esperar a la consolidación de la *cognitio extra ordinem* para tener fuentes al respecto. Se destacan tres textos<sup>474</sup>:

Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo (D. 44,7,33; Paul. 3 decret.)<sup>475</sup>

Poenae ab heredibus peti non possunt, si non est quaestio mota vivo eo qui deliquit: et hoc sicut in ceteris poenis, ita et in vectigalibus est. (D. 39,4,16,13; Marc. 1 sing. de delat.).

Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum

---

<sup>473</sup>Cfr. sobre este punto a Mayer. Die Strafklagekonsumption beim Repetundelikt und die Rechtsregel "bis de eadem re ne sit actio". Z.S.S., 1978, p. 138 ss.

<sup>474</sup>F. Serrao. Sul danno da reato... op. cit., p. 51. Ver también al respecto los textos contenidos en el número dedicado a la *litis contestatio* en general. psss

<sup>475</sup>Es un fragmento, que tal y como se vió en el Capítulo anterior, a propósito de la *litis contestatio* en la *cognitio extra ordinem* (p. 273), ha dado lugar a serias dudas por parte de la doctrina. Nos limitamos a reproducir las conclusiones de Voci (Diritto ereditario romano... op. cit., p. 282) al respecto: señala que en los procesos fiscales, y en general en los procesos en los que viene aplicada una sanción penal pecuniaria *extra ordinem*, la *perpetuatio iurisdictionis* se fija en el momento de la de la *conventio* del reo, y se denomina con otras palabras, *lis inchoata* o *quaestio mota*. La norma es establecida en favor del fisco. Cuando el proceso funciona para asegurar una pena a un particular el momento decisivo no es de la *conventio* sino el de la *litis contestatio* (fijación de las posiciones de las partes en la fase oral).

ademptionis quam si lis contestata et<sup>476</sup>  
condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et  
maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum  
quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut  
bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus  
Severus et Antoninus rescripserint<sup>477</sup>, ex quo quis  
aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex  
bonis suis alienare aut manumittere eum posse. ex  
ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita  
demum potest, si vivo reo accusatio mota est,  
licet non fuit condemnatio secuta (D. 48,2,20;  
Mod. 2 de poenis.).

El último fragmento ha sido objeto de múltiples interpretaciones. De forma general se admite que, en mayor o menor medida, ha sido objeto de interpolaciones<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup>La versión castellana del Digesto de Justiniano del C.S.I.C. (Editorial Aranzadi) contiene <o> en lugar de "y" seguramente.

<sup>477</sup>A. Biscardi (Sur litis contestatio... op. cit., p. 353) identifica este rescripto con el que hace referencia C. 9,8,6,3, con las siguientes palabras: "...Sic et divus Severus et Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit, neque alienare neque manumittere eum posse..."

Se trata-Biscardi- de un constitución que desarrolla la constitución de Marco Aurelio referida en el mismo de texto.

En la constitución de Severo y Antonino se establece la nulidad de los negocios jurídicos (alienare, manumittere) del que cometió el crimen de lesa majestad.

<sup>478</sup>INDEX INTERPOLATIONUM. III. p. 527. Serrao (Sul danno da reato... op. cit, p. 52, n. 115) además de realizar un profundo análisis de este fragmento recoge las opiniones de Ferrini (Diritto Penale. Teor. Gen. op. cit., p. 350. n.1 (cit. Index Interpolationum, op. cit. p. 527) que, en virtud de Bas. 60,34,20 sustituye "vel condemnatio" por "in condemnatio";

Desde luego, no es correcta la utilización, desde un punto de vista clásico, de la frase "poenae bonorum ademptionis" y del propio término *admissis*<sup>479</sup>, referidos ambos a crímenes nacidos en el *ordo iudiciorum* en virtud de *leges publicae* de finales de la República. La expresión *ademptio bonorum* se acuña

---

de Mommsen (*Droit. Pénal...* II, p. 65. n. 2 = *Strafrecht*, op. cit., p. 392, n. 2.) que prefiere la sustitución por "nec *condemnatio*"; de Albertario (*ZSS.*, 35, 1914, p. 316 ss.; de Wlassak (*Anklage...* op. cit., p. 182-189 y *Anklage und Streitbefestig., Abwehr gegen Philipp Lotmar*, op. cit., p. 30 ss.); de Lotmar (*Schweiz...*, op. cit., *Z. für Straf...* 31, 1918, p. 270 y 274 ss.) y de Volterra [*Processi penali contro i defunti in diritto romano. R.I.D.A.*, 3, 1949 (= *Mél. De Visscher*, II) p. 485 ss., y esp. 493 ss.]. Por otro lado Brasiello realiza una amplia exégesis del texto en *La repressione penale in Diritto romano*. Napoles, 1937. p. 340 ss. También cfr. Voci. *Diritto ereditario romano...* op. cit. p. 282-283, Di Paola. *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, Ann. Catania, II, 1947-1948, p. 253 ss. y Biscardi. *Sur la litis contestatio du procès criminel* op. cit. p. 329 ss. En particular, este último autor considera que (p. 335-336) "el núcleo del fragmento está en la cuestión de la transmisibilidad del castigo de la confiscación (*ademptio bonorum*) a cargo de los herederos del culpable. "La peine dont il s'agit est une peine de la procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*) (...) Ce sont là des différences remarquables, qui séparent l'*ademptio bonorum*, peine extraordinaire, d'avec la *publicatio*, peine légale. Mais il y a aussi une différence très importante, qui résulte justement de la notion énoncée par Modestin dans notre texte. En effet, tandis que la mort du prévenu frappé de *publicatio* entraîne, avec celle du crime, l'extinction de la peine, Modestin nous apprend que l'*ademptio bonorum*, dans sa double configuration de confiscation totale ou partielle (...) est sans plus transmissible à la charge des hérités- qui pourront toutefois être absous, si le prévenu n'est pas jugé coupable- pourvu que la *litis contestatio* ait été accomplie avant la mort du prévenu".

Posteriormente-Biscardi- los compiladores generalizan en D. 48,2,20, la regla que la jurisprudencia del Principado estableció para la pena extraordinaria de la *ademptio bonorum*, y éste es el sentido de la segunda parte del fragmento.

<sup>479</sup>Biscardi (*Sur la litis contestatio ...* op. cit. p. 355) indica que el empleo del participio "*admissum*", tomado sustantivamente en el sentido general de crimen, es propio del lenguaje del periodo postclásico y bizantino: M. A. De Dominicis. *La ratio delle espressioni "admissum, comissum, culpa" nella terminologia del diritto criminale romano dell'età classica e quella giustiniana*. Atti Ist. Veneto, XCII, 1932-1933, p. 1215 ss. (Cita de Biscardi).

respecto a la *cognitio extra ordinem* y, concretamente, respecto al procedimiento fiscal<sup>480</sup>. No obstante no debemos olvidar que el texto en cuestión procede de Modestino que es un jurista clásico tardío.

Por otro lado está el tema central de que el texto menciona expresamente la celebración de una *litis contestatio* en los procesos públicos penales. Mommsen<sup>481</sup>, aún declarando su extrañeza por el hecho de que un acto unilateral como es la *delatio nominis* o la *accusatio* pueda producir efectos que son propios de la *litis contestatio* del procedimiento formulario, considera que la jurisprudencia del tiempo de los severos, esto es, de principios del siglo III d. C., admitió que se pudiera producir un efecto similar al de la *litis contestatio* respecto a la transmisibilidad de la pena pecuniaria contra los herederos del reo fallecido. Mommsen encuentra la justificación de ello en la necesidad de dar una cobertura jurídica a la persecución de unos bienes que de otro modo perdería el Fisco<sup>482</sup>.

Wlassak<sup>483</sup> circunscribe D. 48,20,1 a los crimina

---

<sup>480</sup>Sobre el momento en el que el Fisco acaba por absorber definitivamente al *Aerarium populi*, Brasiello (La repressiione penale... op. cit., p. 344. n. 40) recoge el pensamiento de varios autores que sostienen que se produciría ya en tiempos de Antonino Pío o en tiempos de los Severos, o incluso más tarde; incluso se señalan también épocas posteriores. Lo cierto es que Brasiello- Gayo aún nos habla de *populus* (Gai. 2,150) y que en numerosos fragmentos de clásicos tardíos se interpoló *fiscus* en lugar de *populus*.

<sup>481</sup>Droit pénal... op. cit., II, p. 66 (=Strafrecht... op. cit., p. 392 ss.)

<sup>482</sup>No se nos escapa la consideración del Fisco como si fuera un ente de Derecho privado con lo que puede acudir al proceso con mayor libertad y "reivindicar" lo que es suyo, mediando, claro sentencia favorable al mismo.

<sup>483</sup>supra p. 293.

extraordinaria. Mientras que los antiguos crimina sancionados a través del *ordo iudiciorum* requerían de sentencia condenatoria, los nuevos crímenes que son castigados al amparo del procedimiento cognitorio, si tienen pena de naturaleza pecuniaria, pueden perseguirse por el Fisco contra los herederos del reo si este fallece una vez iniciado el proceso (*accusatio mota*). Desde luego Wlassak niega la existencia de *litis contestatio* en el proceso penal público<sup>484</sup> y entiende que la frase contenida en D. 48,20,1 "si *lis contestatio fuerit secuta*" obedece a una interpolación justiniana.

Ahora bien, añadimos, no creemos que al tiempo de Justiniano, y aún antes, en la práctica judicial, existiese un régimen distinto entre *crimina ex legibus publicis* y *crimina extraordinaria*, en lo que se refiere al hecho de que en los primeros fuese necesaria la sentencia condenatoria mientras que en los segundos bastase la iniciación del proceso para que la pena pecuniaria se transmitiese al heredero en caso de fallecimiento posterior del reo.

Así, Biscardi<sup>485</sup>, conforme lo visto en las páginas 267 ss. defiende la tesis de que en el proceso de la *cognitio extraordinem* debió de existir un trámite con efectos equivalentes a la *litis contestatio* y que, en virtud de ello, se podría hablar claramente, incluso de *litis contestatio* en aquel proceso. Ese trámite procesal viene dado por la formalización de la acusación

---

<sup>484</sup>No debe extrañarnos, dada su concepción acerca de la naturaleza de la *litis contestatio* en oposición de la tesis de Keller anterior en el tiempo a la suya. *supra* p. 253

<sup>485</sup>Sur la *litis contestatio* du procès criminel. *op. cit.*, p. 307 ss.

por el demandante en los *solemnia accusationis*.

Otra cosa es la mención explícita en la primera parte de D. 48,20,2 de dos crimina que, frente a los demás comprendidos en los *iudicia publica*, dan lugar a que la pena patrimonial se transmita contra el heredero *ab initio*, es decir, aún antes de que el proceso se haya iniciado. Por lo tanto, cabe una persecución *post mortem* contra los herederos del fallecido: se trata del crimen *maiestatis* y del crimen de *repetundis*<sup>486</sup>. En este lugar nos limitamos a constatar que las motivaciones que justifican esta situación jurídica son muy diferentes en un caso y en otro y nos remitimos al examen que hacemos de la cuestión en las páginas siguientes.

---

<sup>486</sup>Pero, respecto a este último debemos matizar que, aparte los antecedentes de la legislación *gracana*, en los que la transmisibilidad contra los herederos de la propia pena del doble se debe a motivaciones originadas en el devenir de la "Revolución romana", por el contrario, detrás de la persecución de la pena del crimen de *repetundis* en el Derecho clásico está- como veremos, siguiendo a Serrao- un profundo cambio en la naturaleza y función de dicha acción a lo largo de la época clásica, lo que hace que se acabe configurando como una acción penal pero con función reparatoria, análogamente a lo que ocurre con las acciones penales privadas.

3) Los crimina que dan lugar a penas de tipo patrimonial<sup>487</sup>.

La transmisibilidad de las acciones penales se plantea con una especial importancia en el campo de los crimina que se refieren a supuestos de hecho que giran en torno a enriquecimientos patrimoniales obtenidos ilegalmente por magistrados y senadores, y que llevan aparejada una pena patrimonial proporcionada a la cuantía del daño. Así, en particular, son aquellos crimina que comprenden la apropiación indebida de fondos públicos, exacciones ilegales, aceptación de regalos a cambio de favores políticos, tráfico de influencias, etc..<sup>488</sup>. Es decir, los supuestos que fueron comprendidos por la ley dentro del crimen de repetundis, del crimen peculatus, del crimen de pecuniae residuis, y, también, la regulación de supuestos análogos en las leyes municipales.

En el tratamiento procesal de estos crimina, y dejando de lado antecedentes anteriores, podemos distinguir dos momentos: en primer lugar su tratamiento dentro del sistema de las quaestiones, que integran el ordo iudiciorum publicorum, fase que comienza con la Lex Calpurnia<sup>489</sup> por la que se crea la primera quaestio relativa al crimen de repetundis; un segundo momento

---

<sup>487</sup>Cofróntese el tratamiento que hacemos al respecto en el Capítulo primero 6)- A.

<sup>488</sup>Sobre el particular Cfr. la reciente publicación de M. J. García Garrido. Precedentes romanos del tráfico de influencias. Lección inaugural del Curso 1992-1993. UNED.

<sup>489</sup>supra p. 98



viene dado por la aparición y posterior generalización, desde mediados del siglo II, del procedimiento de la *cognitio extraordinem*.

Por otro lado debe destacarse el hecho de que en todo este ámbito se da una confluencia de intereses públicos y privados en la consideración de estos crimina, es decir, en primer término, el interés del *Aerarium populi romani*, luego del *Fiscus*, para recuperar los fondos públicos ilícitamente extorsionados u obtenidos, interés, desde luego de tipo económico, pero que se enmarca en un interés más amplio de la comunidad política de lucha contra la corrupción. En segundo lugar está el anhelo particular del ciudadano extorsionado o, de cualquier forma, presionado, de recuperar lo que legítimamente era suyo. Ahora bien, no es netamente separable uno y otro interés, no es fácil encontrar una línea divisoria entre ambos cuando, además, sobre la función de las normas que regulan esta materia inciden, a lo largo de toda la Historia de Roma, consideraciones políticas e ideológicas y, en cualquier caso, la presión de hecho de la "nobilitas" rectora de la política romana.

Todas estas consideraciones, y desde luego la pobreza de las fuentes disponibles, se traducen en una incierta, oscilante e incluso contradictoria respuesta del Derecho romano respecto a la naturaleza y función de las acciones penales relativas a estos crimina, lo que se traduce en una confusión respecto al tema fundamental de la transmisibilidad pasiva de estas acciones.

Por lo que hace en particular al crimen de *repetundis*

Mommsen<sup>490</sup> contempla la estructura y función de la *actio de repetundis* desde el punto de vista de *condictio*. Además, salvo en el caso de la *lex Sempronia*, todo parece indicar que tanto la *lex Calpurnia* citada, como las leyes *Acilia*, *Servilia*, *Cornelia*, *Iulia* que posteriormente regularon la *quaestio de repetundis*, así como los *senadoconsultos* de la época del principado establecen como pena patrimonial el equivalente al beneficio ilícitamente obtenido<sup>491</sup>. En cualquier caso, el sentido de la *lex Calpurnia* no podía ser otro: permitir al ciudadano romano recuperar lo que es suyo mediante un tribunal especial formado por senadores y presidido por un magistrado. Esta solución, privatística, en el aspecto jurídico material, pero pública desde el punto de vista procesal, era la que estaba más en consonancia con los intereses creados por la "nobilitas" senatorial, es decir por la clase dirigente de la República.

En definitiva, la acción que nace de las diversas *leges de repetundis* es penal por razón del supuesto de hecho a que se refiere, un crimen tipificado en la ley, y por su tratamiento procesal, pero, en la práctica, cumple una función

---

<sup>490</sup>Droit Pénal romain. III, op. cit., p. 32.

<sup>491</sup>Aunque sea adelantar lo que veremos en las páginas siguientes diremos aquí que Mommsen (Droit Pénal romain... III, op. cit., p. 32 [= Strafrecht..., p. 731) coherentemente con ello, identifica D. 48,11,2 con la ley 29 de la *lex Sempronia* que establecía la transmisibilidad de la propia acción penal contra los herederos si al tiempo de la muerte del causante ya se había producido la *delatio nominis*. Además, ello concordaría con el pasaje de Plinio (*Epistolarum* 3,9,4-6) que veremos más adelante. En definitiva, todo ello obedecería a la función reipersecutoria, o, al menos encuadrable dentro de un ámbito privatístico, de la *actio de repetundis*, aunque su naturaleza procesal fuese pública. No obstante, como veremos, la aparición del fragmento leidense de las Sentencias de Paulo introduce nuevos y decisivos conocimientos sobre este tema.

reipersecutoria. Ahora bien, el dualismo entre estructura y función, tan característico de las acciones penales privadas también aparece aquí con toda su carga de contradicción ya que, sin ir más lejos, la acción, en tanto que penal, y a pesar de su función realmente reipersecutoria<sup>492</sup>, es intransmisible contra los herederos del inculpado, mientras que la *condictio* es, por su naturaleza y estructura esencialmente privada, directamente dirigible contra el heredero, siempre claro, siendo el acto que la motiva un acto ilícito, que haya recibido el valor reclamado de su causante<sup>493</sup>.

La *lex Sempronia* (123 a.C.) impulsada por Cayo Graco estableció también, aunque fugazmente en esta materia, una reforma que en realidad atentaba contra los principios clásicos relativos a la naturaleza y estructura de las acciones penales. Nos encontramos en visperas del siglo I a.C. que supuso el fin de la República en medio de luchas sociales e ideológicas que conducen a las guerras civiles de ese siglo. La ley en cuestión,

---

<sup>492</sup>F. Serrao. Il frammento leidense di Paolo. Problemi di diritto romano. Milano, 1956. p. 57, n. 61.

<sup>493</sup>No obstante, como veremos en el capítulo séptimo, Schulz y Levy advierten en la legislación de *repetundarum* el comienzo del proceso de despenalización progresiva de las acciones penales privadas. En este sentido destacan, citando a Mommsen, que tanto la *lex Servilia* como las posteriores leyes, *Cornelia* y *Iulia*, de acuerdo con la relación de fuentes (especialmente escitos de Cicerón existentes) contenían un procedimiento especial (*appendicula causa*), posterior al proceso penal principal, en virtud del cual, si el condenado resulta insolvente para hacer frente al pago de la suma que extorsionó entonces se hace responsable aquel a cuyas manos haya ido a parar-pervenerit- la suma extorsionada: ahora bien, no sabemos entonces qué ocurriría si no estamos en el supuesto de insolvencia del condenado, sino en el de fallecimiento del mismo, aún antes de la sentencia condenatoria. Nosotros creemos que entonces, de acuerdo con lo visto, la solución no podría ser diferente. Estamos pues en los orígenes de la responsabilidad *pervenire* y ello es objeto de estudio en el Capítulo séptimo. p. 611.

fracasada como toda la reforma gracana, enmarcada, sin duda, en un propósito de limpiar la corrupción política que en buena medida se daba entre la nobleza senatorial, especialmente en relación con las provincias, establece una *actio de repetundis* que impone una pena patrimonial del doble de lo estimado (ll. 58-59); la acción se dirige directamente contra los herederos del acusado, siempre que el fallecimiento haya tenido lugar después de la *delatio nominis*, es decir, de la formulación de una denuncia o acusación; y además, como subraya Serrao, la ley en las ll. 1-3 reconoce, por primera vez en el Derecho romano, la transmisibilidad activa de una acción penal, al estar legitimados para ejercitarla tanto el ciudadano perjudicado como sus herederos<sup>494</sup>.

En particular la l. 29 de la *lex Sempronia* epigráfica establece:

De iudicio in eum, quei mortuos e ] rit aut in  
exilium aberit. Quoium nomen ex h.l. delatum eri  
[t, sei is ante mortuos erit... aut in exiliu ] m  
abierit, quam ea res iudicata erit, pr(aetor), ad  
quem eius nomen d [elatum erit, eam ] rem ab eis  
item quaerito, [ quei ioudicium ex h(ace) l(ege)

---

<sup>494</sup>Debemos partir del hecho de que en el siglo I a.C., de acuerdo con una carta que Cicerón (*ad familiares* 7,22) remite a su amigo Trebacio Testa, resultaría que aún para juristas como Sesto Elio, Manilio y Bruto, la *actio furti* era intransmisible, *iure hereditatis*, a los herederos del difunto. Quinto Mucio sería el primer jurista que se pronunció por la transmisibilidad de la acción. Sobre este tema, por lo demás de gran importancia en el seno de nuestra tesis: Capítulo quinto; *actio furti*.

Como indica Serrao (*Sul danno da reato...* op. cit., n. 13) cuando fue publicada la *lex Sempronia* (123 a.C.) no debía aún pensarse en la transmisibilidad activa de la *actio furti*. Quinto Mucio era un joven de sólo 17 años.

erunt, quasei sei is, quoius nomen ex h. l. delatum erit, viveret inve ceivitata esset...<sup>495</sup>

No creemos que sea de importancia el que se considere que el proceso continua contra los herederos en función de la fictio de que el fallecido continua vivo o, sin más, se estime que una vez producida la *nominis delatio* el proceso continua: *item quaerito*, como piensa, por ejemplo Brasiello<sup>496</sup>. El resultado es el mismo.

Las leyes posteriores a la *lex Sempronia*, como ya digimos, establecen la pena patrimonial del valor equivalente al daño producido, y así también el SC Calvisiano. Esta situación se mantiene hasta el siglo III d. C. en el se generaliza la *cognitio extra ordinem*, que acaba con el *ordo iudiciorum* de la *lex Iulia*.

Siguiendo la exposición de Serrao atendemos a dos fuentes que nos arrojan luz sobre la evolución jurídica que en torno a la naturaleza y función del crimen de *repetundis* se produce en la época del Principado e Imperio.

---

<sup>495</sup>Por otro lado la ley (l. 8) establecería también un procedimiento de naturaleza específicamente privada que se desarrollaría fuera de la *quaestio* para el caso de que la *delatio nominis* tuviese lugar después de las calendas de septiembre. En este procedimiento estarían legitimados por primera vez en esta materia los provinciales dañados. A partir de la *lex Cornelia* estas innovaciones desaparecen. Serrao. Il frammento leidense di Paolo... op. cit. p. 51-52; Appunti sui patroni e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi repetundarum Studi De Francisci II, 1956, p. 485 ss.

<sup>496</sup>Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 127.

a) Un pasaje de Plinio (Epistolarum 3,9,4-6)<sup>497</sup> relativo a la acusación que los ciudadanos de la Bética, en general, promueven contra el gobernador provincial, Clásico, por malversación de fondos. Clásico muere, no sabemos si de muerte natural o porque se suicida<sup>498</sup>, pero, el caso es que el proceso continua ante el Senado porque al tiempo de la muerte ya se habían formulado la acusación, y Plinio nos muestra su extrañeza y al mismo tiempo su justificación en el hecho de que en este caso, sin duda ante la insistencia del gran número de ciudadanos de la Bética afectados que querían recuperar lo que ilícitamente se les quitó, se apeló para ello a leyes antiguas. ¿Se estaría haciendo referencia al precedente de la lex Sempronia gracana?. No lo podemos asegurar, pero lo que sí nos queda claro es el hecho de que en el tiempo del proceso a Clásico no era posible perseguir a los herederos de éste por la propia acción penal derivada del crimen de repetundis. De lo contrario no tiene sentido que Plinio hiciese referencia a leyes antiguas para

---

<sup>497</sup>...in Classicum tota provincia incubuit. Ille accusationem vel fortuita vel voluntaria morte praevertit. Nam fuit mors eius infamis, ambigua tamen; ut enim credibile videbatur voluisse exire de vita, cum defendi non posset, ita mirum pudorem damnationis morte fugisse, quem non puidisset damnanda comittere. Nihilo minus Baetica etiam in defuncti accusatione perstabat. Provisum hoc legibus, intermissum tamen et post longam intercapiendam tunc reductum. Addiderunt Baetici quod simul socios ministrosque Clasici detulerunt nominatimque in eos inquisitionem postulaverunt.

<sup>498</sup>El tema es importante porque, como señala Voci (Diritto ereditario romano... op. cit. p. 277) el suicidio del reo, realizado en circunstancias que hagan inducir su "cattiva coscienza" produce igual efecto que la condena (D. 48,21; D. 49,14,45,2; C. 9,50). El proceso se extingue por el suicidio y los herederos deben soportar la confiscación de los bienes que se correponda con el tipo de crimen por el que el suicida fue acusado. No obstante cabe una importante excepción: que los herederos decidan continuar con el proceso.

justificar la continuación del proceso.

b) Un segundo dato nos lo proporciona D. 48,11,2 (Scaev. 4 reg.):

Datur ex hac lege (es decir lex Iulia repetundarum) et in heredes actio intra annum dumtaxat a morte eius qui arguebatur<sup>499</sup>.

Según el texto, estamos ante una acción penal pública, encuadrada dentro de las leyes del ordo iudiciorum publicorum, pero, si se dirige de esta forma contra los herederos, su función

---

<sup>499</sup>Brasiello (Corso di diritto romano. Illecito... op. cit., p. 138-139) considera éste fragmento en relación con la *condictio*. A menos que existiese una concurrencia entre ambas acciones no hay posibilidad de que el lesionado pudiese dirigirse, a través de un *iudicium publicum* contra los heredero del reo. La única posibilidad está en que se abriese camino a la creación de una acción específica contra los herederos. El tema es de gran transcendencia. Brasiello apunta las siguientes posibilidades:

- Que la noticia que tenemos a través de Scaevola de ésta acción *in heredem* sea incompleta y fragmentaria.

- Que se trate de una acción basada en la ley *Acilia (Sempronia repetundarum. a. 122 a.C.)* pero que no sea el *iudicium publicum* previsto en la ley.

- Que se trate de una acción pretoria, para lo que abogan su anualidad y el hecho de que, en éste supuesto, el sujeto activo de la misma sea el particular lesionado. Incluso ese sujeto activo podría ser, no desde luego el Estado romano, que nunca aparece como particular, pero sí una *civitas* o un *municipium*.

- Que la acción provenga de una cláusula contenida en la ley *Iulia de Augusto*. Precisamente el título 48 del Digesto es *ad legem iuliam repetundarum*.

Mommsen (Droit pénal..., III, op. cit., p. 32) identificó, como ya vimos, la acción contenida en D. 48,11,2 con la norma contenida en la l. 29 de la *lex Sempronia* reconociendo la razón de la transmisibilidad pasiva de la acción penal, en parte por la raíz privatística que está en el origen de la acción, y en parte en una particularidad propia de la misma. En este sentido Ferrini (Diritto penale... op. cit., p. 164), Wlassak (Anklage... op. cit. p. 131 n. 14.), Maier (Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 157-158).

difícilmente puede ser penal sino que ha de ser reipersecutoria. Por otro lado este pasaje de Scaevola, llevado por los compiladores al Digesto, limita la posibilidad de ejercitar la acción contra los herederos en un año, lo que está en abierta contradicción con otros textos del Digesto que fijan la transmisibilidad de la *actio de repetundis* o de la *actio peculatus* contra los herederos sin más limitación<sup>500</sup>. Ante todo esto debemos pensar que los compiladores quisieron recoger en el fragmento anterior un texto original de Derecho clásico en el que se apunta una dirección doctrinal (la concepción de una *actio de repetundis* con función reipersecutoria) que es la base de la regulación postclásica y justiniana: el deslinde entre un castigo aflictivo por el crimen de *repetundis* y la sanción patrimonial equivalente del mal causado, la cual puede sustanciarse en la misma vía criminal (*criminaliter agere*) o, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del reo, en la vía civil (*civiliter agere*), de forma independiente.

La aparición de un fragmento de las *Pauli Sententiae* en la Biblioteca de Leyden (Holanda) donde se contiene una referencia a la ley Iulia de *repetundarum* marca un hito en el estudio de la problemática de la *actio de repetundis*. Estos fragmentos han sido comentados, por lo que a esta acción se refiere, entre otros, por Serrao, Archi, Levy o Kunkel. A continuación, siguiendo a Serrao<sup>501</sup>, recogemos el texto básico

---

<sup>500</sup>D. 48,2,20; D. 48,16,15,3; D. 48,14,16 (14). Por ello resulta tanto más sorprendente que, por el contrario, los compiladores, en este ámbito de las acciones penales públicas, dejaran pasar un texto como el que se contiene en D. 48,11,2.

<sup>501</sup>Sul danno da reato... op. cit., p. 30 ss.



en esta materia. Dicho autor, además del estudio que hace del texto en cuestión nos refiere la interpretación que dan al mismo Archi y Kunkel<sup>502</sup>.

Reconstrucción por Serrao de R. 20-21 de las Pauli Sententiae:

Lege Iulia repetundarum nemo in p [ublico iudicio acc] usatur sed id quod datum est repeti potest.

Reconstrucción por Archi:

Lege Iulia repetundarum nemo in p [oena (aquí vendría la indicación de su montante)] satur sed id quod datum est repeti potest<sup>503</sup>.

Reconstrucción por Kunkel-Levy:

Lege Iulia repetundarum nemo in p [rovincia acc] usatur sed id quod datum est repeti potest<sup>504</sup>.

Serrao basa su método de trabajo en primer lugar en una interpretación hermenéutica de este fragmento junto con los demás del texto pauliano para hallar así una reconstrucción de conjunto del sentido de todo el texto. Lo cierto es que puede encontrarse,

---

<sup>502</sup>Cita de Serrao, Sul danno da reato..., op. cit., p. 30 ss.

<sup>503</sup>Mommsen (Droit pénal... III, op. cit., p. 28.) señala expresamente que la pena patrimonial impuesta por la ley Iulia es correspondiente al simplum siguiendo en ello la regla general de toda la legislación sobre la materia con la excepción vista de la ley Sempronia de Cayo Graco.

<sup>504</sup>Serrao (Sul danno da reato... op. cit., p. 32-33) indica que Paulo no podía haberse expresado de esta forma porque ni en el tiempo de las quaestiones perpetuae ni en el de la cognitio cabe pensar en una acusación por el crimen de repetundis que fuese seguida ante el gobernador provincial contra los magistrados provinciales anteriores en el cargo a no ser por faltas de poca importancia que no merecerían entrar en el concepto de crimen de repetundis.

como veremos, una auténtica ecuación en la que utilizando la técnica normal del silogismo lógico nos hallamos ante una igualdad de términos que nos dan la solución final. Se trata de poner en relación a R. 20-21 con los textos contenidos en los fragmentos R. 12-14 y R. 18-19:

El primer texto se refiere al senador que haya cometido un crimen plagii. A tenor del texto, siguiendo la reconstrucción que hace del mismo Serrao<sup>505</sup>, se aprecia la concurrencia de la acción penal pública correspondiente con una acción reipersecutoria indemnizatoria, como consecuencia, ejercitable por el civiliter agere del proceso cognitorio y a la que se refiere el texto con las palabras repeturand(um) tenetur:

Senator qu[i] servo alieno v(el) homine lib[e]ro  
[pr]o suo ut[i]tur, p(rae)ter l[eg(em)] Fab[iam]  
d]e supp[re]s]is et repetundar(um) tenetur.

El segundo texto (R. 18-19) alude a la ejecución de una sentencia condenatoria por un crimen de repetundis, y se subraya el carácter privatístico de la pena:

Repetundar(um) c(on)victus eam pec(uniam), q(uam)  
damnatus est solvere intra diem XXX c(on)  
pellit[ur].

---

<sup>505</sup>Il frammento leidense... op. cit., p. 25 ss. y p. 118.

De estos textos resulta una función más reipersecutoria<sup>506</sup> que sancionadora de la *actio de repetundis*, lo que, en principio, es concorde con la doctrina general, encabezada por Mommsen, que ve en la *actio de repetundis* una naturaleza que tiene las mismas raíces privatísticas que la *condictio*, aún cuando el proceso en que se sustancia sea penal público. Esto es cierto, pero también lo es que la estructura de la acción seguía siendo penal al tiempo del procedimiento de las *quaestiones*, y no ya por el hecho de provenir de un crimen o de sustanciarse por un procedimiento público, sino porque la comunidad política configura la acción como penal aunque la pena coincida con el resarcimiento de lo ilícitamente obtenido<sup>507</sup>; lo cual se traduce en una estructura penal de la acción, por cuya virtud, no podía transmitirse, sin más, en cualquier caso, contra los herederos. De ahí, tal y como vimos más arriba, los problemas que plantea la extraña acción referida por Scaevola en D. 48,11,2<sup>508</sup>.

Pero la situación cambia con el desarrollo de la *cognitio extra ordinem* que desplaza completamente, a lo largo del siglo II d. C., al procedimiento de las *quaestiones*. Serrao y Brasiello coinciden aquí en lo esencial. Estamos ante la segunda premisa metodológica utilizada por Serrao para reconstruir los

---

<sup>506</sup>En p. 108 ss. veíamos que Serrao se refería a este punto tanto respecto a la progresiva despenalización de las acciones penales privadas, como en relación con las penas aflictivas del *criminaliter agere*.

<sup>507</sup>También en la *actio ex lege Aquilia*, de naturaleza penal, venían a coincidir normalmente la pena con el resarcimiento de daño.

<sup>508</sup>supra p. 305

fragmentos leidenses de Paulo que se refieren a la ley Iulia repetundarum, y consiste en la interpretación de los fragmentos (singularmente de R. 12-14) a la luz de la comparación entre la represión de este crimen al tiempo de las quaestiones y al tiempo de la cognitio, en función de lo que nos dicen las fuentes, y tanto desde el punto de vista penal como procesal. En virtud de ello tenemos lo siguiente:

- La aparición, en el seno procesal de la cognitio, de penas aflictivas que concurren con la pena de restitución de lo ilícitamente obtenido. Pero ahora, lógicamente, esa restitución ya no tiene el significado de pena, como en la ley Iulia repetundarum de las quaestiones perpetuae, sino que se configura bajo el principio de la indemnización del daño realizado.

Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur: et plerumque vel exilio puniuntur vel durius prout admiserit... (D. 48,11,7,3. Mac. 1 de iud. pub.).

Otras fuentes que expresan la misma idea son: P. Sent. 5,25,12; P. Sent. 5,28; C.Th. 8,4,2 = C. 12,57,1; C.Th. 11,1,1; C.Th. 9,27,5 = C. 9,27,3; C.Th. 11,8,1 = C. 10,20,1; C.Th. 11,7,20.

- La concurrencia de la acción dirigida a la obtención de penas aflictivas con una acción de repetición, la cual se encuadra dentro del ámbito de la actio de repetundis y que se entronca con la vieja acción tal y como se configuraba en la ley

Iulia. Esto es así, porque el Digesto<sup>509</sup> nos refiere la transmisibilidad contra los herederos de la propia acción penal, lo cual significa que no se trata de una acción reipersecutoria que concorra con la acción penal, sino de ésta misma, y por otro lado, significa que lo que se transmite es, naturalmente, no la pena aflictiva (exilio o relegación) que se sustancia a través del criminaliter agere, sino la pena patrimonial que, aún, nominalmente penal, en realidad cumple una función reparatoria, y que puede imponerse, bien conjuntamente con la pena aflictiva, o bien, exigirse e imponerse exclusivamente en el civiliter agere<sup>510</sup>.

- Esta solución procesal permite, en consecuencia, perseguir "ex lege repetundarum" a los herederos del reo ya fallecido anteriormente a la propia l.c. ya que esta persecución es de carácter reipersecutorio<sup>511</sup>.

- Se aprecia en el doble tipo de pena una concurrencia de un interés público, de la comunidad política, de castigar aflictivamente al autor del ilícito y, junto a ello, un interés, tanto del particular como del Fisco (ambos lesionados desde el punto de vista patrimonial) enmarcable en ese difícil ámbito de

---

<sup>509</sup>D. 48,2,20. supra p. 293

<sup>510</sup>A la distinción entre la vía del criminaliter agere y el civiliter agere en el seno de la cognitio extra ordinem alude también Biscardi (Sur la litis contestatio... op. cit., p. 354, que cita a su vez el trabajo realizado por M. Archi (Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale. Scritti Ferrini, I, Milano, 1947, p. 1 ss. Por otro lado cfr. p. 51 ss.

<sup>511</sup>En este sentido cfr. Biscardi. op. cit. p. 356 ss. En particular dicho autor cita D. 48,1,6: "Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est".

lo penal privado, de perseguir lo que hoy entendemos claramente como responsabilidad civil derivada del delito penal y que hoy como ayer puede sustanciarse<sup>512</sup> directamente por el *criminaliter agere* o, en determinados casos, por un *civiliter agere*: el supuesto más claro en este sentido es, precisamente, el del fallecimiento anterior del culpable.

Nos referimos a continuación al crimen *peculatus* que viene regulado con precisión en la *lex Iulia*. Dicho crimen castiga el "*auferre*", el "*intercipere*", o el "*vertere in rem suam pecuniam*"<sup>513</sup>, es decir, la apropiación ilegal, de una u otra forma, de dineros que han de ser públicos o sagrados.

En D. 48,13,15 (13) (Aranzadi) se hace referencia a un supuesto específico de *peculatus* que es el de robo del botín capturado al enemigo, y se fija la pena propia de la ley de peculado que es la del cuádruplo del valor de lo hurtado. Sin embargo, nos encontramos con el hecho de que las fuentes, tanto clásicas como de época posterior y justiniana, nos indican que los delitos de este tipo son perseguibles contra los herederos, es decir, que puede iniciarse un proceso por *peculatus* contra los herederos después de muerto el posible culpable.

En el caso del crimen de *repetundis*, dado que la pena es por el importe mismo de lo ilícitamente obtenido se podría pensar que estamos ante en una función reipersecutoria de la

---

<sup>512</sup>Utilizamos la terminología justiniana para designar a estas vías procesales dentro del proceso único de la *cognitio*.

<sup>513</sup> Sobre este crimen, brevemente cfr. U. Brasiello. *Peculatus*. Sobre *Peculatus*, voz *crimina*, U. Brasiello. N.N.D.I., V, p. 1 ss.

acción, pero resulta muy difícil pensar de este modo cuando, como en el caso del *peculatus*, nos encontramos con una pena, también pecuniaria, pero del cuádruplo del valor de lo ilícitamente obtenido. Razones de interés público y privado como consideraciones de orden público se entrecruzan excepcionalmente en este supuesto para, a nuestro juicio, excluir, o al menos matizar, la aplicación en esta acción de la regla esencial de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales. Así tenemos la siguiente regla:

*Publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quaestio principalis ablate pecuniae moveatur (D. 48,13,16).*

No obstante, puede plantearse si la persecución contra los herederos en virtud del acto doloso de sus causantes queda limitada en la medida del enriquecimiento obtenido; ahora bien, esto no parece que sea así si tenemos en cuenta que los compiladores adoptan esta medida de responsabilidad de los herederos con carácter general en diversas esferas del Ordenamiento jurídico<sup>514</sup>, y en particular, para las acciones penales privadas, muchas de las cuales tienen una importancia muy inferior a la acción destinada a reprimir la apropiación de fondos públicos por los magistrados y funcionarios: es decir la

---

<sup>514</sup>Esta afirmación debe entenderse sin prejuzgar el carácter clásico de esta medida de responsabilidad.

omisión de esta medida en D. 48,13,16 y en otros fragmentos del Digesto concordantes no puede ser involuntaria. Otra cosa es que la persecución contra el heredero se limite como regla general al *simplum*, no al importe del cuádruplo de la pena de *peculatus*: lo contrario nos parece de una falta de la más mínima equidad (entendida como la coherencia entre los principios del sistema jurídico romano clásico y justiniano y la norma específicamente existente para este supuesto concreto) y además, esta limitación al *simplum* sería coherente con el desempeño por parte de la acción de una función reparatoria en favor del Ente lesionado, que es en este caso el Fisco, similar a la que desempeña, tal y como vimos, la *actio de repetundis*.

Brasiello<sup>515</sup>, de todos modos, piensa que en este fragmento nos encontramos en realidad sólo con una generalización realizada por los compiladores de una respuesta de Papiniano a alguna *quaestio* especial.

Pese a las dudas de Brasiello (y nuestras) hemos de decir que el hecho de la transmisibilidad de la acción de *peculatus* contra los herederos del culpable es una norma clásica:

a) Porque no faltan antecedentes históricos en este sentido. Así Plutarco (Pompeius 4) y Cicerón (Brutus 64,230) nos refieren como, en el marco de las guerras civiles del último siglo de la República, y concretamente bajo la inspiración del partido democrático en el poder, se intenta en el año 86 a C. una acción judicial contra Pompeo porque su padre - Pompeo Estrabón - se había apropiado para sí del botín de Ascoli. "Si creava-

---

<sup>515</sup>Corso di Diritto. Atti illeciti... op. cit., p. 139 ss.



Serrao<sup>516</sup>- un precedente su cui si sarebbe in seguito costruito un vero principio giuridico".

A este pasaje sigue el de Cicerón (pro Cluentio §§ 74, 77, 89, 90, 91, 93, 103) en que, entre otras cosas, se hace referencia a la inoportunidad de que un tribuno de la plebe en activo se presente como acusador en cuanto que su posición política pone al acusado en una posición de inferioridad, y precisamente menciona, en apoyo de su defendido, la acusación de Manilio contra Cluentio (hijo de Silla) en el año 74 a.C., ante la *quaestio de peculatus*, por un supuesto crimen de *pecuniis residuis* cometido por su padre: los jueces de la *quaestio peculatus* no iniciaron el proceso pese a la acusación, pero no porque estemos ante una acción penal pública y por lo tanto, en principio, no ejercitable como tal, directamente contra los herederos del fallecido, sino que no se admite la acusación alegándose para ello que el acusador es un tribuno de la plebe que está en ese momento en activo, lo que deja, "sensu contrario", abierta la posibilidad de que la acción fuese dirigida directamente contra los herederos del culpable si fuese otro el acusador.

b) La legislación municipal del tiempo del principado presenta también acciones penales por apropiación de fondos públicos municipales por parte de sus magistrados. En el caso de la *lex Malacitana* se establece una acción popular por el *duplum* dirigida tanto contra el culpable como contra los herederos<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup>Sul danno da reato... op. cit., p. 38.

<sup>517</sup>Ad quem pecunia communis municipium eius municipii pervenit, heresve eius isve ad quem ea res pertinebit, in diebus XXX proximis, quibus ea pecunia ad eum pervenerit, in publicum

"La ragione della norma- Serrao<sup>518</sup>- ho cercato di indicarla nella breve premessa all'inizio del paragrafo. Motivi pubblicistici fecero che la riparazione del danno venisse raggiunta contro gli erede nelle forme dell'azione popolare e attraverso la multa".

La transmisibilidad de la acción no puede justificarse más que atendiendo a cuál es la verdadera función que cumple en el Derecho penal la pena patrimonial proporcionada al importe del daño. Mommsen considera que la ley Iulia de peculatus comprendía, aparte de la pena patrimonial, otra aflictiva consistente en el interdicto aquae et ignis con lo que la pena patrimonial, ya entonces, cumpliría un papel más reparatorio o indemnizatorio, en sentido amplio, que penal aflictivo, el cual vendría dado por la pena de interdicción. Serrao pone en duda esta reconstrucción pero, en cualquier caso, señala que con la *cognitio extra ordinem* indudablemente coexiste una pena aflictiva

---

eius municipi eam referto (...) Per quem steterit q(uo) m(inus) ita pecunia redigeretur referretur quove minus ita rationes redderentur, is, per quem steterit q(uo) m(inus) rationes redderentur quove minus pecunia redigeretur referretur, heresque eius isque ad quem ea res qua de agitur pertinebit, q(anti) e(a) r(es) erit, tantum et alterum tantum municipibus eius municipi d(are) d(amas) e(sto), eiusque pecuniae de que ea pecunia municipum municipii Flavi Malacitani, "eius ea pecunia municipum municipii Flavi Malacitani" qui volet cuique per h(anc) l(egem) licebit actio petitio persecutio esto.

No es necesario insistir sobre el extraordinario valor que representa para nosotros el conocimiento de esta ley que regía, hace casi dos mil años, la vida municipal de la ciudad de Málaga.

T. Spitzl (Lex Municipii Malacitani. München, 1984, p. 115) sigue al respecto la tesis de Mommsen (Strafrecht..., op. cit. p. 770 ss.) de entender que nos encontramos aquí con un ilícito tipificado de acuerdo con el modelo de la *actio furti nec manifesti* y que cuyo conocimiento se realiza a través de un particular *iudicium publicum* municipal. Dice Spitzl que "das dürfte die Analogie zur Diebstahlklage als zweifelhafte erscheinen lassen".

<sup>518</sup>Sul danno da reato... op. cit., p. 43.

con la patrimonial produciéndose una evolución parecida a la de la *actio de repetundis*. (D. 48,11,7,3). Parece lógico pensar que la transmisibilidad pasiva de esta acción penal se realice vía *civiliter agere* enmarcada en la función indemnizatoria o reparatoria de la pena patrimonial de la sentencia que puede concurrir o no según los casos con una condena aflictiva puramente penal.

La concurrencia en la *cognitio* de las dos vías procesales, *criminaliter* y *civiliter agere*, y por otro lado el margen de discrecionalidad que, dentro de la ley, tiene el juez *extra ordinem* permite, para el caso de *crimina* como el de *repetundis*, el *peculatus*, o el de *pecunia residuis*, un tratamiento jurídico procesal y penal diferenciado para cada caso que se le plantee, y así, habrá supuestos que sólo den lugar a la imposición de una pena patrimonial de sentido reparatorio o, por el contrario, en casos más graves, puede ir más allá, dentro de la ley, e imponer la pena aflictiva que corresponda.

Por lo que hace a continuación al crimen de *pecuniae residuis*, aparece como un crimen reprimido por una ley Iulia de *residuis* y se refiere a la apropiación del dinero residual que, llegado el momento, debía devolverse al particular o al ente público que lo había concedido para que el magistrado en cuestión realizase una actividad determinada de interés público (D. 48,13,2; D. 48,13,5). El condenado por esta ley es castigado a pagar un tercio más de lo que debe (D. 48,13,5,3).

Serrao<sup>519</sup> también destaca la existencia de un precioso

---

<sup>519</sup>Sul danno da reato... op. cit., p. 40 ss. Especialmente las conclusiones contenidas en p. 42.

antecedente histórico de persecución *in heredem* por razón de la no devolución de estos remanentes de dinero. Así, Cicerón en *pro Cornelio (de maiestate)*, quien era hijo de Sila, y sobre todo, según las referencias que a este caso nos da el comentario de Asconio (*Asconio, 73 B*), *pro Cornelio de maiestate*, vemos la existencia de una persecución *post mortem* en el *iudicium de residuis* contra Cornelio por razón de un crimen cometido por su padre. Puede ser que nos encontremos ante una situación forzada por los populares, en plena crisis de la República, pero no deja de ser un supuesto histórico que nos revela cual iba a ser en la práctica la verdadera función desarrollada por la acción penal de este crimen.

Por último, dentro de este apartado, nos referimos a la persecución fiscal<sup>520</sup>, es decir, derivada de delitos de tipo fiscal, donde se plantean serias dudas en la jurisprudencia respecto a la persecución o no contra los herederos del que defrauda al Fisco, lo cual, ha llegado a nosotros a través de las contradicciones que los textos de la Compilación han dejado traslucir, y que están motivadas por el enfrentamiento entre el principio jurídico esencial de la personalidad de toda pena, y el interés público que exige que se arbitren medios eficaces contra el fraude fiscal en una época en la que la crisis del Imperio (incluso su propia supervivencia) hace necesario una centralización administrativa y fiscal jerarquizada en cuya cúspide está el emperador.

La regla general, aquí como en los demás ámbitos de

---

<sup>520</sup>Cfr. el título de *publicanis et vectigalibus et commissis* (D. 39,4) y el título de *iure fisci* (D. 49,14).

Ordenamiento jurídico romano, es la intransmisibilidad hereditaria pasiva de la pena, y por lo tanto, la no persecución por parte de la autoridad fiscal contra los herederos del defraudador. Lo que ocurre es que, siguiendo siempre los principios generales romanos, a partir de un momento procesal determinado, la pena se transmite contra los herederos del reo fallecido. Así en D. 39,4,16,13 (Marc. de del., 13):

Poenae ab heredibus peti non possunt, si non est quaestio mota vivo eo qui deliquit: et hoc sicut in ceteris poenis, ita et in vectigalibus est<sup>521</sup>.

Sin embargo las grandes necesidades fiscales del Imperio romano, especialmente a partir del siglo III d. C., dan lugar a una gran presión recaudatoria, y ante ello, los juristas de la Cancillería imperial van a seguir dos líneas de actuación:

a) Por un lado reafirmar el principio de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las penas de naturaleza fiscal. Así tenemos la opinión de Ulpiano en D. 49,14,29,pr. (ULP. 8 disp.) y diversas constituciones que, según Voci<sup>522</sup>, reafirman el principio de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales públicas desde el punto de vista del Derecho fiscal: D. 48,19,26; D. 44,7,33.

---

<sup>521</sup>Debemos recordar aquí la tesis de Voci (Diritto ereditario romano... op. cit., p. 282-283) ya recogida en otros lugares según la cual los efectos de la litis contestatio, respecto a la transmisibilidad hereditaria de la propia acción penal, se adelantan en los procesos penales de la cognitio extra ordinem en general y en lo procesos fiscales en particular a un momento que, de modo genérico, identificamos con el comienzo del proceso.

<sup>522</sup>Diritto ereditario romano...op. cit., p. 281-282.

b) La segunda línea de actuación viene dada por el hecho de que se elude el principio de la personalidad de la pena por el sencillo expediente de sacar del concepto jurídico de pena una parte de la persecución fiscal que se efectúa materialmente, eso sí, previa la correspondiente sentencia judicial dictada por el juez de la *cognitio extra ordinem*: se trata de la confiscación de todos o parte de los bienes del que defrauda de una u otra manera al Fisco<sup>523</sup>. La imposición de la confiscación de los bienes determinaba la pérdida, *ipso iure*, para los vectigalistas, del derecho de uso y disfrute sobre los bienes sujetos al canon.

Así tenemos el acto ilícito consistente en el fraude fiscal de los vectigalistas, arrendatarios de suelo público, que no paguen sus cánones anuales y demás impuestos relacionados con dicho suelo, lo cual se castiga con la confiscación de la cosa que es objeto de gravamen. Estamos ante un crimen contra Roma que se sanciona con la confiscación del bien objeto de aquel.

La medida no sólo es transmisible contra los herederos sino que la confiscación puede dirigirse directamente contra éstos después de constatado el fallecimiento del causante. La justificación que aparece en las fuentes está en el hecho de que la operatividad de esa confiscación se lleva al momento de la comisión del acto ilícito, y en consecuencia, las cosas confiscadas se entienden desde ese momento propiedad del Fisco

---

<sup>523</sup>No estamos pues ante una pena consistente en una confiscación de todo o parte de un patrimonio sino en la declaración de una deuda tributaria que un particular tiene para con el Fisco, la cual es transmisible respecto a los herederos del contribuyente y que, en consecuencia, da lugar a que, si este resulta insolvente, se le confisque todo o parte de su patrimonio a él y, llegado el caso de fallecimiento, directamente a sus herederos.

y perseguibles por éste frente a cualquier poseedor, y por lo tanto, contra el heredero. En este caso se trataría de la pérdida de la titularidad del derecho que el vectigalista tiene sobre el suelo público<sup>524</sup>.

Así tenemos D. 39,4,8,pr.:

Fraudati vectigalis crimen ad heredem eius, qui fraudem contraxit, commissi ratione transmittitur.

Y D. 39,4,14:

Comissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit eius esse qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur: eapropter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit.

---

<sup>524</sup>Estamos ante el proceso histórico de formación del Derecho de enfiteúsis: lo que empezó siendo un arrendamiento de suelo público termina convirtiéndose con el paso de los siglos en en el Derecho de enfiteúsis. No es extraño que llegue un momento, especialmente en el Bajo Imperio y en suelo provincial que se hable incluso de propietarios para refererinos a titulares de terrenos que están, sin embargo, sujetos al pago de un canon anual en favor del Fisco.

#### 4) Los Crimina que dan lugar a penas de tipo personal.

En general, respecto de los crimina que llevan aparejada una pena de tipo personal (ya veremos luego el caso particular del crimen maiestatis), Brasiello<sup>525</sup> destaca diversos textos relativos al crimen falsi- D. 48,10,12; D. 48,10,4; D. 48,10,26- y otro relativo al crimen veneficii- D. 48,14,9, i.f.- por virtud de los cuales se establece que el heredero debe responder de lo que ilícitamente haya obtenido a consecuencia del crimen cometido por el causante si el fallecimiento se produjo antes del momento al que se anuda el efecto de la litis contestatio procesal. Si el fallecimiento se produjo después de ese momento o por supuesto, después de la sentencia condenatoria, se le transmite al heredero, no la pena, pero sí la obligación procesal de pagar el simplum de lo obtenido por el causante por su delito<sup>526</sup>.

---

<sup>525</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 130 ss.

<sup>526</sup>D. 48,10,12 (Pap. 3 resp.): " Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, cessante Cornelia quod scelere quaesitum est heredi non relinquitur".

Lo que en nuestra mentalidad jurídica, como veremos en el capítulo ocho, equivale a hacer al heredero responsable civil pero no penal ex delicto defuncti. (art. 20 y 101 ss. CP.).



5) El crimen maiestatis y la publicatio bonorum.

En D. 48,2,20, como vimos, se establece respecto del crimen maiestatis, que los herederos del inculpado pueden ser perseguidos aún después del fallecimiento de éste, es decir, cuando todavía no se ha presentado la correspondiente acusación, ni menos aún, tenido lugar la condena. La justificación que aparece en el propio texto es la relativa al interés del Fisco para obtener la confiscación de los bienes hereditarios<sup>527</sup>. Brasiello<sup>528</sup> considera que estamos ante una interpolación que pone en el mismo plano a este crimen con el de repetundis cuando, en realidad, las razones por las que se transmiten contra los herederos son diversas. Estamos ante una generalización justiniana en la que parece que hay cierto rubor para legitimar que una acción penal pueda dirigirse, de esta forma, contra los herederos. Se dice, sin más, que obedece a razones fiscales, o, dicho de otra forma, a necesidades de orden público.

En particular, respecto al crimen maiestatis, la persecución *post mortem* contra los herederos, obedece en realidad a profundas motivaciones históricas.

Así, podemos trazar el siguiente esquema: durante la República los crimina que llevaban aparejada pena capital<sup>529</sup>

---

<sup>527</sup>Es una explicación que, o bien obedece a la mano de los compiladores, o responde a las concepciones del Derecho clásico tardío. Y una y otra cosa tampoco son incompatibles: "...ut bona eorum fisco vindicentur..." (D. 48,2,20).

<sup>528</sup>La repressione penale... op. cit., p. 126-127.

<sup>529</sup>Pena de muerte, o de pérdida del status libertatis (reducción a la esclavitud), o del status civitatis (exilio).

(indudablemente en caso de *perduellio*) llevaban unida la pérdida de la ciudadanía y la *publicatio bonorum*, esto es, la "devolución" de sus bienes al *Aerarium populi*<sup>530</sup>. La pena capital, en tiempos de la República, ya es una pena laica, pero todavía conserva un cierto sustrato religioso reflejo de épocas anteriores. Con arreglo a dicho matiz la pena capital supone un atentado previo contra los dioses de Roma, personificadores de la conciencia colectiva de la comunidad, y supone por tanto, que el criminal, en cuerpo y alma, y con todas sus pertenencias, debía ser entregado a los dioses ofendidos, para purificar así a la comunidad y salvaguardarla de las iras divinas<sup>531</sup>. Era el "homo sacer" que quedaba excluido de toda consideración divina y humana en Roma.

En la República, como dijimos, la pena capital se hace laica, ahora el castigo queda fuera del mundo sacerdotal y lo impone un magistrado dotado de imperio (*coercitio*) o viene de mano de una ley votada por los comicios, pero el sentido religioso de la pena capital subyace todavía, sólo que ahora, se configura como sujeto ofendido por el crimen al *populus romanus*, esto es, la propia comunidad en su propio ser institucional base del Estado, con lo que todo el patrimonio del condenado debe de volver al titular originario de toda soberanía y poder: al pueblo

---

<sup>530</sup> la *publicatio* es una consecuencia necesaria y accesoria de la pena capital, no es ni siquiera una pena accesoria: el *dominium ex iure Quiritium*, la propiedad civil, era exclusiva de los ciudadanos romanos. Otra cosa es la pena accesoria de la *publicatio* de una parte de los bienes que establecían, por ejemplo, la ley Iulia de vi o de adulterii en un tercio del patrimonio. Sobre este tema Brasiello. La repressione penale... op. cit., p. 97 ss., y bibliografía allí citada.

<sup>531</sup> Capítulo I de la tesis.

romano.

A finales de la República el sistema de las *quaestiones perpetuae* acoge el mismo principio de la *publicatio bonorum*. Así Mommsen<sup>532</sup> considera que esta medida se une a las penas correspondientes al crimen de *perduellio* (traición al pueblo romano), a la pena de pérdida de libertad, y a la de relegación, comprendiendo aquí los supuestos de interdicción y de deportación. Ferrini<sup>533</sup> señala que la *publicatio* en un primer momento está referida a la *perduellio*, pero que más tarde se une a todas las penas que lleven aparejada la pérdida de la vida o de la ciudadanía. Brasiello<sup>534</sup> por su parte señala que en un principio la *publicatio* se debe sólo a la *perduellio*<sup>535</sup> (o crimen *maiestatis*) pero que posteriormente se extiende al homicidio a finales de la República (es decir, con las *quaestiones perpetuae*). Para ello dicho autor aduce las dudas

---

<sup>532</sup>Mommsen (*Droit Pénal romain*. III, p. 360 ss. Especialmente p. 363). La condena por *perduellio* en la República suponía la confiscación del patrimonio. Así, entre otras: Tito-Livio 2,8; 3,55,7; Festo P. 318: *sacrae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit sicut familias pecuniaque*; Dionisio de Halicarnaso 6,89 y 7,17. Para el Imperio, Mommsen recoge, entre otras, las siguientes fuentes: D. 24,32,7; D. 29,2,86,1; D. 31,76,9; D. 38,16,1,3; D. 39,5,31,4; D. 40,9,15,pr.; D. 48,2,20. D. 48,4,11; D. 48,9,15,pr.; D. 48,16,15,3; C.Th. 9,14,3,4 (= C. 9,8,5,4); C. 9,49,10; I. 3,1,5; Edicto de Teodorico, 113.

Mommsen añade numerosas citas de fuentes literarias que aluden a supuestos concretos de condenas por crimen de lesa majestad que conllevan la confiscación de todo el patrimonio. Nos limitamos a recoger a Tácito, *Annales*, 6,29: "...*damnati* (por crimen de lesa majestad) *publicatis bonis sepultura prohibentur...*".

<sup>533</sup>*Diritto Penale...* op. cit., p. 161.

<sup>534</sup>*Repressione penale...* op. cit., p. 113 ss.

<sup>535</sup>la *publicatio* estaba conceptualmente unida a la *consecratio bonorum* para el caso de *perduellio*: *Caes. de bell. gall.* 2,56; *Cic. ad fam.* 10,21,1.

planteadas por Cicerón<sup>536</sup> respecto a un caso de homicidio (en realidad matricidio) en el que se cuestiona la validez del testamento hecho por el condenado en la cárcel, en virtud del cual, se dejaban sus bienes a sus hijos; en caso de invalidez del mismo, los bienes se devuelven al pueblo, pero se trataba de un tema todavía controvertido, incluso respecto a la sucesión testamentaria, no ya respecto de la legítima. Añade a continuación el autor italiano<sup>537</sup> que, "con l'indebolirse dei concetti religiosi, col prevalere della procedura per quaestiones per tutti i crimini, soprattutto con la sostituzione dell'interdizione alla morte (interdizione che faceva apparire la confisca come una punizione per lo stesso condannato, e non pei soli eredi), il regime si unificò, e già dalla fine della repubblica la *publicatio* è una conseguenza normale della condanna".

Durante el Principado el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* va sustituyendo a las *quaestiones*. Paralelamente el *Fiscum Caesaris* sustituye al *Aerarium populi*. La idea republicana de que el condenado a pena capital debía restituir su patrimonio al pueblo romano, con el consiguiente corolario de poderse actuar directamente en este sentido contra los herederos del muerto o exiliado, ya no tiene razón de ser. Ahora se habla

---

<sup>536</sup>Testamento de Malleolo: Cicerón. De inventione 2,50,148-149; y Rhetorica ad Herennium 1,13,23. Cfr., no obstante, Mommsen, op. cit, p. 363, según el cual la confiscación del patrimonio aparece como pena accesoria en caso de condena por homicidio en la ley Julia de los parricidas dictada por Julio Cesar.

<sup>537</sup>Brasiello. La repressions penale... op. cit., p. 114-115.

de la confiscación de los bienes en favor del Ente que de alguna forma personifica la Hacienda imperial: el **Fiscus**. Pero la cancellería imperial, sin duda ante el vacío de legitimidad del poder imperial, y, por consiguiente, de la actuación del Fisco, siente la necesidad de limitar la confiscación a determinados crímenes que por su especial gravedad conservan ese sentido originario de la *perduellio*, es decir de suponer verdaderas traiciones al príncipe o emperador o a la comunidad política romana. (D. 48,4,11).

Brasiello<sup>538</sup>, siguiendo las investigaciones de Volterra<sup>539</sup>, señala que Marco Aurelio publica una constitución, recogida en C. 9,8,6, la cual debía ser un rescripto relativo a un supuesto concreto, pero, el caso es que esta decisión de Marco Aurelio, recogida como decimos en la Compilación de Justiniano, pasa a ser un principio general: la persecución, ¡aún iniciada *post mortem!*, del patrimonio del que cometió crimen *maiestatis*, como una persecución fiscal, contra los herederos del autor del crimen, pero que, al mismo tiempo, queda circunscrita a los supuestos más graves del propio crimen *maiestatis*.

La decisión de Marco Aurelio es perfectamente coherente con la tendencia, que aún sujeta a oscilaciones, se mantiene como una línea de dirección clara a lo largo de todo el Derecho clásico y postclásico hasta llegar a Justiniano: la tendencia o línea de actuación dirigida a limitar los efectos prácticos de

---

<sup>538</sup>Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale. op. cit., p. 335-336. Cfr. también Biscardi, *Sur litis contestatio...* op. cit., p. 351-352.

<sup>539</sup>Processi penali contro i defunti in diritto romano. R.I.D.A. 3, 1945. p. 485 ss.

la *persecutio post mortem* contra los herederos:

Por un lado queda limitada a los supuestos más graves de crimen *maiestatis* (D. 48,4,11; Ulp. 8 disp.) en los que la persecución directamente iniciada contra los herederos obedece a la doble ratio de llevar a cabo una *purgatio nominis* realizada por los herederos para con el causante y, como segunda ratio, la de atender a las necesidades del Fisco.

Por otro lado se tiende, en cualquier caso, a no privar de sus bienes a los descendientes e incluso a los ascendientes, ya sea reservando un mínimo de bienes, o todo o parte de lo que les hubiese correspondido en caso de sucesión intestada: es una evolución lentísima y oscilante que concluye con Justiniano. Así en el Derecho clásico los hijos y demás descendientes pierden su herencia por consecuencia del crimen *perduellionis* cometido por su padre o ascendiente: D. 48,22,3 (Alf. 1 Epit.); D. 28,1,8,4 (Gai. 17 ed. prov.); D. 48,20,1,pr. (Call. 1 de iur. fisc.); D. 48,16,15,3 (Mac. 2 de iud. pub.); D. 48,4,11 (Ulp. 8 disp.); D. 24,1,32,7 (Ulp. 33 Sab.) (relativo a la revocación de donaciones realizada *post mortem*, en virtud de un crimen *maiestatis* del donante); Gai. 2,150; Gai. 3,78; C. 7,66,3<sup>540</sup>. No obstante, el príncipe, "*ratione imperii*", podía conceder o que permaneciesen en poder del condenado determinados bienes, así para el exilio, lo que se denomina *viaticum*, o determinar porciones hereditarias que permanecerían en poder de los herederos, lo que ya, pese a ser, originariamente una concesión arbitraria del príncipe, fue

---

<sup>540</sup>Si bien, respecto a este último texto, hay que decir que se aborda el problema de la apelación en segunda instancia, en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, con respecto a la pena específica de la *adeptio bonorum*.

objeto de un específica regulación<sup>541</sup>.

Luego, en el Derecho postclásico y justiniano diversas constituciones imperiales mantienen que sólo se puede actuar directamente, después del fallecimiento del autor del crimen, contra los bienes de los herederos, en caso de *perduellio*<sup>542</sup>. Además, en cualquier caso, en estas constituciones del Bajo Imperio se respeta, al menos, respecto de los demás crimina, que no será objeto de persecución el patrimonio recibido por los descendientes legítimos.

Así, en el siglo IV tenemos una orientación oscilante en C.Th. 9,42,2 (a. 356); C.Th. eod. 4 (a. 358); C.Th. eod. 6 (a. 364); C.Th. eod. c. 9 (a. 380); C.Th. eod. c. 23 (a. 421); C.Th. eod. c. 24 (a. 426).

El punto de llegada lo tenemos con Justiniano, concretamente en la Novela 17, c. 12 y en la Novela 134, c. 13,2; 3 en la que se establece lo siguiente:

Ut autem non solum corporales poena, sed etiam pecuniariae mediocriores fiant, sancimus eos qui in criminibus accusentur, in quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt, si convincantur aut condemnentur, eorum substantias non fieri lucrum iudicibus aut eorum officiis, sed neque secundum

---

<sup>541</sup>Brasiello. La repressione penale... op. cit., p. 117 ss.

<sup>542</sup>Brasiello. La repressione penale... op. cit., p. 120 ss. Así se fija que la persecución contra los herederos se extingue con la muerte del culpable; mientras que la persecución por *perduellio* (o crimen de lesa majestad) no se extingue por la muerte: D. 31,76,9; D. 24,1,32,7); D. 48,16,15,3; D. 48,4,11; C. 9,6,1; 2.

veteres leges fisco eas applicari: sed si quidem habeant descendentes, ipsos habere substantiam, si vero non sint descendentes, sed ascendentes usque ad tertium gradum, eos habere.

3. Si vero mulieres habent (...) Si vero neminem praedictorum habeat qui deliquit, tunc vero fisco sociari eius substantiam. In maiestatis vero crimine condemnatis veteres leges servari iubemus<sup>543</sup>.

---

<sup>543</sup>Nos parece de interés recoger la sintética, pero rigurosa exposición que hace Ferrini, Diritto penale... op. cit., p. 160-161, sobre el tema que venimos tratando:

"La confisca (publicatio, consecratio) del patrimonio è fino dalle origini una pena accesoria del delitto di alto tradimento (...) colui il quale si fa nemico dello Stato perde con ciò stesso la protezione giuridica e la qualità di cittadino. Questa è pure la ragione precipua, per cui il giudizio di alto tradimento si può continuare o anche istituire dopo la morte dell'imputato.

Sotto l'imperio la perdita del patrimonio è connessa a tutte quelle pene, per cui è tolta la vita o la cittadinanza al condannato: "quum aut vita adimitur, aut civitas, aut servilis condicio irrogatur" (D. 48,20,1,pr.). Quindi la confisca va unita alle condanne di morte, ad metalla, ad ludum, alla deportazione. Alla relegazione la confisca parziale (raramente totale) può andare congiunta. Tuttavia questa regola è stata applicata con molti temperamenti. Anziutto nel caso della deportazione si concedeva un sussidio (viaticum) od una pensione (annum), spesso cospicui, al condannato in proporzione del suo patrimonio. Inoltre si lasciava ai figli del condannato (eccettuato il caso di alto tradimento) una parte, ordinariamente la metà, del patrimonio confiscato. Giustiniano ha poi stabilito, evidentemente pel danno proveniente dalle eccessive confische, osservando che "non è il patrimonio, ma la persona che delinque" (Nov. 17, 12), non farsi luogo a confisca quando il condannato abbia descendenti o ascendenti fino al terzo grado. La moglie del condannato ha in ogni caso diritto a la dote, e alla donatio propter nuptias: quando non esista dote, alla parte che le spetterebbe di successione. Negli altri casi la confisca ha libero il suo corso ed anche queste eccezioni vengono meno reato di alto tradimento.



6) La *ademptio bonorum* o pena *extra ordinem* de naturaleza fiscal.

Es una pena que se enmarca dentro de la represión penal *extra ordinem* que van a ejercer en el Principado determinados magistrados, como es el caso del *praefectus urbi*. Nos encontramos pues en una esfera que se encuentra fuera de la represión penal fijada por ley a través del sistema de las *quaestiones perpetuae*. Por el contrario aquí aparece un poder de *coercitio* de determinados magistrados que, actuando según las directrices del príncipe, van a decretar la *ademptio bonorum*, esto es la confiscación de todo o parte del patrimonio del condenado por la comisión de determinados crímenes.

El magistrado en cuestión actúa por cuenta del Fisco, lo que explica el ámbito *extra ordinem* en el que se mueve. No estamos ante la *publicatio bonorum*, esto es, la devolución de los bienes del condenado a pena capital al pueblo<sup>544</sup>, y no es una ley acordada por el *populus romanus* lo que le atribuye al magistrado la potestad para actuar en esos términos, sino que estamos ante el *Imperium principis* para atraer para el Fisco los bienes que son objeto de confiscación. Así, frente a la idea de *publicatio bonorum* se oponen las expresiones de "*adimare*", "*auferre*" o "*multare*"<sup>545</sup> contenidas en textos como los

---

<sup>544</sup>Es necesario advertir que tampoco nos referimos aquí al supuesto de la *ademptio bonorum* derivada de *perduellio*, ya que, aunque su ejecución corresponde a la autoridad fiscal, su fundamento es heredero de la idea de la *publicatio bonorum*.

<sup>545</sup>Brasiello. La repressione penale... op. cit., p. 324 ss.

siguientes: D. 48,10,21; Coll.1,7,2; Coll.5,2,1; P. Sent. 5,25,8; D. 48,19,7,4; C. 7,66,3; C. 9,47,8; P. Sent. 5,30 b,1.

Así en P. Sent. 5,30 b,1, tenemos:

Lege Fabia tenetur (...) Et olim quidem huius legis poena nummaria (la publicatio) fuit, sed translata est cognitio in praefectum urbis, itemque praesidis provinciae extra ordinem meruit animadversionem. Ideoque humilliores aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur, honestiores adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur.

Por otro lado, en la época de la cognitio extra ordinem, la pena de la ademptio bonorum acompaña como una pena especial a todas las penas que impliquen pérdida de capacidad jurídica, por la imposibilidad del condenado de ser titular de un patrimonio: Así ocurre, desde luego, con la pena de muerte, pero también, con la condena ad metallum, que conlleva la pérdida del status libertatis, o de la deportatio, que determina la pérdida del status civitatis (D. 48,20,1; D. 48,23,18 (19),1; D. 49,14,39,pr.). También puede darse la confiscación en el caso de la pena de la relegatio (D. 48,20,7,5; D. 48,22,1; 4; 7,4; 14,1; 17,1; D. 48,22,7,4; C. 7,66,3; C. 9,6,6 siempre que en este caso se imponga expresamente en la sentencia<sup>546</sup>.

Brasiello destaca a este respecto la dificultad de

---

<sup>546</sup>Brasiello. La repressione penale, p. 302 ss. p. 330 ss.

Por otro lado, respecto a la confiscación de la dote por razón de los crímenes cometidos: D. 48,20,3.

aceptación que tuvo en origen esta pena extraordinaria, en tanto en cuanto suponía una ingerencia, entendemos "ratione imperii", del Fisco en un ámbito que al comienzo del Principado quedaba dentro de la ley<sup>547</sup>. Así en D. 48,22,1 (Pomp. 4 ad Sab.) se recoge un texto que en el Digesto tiene un valor exclusivamente histórico pues refleja la situación que respecto a la confiscación de bienes se vivía en el siglo II d.C. En el texto, Trajano dicta un rescripto por el que se hace referencia a los bienes que eran reclamados por el Fisco a los condenados con pena de relegación y fija unas directrices de clemencia para las futuras actuaciones.

Esta orientación de Trajano debió no obstante- Brasiello- ser vencida por la prepotencia creciente del Fisco, y la *ademptio* debió convertirse en algo habitual. Ahora bien, esa orientación debió tener continuidad, ya sea a través de rescriptos, y de alguna forma, en la praxis del procedimiento cognitorio porque en D. 48,22,7,4<sup>548</sup> se fija la tendencia a que la confiscación, incluso de sólo parte de los bienes, se

---

<sup>547</sup>En el lenguaje moderno, se trataba de una deslegalización de una esfera del Derecho penal que quedaría bajo la autonomía del poder coercitivo de la Administración. Varios factores históricos, se unían, a nuestro juicio, para que se diese esa situación: la progresiva concentración de poder, centralizado y jerarquizado, en manos de los emperadores; seguramente, de haber sobrevivido la República romana no se hubiese llegado a estas situaciones. Por otro lado, tenemos la grave crisis económica, con procesos de inflación galopante que se dan desde finales del S. II d. C. hasta la época de Justiniano, lo que, unido, a las necesidades militares por la presión, cada vez más fuerte de los germanos, provoca una gran "voracidad" fiscal.

<sup>548</sup>*Ad tempus relegatis neque tota bona neque partem adimi debere rescriptis quibusdam manifestatur, reprehensaeque sunt sententiae eorum, qui ad tempus relegatis ademerunt partem bonorum vel bona, sic tamen, ut non infirmarentur sententia, quae ita sunt prolatae.*

coaligue, al menos, a la pena de relegación total (no temporal), y no a penas inferiores.

La pena especial de la *ademptio*, nacida, como hemos visto, en el ámbito de la represión *extra ordinem* es transmisible contra los herederos del reo. Así, tenemos D. 49,13,1,pr., en el que se hace referencia al supuesto de fallecimiento del condendano en primera instancia, que ha apelado la sentencia y que fallece en esta situación. Se establece que si muere cuando la apelación está pendiente de resolución, mientras que el crimen correspondiente se extingue, habrá que esperar a que el Tribunal superior aprecie la justicia de la apelación para que los bienes que pueden ser confiscados por el crimen del difunto pasen a los herederos de éste y no al Fisco. En particular tenemos:

*Appelatore defuncto, si quidem sine herede, cuiuscumque generis appellatio fuit, evanescit. quod si appellatori heres extiterit, si quidem nullius alterius interest causas appellationis reddi, cogendus non est peragere appellationem; si vero fisci vel alterius, contra quem appellatum est, interest, heres causas appellationis reddere necesse habet. nullius autem interest, veluti cum sine ademptione bonorum relegatus est. nam si ademptis bonis relegatus vel in insulam deportatus vel in metallum datus provocatione interposita decesserit, imperator noster Alexander Plaetorio militi ita rescripsit: "Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data*

tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur, adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, obtinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit" (D. 49,13,1,pr. Mac., 2 de appell.).

Esto implica que esta pena específica no se extingue juntamente con el crimen del reo fallecido sino que los herederos pueden continuar con la apelación en tanto en cuanto existe un verdadero interés en ello; es decir, se da el interés de que se declare en la resolución la injusticia de la condena impuesta en primera instancia<sup>549</sup>.

Ahora, no obstante, podemos considerar que bajo el

---

<sup>549</sup>Esto es así porque la confiscación de los bienes se produce "ipso iure" en el supuesto de condena de muerte, ad metallum, o deportatio, pero, no así, en el caso de condena de relegatio en la que la confiscación ha de ser declarada expresamente por el juez como pena accesoria a la principal. Por ello cabe en este último supuesto que la resolución en segunda instancia declare la injusticia, no ya de la condena a la pena principal, sino de la propia confiscación impuesta en la primera instancia.

Así, Voci (Diritto ereditario romano... op. cit., p. 277) de acuerdo con C. 7,66,3 (Constantino a. 321) y C. 9,6,6 (Gordiano a. 239), distingue los dos supuestos generales vistos más arriba, es decir, según que la ademptio bonorum tenga lugar "ipso iure", o, se requiera de declaración expresa por parte del juez que dicta la sentencia en primera instancia. Señala Voci que la muerte del condenado en el primer supuesto no afecta para nada a la confiscación de los bienes, la cual se origina, como decimos, "ipso iure" por virtud de la sentencia condenatoria; por lo tanto, los herederos no pueden apelar la sentencia por lo que a la confiscación de los bienes se refiere.

Solamente podrán actuar en este sentido tratándose de relegatio porque, en este caso, la ademptio parcial de la portio bonorum correpondiente no se produce "ipso iure", sino en virtud de una declaración especial del juez que, por lo tanto, está sujeta a apelación.

efecto de la creación procesal de una relación jurídica nueva de contenido patrimonial, la cual vincula por un lado al reo que por la sentencia puede ser condenado (o sus herederos en caso de fallecimiento de aquel) y por otro lado al Fisco, se daría cobertura legal a un hecho difícilmente justificable desde el punto de vista de la ética y de los principios del propio Derecho penal romano y es el hecho por el que los herederos van a responder del ilícito cometido por el causante ya que esta persecución nacida al amparo de los poderes extraordinarios de los magistrados imperiales obedecería en realidad a cubrir las necesidades del Fiscus Caesaris. De ahí que como apunta Brasiello<sup>550</sup>, aunque no vamos a entrar en este tema, posiblemente una vez fallecido el reo en el curso del proceso, la persecución fiscal de sus bienes, más allá de su muerte, correspondiese al praetor fiscalis, magistratura especialmente creada por Nerva.

---

<sup>550</sup>Sulla persecuzione degli eredi... op. cit., p. 333.

CAPITULO V:

LA INTRANSMISIBILIDAD

HEREDITARIA DE LAS ACCIONES

PENALES PRIVADAS EN EL DERECHO

ROMANO

1) La intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas.

A) Introducción.

La regla de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales constituye, todavía en el Derecho clásico, el límite que no puede ser traspasado por medio de la *successio in locum et in ius* del heredero respecto de su causante: Lo impide el principio elemental del Derecho relativo a la personalidad de la responsabilidad penal<sup>551</sup>.

No basta pues explicar la intransmisibilidad activa y sobre todo pasiva de la *actio poenalis privata* como una mera supervivencia de otro principio que también, como vimos<sup>552</sup>, tiene importantes consecuencias en el Derecho clásico, esto es, el del carácter eminentemente personal de la *obligatio romana*.

Las necesidades del tráfico jurídico hacen preciso garantizar al acreedor en las relaciones de tipo contractual que va a cobrar sus créditos a pesar del fallecimiento del deudor. Evidentemente, ¿qué garantía tendría, de otra forma, el acreedor de que se le devolverá, al menos, el importe de su capital?. ¿Debería verse abocado a perder su crédito a menos que hiciese constar en la *stipulatio* que la obligación corre también a cargo del deudor?. Así debió de ser en un principio habida cuenta la cláusula de estilo que aparece en numerosas ocasiones en la

---

<sup>551</sup>infra p. 346

<sup>552</sup>supra. Capítulo tercero. 1)- D.



fuentes y a la que hicimos referencia<sup>553</sup>.

Pero en las acciones poenales<sup>554</sup> no nos encontramos en la esfera de las relaciones comerciales, el acreedor de la prestación del importe de la poena no entra voluntariamente en una relación jurídica con el delincuente sino que es víctima de un acto ilícito por el cual el Ordenamiento jurídico le otorga el medio para obtener de aquél una satisfacción en dinero omnicomprendiva del daño patrimonial y de la ofensa recibida, es decir del daño moral.

El daño patrimonial sufrido a consecuencia de un delito siempre ha de ser reparado. Para ello bastaría en principio la correspondiente acción reipersecutoria en favor del lesionado y contra el autor del daño, bien para reparar el importe del daño producido, bien para recuperar aquel elemento patrimonial injustamente sacado del patrimonio del robado, o al menos, su valor. Pero los delicta, en cuanto que ilícitos penales, presentan un aspecto moral, una ofensa contra el honor y la dignidad de la persona que ha sido robada, injuriada o cuya hacienda fue asaltada o su ganado dolosamente muerto. Más allá de una lectura meramente economicista del Sistema jurídico algo se rompe en el terreno de los principios morales.

Aparece pues la genial intuición del espíritu jurídico romano, de aplicar un método jurídico diferente en la búsqueda

---

<sup>553</sup>supra p. 242 ss.

<sup>554</sup>Es decir las acciones penales privadas que nacen de los delicta de Derecho civil y pretorio; a través de las cuales se persigue el importe de la poena consistente en el simple o en un múltiplo del daño causado.

A esta ideas generales dedicamos los dos primeros capítulos de la tesis, a los cuales nos remitimos.

de la justicia material por la comunidad y en un ámbito concreto de normatividad: se distingue por un lado el ámbito de las relaciones dominadas por un principio patrimonial (civilístico), es decir entre titulares de patrimonios, las cuales generan créditos y deudas que han de ser transmitidas al heredero, lo que en numerosas ocasiones se justifica en la fuentes porque se persigue la res objeto de las mismas. Por el contrario cuando nace una relación del delito estamos ante el principio de personalidad, que no es otro que el principio básico del Derecho Penal de la culpabilidad como criterio único de imputación de responsabilidad penal. La acción no puede dirigirse más que contra el propio autor del ilícito y no contra sus hijos y demás parientes, ni contra su heredero, sea cual fuere, o contra un tercero. Y no sólo esto, sino que tampoco el heredero de la víctima puede ejercitar la acción penal ya que la lesión moral que a la víctima le produce la ofensa es inherente a su persona.

Se trata pues de delimitar dos ámbitos (Derecho civil y Derecho Penal) distintos dentro del Sistema Jurídico a los que se les aplican principios jurídicos que responden a métodos jurídicos diferentes en aras de la consecución de la justicia.

Pero, junto a ello, hay algo más importante y ya señalado en el capítulo 1º que es la crisis en la función que desempeña la *actio poenalis privata* en el Derecho clásico. El principio patrimonial se va abriendo camino y, uno a uno, van cayendo los caracteres que hacen de estas acciones el calificativo de acciones penales. En suma, en diferente grado, casuísticamente para cada una de ellas y, a través de la obra del Pretor y luego del juez en la *cognitio extra ordinem*, se va a ir

abriendo camino, hasta llegar a prevalecer el aspecto civilístico sobre el penal dentro de la estructura de las acciones penales privadas en general.

Todo ello conduce a la búsqueda por la jurisprudencia clásica de un elemento que determine, más allá de la naturaleza apriorísticamente contractual o penal de una relación jurídica, cuándo puede la acción ejercitarse por el heredero de la víctima y contra el heredero del culpable. La solución encontrada pasa por el deslinde en cada acción penal de la parte de la *condemnatio* que se corresponde con la *res*, es decir, con una función de reparación patrimonial, lo que se expresa en las fuentes diciendo que por la acción penal también "*res persequimur*"<sup>555</sup> o a locuciones semejantes, distinguiéndose de la parte por la que se persigue la *poena*. No se dice de una manera clara, no hay una norma o precepto que nos lo diga en el Derecho clásico ya que estamos ante una materia normativa que se fue conformando en virtud de la actuación del Pretor (así la casi totalidad de los fragmentos del Digesto que establecen cuando una acción es o no transmisible al heredero proceden de los comentarios, generalmente de Ulpiano, al Edicto), pero puede decirse que el sentido de la distinción *res* y *poena* es el de delimitar, en el ilícito penal, lo que es mero daño patrimonial estricto, es decir, lo que es objeto de resarcimiento y lo que es la indemnización más amplia por el daño moral, lo que es realmente la *poena*.

Ambos conceptos pueden coincidir en la *condemnatio* de la fórmula de la acción penal respectiva, en el sentido de

---

<sup>555</sup>Gai. 4,6-9.

confundirse uno y otro en la práctica, así en la *actio ex lege Aquilia* en la que el importe de la *poena* normalmente (aunque no necesariamente), viene a coincidir con el importe del daño causado<sup>556</sup>. A veces en la *condemnatio*, en la determinación de la pena, aparece, en principio, sólo *poena* y no *res* como ocurre en la *actio iniuriarum* porque la ofensa moral o el daño al cuerpo de un hombre libre no tiene un reflejo patrimonial real salvo el que resulta de la propia estimación en el curso del proceso y a los efectos de hacer posible la condena; es sólo pues el importe económico en que se tasa la *poena*, sin que haya lugar para que tenga aplicación práctica el concepto de *res*. Y, lo más general en este campo es que sea identificable el elemento resarcitorio, *res*, en la propia *condemnatio*<sup>557</sup> aunque como algo que no aparece fuera sino perfectamente subsumido en el concepto que da unidad a las acciones penales, es decir la *poena*, tal y como ocurre en la *actio furti*.

En el Derecho clásico sólo aparece *poena*<sup>558</sup> en las

---

<sup>556</sup>No se olvide que precisamente esta acción es una de las que sufren en mayor medida ese proceso de despenalización como premisa del concepto jurídico de daño extracontractual.

<sup>557</sup>Como elemento que hace factible a partir de su propia evaluación la cuantificación de la pena.

El elemento resarcitorio no aparece cuantitativamente junto a la *poena* pero sí está presente autónomamente en la estructura de la acción penal que, por ejemplo, es transmisible activamente en cuanto que está presente, tal y como ocurre en la *actio furti* y a diferencia, por ejemplo, de la *actio iniuriarum*. Otra cosa es la determinación cuantitativa de la parte de la condena estimada como *res* y la estimada como *poena*, lo que harán los justinianos con las acciones mixtas.

<sup>558</sup>Naturalmente en sentido propiamente penal, no el sentido de pena procesal como "...ex quibus adversus infortiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta est." (Gai. 4,9)

(continúa...)

acciones penales. No obstante, ya vimos<sup>559</sup> que en Gai. 4,6-9 se dice que junto a las acciones por las que se persigue *res* y las que se persigue *poena* hay acciones en las que "*rem vero et poenam persequimur*" como -se cita como ejemplo (*velut*)- la *actio ex lege Aquilia*. Pero esto no se puede entender al modo como lo harán los justinianeos, es decir atender a la naturaleza penal, reipersecutoria o mixta (*res et poena*, como suma cuantitativa de la *condemnatio*). No cabe pensar que Gayo dudase acerca de la naturaleza penal de una acción como la *actio ex lege Aquilia*, sino que en la misma línea que D. 44,7,35,pr.<sup>560</sup> (en el que Paulo recoge una opinión general de Casio como se vio) se trata de deslindar dentro de una misma naturaleza penal de la acción un elemento reipersecutorio y otro penal en la *condemnatio* de la fórmula con vistas a producir unos efectos determinados en relación con los caracteres de las acciones penales.

Precisamente, veremos a lo largo de los textos que examinaremos a continuación, como el elemento reipersecutorio puede aparecer o no en el tratamiento que, a tenor de lo que podemos deducir de las fuentes, hizo la jurisprudencia clásica de las respectivas acciones penales, pero en general actuará como

---

<sup>558</sup>(...continuación)

Ya nos hemos ocupado en otro lugar (p. 79 ss.) de la extrañeza que nos produce que Gayo incluya a la *actio ex lege Aquilia* dentro de éste grupo de acciones cuando en otros fragmentos de las propias Instituciones se recalca que estamos ante una acción de naturaleza penal. (Gai. 4,112).

También como supuesto de *poena* de naturaleza procesal incluimos a la *poena* que resulta de las acciones *ex interdicta* derivadas del incumplimiento de la orden pretoria por el demandado a ello.

<sup>559</sup>Hacemos una remisión general a capítulo primero de la Tesis.

<sup>560</sup>supra p. 62 ss.

elemento para justificar, cuando se dé, la instrumentalización del medio jurídico oportuno para hacer posible que el heredero de la víctima pueda, en la medida que le corresponda, ejercitar la propia acción penal contra el que cometió el delito, e incluso, se pueda llegar a plantear en algún caso concreto si, en virtud de la presencia de ese elemento reipersecutorio, la propia acción penal se pueda dirigir contra el heredero del culpable.

El punto de partida cuando se trata de acciones penales es la intransmisibilidad de dichas acciones contra los herederos del culpable. Ahora bien, el principio de la personalidad de las acciones penales no puede producir el resultado antijurídico de hacer posible el enriquecimiento del heredero a costa del que sufrió el ilícito. Naturalmente que allí donde sea posible podrán ejercitarse las acciones reipersecutorias como la *rei vindicatio* o la *condictio ex causa furtiva*; en caso contrario, el Pretor que conoce del supuesto de que se trate y que da la *actio poenalis* correspondiente al demandante concede también acciones *in factum* contra el heredero.

La proximidad de la *actio poenalis* matriz y de la *actio in factum* "hija" es más cercana de lo que se piensa. Desde luego que las acciones son diferentes: Los principios clásicos quedan a salvo, pero en la práctica procesal van a estar dotadas de fórmulas en las que a veces la diferencia está en una mera cláusula añadida a la fórmula matriz<sup>561</sup>.

La medida de responsabilidad del heredero es por lo que le haya llegado, es decir, por lo que se enriqueció a costa de

---

<sup>561</sup>infra. Capítulo séptimo. 4)- B.

la víctima del delito cometido por el causante. Como veremos<sup>562</sup> la regla es clásica: se trata de evitar un enriquecimiento patrimonial injusto. Posteriormente para los bizantinos, con arreglo a una metodología diferente, la regla tendrá también el sentido de ser un límite a la responsabilidad del heredero no sólo, por su puesto, cuando se trate de un ilícito extracontractual sino también, llegado el caso, de un incumplimiento doloso en el ámbito contractual.

La regla o medida de responsabilidad del heredero no es exclusiva de este ámbito del Derecho romano, sino que es una regla general que tiene diferentes aplicaciones en distintos campos, la cual viene expresada por la cláusula "in id quod ad eum pervenit" o también por la de "in quantum locupletior factum est". Se trata de una solución técnicamente depurada en la que la vertiente reipersecutoria que plantea el ilícito penal se adecúa al límite del verdadero y puntual enriquecimiento del heredero.

La propia acción penal no se transmite, al menos en casi todos los supuestos, si bien, adelantamos ya, que en la doctrina surgen serias dudas respecto a alguna acción, en particular como ocurre en la actio metus y en la actio doli.

Los justinianeos aunque recogen como norma positiva el principio clásico de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas, en realidad rompen con él dentro de la regulación de cada acción penal, puesto que permiten que las propias acciones penales se ejerciten contra el heredero en los límites del enriquecimiento obtenido. Pero esta ruptura, como

---

<sup>562</sup>infra. Capítulo séptimo. 3)

en tantos otros campos, no hace sino reflejar, bajo una apariencia expresamente buscada de respeto hacia los principios clásicos, la ejecutoriedad de Justiniano en aras a la "recreación" sobre el Derecho clásico de un Derecho positivo codificado en el que los preceptos responden a unos principios jurídicos coherentes con el sentido actual (de la época) de las Instituciones. Ya no tenía sentido mantener normas que responden a principios que fueron fruto de una creación jurídica a través de un proceso milenario. Así cuando las acciones penales privadas cumplen en general en el tráfico jurídico una función reparatoria ejercitándose a través del *civiliter agere* y no del *criminaliter agere* del proceso cognitorio, y, aunque se mantenga formalmente la regla de la intransmisibilidad pasiva de dichas acciones, se dice, a cada paso, que la acción penal se transite contra el heredero en la medida de su enriquecimiento.

B) La intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas como corolario del principio de personalidad de la pena.

La regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas obedece, como ya hemos indicado, al principio de personalidad de la pena<sup>563</sup>.

---

<sup>563</sup>Baste citar en este lugar los fragmentos contenidos en Gai. 4, 112 y D. 47,1,1,pr., los cuales serán objeto de examen (continúa...)



En la época decemviral las acciones que nacen del delito eran intransmisibles tanto desde el lado pasivo como desde el lado activo<sup>564</sup> y, respecto de este último, la regla de la

---

<sup>563</sup>(...continuación)

más adelante. Así también Cicerón. de nat. deorum 3,38,90 y Dionisio de Halicarnaso 8, 80.

Cicerón contrapone el mundo de los dioses en el que se castiga también a los hijos y a los nietos por los crímenes de sus padres y ascendientes del mundo de la civitas en la que es inconcebible una ley que establezca un precepto semejante: "Quem vos praeclare defunctis, cum decitis eam vim deorum esse ut etiamsi quis morte poenas sceleris effugerit expetantur eae poenae a liberis a nepotibus a posteris. miram aequitem deorum: feretne civitas ulla latorem istius modi legis ut condemnaretur filius aut nepos si pater aut avus delinquisset?".

Por otro lado Dionisio de Halicarnaso alude a unos acontecimientos sucedidos hacia el año 483 a.C. (cita la 74 Olimpiada) en el que el ciudadano Casio fue condenado a muerte por perduellio. A continuación se reunió el Senado para deliberar sobre la conveniencia de que también fuesen condenados a muerte los hijos de Casio siendo el resultado de tal deliberación el de negar que los hijos fueran a ser condenados por el crimen de su padre. Dionisio añade que desde entonces fue establecida entre los romanos la costumbre de no castigar a los hijos por los crímenes cometidos por sus padres, ni siquiera en el caso de que éstos fueran condenados como tiranos, parricidas o traidores que, añade, son los más graves crímenes entre los romanos. Dicha costumbre inveterada de los romanos la contrapone a continuación con la opinión "de algunos griegos" que estimaban que debe castigarse con la muerte también a los hijos de los tiranos en virtud del razonamiento de que "la naturaleza no permitiría la existencia de hijos virtuosos nacidos de padres malvados, ni tampoco el supuesto contrario:

Καὶ ἐξ ἐκείνου τὸ ἔθος τοῦτο Ῥωμαίοις ἐπιχοριον γέγονεν ἕως τῆς καθ' ἡμᾶς διατερούμεν ἡλικίας, ἀφείσθαι τιμορίας ἀπάσης τοῦς παῖδας ὧν ἂν οἱ πατέρες ἀδικήσωσιν, εἴν τε τυράννων ὄντες υἱοὶ τύχωσιν, εἴν τε προδοτῶν, ὁ μέγιστον ἐστὶ παρ' ἐκείνοις ἀδίκημα.

<sup>564</sup>En primer término podemos remitirnos a lo visto en el capítulo primero sobre el Derecho penal contenido en la legislación decemviral. Allí vimos que el carácter de la poena privata obedece a un subrogado-De Visscher, Lavaggi- o sustitutivo-Betti- de la venganza fáctica a la que el lesionado o su grupo familiar tendría derecho a realizar contra el culpable entregado por su familia o gens dentro de un estadio jurídico mínimamente normativizado.

Ese carácter de subrogación o sustitución de la venganza es la firme base sobre la que se apoya la formación y consolidación, (continúa...)

intransmisibilidad no se cuestiona, posiblemente, hasta finales de la República en relación con la *actio furti*<sup>565</sup> que, como sabemos, es una *actio ex iure civile*.

Voci<sup>566</sup> después de referirse, precisamente a la *actio furti*, cuya transmisibilidad hereditaria activa también considera que se reconoce en el Derecho romano a partir del siglo I a. C. añade algo que consideramos de la máxima importancia: señala que afirmado el principio de la transmisibilidad activa en las acciones civiles se extiende también a las acciones pretorias; "la parificazione è affermata da Cassio<sup>567</sup>, se è lecito arguire da Paul. I ed., 84 D. (44,7) 35; ma può ritenersi che si debba risalire almeno a Sabino. Sotto una rubrica generale, che il Lenel<sup>568</sup> intitola dubitativamente de iudiciis, Pomp. 29 Sab. 742.

---

<sup>564</sup>(...continuación)

desde época muy temprana, del principio de intransmisibilidad hereditaria activa y pasiva de las acciones penales.

Aparte de lo allí estudiado citamos ahora alguna doctrina muy autorizada que, desde un plano de Derecho hereditario contemplan, de modo indubitado, la intransmisibilidad activa y pasiva de las acciones derivadas de delitos en la época de las XII Tablas: M. Kaser. Die altrömische... op. cit., p. 508-509. P. Voci. Diritto ereditario romano. I. Introduzione Parte Generale. Milano, 1969. p. 50-52. B. Biondi. Obbietto dell'antica "hereditas". IURA, I, 1950. p. 150 ss. Especialmente p. 166-167. V. Scialoja. Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali. Roma, 1934. p. 41.

<sup>565</sup>infra p. 390 ss.

<sup>566</sup>Diritto ereditario romano... op. cit., p. 52. Su opinión tiene un valor singular si se tiene en cuenta el estudio tan profundo-verdadera obra clásica-que hace de las acciones penales privadas, de su estructura y función a lo largo del Derecho clásico y justiniano en Risarcimento e pena privata... (op. cit.), obra que, después de una lectura detallada, es objeto de continuas referencias a lo largo de la tesis.

<sup>567</sup>Es decir, en el siglo I d. C.

<sup>568</sup>Palingenesia, II, p. 137.

D. (44,7) 12 + (50,17) 38<sup>569</sup>, tratta di trasmissibilità. Ciò può significare che i libri di Sabino avevano qualche formulazione generale: la corrispondenza tra D. (44,7) 35, ove Paolo cita Cassio, e i due testi di Pomponio (certamente riassunti dell'originale) è notevole. La formulazione di Sabino doveva essere analoga a quella che si trova in Gaio IV 112 (certissima *iuris regula*<sup>570</sup>, riferita alle aa. civili come alle pretorie)".

La transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales es uno de los principios más firmes del sistema jurídico romano republicano y clásico. También lo será en el Derecho justiniano a pesar de que aparece oscurecido por la cláusula, reiteradamente repetida en el Digesto, por la que se permite el ejercicio de la propia acción penal contra el heredero del reo en el límite del enriquecimiento obtenido a consecuencia del delito del causante. Pero a lo largo de nuestra exposición veremos que no se trata tanto de la crisis de un principio esencial del sistema jurídico sino la consecuencia lógica del cambio, fruto de siglos de evolución jurídica, de la naturaleza y función de las propias acciones penales privadas.

No obstante, antes de exponer las fuentes en las que se enuncia la regla de la intransmisibilidad pasiva debemos recoger la tesis de Bonfante, según la cual, no puede admitirse

---

<sup>569</sup>D. 44,7,12: *Ex depositi et commodati, et tutelae et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.*

D. 50,17,38: *Sic uti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.*

<sup>570</sup>Es un fragmento básico, en el que se sienta, en pleno Derecho clásico, la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

que esta regla estuviese vigente en en el Derecho romano arcaico, al tiempo de formación de la civitas.

El razonamiento de Bonfante<sup>571</sup> se encuentra enmarcado dentro de su tesis general sobre la solidaridad de los miembros de las gentes y de las primitivas familias romanas, la cual sería una responsabilidad colectiva, de tal modo que, al morir el paterfamilias, sobre el que, en cuanto jefe político del grupo, recaía la responsabilidad penal por actos cometidos por los miembros de la familia<sup>572</sup>, dicha responsabilidad-de acuerdo con la tesis de Bonfante sobre el fundamento de la successio romana-debía recaer sobre su heredero. Más tarde, llegaría un momento en el que el ius civile de la República afirmase el principio de la responsabilidad personal-frente a la colectiva- y como consecuencia inmediata de este principio se añade el de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

Kaser<sup>573</sup> rechaza la tesis de Bonfante e indica que, si acudimos a épocas precívicas, nos encontramos con situaciones de venganza fácticas y no de situaciones propiamente jurídicas. Por otro lado, desde los albores de la civitas romana, la responsabilidad del culpable por el delito cometido se anuda en su persona, hasta el punto, de que la persecución contra él-Kaser- va más allá de la propia muerte. Así, han llegado hasta nosotros huellas que nos indican que era posible incluso la

---

<sup>571</sup>Corso di Diritto Romano, VI, p. 217 . Como veremos en el capítulo final de la tesis, los argumentos de Bonfante reciben un apoyo importante desde el Derecho comparado, singularmente, desde el Derecho penal germánico y del griego homérico.

<sup>572</sup>Entiéndase bien, responsabilidad noxal.

<sup>573</sup>Die altrömische Erbenhaftung. op. cit. p. 508-509.

persecución del cadáver del culpable en un mundo arcaico en el que lo jurídico y lo mágico-religioso forman un todo indisoluble<sup>574</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la creencia en virtud de la cual el cadáver debía ser enterrado en la debida forma ya que de lo contrario el alma del culpable muerto no llegaría a descansar en paz<sup>575</sup>.

Además, añadimos, acudir a principios de solidaridad colectiva en el seno de las familias o grupos gentilicios antes de la formación de la civitas supone encontrarnos en un tiempo sobre el cual todo son conjeturas. No obstante, Kaser, Betti, Voci y la generalidad de la doctrina romanista<sup>576</sup> al considerar los orígenes de la noxae deditio arcaica-antecedente del carácter noxal de las acciones penales- siguen la idea<sup>577</sup> en virtud de la cual, ya desde tiempos muy remotos, la entrega noxal del culpable por su grupo en favor del grupo del ofendido funciona como un instrumento de individualización de la responsabilidad penal en el culpable que permite liberar a los demás miembros de su grupo

---

<sup>574</sup>Sobre este tema cfr. Luzzatto. Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni... op. cit.

<sup>575</sup>El terror de los romanos a que su cuerpo quedase insepulto se enmarca, desde el punto de vista antropológico, dentro de la costumbre de raíz indogermánica de enterrar a los muertos. No olvidemos que hasta nuestros días, en los que, dada la densidad demográfica de nuestras grandes ciudades, se tiende hacia la incineración de los muertos, la civilización cristiana europea debió tomar de los antiguos romanos el sagrado deber de dar sepultura a los muertos.

No obstante, el argumento formulado por Kaser para negar la tesis de Bonfante nos retrotrae también a épocas y motivaciones protohistóricas, respecto de las cuales, no existen, prácticamente, fuentes seguras.

<sup>576</sup>supra p. 37 ss.

<sup>577</sup>Como se vio en el lugar correspondiente (p. 33 ss.) están en contra, básicamente, Luzzatto y De Robertis.

gentilicio o familiar de la venganza por parte del clan del ofendido, salvo claro, que el jefe del clan del ofensor asuma personalmente la defensa del culpable y llegue, mediante la oportuna composición económica, a satisfacer la venganza del ofendido o su grupo. Es decir, la *noxae deditio* aparece en la protohistoria del Lacio como un mecanismo para la supervivencia de los grupos sociales precívicos. Así pues la existencia de la responsabilidad noxal significa la exclusión de la responsabilidad colectiva familiar por el delito del culpable<sup>578</sup>.

Bonfante también alude a dos textos que considera como un índice en el que apoyar su tesis: D. 47,1,1 (Ulp. 41 ad Sab.) en el que se sienta la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas, y también D. 48,19,20 (Paul. 18 ad Plaut.).

Civilis constitutio<sup>579</sup> est poenalibus actionibus  
heredes non teneri "nec ceteros quidem

---

<sup>578</sup>Voci (Diritto ereditario romano. op. cit. p. 52-53) cita a Lenel (Palíngenesia II, p. 1166, & 2688, ad. Sab.) y a Schulz [Sabinus-fragmente im Ulpianus Sabinus-comentar Halle, 1906. p. 79. (Reimp. Labeo, 10, 1964. 50 ss.)) para señalar que D. 47,2,41,2 (Ulp. 41 Sab.) y D. 47,1,1 (Ulp. 41 Sab.) formaban juntamente un mismo fragmento en el que Sabino (= D. 47,2,41,2) "exponía el principio de personalidad de la pena en su aspecto positivo y negativo: la *actio furti* se extingue cuando el reo muere, pero, mientras vive, le sigue aunque cambie de status (*noxae caput sequitur*). Y a continuación venía el comentario de Ulpiano a la declaración de Sabino (= D. 47,1,1) que la explica y completa. Ambas partes del fragmento de los comentarios de Ulpiano-declaración de Sabino y su correspondiente comentario-son llevadas por los compiladores a sedes materiae diferentes del Digesto.

<sup>579</sup>La edición bilingüe de García del Corral traduce la expresión "*civilis constitutio*" por regla de Derecho civil, la edición de Aranzadi por principio de Derecho civil.

successores": idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item condictio adversus eos competit.

1. Heredem autem furti agere posse aequè constat: exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est: ita et legis Aquiliae actionem heres habet. sed iniuriarum actio heredi non competit.

2. Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur. (D. 47,1,1).

Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit. (D. 48,19,20).

Para Bonfante<sup>580</sup>, "de dichos textos surgen serias dudas acerca de que la intransmisibilidad de la acción penal contra los herederos sea originaria. Ulpiano y Paulo se expresan de modo que hace suponer un origen positivo e histórico de la misma: *civilis constitutio est* dice el primero, *commenticio iure receptum est* dice el segundo. Por otra parte colocándonos en la

---

<sup>580</sup> Corso di Diritto romano. VI, op. cit. p. 159-160.

época primitiva en la cual la responsabilidad grava a todo el grupo al que el culpable pertenece, la extinción de la responsabilidad por muerte del culpable parece extraña y contraria a todas las referencias de Derecho comparado: por el contrario en la época civil en la que la responsabilidad del cónyuge y de los herederos por la culpa del causante parece repugnante, "e per vero al nostro senso etico non fa davvero meraviglia che la poena non trapassi negli eredi. Anche Cicerone ricorda come una conquista civile il non passaggio della poena contro gli eredi<sup>581</sup>. L'esclusione della responsabilità del gruppo e degli eredi si opera spontaneamente nella assunzione di un datto delitto da parte dello Stato".

Vemos pues que, según el tenor del primer texto, la intransmisibilidad hereditaria pasiva ha sido establecida expresamente por el *ius civile* como algo que puede parecer producto de una concreta actividad normativa. Consideramos pues que, según esta tesis, a tenor del texto, la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales no obedecería a los *mores maiorum* romanos sino a una posterior norma jurídica aparecida en la República.

Por otro lado Voci<sup>582</sup> atiende, como hemos visto más arriba, a la Palingenesia de Lenel para considerar la sustancial genuinidad del pasaje de Ulpiano, en el que éste comenta la opinión de Sabino (D. 47,2,41,2) y, "proprio all'inizio, dice che, per "civilis constitutio", gli eredi del reo non sono convenibili con azioni penali. Ora (sebbene constitutio) possa

---

<sup>581</sup>Cic. de natura deorum 3,38,90

<sup>582</sup>Diritto ereditario romano. op. cit. p. 53.



significare "istituto introdotto dai giuristi" civilis constitutio è qui, semplicemente, un istituto del ius civile, senza riferimento a una origine più o meno recente. Ulpiano vuol sottolineare che l'intrasmissibilità passiva è una caratteristica del diritto romano, così come, in occasione opposta, Fiorentino dice che la schiavitù è una constitutio iuris gentium".

Pero hay también otros autores que piensan, también rechazando la tesis de Bonfante, que la expresión "civilis constitutio est" dentro de D. 47,1,1, nace de la interpolación de los compiladores o, al menos, es de origen postclásico. Así lo considera Kaser, que entiende que tanto este texto como D. 48,19,20 son fragmentos de Derecho postclásico<sup>583</sup>, por lo tanto, estaríamos ante glosemas recogidos más tarde por los compiladores. Brasiello<sup>584</sup> considera que la expresión "civilis constitutio" es justiniana. Ahora bien, añade que dicha interpolación no tiene tampoco mayor valor sustantivo: se trata simplemente del hecho de que los compiladores consideraron oportuno comenzar el título primero del libro cuarenta y siete del Digesto (de privatis delictis) con la alusión expresa al ius civile porque se trataría de proclamar formalmente un principio (la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas) que, precisamente, los propios compiladores ponen continuamente en tela de juicio en el terreno de la práctica<sup>585</sup>.

---

<sup>583</sup>Die altrömische Erbenhaftung. op. cit. p. 509.

<sup>584</sup>Corso di Diritto Romano. Atti illeciti... op. cit. p. 92.

<sup>585</sup>Además, en el capítulo séptimo veremos la opinión de Maier (Prätorische... op. cit. p. 6 ss.) que toma este precepto junto con Gai. 4,112, para, sin negar la clasicidad de estos preceptos, circunscribir la regla de ius civile de la intransmisibilidad (continúa...)

Por lo que hace a D. 48,19,20, también se considera por numerosos autores como un texto postclásico o interpolado<sup>586</sup>. No obstante, consideramos que la explicación que se da a que la pena impuesta a alguien no se transmita a los herederos diciendo que "quod poena constituitur in emendationem hominum" si bien, podría ser perfectamente bizantina o postclásica, tampoco puede negarse que pueda ser el comentario genuino de un jurista (Paulo, por lo demás del siglo III d C.), aún sacado de contexto, a un escritor (Plauto) en el que se explica una de las funciones que cumple (y debe cumplir) el Derecho penal con palabras que proceden más de

---

<sup>585</sup>(...continuación)

pasiva a los cuatro delicta señalados en el fragmento gayano. Maier se basa aquí en *Albertario* que, como vimos en el capítulo II, 1), limita el término *maleficia* a esos cuatro delitos civiles.

<sup>586</sup>INDEX INTERPOLATIONUM cita a Beseler, *Beiträge*, op. cit. IV, p. 87.

Beseler empieza por rechazar la construcción "poena alicui irrogatur" que, textualmente, parece aludir a la imposición a una persona determinada de una pena establecida por la ley especialmente para ella, lo que, señala, sería un procedimiento anticonstitucional y nada habitual y que, por lo tanto, dicha frase sólo es posible por la "insensatez" con que fue redactada dicha ley 20. Por otro lado, indica que *commencitius*, sólo aparece en este lugar, según las fuentes citadas en el V.I.R., y que *comencitio iure* es una frase incomprensible. Cita a H.-Seckel, según el cual, dicha frase se apoya en una aclaración o comentario del propio jurista, pero, entonces, Beseler añade que esta imaginada modulación escolástica del fragmento es desconcertante. Subraya luego la mala construcción en general del fragmento: "...ne ad heredes transeat; cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit". A continuación, destaca que el razonamiento según el cual la pena privada romana contiene en sí misma una finalidad de enmienda, de mejora del condenado, es ajena al Derecho romano y que nos encontramos con un argumento propio de la filosofía griega (en este sentido cita a Protágoras, a Gorgias y a Platón). Termina Beseler preguntándose si es creíble que Paulo haya hablado de la intransmisibilidad de las propias acciones penales bajo la rúbrica "quae actiones heredi et in heredem dentur". Y añade que "se diría incluso que la ley 20 no debía de ser referida a la pena privada. La finalidad de la pena privada romana no es otra que la de la satisfacción del actor".

un lenguaje moralizante que jurídico. Por otro lado, es indudable que resulta extraño e inusual el uso de la expresión "commenticio iure" en la que también se apoya Bonfante para negar que el principio de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de la pena sea algo que estuvo presente en el sistema jurídico romano desde los albores de la ciudad. Voci realiza una exégesis del texto para defender su sustancial genuinidad, y en particular, respecto a dicha expresión, que Voci traduce por "Derecho nuevo", el mismo autor considera que debió encontrarse en el texto original de Paulo y que, por otro lado, esa expresión está inserta en un fragmento de los escritos de Paulo que debía referirse a un supuesto concreto de Derecho penal público y no, desde luego, de Derecho penal privado, donde la expresión no tendría ningún sentido<sup>587</sup>.

---

<sup>587</sup>Voci. Diritto ereditario romano. op. cit. p. 53-54.

Exponemos aquí su comentario sobre el texto que consideramos de gran interés, y que referimos en castellano dada su extensión:

"Paulo debía haber escrito una exposición de carácter general en materia de transmisibilidad: los compiladores han cortado, resumido y llevado a varias "sedes" su discurso: D. (45,1) 92 = 1245; D. (48,19) 20 = 1246; D. (44,7) 49 = 1247. Cuál fuese el propósito con el que el jurista escribiese, no lo sabemos: pocos fragmentos del libro 18 ad Plautium han llegado hasta nosotros y se refieren, más que a la transmisibilidad, a la *cognitio*.

Los dos textos más comprensivos D. (44,7) 49 y D. (48,19) 20, están alterados por los compiladores. Sin embargo sucede, que se ha de ver, si es posible, de restablecer en nuestro texto, su significado para poder juzgar si algo sustancial en el mismo se debe a los compiladores.

a) *Ius commenticium* es una expresión que se da sólo en D. (48,19) 20. *Commenticius* (de *comminisci*) es usado tanto en la lengua clásica como en el latín de las constituciones imperiales: no resulta usado por los juristas. El término significa "inventado" (sobre *comminisci*, Varro, de *lingua latina* VI,44): así pues, en el buen sentido, "nuevo", o bien "ideal"; en un sentido "cattivo", "falso", "ficticio": (...) Está claro que, referido a *ius*, unido a *receptum*, no puede significar más que nuevo: *Ius commenticium* es *ius novum*.

b) Este *ius novum* no parece referirse al Derecho penal privado ya que el término "*poena irrogatur*" no parece propio de él. Se añade a ello que el libro 18 ad Plautium de Paulo parece  
(continúa...)

Pero, en cualquier caso, Bonfante, después de exponer su tesis sobre la originaria responsabilidad colectiva del grupo familiar o gentilicio y la consiguiente transmisibilidad hereditaria de la poena del jefe político de la familia a su heredero añade que "tuttavia, esaminando più dappresso le cose, vien fatto di supporre che l'intrasmissibilità sotto un certo aspetto possa anche essere primitiva, e l'evoluzione non abbia fatto che alterare l'aspetto vero delle cose: en efecto Bonfante añade<sup>588</sup> "que en la obligación primitiva parece que también se debe distinguir en el Derecho romano entre débito y obligación, que suelen distinguirse con los términos alemanes de Schuld und Haftung (es la aplicación que hace el autor de dicha tesis general en materia de Derecho de obligaciones). El deudor es el jefe del grupo; obligado es aquel que responde con su persona física, con el corpus, al cumplimiento del débito: por regla general la persona sujeta es abandonada al servicio o como rehén del acreedor (...) obligatus (obnoxius, nexus) era de ordinario el filiusfamilias, sea por su noxa, es decir por el delito por

---

<sup>587</sup>(...continuación)

que haya tratado argumentos que se refieren a la cognitio. Puede suponerse que el jurista se haya referido a alguna hipótesis particular (...) pero que él haya calificado de ius novum el principio de la intransmisibilidad pasiva de la pena privada es imposible.

c) Los compiladores han vaciado al texto de todo contenido específico: sin embargo interesa tener en cuenta que la sedes en la cual se encuentra está dedicada casi exclusivamente a la pena pública. Diremos incluso que la expresión ius commenticium se debía haber encontrado en el original: La palabra tiene en el lenguaje de la constituciones postclásicas un significado decididamente "cattivo" que no se adapta a ius: no podían incluirla así los justinianeos. En cuanto a la segunda parte del texto, sobre la función de la pena, puede imaginarse con ello unas finalidades interpolacionísticas, pero cosa análoga expone Séneca (XX [I,22]. cit. Voci) o A. Gellio (VII (VI),14).

<sup>588</sup>Corso di Diritto Romano, VI, op. cit. p. 160.

él cometido, sea por el débito de su paterfamilias, pudiendo ser el filiusfamilias a tal objeto transmitido al acreedor en la forma de un mancipium o de un nexum. La obligación, en este sentido limitado y primitivo no puede pasar a los herederos porque es un estado de sujeción del obligatus que no es paterfamilias. El débito por el contrario pasa a los herederos y en el momento en el que viene satisfecho, por quien lo ha asumido o por su heredero, el obligado es liberatus, solutus". Cita a continuación la lex Potelia Papiria que -Bonfante<sup>589</sup>- suprime la ejecución personal por deudas y la nueva obligación contractual se hace transmisible a los herederos, pero no así la obligatio ex delicto, y la razón de ello está en que "nelle prime l'idea del debito, che era trasmissibile, prevalse, in quanto il debito era stato veramente contratto dal debitore. Nelle seconde prevalse l'idea dell'obbligazione, in quanto il paterfamilias debitore non era lui d'ordinario il colpavole. Che in effetto l'idea nell'obbligazione, cioè del atto intrasmissibile, fosse mantenuta più tenacemente nelle obbligazioni ex delicto, lo mostra la sopravvivenza noxae deditio per i delitti della persona soggetta, che la lex Potelia espressamente escluse dal beneficio del rispondere unicamente con il patrimonio (nisi qui noxam meruisset)".

Biondi<sup>590</sup> comenta brevemente esta doctrina de Bonfante e indica que, en realidad, lo que se saca en limpio de la misma

---

<sup>589</sup>Esta tesis que estima a la lex Poetelia Papiria como la que abolió el nexum es la mantenida y desarrollada recientemente por Biscardi. La dottrina romana de la obligatio rei. op. cit., p. 59.

<sup>590</sup>Obbietto dell'antica "hereditas". op. cit. p. 168.

es el hecho de la originaria intransmisibilidad de las deudas nacidas de la obligatio romana primitiva porque la obligatio es elemento verdaderamente jurídico mientras que el debitum, y máxime, añadimos, en esa época, no era nada más que un deber moral o de conciencia.

## 2) La tesis de de De Francisci.

De Francisci en su monografía "Studii sopra le azioni penali e la loro intrassmisibilità pasiva" (Milano, 1912), considera firmemente probado que las acciones penales fueron pasivamente intransmisibles en el Derecho romano clásico y que están interpolados los textos del Digesto en los que se alude a la transmisibilidad pasiva de la propia acción penal privada en los límites del enriquecimiento obtenido por el heredero en virtud del delito del causante. No dudamos de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de dichas acciones penales en el Derecho clásico pero, como veremos, uno de los objetivos más importantes de la tesis será el probar que tampoco puede hacerse de este principio un dogma absoluto, según el *modus operandi* de los pandectistas, que no admita suponer alguna excepción o matización para ciertas acciones penales privadas (y públicas) a lo largo del Derecho romano clásico que vaya más allá de los expedientes jurídicos ideados por el pretor (acciones *in factum*) para impedir un enriquecimiento injustificado a costa de otro.

Siguiendo la exposición de De Francisci, que consideramos básica para todo estudio en materia de intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas, vemos que dicha regla está formulada de una manera general en los siguientes textos:

*Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure*

competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem  
aeque competunt aut dari solent. Est enim  
certissima iuris regula, ex maleficiis poenales  
actiones in heredem nec competere nec dari solere,  
veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum,  
damni iniuriae. (Gai. 4,112)<sup>591</sup>.

---

<sup>591</sup>Debemos subrayar en primer término la expresión "certissima iuris regula" que alude a un principio jurídico que está firmemente consolidado en el Derecho romano. Es más, se trata de una expresión poco usual en las fuentes y que sólo aparece en este lugar de las Instituciones de Gayo. No obstante, Longo (Contributi alla dottrina del dolo p. 128) alude también a que "certissimi iuris est" es una expresión usual en el lenguaje de los rescriptos imperiales, es decir, añadimos, como formando parte del lenguaje jurídico propio de la Cancillería imperial. Este punto es cierto ya que se puede observar que la expresión certissima est (o equivalentes) aparece sólo en 2 textos del Digesto (D. 7,4,5,2; D. 40,5,24,9), recogiendo este último, precisamente, un rescripto imperial. Dicha expresión sólo aparecen en este fragmento de las Instituciones de Gayo, así como en I. 4,12,1, que reproduce el texto gayano. Por el contrario dicha expresión (o equivalentes) aparece en 24 ocasiones en el Código de Justiniano, así como en P. Sent. Interpretatio, 1,17,1; 2,24,8; 2,25,8. También aparece en el C.Th.-Brev. 5,6,1 e interpretatio visigótica, en C.Th.-Brev. 10,3,2, e interpretatio visigótica y en Nov.Th.-Brev. 4,1,1.

Quizá, y esta es una mera hipótesis personal, Gayo quisiese recalcar a sus alumnos un principio jurídico romano vigente desde el tiempo de los "veteres" ante la realidad política y social del Imperio.

Brasiello (Corso di Diritto romano. Atti illeciti... op. cit. p. 91) comenta este fragmento diciendo que en él Gayo se refiere tanto a las acciones ex iure civile (actiones... ipso iure competunt) como a las acciones pretorias (actiones... a praetore dantur) y destaca la pulcritud y exactitud del texto desde un punto de vista de la terminología jurídica de los clásicos. Estamos ante un texto clásico. Además se aprecia que Gayo utiliza el término "ex maleficiis poenales actiones" con lo que, de acuerdo con la tesis general de Albanese (Illecito, E.d D. op. cit., podría resultar, también como hipótesis personal, que Gayo habría querido precisar que la regla de la intransmisibilidad pasiva se circunscribe a la poena derivada de actos ilícitos y no a la poena procesal como es la derivada de la infitiatio del reo en la actio legis Aquiliae.

Por otro lado, parece lógico pensar que ex maleficiis poenales actiones comprende tanto las derivadas de los delicta tipificados en el ius civile como los ilícitos pretorios, pero, como sugiere Maier (Prätorische... op. cit. p. 7-9) al que  
(continúa...)



In heredem non solent actiones transire quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniurarum. D. 50,17,111,1. ( Gai. II ad Ed. Prov.).

Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri "nec ceteros quidem successores": idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim vindicatione tenebuntur re exhibita. item condictio adversus eos competit. D. 47,1,1,pr. (Ulp. 41 ad Sab.).

Es innegable la contundencia con que se expresa Gayo

---

<sup>591</sup>(...continuación)

estudiaremos en profundidad en el capítulo séptimo (p. 665 ss.) se apoya aquí en Albertario para circunscribir la certissima iuris regula referida a los cuatro delicta que son, según Albertario, los únicos delicta a los que les era aplicable el término *maleficio* en el Derecho romano clásico. Como se ha visto, en el capítulo segundo realizamos un estudio de los términos *delictum*, *crimen*, *maleficio*, junto con el estudio relativo a *obligatio*. Concluimos diciendo que ya en el Derecho clásico (y Gayo vive a finales del S. II d.C.) se va produciendo una promiscuidad terminológica acompañada a hechos tales como la aparición de la *cognitio extraordinem* o la codificación del edicto del Pretor.

Además en I. 4,12,1 se recoge la misma regla gayana, prácticamte con los mismo términos y, desde luego, el valor originario que tuvo el término *maleficio* no estaba ya vigente en el Derecho justiniano.

No obstante, las dudas se mantienen y, en este sentido, nos remitimos al capítulo siete.

en el fragmento recogido, pero mayor importancia, si cabe, tienen los dos textos tomados del Digesto que, independientemente de la clasicidad o no de los mismos, en cualquier caso les sirven a los compiladores para hacer una declaración de principios en aras al clasicismo formal de la obra de Justiniano.

Así D. 50,17,111,1 (Gai. 2 ed. prov.)<sup>592</sup> recoge en el título XVII, bajo la rúbrica "de diversis regulis iuris antiqui", la regla de la intransmisibilidad a través del comentario de Gayo al Edicto Provincial.

Por su parte, D. 47,1,1,pr. (Ulp. 41 Sab.), visto más arriba, inicia todo el libro XLVII, relativo a los *delicta privata*, nada menos que con la afirmación de que "civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri...nec quidem ceteros successores"; y aún reforzaría más la importancia del texto del Digesto la frase añadida indudablemente por los compiladores, "nec quidem ceteros successores" porque revelaría el retoque de estilo triboniano, pero al mismo tiempo, y en el mismo fragmento, el escrupuloso respeto por una regla que se funda en el más antiguo Derecho romano y que responde a una verdadera conquista histórica<sup>593</sup>: la individualización del castigo en la sola persona del culpable, quedando a salvo su

---

<sup>592</sup>"In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum".

<sup>593</sup>El afianzamiento de un principio de tal naturaleza, como ya digimos, denota la existencia de un grado de organización social y política: en el campo del Derecho su afirmación en las comunidades humanas protohistóricas puede servir de índice para medir el paso de la Prehistoria a la Historia de la Humanidad, lo mismo que la aparición de la escritura o el desarrollo de la agricultura o de la ciudades. Véase la reflexión de Cicerón, de *natura deorum* 3,38,90, así como Dion. Halicarnaso 8,80. p. 346

familia o su gens.

También, el que los herederos del culpable no sean tenidos con la propia acción penal (antes del *litis contestatio*) lo tenemos también en D. 47,8,2,27<sup>594</sup> a propósito de la rapina y en D. 9,2,23,8<sup>595</sup>, a propósito de la *Lex Aquilia*.

Por otro lado, siguiendo a De Francisci<sup>596</sup>, también se deduce el principio de la intransmisibilidad en el Derecho clásico, en general, de otros textos del Digesto.

Tenemos D. 39,1,22 (Marcell. 15 dig.) en el que se dice, respecto a la denuncia de obra nueva, que en el deber de restituir que se impone al que hizo la obra hay como una pena, pero el heredero no sucede en esa pena<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup>Haec actio heredi "ceterisque successoribus" dabitur. adversus heredes autem vel "ceteros successores" non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. An tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. Et ego puto, ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eum pervenit, quia putavit sufficere conditionem.

<sup>595</sup>Hanc actionem et heredi "ceterisque successoribus" dari contat: sed in heredem "vel ceteros" haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus est.

<sup>596</sup>Studi sopra le azioni... op. cit. p. 13 ss.

<sup>597</sup>Estamos en el campo de los interdictos. Lo que se quiere indicar en el texto es el hecho de que en el supuesto no aparece ninguna relación con la idea de la *obligatio ex delicto*. El causante muere antes de que tenga conocimiento de la denuncia formulada contra él, pero no será necesario un nuevo interdicto por parte del magistrado contra el heredero del denunciado porque el deber del heredero de permitir que su adversario destruya la obra (deber de restitución) no es algo que pueda asimilarse a una *obligatio ex delicto*.

No obstante, Justiniano asimilará los interdictos a verdaderas acciones judiciales. En tal caso quizá estemos ante una clara interpolación en la que se aproveche un fragmento previo para subrayar en el texto transcrito que, ejercitada la acción, aún cuando la misma no ha sido contestada, la misma se transmite contra el heredero, sencillamente, porque no se trata

(continúa...)

También se cita D. 27,7,8,1 (Paul. 9 resp.) en el que al regular los efectos de la *litis contestatio* se dice "...nam *litis contestatione* et poenales acciones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur".

En D. 35,2,32,pr. (Maec. 9 de fidei.) se dice, de modo general, que las acciones penales, legítimas u honorarias, con excepción de las acciones populares, no dejan de computarse en el patrimonio hereditario del que puede ejercitarlas (transmisibilidad activa); por el contrario, tratándose de la *actio iniuriarum* se dice que, en este caso (se trata de una de las acciones *vindictam spirantes*), tampoco se contará en el patrimonio del que pueda ejercitarla si éste ha muerto<sup>598</sup>.

De Francisci añade a los anteriores los textos siguientes, diciendo que vienen a demostrar indirectamente la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas:

Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem "similisque personas" transire. (D. 44,7,59 (58). Call. lib. 1 ed. monit.).

Omnes acciones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent. (D. 50,17,139, pr.; Gai. <9> ed.).

---

<sup>597</sup>(...continuación)  
de una acción penal y no importa que no se haya producido la *litis contestatio*.

<sup>598</sup>La vinculación de la transmisibilidad hereditaria activa de las acciones penales con la configuración de las misma como verdaderos elementos patrimoniales perfectamente distinguibles en el seno de la *hereditas* es objeto de particular atención en p. 371

Poenalia iudicia semel accepta in heredem transmitti possunt. (D. 50,17,164 ; Paul 51 ad Ed.).

Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt. (D. 44,7,26. Ulp. 5 de cens.). Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenam persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. (D. 44,7,33. Paul. 3 dec.).

Estamos de acuerdo con De Francisci con la impresión de que algunos de los textos ahora referidos parecen estar pensados para la *cognitio extra ordinem* con lo que se aprecia la pervivencia en época tardía de un principio clásico.

Y termina el citado autor añadiendo también otro texto: D. 44,7,49 (Paul. 17 ad Plaut.) en el que se dice que "ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versatur..." que, como demuestra Rotondi<sup>599</sup>, refleja la reacción triboniana a aquella tendencia de los bizantinos a limitar la responsabilidad del heredero en caso de incumplimiento doloso del contrato por parte del causante al límite de cuanto llegó al heredero en virtud del *dolus defuncti*. Como expresa Rotondi, resultaba una barbaridad, que recibe su máxima expresión en I. 4,12,1<sup>600</sup> el hacer responder en mayor medida al heredero

---

<sup>599</sup>Dolus ex delicto e dolus ex contractus... op. cit. p. 42.

<sup>600</sup>"...Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit..."

en caso incumplimiento contractual por parte de su causante motivado por dolo -es decir su intención de incumplir el contrato en los términos pactados y con arreglo a la buena fe- que si dicho incumplimiento se produce por simple culpa leve por su parte. Estabamos ante el resultado de la torpe aplicación de una metodología que quiere hacerlo girar todo en torno al elemento moral de la intencionalidad de las partes contratantes. Frente a ello reaccionan los miembros de la comisión que redacta el Digesto, bajo la dirección de Triboniano, para dejar claro que los principios que rigen la metodología jurídica del Derecho penal son distintos de los aplicables al campo patrimonial de las obligaciones contractuales. Así, aunque el incumplimiento contractual en sí mismo considerado, llegue a ser entendido como un delito, no deja por ello de transmitirse la acción contractual contra los herederos del deudor por el importe del débito. Otra cosa será lo que ocurra con la acción penal derivada de ese supuesto específico de incumplimiento contractual.

Así, *sensu contrario*, queda claro también que a tenor de lo visto, cuando "*delictum versetur*" las acciones no se dan *in heredem*.

Por último, De Francisci<sup>601</sup> hace referencia a algunos textos en los que el autor rebate que se pueda interpretar que establezcan la transmisibilidad pasiva de la propia acción penal en el Derecho clásico, bien porque en realidad nada dicen al respecto, como en D. 50,17,29, o 38 (Pomp. 29 ad Sab.); bien porque el texto esté sacado de un contexto en el que se hace referencia precisamente a una acción no penal, como ocurre en D.

---

<sup>601</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 12 ss.

50,17,44, que, a tenor de la Palingenesia de Lenel (Ulp., 847) está sacado del final de D. 14,4,9,2 (Ulp. 29 ed.) y que, por lo tanto, se refería originariamente a la *actio tributoria*. En el mismo sentido -De Francisci- D. 50,17,157,2 (Ulp. 71 ed.) tampoco quiere decir nada contra la intransmisibilidad de las acciones penales porque se refiere a D. 43,26,8,8 (Ulp. 71 ed.) en el que se trata de la responsabilidad del heredero por dolo del difunto, hasta lo que llegó a su provecho (*quatenus ad eum pervenit*), en caso del interdicto de precario: así pues D. 50,17,157,2 no está contraponiendo acciones *ex contractu* con acciones *ex delicto*, sino que su sentido real es el de distinguir entre la acción *ex contractu* y el interdicto de precario, cuyos principios- De Francisci- no deben confundirse con aquellos de las acciones penales, tratándose de dos formaciones histórica y estructuralmente distintas<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup>El autor cita en último lugar D. 44,7,35,pr. para considerar interpolado el texto que establece la transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales honorarias cuando "*rei persecutionem continent*". Se puede estar de acuerdo con esa interpolación que no empaña, sin embargo, la genuinidad material del texto, conforme el estudio realizado del mismo en p. 62 ss.

3) Relación de acciones penales privadas: especial referencia a la cuestión de su transmisibilidad o intransmisibilidad hereditaria activa y pasiva.

A) Introducción.

Las fuentes al referirse a las respectivas acciones penales incluyen generalmente normas relativas a la intransmisibilidad activa y pasiva de dichas acciones.

A lo largo de este capítulo vamos a examinar dichas fuentes, de las que resulta, con carácter general, la regla de la transmisibilidad hereditaria activa de la mayor parte de las acciones penales privadas, y la de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de dichas acciones, si bien, tal y como aparece en la Compilación, se reconoce en numerosas ocasiones la transmisibilidad de determinadas acciones penales contra el heredero en la medida en que haya obtenido un enriquecimiento patrimonial por el delito del causante.

Hacemos un análisis particular de las diversas acciones penales privatae siguiendo para ello la exposición que hace De Francisci<sup>603</sup>.

En particular, vemos los caracteres que a tenor de las

---

<sup>603</sup>P. de Francisci. Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva. Milano 1912.

Sobre el tema también con carácter general Voci (Risarcimento e pena privata nel Diritto romano classico. Milano 1939.); Brasiello (Corso di Diritto romano. Atto illecito Pena e risarcimento del danno. Milano, 1957).



fuentes definen en cada caso a las acciones como penales centrándonos especialmente en lo que constituye el objeto central de nuestra Tesis, es decir en el tema de la transmisibilidad o intransmisibilidad activa y pasiva, como también, supuesta la premisa de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales, en las medidas que el Derecho romano arbitra, con referencia a cada acción en particular, para evitar que el heredero se enriquezca injustamente del delito de su causante.

Vamos a ir viendo, y es un principio que anticipamos, que el elemento determinante tanto para la transmisibilidad activa de la acción como para hacer responder al heredero por el delito de su causante, aún cuando sea a través de una específica acción de enriquecimiento (*actio in factum in id quod ad eum pervenit*), es el que se refiere a la existencia de un contenido reipersecutorio<sup>604</sup> que, dentro de la misma

---

<sup>604</sup>Voci (Risarcimento e pena... op. cit., p. 108) considera que es un grave error lo que acabamos de afirmar: "il principio é che tutte le azioni penali siano attivamente intrasmissibili, é un errore l'affermazione, ripetuta qualche volta nelle fonti, che la trasmissibilità attiva sia l'effetto della rei persecutio implicita nella pena: vale dire, tradisca l'azione mista". En particular, las fuentes nos justifican la transmisibilidad activa de la *actio de alienatione iudicii mutandi causa* (D. 4,7,4,6; Ulp. 13 ed.), de la *actio metus* (D. 4,2,14,2; D. 4,2,16,2; Ulp. 11 ed.) y de la *actio contra el missus in bona* (D. 42,5,11; Ulp. 62 ed.) precisamente porque, se dice en ellas, que esas acciones penales "rei persecutionem continent".

Albertario (Nota sulle azioni penali..., B.I.D.R., 26, 1914. op. cit., p. 18) o Perozzi (Istituzioni (2) op. cit., p. 65 nota 2; consideran que estamos ante una interpolación. Voci (Risarcimento e pena... op. cit. p. 109) entiende por el contrario que no estamos ante una interpolación de textos y señala al respecto que los justinianos no podían introducir así, de forma esporádica, un concepto; y, de otra parte, considera la inexactitud de la citada expresión que considera demasiado grave como para poderseles atribuir.

Ahora, creeemos nosotros, si no es por los compiladores, si como vimos arriba tampoco, según Voci, estamos ante una expresión clásica, ¿a quién se debe esta expresión?. ¿Podría ser un (continúa...)

<sup>604</sup> (...continuación)

glosema?.

Von Lübtow (Zur aktiven Vererblichkeit von Straf- und Ersatzklagen. Z.S.S. 65, 1932. p. 334 ss.) hace un estudio de los fragmentos de la Compilación en los que aparece la expresión "rei persecutionem continent" como cláusula estereotipada por la que los compiladores justifican, fundamentalmente, la transmisibilidad hereditaria activa de las acciones penales que persiguen un delito que produce una lesión patrimonial: el citado autor entiende que dicha expresión es fruto de la interpolación sistemáticamente llevada a cabo por los compiladores pero, y esto es fundamental, al mismo tiempo reconoce que tras esta frase se perfila la expresión formal justiniana de una realidad que ha era perfectamente percibida por Ulpiano o por Paulo: la existencia de una valoración patrimonial ínsita en las acciones penales que cumplen también una función reparatoria del daño sufrido por la víctima y que, en cuanto tal valoración, fruto a su vez de esa función, son activamente transmisibles al heredero del lesionado por el delito.

Levy (Privatstrafe... op. cit. p. 3 n. 5, p. 41, p. 82) entiende que la expresión "rei persecutionem continent" es clásica y que el tema de la transmisibilidad hereditaria activa de la gran mayoría de las acciones penales privadas resulta de la función que realmente desempeñan en el sistema jurídico.

Girard. (Manuel...<sup>6</sup> op. cit. p. 408. n. 1.) expresa una opinión que estimamos como una aguda intuición cuando señala que la idea de que algunas acciones penales rei persecutionem habent o continent se utilizaba por los juristas clásicos para justificar la sustracción de ciertos caracteres penales de las acciones penales como es el caso de la intransmisibilidad activa (D. 4,2,16,2, o D. 4,7,4,6, o D. 42,5,11). También se utiliza Girard- para justificar que en caso de un delito cometido por varios delincuentes que el pago hecho por uno de ellos libere a los demás (D. 4,2,14,15, D. 4,3,17,pr.). Por último señala Girard que "le caractère empirique de ces solutions se révèle à ce qu'il arrive au même moment la même action de pénale ou de réipersecutoire selon la solution qu'il veut donner". D. 42,5,9,8; 11.

Nosotros entendemos siguiendo a Von Lübtow, antes citado, y el cual, a su vez, menciona expresamente M. Kaser (röm. Privatrecht I<sup>2</sup> op. cit. p. 612, n. 26), cuando explica la transmisibilidad hereditaria activa de la generalidad de las acciones penales privadas, y, de acuerdo con lo que resulta de nuestro estudio, que la expresión, referida a la transmisibilidad hereditaria activa de las acciones penales privadas, es aplicada por los compiladores pero, al mismo tiempo, en ella se recoge toda una evolución jurídica que arranca del Derecho clásico. Von Lübtow apunta incluso que la expresión "rei persecutionem continent" procede de los profesores de la escuela de Berito al estudiar sistemáticamente los textos clásicos relativos a las acciones penales privadas. En este sentido señala "que la reiterada afirmación según la cual la transmisibilidad activa de las acciones cualitativamente mixtas descansa sobre la función (continúa...)

condemnatio, se deslinda del contenido penal en el que va subsumido, el cual nace de la naturaleza penal de la propia acción.

A continuación vamos a hacer una relación de acciones penales privadas siguiendo para ello la relación que se contiene en la obra de De Francisci (Studii sopra le azione penali...op. cit.) en la que se hace un examen de los caracteres que integran la estructura de dichas acciones a la luz de la doctrina de la época.

Debemos hacer las siguientes consideraciones previas:

- En primer término, seguimos la sistemática empleada por el autor que distingue, como veremos, en su relación, entre acciones indudablemente penales y aquellas que aún consideradas

---

<sup>604</sup>(...continuación)

reipersecutoria, debe su origen a la necesidad de esquematización de los compiladores. Esta necesidad de trabajar con conceptos esquemáticos se debe a la sucesión metódica del estudio en Berito. Los profesores de esa escuela se esfuerzan en reanimar el estudio del Derecho y utilizan en sus deducciones antiguas fórmulas. No es pues de extrañar que los bizantinos educados con estas normas utilicen la fórmula clásica "rei persecutionem continent" y la introduzcan en el Digesto incluso allí donde nunca tuvo lugar".

Nosotros añadimos el hecho de que los textos citados arriba se contienen, como la mayoría de los que tratan de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales, en los comentarios de Ulpiano al Edicto. Esto nos lleva a considerar en su conjunto los comentarios de Ulpiano, a buscar una unidad formal en esos textos y a considerar, en definitiva, que una expresión como la que estudiamos que aparece en diversos lugares del Digesto para referirse a la misma materia y con la misma finalidad: o bien es realmente clásica, producto ya sea de la práctica forense ya sea de la escolástica, y recogida por Ulpiano al comentar el Edicto, o bien, estamos ante una cláusula que ha sido perfectamente encajada en los fragmentos del Digesto, tomando esa expresión inicialmente clásica, por quienes podían y sabían hacerlo: los compiladores. En cualquier caso, no creemos que se trate de un torpe glosema postclásico fruto de la vulgarización del Derecho clásico.

como penales por la generalidad de la doctrina, presentan dudas o, respecto de ellas, hay que hacer matizaciones ya sea porque las fuentes nos proporcionan pocos datos, ya porque si bien se originaron como penales se transformarían en el curso de la Historia en reipersecutorias y, por último, se mencionan también algunas acciones que aún siendo calificadas generalmente como reipersecutorias presentan algunos indicios que hacen pensar a algún autor que podemos encontrarnos ante una acción penal, al menos en algún momento de su historia jurídica.

Por otro lado, De Francisci divide también las acciones penales en dos grupos según que las fuentes nos refieran sin más la intransmisibilidad pasiva o se nos indique que la acción penal se transmite contra el heredero pero en la medida en que se haya enriquecido a causa del delito del causante. Sobre esta base entramos a fondo en la exégesis de los textos más controvertidos.

- La obra de De Francisci recoge el *status quaestionis* de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas a principios de este siglo. Nosotros pretendemos, en la medida de nuestras posibilidades, respecto de las diversas acciones que analizamos, y, desde luego, respecto a las más importantes, recoger las diferentes aportaciones de la doctrina romanista hasta llegar a nuestra época, en una forma de trabajo que puede recordar a la que da lugar a los escolios bizantinos que, en cadenas de comentarios, enriquecieron el legado histórico-jurídico de la Compilación de Justiniano.

-El capítulo de la tesis se completará con una referencia obligada a la transmisibilidad hereditaria de los interdictos que tendrá lugar en el capítulo sexto de la Tesis.

Es un tema que tratamos aparte dada la problemática específica allí planteada.

B) Primer grupo de acciones penales privadas.

Nos referimos en primer término a aquellas acciones cuya estructura considera De Francisci que es indudablemente penal y, respecto de las cuales, la Compilación nos refiere la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de la misma:

1) Actio ex alienatione iudici mutandi causa facta<sup>605</sup>.

Es una acción creada por el Pretor para el caso en el cual la alienatio consiste en un cambio de hecho más que en un cambio del estado de derecho que podría restaurarse mejor por una restitutio in integrum<sup>606</sup>. Pero nuestra acción, a tenor de las fuentes<sup>607</sup>, se configura como una acción pretoria (D. 10,3,24,1 i.f.), in factum (D. 4,7,1,pr.), que está dirigida a conseguir "quantum (actoris) intersit alium adversarium non habuisse". El acto por el que se pretende perjudicar al adversario poniéndole en una posición menos ventajosa en la lid es considerado como

---

<sup>605</sup>De Francisci. Studii sopra le azioni... op. cit., p. 35 ss. Voci. Risarcimento e pena... op. cit., p. 150. Bibliografía n. 12.

<sup>606</sup>Lenel. Das Edictum perpetuum<sup>3</sup>. Tit. X, 40. p. 115.

<sup>607</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. X, 46. p. 125. (Ulp. 13, Paul. 12, Gai. 4, Pedius, 9).

delictum: ... "videatur autem ex delictum dari". (Gai. 4 Ed. prov.).

Ahora bien, cuando en el Digesto se trata del tema de la transmisibilidad y de la anualidad de la acción aparece la siguiente cadena de textos contradictorios:

Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur in heredem autem (D. 4,7,4,6. Ulp. 13 ed.).

vel "similem" (D. 4,7,5. Paul. 11 ed.).

vel post annum non dabitur, (D. 4,7,6. Ulp. 13 ed.).

quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. (D. 4,7,7. Gai. 4 ed. prov.).

La cadena de textos citados no tiene sentido. Hay una contradicción evidente entre el fragmento de Ulpiano y el de Gayo. En particular, a tenor de lo visto, Ulpiano nos dice que "haec actio non est poenalis" y, por su parte, Gayo reafirma que "videtur autem ex delicto dari".

Junto a ello aparece algo esencial: el juego del elemento reipersecutorio en la condemnatio.

De Francisci<sup>608</sup> considera la cadena de textos como fruto de interpolación y propone la siguiente redacción:

Haec actio [non] est poenalis sed reipersecutionem

---

<sup>608</sup> Studi sopra le azioni... op. cit., p. 37-38.

arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem vel post annum non dabitur<sup>609</sup>.

Biondi<sup>610</sup> entiende que estos textos son producto de la fusión por los compiladores de dos acciones distintas existentes en el Derecho clásico: la propia actio in factum penal por el "id quod interest" y otra acción pretoria útil "perinde ac si possideret" por la que el demandado podría evitar ser condenado por una acción penal si se aviniera a que se ejercitase contra él esta acción reipersecutoria y, eventualmente, ser condenado. Los justinianeos-Biondi- unifican ambos remedios bajo el título de la actio in factum y configuran la nueva acción como una acción arbitraria que "rei persecutionem arbitrio iudicis continet" (pero refiriéndose al juez de la cognitio extraordinem) siendo así que la acción, aún nominalmente penal, es arbitraria en tanto que el reo puede quedar liberado a la pena si es condenado "perinde ac si possideret".

Levy<sup>611</sup> alude a la naturaleza cualitativamente mixta que, a tenor de estos fragmentos, debió de tener la acción. Así

---

<sup>609</sup>Es el tema de la naturaleza y función de la actio poenalis. De Francisci lo ve claro conforme a su tesis: estamos ante una acción de naturaleza penal pero de función reipersecutoria por razón de su contenido. Pero ya vimos que naturaleza y función son realidades inseparables de cuya unión nace la estructura de la acción penal correspondiente. Vemos lo que ocurre respecto a la intransmisibilidad activa, pero las fuentes no nos dicen nada acerca de la concurrencia de la acción con otras reipersecutorias. Se puede dudar que fuese cumulativa al menos respecto a los iudicia ex bona fidei dado el contenido de la condemnatio de esta actio poenalis.

<sup>610</sup>B. Biondi (Actiones arbitrarie... op. cit., p. 110 ss.)

<sup>611</sup>Privatstrafe... op. cit.

la acción sería penal por su naturaleza y reipersecutoria en atención a la función realmente perseguida. Así<sup>612</sup>, para dicho autor la naturaleza penal de la acción resulta de su anualidad e intransmisibilidad pasiva, pero la función realmente reipersecutoria deriva de que persigue el interés del demandante como también en el hecho de que la acción se transmita activamente al heredero. Levy ve una clara prueba de su afirmación en las palabras de Gayo (D. 4,7,7) en las que señala que la acción "*pertinet quidem ad reipersecutionem, videtur autem ex delicto dari*". Y Levy concluye en función de ello diciendo que "so ist das ein erneuter starker Beweis dafür, dass derartige Ausdrücke der römischen Juristen nicht auf die Natur einer Klage hinweisen, sondern nur darauf, dass innerhalb, einer Strafklage das Ersatzelement zur Geltung gekommen oder unbeachtet geblieben sein". Y, más adelante deduce de las palabras de Gayo que no significan otra cosa que "die actio pönal ist, dass also Strafklage auch, *ad rei persecutionem pertinere kann*"<sup>613</sup>.

Von Lübtow<sup>614</sup> señala que no cabe duda del carácter penal de la acción, se le atribuya o no la existencia de una cláusula arbitraria. Los justinianeos interpolaron no sólo el "non" sino también el "sed" del mismo fragmento: "los compiladores ponen el "non" porque una acción en la que se persigue también un interés propio resulta siempre reipersecutoria debido al concepto, creado por ellos, de actio mixta, pero esto no siempre es así para los clásicos". Pero los

---

<sup>612</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 82.

<sup>613</sup>E. Levy. op. cit., p. 83.

<sup>614</sup>Zur aktiven Vererblichkeit. op. cit., p. 334.



compiladores no se contentan con negar el carácter penal de la *actio in factum* sino que le añaden el "sed" para referirse a la cláusula, y por consiguiente, función restitutoria por arbitrio del juez.

Von Lübtow considera que la reconstrucción del texto clásico más acertada es la de Beseler y es la siguiente:

**Haec actio est poenalis, quare in heredem vel post annum non dabitur. Heredi autem dabitur.**

Pero, en definitiva, consideramos que de lo que no se puede dudar es de que las fuentes advierten que "haec actio..." "rei persecutionem continet" indudablemente para indicar la existencia de un matiz de reintegración patrimonial en el seno de la penalidad de la acción para, de esta forma, justificar la producción de un efecto civilístico no rigurosamente coherente con lo que es la responsabilidad penal: la transmisibilidad de la acción al heredero de la víctima. También se aprecia la duda, implícita o explícitamente planteada, sobre el efecto que ese elemento ha de producir sobre la transmisibilidad pasiva y la anualidad de la acción aunque los compiladores se esfuercen en declarar la vigencia de los principios clásicos: en suma apreciamos un enfrentamiento entre principios materiales y formales del Ordenamiento jurídico lo que da lugar a una cadena de fragmentos cuyo resultado, desde una lógica formal, es absurdo.

Por último, Kaser<sup>615</sup> incluye a esta acción dentro del

---

<sup>615</sup>Das Römische Privatrecht. I', op. cit., p. 629.

grupo de acciones pretorias penales en las que el actor persigue el *id quod interest*, y por consiguiente-Kaser- junto a su finalidad penal (*Strafzweck*) tienen también función reipersecutoria (*Sachverfolgung*). Añade que en este grupo de acciones, en la mayoría de los casos, la fórmula establece un *quanti ea res erit*.

2) *Actio de arboribus succisis* y *actio arborum furtim caesarum*.

Parece que estamos ante dos acciones diferentes. Respecto de la primera acción<sup>616</sup>, las XII Tablas sancionan con la pena de 25 ases a aquél que hubiere abatido un árbol de otro. (Gai. 4,11; D. 12,2,28,6; D. 47,7,1; Plin. Nat. Hist. 17,1,7; D.

---

<sup>616</sup>A prósito de esta acción se planteó un importante debate doctrinal respecto a la existencia o no, en el Derecho clásico, de acciones penales mixtas. Los dos polos opuestos de ese debate eran aquí Voci (*Risarcimento e pena...* op. cit., p. 136-137) y Levy [*Konkurrenz...* op. cit. 2, 1, p. 178 ss. (cit. Voci)], además de otros autores allí citados. La discusión se centra en D. 19,2,25,5: *Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.* ((Gai. 10 ad ed. prov.).

Levy para demostrar que la *actio ex lege Aquilia* es mixta nos indica que en este supuesto tanto esta acción como la *actio de arboribus succisis* han de ceder su puesto ante la acción de locación. Voci gana aquí la batalla: El argumento no es válido para aducirlo en favor de la consideración de la *actio ex lege Aquilia* como una acción mixta, sencillamente porque eso equivaldría a considerar también, en este caso, a la *actio de arboribus succisis* como una acción mixta. No obstante se plantea si la acción mencionada en el texto de Gayo y transcrita en el Digesto sea realmente la antigua acción de las XII Tablas, o si, por el contrario, sea bajo esa denominación artificial, una acción penal reparatoria. Así Siber, citado por Voci, en *Passivleg.* (p. 175) consideraría la acción que sustituye, aún con la misma terminología interpolada, a la acción de las XII Tablas como "*eine reipersekutorische Deliktsklage*" (cit. Voci, op. cit., p. 136).

47,7,11; D. 47,7,2; 4. La acción era penal y no cabe duda de que sería intransmisible al menos pasivamente<sup>617</sup>.

Más tarde-De Francisci- junto a la acción civil aparece una acción distinta, de origen pretorio<sup>618</sup>, que es la *actio arborum furtim caesarum* la cual no estaba limitada al "succidere" sino que estaba dirigida a castigar en general el "furtim arbores cinxisse subsecuisse eccidisse". (D. 47,7,5,pr.; 7,pr.; 7,4; 8,1; P. Sent. 2,31,24(25) y sanciona como pena el doble del "id quod interest". (D. 47,7,7,7; 8,pr.). La acción es penal y noxal (D. 47,7,7,5,6). No obstante en D. 47,7,7,9 la acción concurre alternativamente con la acción de locación.

Sobre esta acción Carrelli<sup>619</sup> realiza un amplio trabajo en el que indica que la primera acción castigaba el daño hecho "iniuria" y fue absorbida por la *actio ex lege Aquilia* que, en lugar de una pena fija establecía una pena equivalente al daño causado y además teniéndose en cuenta el máximo valor de la casa en el último mes<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> De Francisci. Studi sopra le azioni... op. cit. p. 37. Girard. Manuel<sup>5</sup>. p. 430, 431. n 3 (cit. De Francisci) y Manuel<sup>6</sup> op. cit. p. 439, 444, n. 2.

<sup>618</sup>En el mismo sentido: Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII, 139. p. 337. (Ulp. 38, Paul. 39; Gai. 13).

<sup>619</sup>E. Carrelli. Il delitto di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel Diritto romano. S.D.H.I., 5 (1939). p. 329 ss.

Citamos también a A. Fliniaux (L'action de arboribus succisis. Studi Bonfante, 1 1930, p. 523 ss.) que también distinguen entre ambas acciones y refiriéndose en particular a la *actio de arboribus succisis* indica que se trata de una acción *ex iure civile*, penal y originada en la época de la XII Tablas.

Por último, A. Bignardi. Actio, interdictum, arbores. Contributo allo studio dei rapporti dei vicinato. INDEX, 12, 1983-1984. p. 465 ss.

<sup>620</sup>Carrelli op. cit., p. 374 ss.

La segunda acción castigaba el daño hecho "furtim", es decir, no solo injustamente causado sino también con la intencionalidad de causar un daño a otro<sup>621</sup>.

Los justinianeos unificaron-Carrelli- en una sola ambas acciones, bajo la rúbrica de la más reciente que es la *actio arborum furtim caesarum*, pero al fusionar ambas acciones refieren su origen a las XII Tablas como se indica en D. 12,2,28,6 y en D. 47,1,1.

Frente a Carrelli, Brasiello<sup>622</sup> sigue, con Albanese y Berger, una tesis distinta a la anterior a la que el mismo autor califica de mayoritaria en la doctrina. Según esta segunda tesis existió en Roma la *actio arborum furtim caesarum* que deriva de las XII Tablas. En este sentido destaca Brasiello el hecho de que en D. 47,1,1 y en D. 19,2,25 se refiera precisamente a las XII Tablas dicha acción, si bien, reconoce que la doctrina mayoritaria considera éstos textos interpolados. La acción pretoria fue sólo-Brasiello- una continuación de la más antigua en la que la condena de 25 ases fue elevada por el Pretor al *duplum*, después de la devaluación de dicha moneda en los últimos siglos de la República. Indica también que la acción fue prácticamente absorbida por la *actio ex lege Aquilia* y que sólo se mantiene como acción autónoma cuando interviene el elemento del del "furtim".

Visto todo lo anterior, por lo que hace a la

---

<sup>621</sup>Carrelli. op. cit., p. 362.

<sup>622</sup>Actio de arboribus succisis. N.N.D.I. I<sup>1</sup>, p. 258 donde cita a B. Albanese. La nozione del "furtum" fino a Nerazio. Ann. Palermo, XXIII, 1953. p. 5 ss. A. Berger. Vi sono nei Digesti citazioni interpolate delle XII tavole ?. Studi Riccobono, I, Palermo. 1974. p. 585 ss.

intransmisibilidad hereditaria pasiva, se establece en D. 47,7,7,6:

Haec actio etiamsi poenalis sit, perpetua est, sed adversus heredem non datur: heredi "ceterisque succesoribus" dabitur.

Se mantiene pues el principio clásico y creemos, con De Francisci, que la razón de la perpetuidad de la acción está en que en ella el pretor imita el *ius legitimum*. (Gai. 4,110-111).

3) Acción contra el *argentarius* que viole el deber de la *editio*.

El Pretor establece esta acción para garantizar que los *argentariae mensae exercitores*, a demanda de los interesados, han de "edere" los "instrumenta" relativos a su gestión. (D. 2,13,4,pr.)<sup>623</sup>.

La acción *in factum* está dirigida "in id quanti interfuit" (D. 2,13,6,4) y contra aquel "qui dolo malo non edidit".

Para De Francisci la acción es penal: los textos hablan de *delinquere* (D. 2,13,4,5) y de *punire* (D. 2,13,8,pr.). Pernice (cit. De Francisci) entiende que la acción no es penal y argumenta que se da contra el heredero y que el *dominus* es

---

<sup>623</sup>Lenel. EP<sup>3</sup> Tit. III,9 (2). p. 59 ss. 64. (Ulp. 4, Pul. 3, Gai. 1, Callist. 1).

A. M. Giomaro. A. in factum adversus argentarius. St. Urbinati, 45. 1976-1977. p. 55 ss.

responsable hasta el límite del peculio<sup>624</sup>; además, añadimos, que la acción es subsidiaria respecto de cualquier acción reipersecutoria (D. 2,13,9,pr.).

Levy<sup>625</sup> también consideró, en contra de Pernice, prácticamente con los mismos argumentos de De Francisci, el carácter penal de la acción. Además sólo admite una función reipersecutoria de la acción en la responsabilidad del pater o dominus del que delinquirió en el límite del peculio. Respecto a la transmisibilidad pasiva de la acción, Levy dice tajantemente: "Gegen die Erben ging die Klage nicht".

Por nuestra parte constatamos en favor del carácter penal de la acción lo que se dice en D. 2,13,13:

Haec actio neque post annum neque in heredem nisi  
ex suo facto dabitur. Heredi autem dabitur.

---

<sup>624</sup> De Francisci. Studii sopra le azioni... op. cit., p. 40. El texto en cuestión es D. 2,13,4,2-3, (Ulp. 4 ed.). Ahora, Voci (Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 114) sigue un razonamiento con el que estamos de acuerdo: el fragmento dice en primer término que si actúa el esclavo siendo consciente el dueño, responde éste último, como si fuese el banquero, si el esclavo no rinde las cuentas. Si, por el contrario, el dueño no es consciente, basta con que jure que no tiene cuentas (rationes non habere) y si, en cualquier caso, <se descubre que> las tiene en su poder y no las presenta, responde por entero.

Si el texto se está refiriendo realmente a la falta consistente en la no comunicación de las cuentas no cabe un tercer género a los vistos arriba, esto es, o que sea consciente el dominus y responda, o que no lo sea y no responda, a menos que lleguen a su poder las cuentas, y entonces queda liberado por juramento.

Parece entonces que la responsabilidad de peculio o de in rem verso son fruto de una mala interpolación. En este sentido también Biondi, Actiones noxales, op. cit., p. 63, n.9, citado por Voci.

<sup>625</sup> Privatstrafe... op. cit., p. 61 ss.

#### 4) Acción contra el falso tutor.

En el edicto aparecen dos acciones. La primera bajo la rúbrica "quod falso tutore auctore [gestum?] esse dicatur", donde junto a una *restitutio in integrum* se encuentra un edicto que promete una acción contra el falso tutor que, "dolo malo", haya sido actor en un proceso<sup>626</sup>. La acción es *in factum*, anual y noxal, aunque con arreglo a D. 27,6,7,4 la acción, caso de ser varios los tutores, es solidaria y así se extingue tan pronto como pague uno, puesto que quedan liberados los otros. No obstante el texto está interpolado, pues en Derecho clásico es la *litis contestatio* y no el pago de la condena lo que, en cualquier caso, y con independencia a toda consideración del problema de la cumulatividad de las acciones penales, consume una acción judicial<sup>627</sup>. El texto pues no podía ser clásico.

Por otro lado, Levy, en tanto en cuanto la acción se dirige al interés del demandante, entiende que dicha acción penal persigue una función reipersecutoria y no penal<sup>628</sup>. Esta misma idea es recogida luego por Kaser<sup>629</sup>.

Y por lo que hace a la transmisibilidad de la acción, tenemos:

**Has in factum actiones heredibus quidem competere**

---

<sup>626</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. X, 43. p. 119. (Ulp. 12; Paul. 12; Gai. 4; Pomp. 30, 31.)

<sup>627</sup>Capítulo primero. 6).-D.

<sup>628</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 84 ss.

<sup>629</sup>Das Römische Privatrecht I<sup>2</sup>, op. cit., p. 629.

"ceterisque succesoribus", in eos vero non reddi  
Labeo scribit nec in ipsum post annum, quoniam et  
factum puniunt et in dolum concipiuntur: et  
adversus eas personas quae alieno iuri subiectae  
sunt, noxales erunt.

(D. 27,6,9,1).

La segunda acción<sup>630</sup> está dentro del título del Edicto de tutelis y se refiere a la concreta actuación del falso tutor "in contrahendo". Esta acción-De Francisci- debía tener carácter similar a la precedente.

#### 5) Actio furti<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXII, 122. p. 317. (Ulp. 35, Iul. 21.)

<sup>631</sup>Referimos a continuación una bibliografía sobre este delito: M. Pampaloni. Furto di possesso e furto di uso. Studi Senesi, 10, 1893. Sopra alcuni azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles). Studi Senesi, 17, 1900, p. 149 ss. y p. 253 ss. Studi sopra il delitto di furto I: l'actio de tigno iuncto e il delitto di furto. B.I.D.R., 21, 1909. p. 205 ss.; Huvelin. Études sur le furtum dans le très ancien Droit romain. I ed. anast. Roma, 1968. p. 319 ss.; Girard. Manuel<sup>6</sup>... op. cit. p. 410 ss.; Schulz. Die aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Z.S.S., 33, 1912. p. 37 ss. (En este artículo fundamental Schulz defiende que en el Derecho clásico sólo se reconoce un verdadero interés para ejercitar la actio furti en el propietario de la cosa robada y en aquellos detentadores de la cosa que han de responder frente al propietario por custodia. Esta tesis seguida luego por Kaser entre otros, es rechazada, también, entre otros, por Voci (op. cit., p. 26 ss.) que defiende el hecho de que, en el Derecho clásico, la determinación del importe de la condemnatio varía según el interés que el robado tenía respecto de la cosa: así, la estimación será por el "quantum ea res fuit" en el caso del propietario o de quien haya de responder por custodia, mientras que sería por el id quod interest respecto a otros detentadores como ocurre respecto a la acción útil en favor de usufructuario o del poseedor de buena fe).

También citamos a W. Buckland. L'intérêt dans l'actio furti en droit classique. N.R.H., 41, 1917, que, precisamente, dedica  
(continúa...)



El delito de *furtum* está ampliamente regulado en las XII Tablas<sup>632</sup>. El régimen de las XII Tablas nos revela un estadio de transición en el Derecho penal romano. La reacción al delito varía según la mayor o menor gravedad de los elementos que concurren en el hurto cometido. Para los supuestos más graves se mantiene la reacción vengativa del lesionado hasta llegar, con

---

<sup>631</sup>(...continuación)

su artículo a contradecir las tesis de Schulz. Contrectatio. *Law Quart. Rev.* 57, 1941. p. 467 ss.; De Visscher. Le fur manifestus. *R.H.D.*, 1, 1922. p. 442 ss. y 688-689; C. Arnò. L'elaborazione della teorica del furto nella scuola serviana. *Scuola Positiva*, 32, 1 [N.S. 4,1] 1924. p. 447 ss.; Hernández Tejero. Sobre la represión del furtum. *Información jurídica* 82, 1950. p. 317 ss.; F. De Robertis. La legittimazione attiva nell'actio furti. I y II. *Fac. Giur. Univ. Bari*. N.S. 10, 1950. p. 55 ss [= *Scritti* 3, 1987. p. 305 ss.]; B. Albanese. La nozione del furtum fino a Nerazio. *Ann. Sem. Univ. Palermo*, 23, 1953, p. 5 ss. [= *Scritti Albanese*, 1991, I, p. 2 ss.]; M. Lemosse. Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain. *Mél. H. Lévy-Bruhl*, 1959. p. 179 ss. [= *Et.* 1991, p. 73 ss.]. Furto [Introduzione storica]. *E. de D.* 18, 1969. p. 313 ss. [*Scrit.* I, 1991. p. 139 ss.]; U. Brasiello. Furtum. *N.N.D.I.*, VII. p. 691-692; A. D'Ors. The odium furum of Gaius 4,4. *R.I.D.A.* 12, 1965. p. 453 ss.; H. Siber. Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. Darmstadt, 1968.; J. Thomas. Furtum of documents II, *IURA*, 20, 1969. p. 301 ss. [*R.I.D.A.* 15, 1968. p. 429 ss.]. Furtum pignoris. *T.R.G.* 38, 1970. p. 135 ss.; D. Pugsley. Furtum in the XII Tables. *Irish Jurist*. N.S. 4, 1969. p. 139 ss.; M. Kaser. Röm. Privatrecht. I op. cit. p. 614 ss. Furtum pignoris und furtum fiduciae. *Z.S.S.* 99, 1982. p. 249 ss. Grenzfragen der aktivalegitimation zur "actio furti". *Festgabe von Lübtow*, 1980. p. 291 ss. [= *Rechtsquelle* 1986. p. 215 ss.]; F. Gnoli. Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio. *St. Biscardi*, 3, 1982. p. 205 ss.; G. L. Falchi. Una poco nota controversia tra sabiniani e proculiani sulla legittimazione passiva all' actio noxalis furti. *St. Sanfilippo*, 5, 1984. p. 323 ss.; R. La Rosa. La repressione del "furtum" in età arcaica. "Manus iniectio" e "duplione damnum decidere". Napoli. 1990.; D. Daube. "Furtum proprium" and "furtum impropium". 1938. *Coll. St.* 1991. p. 19 ss.; M. Balzarini. Il furto manifesto tra pena pubblica e privata. *ACOP.* 5, 1992. p. 367 ss. Stolar, R. Die formula der "actio utilis". Sindeligen, 1992. Hidalgo, F. La casuística del "furtum" en la jurisprudencia romana. Madrid, 1991.

<sup>632</sup>supra, p. 27 ss.

el cumplimiento de las condiciones establecidas, a la muerte del culpable a manos de la víctima; así el *furtum* de noche, o cuando de día el delincuente se defiende con armas. Por otro lado, para el *furtum manifestum*, el pretor entrega (*addictio*) al culpable a su víctima mientras que, ya para el supuesto de *furtum nec manifestum* se instrumentaliza la idea de la *poena pecuniaria* como castigo que ha de satisfacer al delincuente.

Y todo ello, quedando siempre a salvo la posibilidad, también admitida en el Derecho clásico, de un pacto entre las partes que, mediante la correspondiente composición evite toda pena para el ladrón.

Luego, el Pretor<sup>633</sup> da un paso más y elimina todo vestigio de venganza corporal mediante la creación de una *actio furti manifesti* por el cuádruplo del valor de lo hurtado<sup>634</sup>.

Los caracteres (De Francisci) que presentan las acciones derivadas del hurto, en general, son las siguientes:

a) La *actio furti* es infamante, no sólo para el *damnatus* sino también para el que realice una transacción, *pactum*, que le evite ser condenado por el delito, tal y como resulta de Gai. 4,182.

b) El objeto de la acción puede ser por el doble, el triple o el cuádruplo del valor de la cosa hurtada (*quod ea res fuit*) o en algunos casos, (así en el del *furtum possessionis*), o cuando se trate de hurto de cosa contra el detentador de la misma que sin embargo debe responder del hurto frente al

---

<sup>633</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII, & 128-129. p. 322 ss. (Ulp. 37, 38, Paul. 39, Gai. 13, Iulian. 22).

<sup>634</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII, 132. p. 332. (Ulp. 38.)

propietario), respecto del *id quod interest*.

3) La acción es noxal. (Gai. 4,76; D. 47,1,1,2; D. 47,2,41,2).

4) La acción concurre cumulativamente con las acciones reipersecutorias; es decir con la *actio rei vindicatoria*, la *actio ad exhibendum* y la *condictio ex causa furtiva*.

La acción, en definitiva, es calificada de penal en Gai. 4,8; 4,112; 4,182. Las acciones derivadas del *furtum* son perpetuas, unas porque proceden directamente de las XII Tablas, es decir del *ius civile romano*, otras porque son derivaciones pretorias en las que el Pretor *ius civile imitatur*.

Para terminar diremos que Brasiello<sup>635</sup> destaca que en el tiempo de la *cognitio extra ordinem* existirá en caso de hurto la doble vía de acudir al *criminaliter agere* y obtener una condena personal contra el ladrón o acudir al *civiliter agere* a través del ejercicio de la *actio furti* y obtener una reparación económica en el sentido más amplio del término.

Respecto al tema que más nos interesa, la intransmisibilidad de la acción, la transmisibilidad activa vienen establecida en Gai. 4,112:

...sed heredi [videlicet actoris] huiusmodi actione competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.

---

<sup>635</sup>N.N.D.I. VII, Furtum. op. cit., p. 691-692. Supra p. 123 ss.

Asimismo se recoge en D. 47,1,1,1 y en D. 47,2,41,2.

A propósito de la *actio furti* se da en la Historia del Derecho Romano el momento en el que, posiblemente, vence la tendencia a considerar que, en general, salvo la excepción de las llamadas acciones *vindictam spirantes*, la *actio poenalis privata* es transmisible hereditariamente, del lado activo.

La *actio furti* era aún activamente intransmisible para los más grandes juristas del siglo II a. C.: Sexto Elio, M. Bruto, Manilio, como así lo afirma Cicerón a través de Cic. Ad fam. VII, 22. Pero a tenor de esta fuente resulta que ya en el S. I a. C. comenzaba a decantarse la jurisprudencia por el reconocimiento de la transmisibilidad hereditaria activa de la acción.

Inluseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex Aelium, M. Manilium, M. Brutus sensisse. Ego tamen Scaevolae et Testae adsentior.

Respecto a este texto, Huvelin<sup>636</sup> entiende que Cicerón recogió la opinión de Mucius Scaevola sobre esta cuestión

---

<sup>636</sup>P. Huvelin. Études sur le furtum dans le très ancien Droit romain. I, ed. anast. Roma, 1968. p. 319 ss.

contenida en sus libri iuris civilis frente a otra opinión contraria seguida por juristas como S. Aelium, M. Manilium y M. Brutus.

Ante el texto referido nos hacemos la siguiente pregunta verdaderamente fundamental. ¿Significa que a partir de ese momento, mediados del siglo I a C., empieza a reconocerse por la jurisprudencia romana la transmisibilidad hereditaria activa de una acción penal tan representativa como es la actio furti?. Y aún más: ¿Estamos ante el origen del cambio que se produce a partir de un determinado momento en el Derecho romano, por el cual la generalidad de las acciones penales privadas, salvo las llamadas "vindictam spirantes", se convierten en activamente transmisibles?.

No creemos que se pueda asegurar nada de modo absolutamente fehaciente, sólo nos movemos en el terreno de las conjeturas y de las hipótesis.

Huvelin considera que el fragmento no afecta, para nada, al tema de la transmisibilidad o intransmisibilidad hereditaria activa de la actio furti y puntualiza en particular que "a l'epoche classique, la transmissibilité active de l'action furti n'est point douteuse" citando en particular D. 47,6,6,pr. Por otro lado interpreta la expresión "ante factum" de forma que no haría referencia a la muerte del "de cuius" y así, dentro del pormenorizado estudio que hace del texto de Cicerón afirma que "ne fait aucune mention du defunt ni de sa mort". Huvelin concluye que la expresión "ante factum" hace en realidad referencia a un momento anterior a la adición de la herencia, máxime cuando la configuración de la herencia yacente como res

nullius es fruto-Huvelin- de la jurisprudencia de siglo I d C. y, en consecuencia, podría ser precisamente este tema controvertido en época de Cicerón.

De Visscher sigue una posición contraria a la de Huvelin en su artículo, ya visto<sup>637</sup> "Noxae et vindicta". Su tesis debe enmarcarse en la concepción que tiene el autor sobre las acciones penales privadas, las cuales-De Visscher- cumplen una función estrictamente penal, en la que la poena aparece como un subrogado de la venganza fáctica al menos hasta la construcción por la jurisprudencia del principado de la obligatio ex delicto como concepto jurídico específico, Ahora, De Visscher, aún dentro del principio de la subrogación, considera que en el sistema de las XII Tablas debe hacerse la siguiente matización: los delitos de lesiones corporales dan lugar a la "vindicta" (talión) que queda procesalmente encauzada por el ius civile, ya por la limitación al talión, salvo composición, en el caso de membrum ruptum, ya a través de la imposición de poenae fijadas, es decir, de sumas de dinero a falta también de una composición voluntaria. Ese sentido de puro encauzamiento limitativo de la venganza que hace el Ordenamiento naciente de la civitas se manifiesta posiblemente, añadimos, como una supervivencia, en la estructura de la actio iniuriarum que queda, incluso en el Digesto, como una acción activamente intransmisible. Por el contrario, en los delitos contemplados en las XII Tablas en los que se produce una lesión de tipo patrimonial ("furtum" y diversos supuestos de "damnum") se impone al que causa intencionadamente ese daño un "noxiam sarcire" o un "damnas

---

<sup>637</sup>op. cit. p. 242 ss.; supra p. 43

esto". Se trata pues de castigar al causante del daño patrimonial en cuanto que el mismo está configurado como un ilícito penal. El Ordenamiento persigue castigar una ofensa cometida contra la víctima pero, también, se encuentra como algo inmanente a la pena, la reparación económica del daño injustamente producido: "sarcire"-resarcimiento; "damnas" -indemnización de la lesión patrimonial.

Naturalmente en el segundo supuesto arriba considerado las acciones siguen siendo penales y, por lo tanto, perfectamente acumulables con las acciones reipersecutorias, pero para De Visscher esa matización no dejaría de estar reflejada en la estructura de las acciones penales que responden a una lesión patrimonial. Así, desde muy antiguo, la *actio furti* sería activamente transmisible a los herederos de la víctima. Dicha transmisibilidad debió de fundamentarse ab initio por razón de la adquisición de la propiedad civil de la cosa hurtada por el heredero al morir el causante, es decir, "iure domini", lo cual queda reflejado aún por textos del Digesto como son; D. 47,2,67 (66),1; D. 47,2,47<sup>638</sup>.

Pero entonces, nos planteamos, ¿cuál sería el fundamento de la discusión referida por Cicerón, a juicio de De Visscher?. El autor belga aventura una posibilidad<sup>639</sup> que luego

---

<sup>638</sup>D. 47,2,81,1: "...cum autem iure domini defertur actio..." D. 47,2,67 (66),1: "...quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat..." D. 47,2,47: "...si dominium rei subreptae quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum posse.. et patri adoptivo et legatario..."

<sup>639</sup>De Visscher se muestra cauto al apuntar su tesis y señala que "sans doute le cas qui aurait fait l'objet de la discussion entre Cicéron et son ami Trebatius parît assez subtil; mais entre (continúa...)

sería defendida firmemente, como veremos, por Lavaggi: lo que se está discutiendo es la posibilidad de que se ejercite la *actio furti* por el heredero no ya "iure domini" sino también y fundamentalmente "iure hereditatis"; es decir la discusión aludiría no al hecho de si la *actio furti* es o no transmisible activamente sino al título por virtud del cual se lleva a cabo el ejercicio de la propia acción penal por el heredero de la víctima. Esta discusión giraría en torno al siguiente problema práctico: La posibilidad de que la acción se ejercite por el heredero aún cuando el objeto robado se hubiese reintegrado al patrimonio del causante "ante factum" con lo que la acción penal, en sí misma considerada, se encontraría en la masa de la herencia<sup>640</sup>.

Para nosotros esto significa que se tiene en cuenta una consideración de la *actio furti* como elemento patrimonial, evaluable económicamente en el conjunto de la masa de la herencia, y por lo tanto, ejercitable "iure hereditatis" por el heredero de la víctima del hurto que muera antes de la *litis contestatio*<sup>641</sup>.

Lavaggi<sup>642</sup> recoge básicamente la opinión de De

---

<sup>639</sup>(...continuación)  
gens d'esprit, joyusement attablés (inter scyphos), de tells subtilités sont le sel de la conversation".

<sup>640</sup>Nosotros en apoyo de esta tesis recalcamos la siguiente frase del fragmento de Cicerón: "...Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram..."

<sup>641</sup>Los justinianeos expresan esta idea, como se ha visto, con cláusula de estilo "quia rei persecutionem continent".

<sup>642</sup>Iniuria e obligatio ex delicto... op. cit., p. 172 ss



Visscher, rechaza la de Huvelin y declara<sup>643</sup> expresamente que, en virtud del texto de Cicerón, "la trasmissibilità dell'actio furti all'erede come tale e riconosciuta solo verso la fine della Repubblica"; es más, niega (lo que incrementaría aún más la importancia del texto de Cicerón) frente a De Visscher, que la actio furti sea, prácticamente "ab initio" transmisible al heredero de la víctima (aunque fuese "iure dominii") "ma c'è ab antiquo solo attribuzione a titolo originario dell'actio al nuovo proprietario in ragione ed in funzione dell'acquisto proprietà"<sup>644</sup>.

El planteamiento que hace Lavaggi conduce al mismo resultado práctico que teníamos a tenor de la tesis de De Visscher: antes de Q. Mucio y de Trebacio no se concebía que el heredero ejercitase la actio furti como sucesor del difunto sino como propietario de la cosa adquirida; así, si la res que había sido objeto de "subreptio" no volvía al patrimonio del "decius" y -Lavaggi<sup>645</sup>- no había perecido antes de la apertura de la sucesión o de la adición de la herencia (según que sea un "heres sui et necessarius" o un "extraneus"), el heredero de la cosa robada podía entonces ejercitar la acción penal. Lavaggi pone el

---

<sup>643</sup>op. cit., p. 174.

<sup>644</sup>En realidad nos encontramos ante una aplicación de la tesis de Lavaggi sobre la naturaleza de las acciones penales privadas. El autor demuestra las dificultades que plantea la idea de la obligatio ex delicto clásica ante el ejercicio de la actio iniuriarum por el heredero. En el marco de su exposición, niega que la actio furti fuese transmisible al heredero, aún "iure dominii", desde antiguo, sino sólo hasta que la cuestión se debate a finales de la República.

<sup>645</sup>op. cit., p. 173.

texto de Cicerón en relación con D. 47,6,6<sup>646</sup>, que, (y en esto Lavaggi sigue a Huvelin<sup>647</sup>) recoge la opinión de Cervidio Scaevola en contra de Labeón, de tal forma que el primero resuelve el caso planteado considerando que los herederos ejercitan la *actio furti* por razón de la adquisición de la propiedad de la cosa robada y no por derecho hereditario, lo que, como conclusión, demuestra que, aún en el siglo I d C., estamos ante un punto controvertido.

Por último, Lavaggi añade a lo dicho las siguientes puntualizaciones: en primer término que la transmisibilidad hereditaria activa de la acción no significa un cambio de la función (nosotros a su vez le puntualizamos, aún) de la *actio furti*; así la acción es pasivamente intransmisible, concurre cumulativamente con las acciones reipersecutorias y es subjetivamente cumulativa.

Kaser<sup>648</sup> sintetiza en un lenguaje casi formulario la tesis de Lavaggi: "Das Sühnebegehen des Verletzten ist beim *furtum* stärker als bei der *iniuria* verwirtschaftlicht; das Zugriffsrecht gehört zum Vermögen. Nach älterem Recht folgt es vielleicht dem Eigentum an der gestohlenen Sache, nach späterem geht es auf die Erben über".

Respecto a la transmisibilidad pasiva la acción sigue

---

<sup>646</sup>Labeo putat, si coheres meus, quod furtum familia cuius fecisset, duplum abstulisset, me non impediri, quominus dupli agam, eoque modo fraudem Edicto fieri, esseque iniquum, plus heredes nostros ferre, quam ferremus ipsi; verius puto, partes eius heredes persecuturos; sed et cum eo, quod defunctus abstulit, uterque heres non plus duplo ferat. (D. 47,6,6; Scaev. lib. IV, Quaest.)

<sup>647</sup>Études sur le furtum ... op. cit., p. 569

<sup>648</sup>M. Kaser. Das Röm. Privatrecht I<sup>2</sup>. op. cit., p. 159

el principio de las acciones penales y es intransmisible: Gai. 4,112; D. 47,1,1,pr.

6) Acción contra "qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur".

Es una acción in factum, anual, e in duplum. (D. 47,4)<sup>649</sup>. La acción surge a imitación de la actio furti.

La intransmisibilidad pasiva no puede diferir de lo establecido para la actio furti. En cuanto a la transmisibilidad activa tenemos lo siguiente:

Item heredi "ceterisque successoribus" competere istam actionem dicendum est. (D. 47,4,1,18).

7) Acción dada "si familia furtum fecisse dicetur".

Es una acción pretoria<sup>650</sup> introducida utilitatis causa por la que, en caso de hurto cometido por los esclavos de un dominus, sin su conocimiento, puede éste optar entre entregar al esclavo o contestar la lid y, en caso de condena, cumplir una pena del doble. La fórmula se contiene en D. 9,4,31 y se establece la transmisibilidad activa de la acción en D. 47,6,4.

---

<sup>649</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII & 135. p. 333. (Ulp. 38, Paul. 39, Gai. 13.)

<sup>650</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII & 137. p. 335. (Ulp. 38, Paul. 39, Gai. 13, Iul. 22.)

8) Acción por "quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur"<sup>651</sup>.

En D. 39,4,12,1 se nos refiere la fórmula de la acción y en la misma, a tenor de las fuentes, se recogen los caracteres de la actio furti a la cual imita. Se dirige contra los publicanos, arrendatarios de los tributos vectigales públicos, para garantizar así que van a responder de los hurtos cometidos por sus esclavos. En D. 39,4,13,4 se dice:

Hanc actionem perpetuam dabimus et heredi  
"ceterisque successoribus".

El carácter perpetuo procede sin duda de que la acción imita a la actio furti.

9) Acciones furti et damni adversus nautas caupones et stabularios<sup>652</sup>.

---

<sup>651</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII & 137. p. 335. (Ulp. 38, Gai. 13.)  
No debe confundirse con la actio contra el publicanus qui vi ademerit.

<sup>652</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII & 136. p. 333. (Ulp. 38.) \ Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 78. p. 205. (ULP. 18, Paul. 22.)  
Sobre este "quasi delito" podemos indicara F. Serrao. La responsabilità per fatto altrui in diritto romano. Riv. Dir. Naveg. 25, 1, 1965. p. 227 ss.; S. Riccobono. Quasi delitto. N.N.D.I., XIV, p. 634-635.; P. Birks. The problem of quasi delicto. Current Legal Problems, 22, 1969. C.A. Cannata. Quasi contratti e quasi delitti. (Storia). E. d D. XXXVIII, 1987. p. 25 ss. J. Paricio. Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico. Madrid, 1987. T. Giménez Candela. Los llamados quasi delitos. Madrid, 1990.

Ambas acciones imitan a la *actio furti* y a la *actio ex lege Aquilia*, respectivamente. En este sentido no deben confundirse con las acciones pretorias que resultan del pacto por el que se hace entrega de los objetos en cuestión a dichas personas, es decir del *receptum*<sup>653</sup>.

Las acciones son por el duplo (D. 4,9,7,1; D. 47,5,1,2), y, como indica De Francisci<sup>654</sup>, el carácter penal de estas acciones resulta "anzitutto" del hecho de que se trata de acciones que imitan a las acciones de hurto y daño.

El supuesto de los hurtos o daños que se producen en objetos que se ponen bajo la custodia de los navieros, posaderos o dueños de establos, puede calificarse como de responsabilidad objetiva. Dichas personas quedan sujetas no sólo, lógicamente, por los hurtos o daños realizados por ellos mismos sino también por sus dependientes y esclavos<sup>655</sup>.

Justiniano en I. 4,5,3 incluye este supuesto, junto a otros, que iremos viendo, de responsabilidad penal por situaciones que están más allá de la culpa, dentro del título "obligationes quae quasi ex delicto nascuntur".

En D. 4,9,7,6, respecto a la transmisibilidad se establece:

---

<sup>653</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XI, De receptis. p. 130 ss.: & 49, p. 131: *Nautae caupones ut recepta restituant*. (Ulp. 14, Paul. 13, Gai. 5, Pomp. 34).

<sup>654</sup>Studi sopra le azioni penali... op. cit., p. 47.

<sup>655</sup>Lenel (EP<sup>3</sup>. p. 334) propone, en este sentido, por ejemplo, para el ejercitor, la siguiente fórmula: *S.p. A°A° a N°N° eorumque quo qui in ea navi...erant sive ope consilio N°N° eorumque cuius furtum esse paterae aureae*.

Haec iudicia quamvis honoraria sunt tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabantur...

Debe tenerse en cuenta también D. 44,7,5,6 e I. 4,5,3, en los que se alude a la consideración del elemento de la intencionalidad del naviero, posadero o dueño de establos, para, ante la ausencia de ánimo delictivo, pero por un principio de reesponsabilidad objetiva, entender que no estamos ante un delito sino sólo que es en hecho quasi ex delicto. Nos encontramos con un modus operandi propio de los compiladores.

#### 10) Actio de tigno iuncto<sup>656</sup>.

Las XII Tablas para el caso de hurto de materiales de construcción que luego se llevasen a otro edificio fijó una acción que da satisfacción al hurtado. Pero no se contempla una medida semejante a la de un interdicto restitutorio o a la de una acción arbitraria que pueda dar lugar al derribo del edificio para retirar los materiales robados que se emplearon en su construcción. No se permite por razón de equidad, entendida como proporcionalidad entre delito y sanción, y sin duda por interés de la propia comunidad, que no aprobaría la pura y simple destrucción de un edificio por este motivo.

La acción, dada su colocación en el edicto, su semejanza con la actio furti y la condena in duplum, debe entenderse penal<sup>657</sup>. Nada se dice en las fuentes respecto de la

---

<sup>656</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXIII & 131. p. 333. (Ulp. 37.)

<sup>657</sup>De Francisci. Studi sopra le azioni... op. cit. p. 48.

transmisibilidad pero nada impide que se apliquen los principios generales que venimos viendo para la acciones penales.

La *actio de tigno iuncto* ha sido objeto de numerosos estudios<sup>658</sup> ya que es uno de los casos en los que se aprecia con más claridad la mutabilidad de la estructura de la acción en relación con la función penal o reparatoria que desempeña. La acción es in *duplum* contra el constructor y también contra el poseedor del edificio en el que el *tignum* es colocado.

Melillo<sup>659</sup> defiende la tesis de que hasta la edad clásica tardía la *actio de tigno iuncto* tenía un ámbito de aplicación general e indiferenciado para todo caso de *tignum iunctum* sin que se hiciese distinción entre buena o mala fe. La posibilidad de reivindicar el *tignum* (viga u otro material de construcción) estaba ligada al presupuesto de que el edificio fuese descompuesto y que el propietario no hubiese actuado ya para obtener el *duplum*.

En la jurisprudencia de la época de los severos-

---

<sup>658</sup>P. Puchta. Ueber die actio de tigno iuncto. Z. f. Civilrecht u. prozess, 11, 1838. p. 338 ss.; M. Pampaloni. La legge delle XII Tavole de tigno iuncto. Arch. Giurd. 30, 1883. p. 253 ss. 31, 1883. p. 41 ss. y 399 ss. Ancora sopra la legge delle XII Tavole de "tigno iuncto". Arch. Giurd. 34, 1885, p. 153 ss. Studi sopra il delitto di furto, I, l'actio de tigno iuncto e il delitto di furto. B.I.D.R., 21, 1909. p. 205 ss.; Riccobono. Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24,1, Paulus III ad Neratium e il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto. Arch. Giurd. 53, 1894. p. 521 ss. 54. 1895. p. 265 ss. [=Scritti di Diritto romano, I. Palermo, 1957, p. 217 ss.]; C. Sanfilippo. Accessione. N.N.D.I. I<sup>1</sup>, p. 129 ss.; G. Melillo. Tignum iunctum. Napoles, 1964; R. Quadrato. "Tignum iunctum ne solvito. Delle XII Tavole a Giustiniano). Annali Bari, s., II, III. 1966-1967. p. 10 ss. ver; A. Watson. Tignum iunctum, the XII Tables and a lost word. R.I.D.A., 21, 1974. p. 337 ss.; F. Masumeci. Vicenda storica del "tignum iunctum". B.I.D.R., 81, 1978. p. 201 ss.; M. Marrone. "Tignum iunctum" e "inaedificatio". Labeo 1991, 3, p. 382 ss.

<sup>659</sup>Tignum iunctum. op. cit.

Melillo- el régimen del *tignum iuctum* de mala fe se asimila al del *furtum*, quedando el régimen anterior sólo para el caso en que se dé buena fe. De esta forma, si se da mala fe el dueño de la viga puede ejercitar cumulativamente tanto esta acción como la *rei vindicatio* y la *actio ad exhibendum*. Esta distinción de régimen, según que exista buena o mala fe la toman los justinianeos.

Quadrato<sup>660</sup> en su estudio reseñado atiende a la evolución del proceso civil romano e indica que en la época decemviral regía el principio de la "*condemnatio in ipsam rem*", pero, respecto a este supuesto, la acción por el doble responde al hecho de que el demandante ha de conformarse con el doble del valor de la viga porque la *condemnatio in rem* llevaría consigo la destrucción del edificio. En la época clásica la figura se desdobra según que el dueño del edificio haya actuado o no dolosamente: *tignum iunctum furtivum*, en el que se da la concurrencia cumulativa con la *rei vindicatio* y la *actio ad exhibendum*, y el *tignum iunctum alienum* en el que no se da esa cumulatividad.

Masumici<sup>661</sup>, sobre la base de D. 46,3,98,8, mantiene que en las XII Tablas ya se preveía en favor del *dominus tigni* una acción no penal en la medida del valor del *tignum*, acumulable con la *actio de tigno iuncto* penal, pero no con la *rei vindicatio* que sería ejercitable sólo, y en lugar de aquella, si la unión del materia de construcción era dissociable. En el Derecho clásico el propietario de los materiales utilizados sin su consentimiento

---

<sup>660</sup>Tignum iunctum... op. cit.

<sup>661</sup>Vicenda storica... op. cit.



en edificio ajeno sigue siendo propietario de los mismos, pero, superficies solo cedit, el dueño del suelo hace suyo el edificio en sí, y así no puede ejercitar ni la rei vindicatio ni la actio ad exhibendum. Lo que sí puede hacer el dueño de esos materiales es ejercitar la actio de tigno iuncto penal concurrente con una acción ex XII Tabularum por el pretium de los mismos. Además, respecto al constructor de buena fe en suelo ajeno, éste tendría una exceptio doli- con retentio- frente a la rei vindicatio del dueño del suelo al objeto de que aquel recupere el valor de los materiales y de los gastos de construcción. Masumeci se refiere, por último, a la regulación que Justiniano da de la acción que es básicamente la misma que en el Derecho clásico salvo que la actio ad exhibendum contra el dueño del edificio, en caso de mala fe por parte de este, se ejercita con función de resarcimiento de daños y que la concurrencia (indudablemente, añadimos, porque estamos ante una acción mixta) de la actio de tigno iuncto con la rei vindicatio es alternativa.

Por último Marrone<sup>662</sup>, respecto a la propiedad de los materiales utilizados en la construcción en suelo ajeno, refiere la existencia de una constitución de Severo y Antonino (C. 3,32,2,1) en la que establece la pérdida de la propiedad de dichos materiales en perjuicio del constructor (con materiales propios) consciente de la ajenidad del suelo.

El autor citado está de acuerdo con Masumeci en que en el Derecho clásico no era necesaria que se dé la furtividad para que se pueda ejercitar la actio de tigno iuncto y que no puede darse la cumulatividad entre esta acción y la actio

---

<sup>662</sup> "Tignum iunctum"... op. cit.

reivindicatoria mientras dure la unión de los materiales al edificio.

11) *Actio iniuriarum*<sup>663</sup>.

<sup>663</sup>Incluimos la siguiente bibliografía sobre esta acción:

Girard. Les jurés de l'action de injurries. Mél. Gerardin, 1907. p. 255 ss. [Mélanges 2 p. 39 ss.]. Manuel...<sup>6</sup> op. cit. p. 408 ss.; De Visscher. Le delit d'injurria commis per un esclave. Droit romain et droit alexandrin. R.H.D., 9, 1930. p. 606-608. L'action noxale d'injures. Droit helénique et droit romain. T.R.G., 11 1931-1932. p. 39 ss. [Etudes p. 327 ss.].; Di Paola. La genesi storica del delitto di iniuria. Ann. Semin. Giur. Univ. Catania. N.S. 1, 1947-1948. p. 253 ss.; V. Devilla. Iniuria. N.N.D.I. VIII. p. 705-706.; A. Cenderelli. Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum e D. 47, 10, 1, 6-7. IURA 15, 1964, p. 159 ss.; E. de Simone. D. 47, 10, 1, 6-7. Labeo, 12, 1966. p. 355-357; H. Siber. Römisches Recht... op. cit. p. 233; A. Watson. Personal injuries in XII Tables. T. 43, 1975. p. 213 ss: hacemos una breve mención de este artículo para referir el hecho de que en él se estudia la posible relación que pueda existir entre la regulación que, según los indicios que nos han llegado, se contiene en las XII Tablas sobre el delito de lesiones corporales, y el contenido de la *lex Aquilia*. El autor se pregunta sobre la razón de que las XII Tablas sólo contemplen respecto a las lesiones corporales producidas a esclavo ajeno el supuesto de "os fractum" (pena de 150 ases) y no atiendan al caso de muerte del esclavo o a otro tipo de lesiones. Es posible que las normas de las XII Tablas que regulasen estos supuestos no nos hayan llegado a través de ninguna fuente, pero puede ser que esa regulación no fuese del todo completa respecto al tema que nos ocupa. Watson, fundamentalmente comparando la terminología que se emplearía en la XII Tablas con la contenida en la *Lex Aquilia*, ve una línea de continuidad entre una y otra, seguramente por la influencia de la jurisprudencia republicana, como una superación por parte de ésta última del régimen de penas tasadas en caso de lesiones corporales o, tal vez incluso muerte del esclavo ajeno, por el de estimación de la pena en función del valor del esclavo.

Añadimos nosotros que este nuevo sistema estaría de acuerdo con el cambio de la estructura social romana a lo largo de la República, con la afluencia masiva de esclavos fruto de las victoriosas campañas militares y destinados a convertirse en "mano de obra" barata: la ley de las XII Tablas respondería aún a la idea del esclavo-empleado doméstico, que forma parte de la "familia" patriarcal, de tal manera que, aunque sujeto al dominio del *paterfamilias*, el Derecho penal le considera como a una persona, si bien, de segunda categoría respecto al *cives romano*. La *Lex Aquilia* del sglo II a. C. operaría ya con arreglo a puros criterios económicos considerando al esclavo, a estos efectos, como un puro objeto evaluable económicamente.

(continúa...)

En las XII Tablas se sanciona el delito de lesiones corporales de una forma que refleja, al igual que en el caso del *furtum*, un estadio intermedio en el desarrollo jurídico que se produce en los pueblos de la antigüedad.

Sin perjuicio de la existencia de una composición voluntaria que evite la pena, la ley fija sólo el límite del Talión para el caso de *membrum ruptum*. Y en caso de *os fractum*, como en el de lesiones corporales leves se fijan penas pecuniarias fijas.

Sin embargo la *actio iniuriarum* es de creación pretoria, del último siglo de la República, así aparece en primer término un *edictum* general de *iniuriis*<sup>664</sup>, al que le siguen varios *edicta* particulares para determinados supuestos especiales de *iniuriae*.

---

<sup>663</sup>(...continuación)

Siguiendo con la reseña bibliográfica citamos a continuación a M. Kaser. *Das Römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 623 ss.; P. Birks. *"Infamandi causa facta" in disguise*. Acta juridica. 1978. p. 83 ss.; Manfredini. *La difamazione verbale nel Diritto romano. Età repubblicana*. Milano, 1979. *"Quod edictum antem praetorem de aestimandis iniuriis"*. ACOP. 5 1992 p. 65 ss.; B. Albanese. *Una congettura sul significato di "iniuria" in XII Tab. 8,4*. IURA, 31, 1980, p. 21 ss.; M. Balzarini. *De iniuria extra ordinem statui*. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica. Padova, 1983. *Ancora sulla "Lex Cornelia de iniuriis" e sulla repressione di taluna modalità di difamazione*. St. J. Iglesias. 1988. p. 579 ss.; E. Pólay. *Iniuria Tatbestände im archaischen Zeitalter der antiken rom.* Z.S.S. 101, 1984. *"Iniuria" types in Roman Law*. Budapest, 1986.; G. Gaudemet. *Des droit de 'homme ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?*. Labeo 33, 1987, p. 7 ss.; M. Kurylowicz. *Paul. D. 47, 10, 26 und die Tatbestände der römischen "iniuria"*. Labeo, 33, 1987, p. 298 ss.; G. Besanelli. *L'"iniuria" nel diritto penale del quarto e quinto secolo*. AAC 8, 1990. p. 651 ss.; A. Rodger. *Introducing "iniuria"*. T. 59, 1991. p. 1 ss. M. Muciaccia. *In tema di repressione delle opere infamanti (Dio 55,27)*. St. Biscardi, 5, 1984. p. 61 ss.

<sup>664</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXV & 190. p. 397. (Ulp. 57, Paul. 55.)

Así en el título XXV del *Edictum perpetuum*, según la reconstrucción de Lenel que seguimos, aparecen además de esa acción general una *actio de conuicio*, una *actio de ademptata pudicia*, *actio ne quid infamandi causa fiat*, la de *iniuriis quae servus fiunt*, la *noxali iniuriarum actione*, la relativa a *si ei qui in alterius potestate erit iniuria facta esse dicetur*, y la *actio de contrario iniuriarum iudicio*. Son acciones que derivan de la acción general y están sujetas a sus mismos principios. Posteriormente la jurisprudencia unifica todas las acciones *iniuriarum* que resultan de esos edictos en una sola bajo la denominación de *actio iniuriarum aestimatoria* comprendiéndose en ella tanto las ofensas corporales como las de índole moral (*contumelia*)<sup>665</sup>.

La *actio iniuriarum aestimatoria* es infamante, incluso para el autor de la injuria que realice un pacto para evitar la condena (Gai. 4,182); por otro lado tiene una fórmula "*in bonum et aequum concepta*" que comprende una "*condemnatio cum taxatione*".

A finales de la República la Ley Cornelia de Sila configura como un crimen los supuestos más graves de injuria como son el "*verberare*", el "*pulsare*" y la violación de domicilio, imponiendo como penas sumas de dinero y como pena accesoria la intestabilidad.

Añade Devilla que en el seno de la *cognitio extra ordinem* el ejercicio de la *actio iniuriarum aestimatoria* a través del *civiliter agere* se refiere sobre todo a los supuestos de *contumelia*. Y en el Derecho justiniano "el carácter meramente

---

<sup>665</sup>De Villa. N.N.D.I. VII., op. cit., p. 705.

penal de la acción "è alquanto oscurato" porque se hace comprender también el resarcimiento del daño que deriva de la injuria.

De Francisci, en la exposición que seguimos<sup>666</sup>, indica que esta acción tiene carácter netamente penal (Cicerón, Pro Caecina 12,35; Gai. 4,112; 4,8; P. Sent. 5,4,7), es noxal (Gai. 4,76), y que se puede extinguir también por el simple pacto (D. 2,14,7,1; Gai. 4,182). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la *actio furti manifestum* pretoria, a pesar de que ambas acciones imitan al *ius civile*, la *actio iniuriarum*, al parecer, no es perpetua sino sólo anual<sup>667</sup>.

Respecto a la intransmisibilidad hereditaria de la acción tenemos:

*Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur...* (D. 47,10,13,pr.).

Ya vimos lo establecido al respecto por Gai. 4,112, en los mismos términos.

Así D. 37,6,2,4 (Paul. 41 ed.):

---

<sup>666</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 50.

<sup>667</sup>Ahora ello resulta así de una constitución relativamente tardía: C. 9,35,5 (Dioc et Max. a 290 d. C.). Aquí nos limitamos a constatar este dato por lo demás muy importante. ¿No se está revelando también una concepción más nítidamente penal que en las acciones que persiguen un ilícito consistente en una lesión patrimonial injustamente causada?. Tampoco se admite para la *actio iniuriarum* la transmisibilidad activa de la acción. Parece que el odio por la ofensa moral prescribe pronto: aquí no hay una disminución en un patrimonio que, como entidad dañada, pervive a lo largo de los años, sino un daño a una persona que si no ejercita su acción en un plazo de tiempo, se entiende que perdona o transige. En definitiva, nos encontramos otra vez con D. 44,7,35,pr.

Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem: sed si furti habeat actionem, conferre debebit.

Y en D. 47,10,28 ( Ulp. 34 Sab.):

Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

Ahora bien en D. 47,10,1,6<sup>668</sup> se plantea un supuesto que puede cuestionar la regla fundamental de la intransmisibilidad hereditaria activa de esta acción penal. En el fragmento nº 6 se trata de la injuria realizada al entierro o cometida contra el cadáver ya sea antes o después de la adición de la herencia.

En dicho fragmento Ulpiano recoge la opinión de Juliano sobre el supuesto en particular.

En un reciente trabajo<sup>669</sup>, La Penna estudia este

---

<sup>668</sup>D. 47,10,1,6-7 (ulp. 56 ad Edictum): \* 6 Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit iniuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam (semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare): quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem adquiri, denique Iulianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, adquiri hereditati actiones dubium non esse. idemque putat et si ante aditam per hereditatem servo hereditario iniuria facta fuerit: nam per hereditatem actio heredi acquiretur. \* 7 Labeo scribit, si quis servum hereditarium testamento manumissum ante aditam hereditatem verberaverit, iniuriarum heredem agere posse: at si post aditam hereditatem verberatus sit, sive scit se liberum sive ignorat, ipsum agere posse.

<sup>669</sup>F. La Penna. D. 47,10,1,6-7. Iniuria post mortem testatoris e intrasmissibilità dell'actio iniuriarum. Testimonium Amicitiae (Ho. a Pastori). Milano, 1992. p. 181 ss.

problema y señala que en D. 47,10,1,6, en el que se hace referencia a la iniuria causada al *funus* o al *cadaver* del testador se hace la siguiente distinción: si se causa después de la adición de la herencia se considera hecha "quodammodo" al heredero, añadiéndose en el texto que es siempre de interés del heredero mantener integra la estimación del difunto (*existimationem purgare*); pero si se comete antes de la adición se reputa hecha la injuria a la herencia siendo adquirida la acción por medio de la misma.

En el trabajo se resume la doctrina más reciente sobre el tema. Así se menciona a Cenderelli<sup>670</sup> y a De Simone<sup>671</sup>, los cuales consideran que el texto está interpolado. La Penna cita<sup>672</sup> también a Scaduto<sup>673</sup> diciendo que "il quale, pur occupandosi solo marginalmente del frammento ed inserendolo in un contesto più ampio-riguardante tutti gli atti illeciti compiuti in giacenza di eredità-, afferma che "senza dubbio da tale formulazione appare fuori discussione che l'eredità sia una persona giuridica, anzi la si dota anche di onore". Según este autor la introducción en el fragmento de Ulpiano del concepto de herencia yacente se debe a una intervención de los compiladores.

Cenderelli y De Simone no creen que D. 47,10,1,6 implique necesariamente el reconocimiento de la personalidad jurídica de la herencia yacente, si bien De Simone atribuye a D.

---

<sup>670</sup>Il carattere non patrimoniale.... op. cit.

<sup>671</sup>D. 47,10,1,6-7. op. cit.

<sup>672</sup>op. cit., p. 186.

<sup>673</sup>Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente. Ann. Univ. Palermo, VIII, 1922, p. 3 ss.

47,10,1,6 el efecto de una cierta subjetivización jurídica de la herencia yacente<sup>674</sup>; aunque, concluye que la *actio iniuriarum*, en este supuesto, no viene transferida al heredero, sino que surge originariamente en el mismo como primer y único titular de la acción y que, de todos modos, el texto sería interpolado en el sentido de que el original en lugar de "ante aditam" diría "post aditam" con lo que en el Derecho clásico no se plantearía esta cuestión.

Cenderelli pone de relieve que este fragmento contrasta claramente con un principio general e indiscutido en el Derecho romano clásico: la *actio iniuriarum* está privada de contenido patrimonial y se presenta como intransmisible a los herederos tanto del lado pasivo como activo. Y añade que "sólo en el Derecho justiniano la acción habría cambiado sus caracteres originales asumiendo una coloración resarcitoria y reconociendo al ofendido, titular de la *actio*, "non più un diritto alla poena, sostitutiva dell'antica vendetta, ma un semplice diritto alla riparazione pecuniaria". Este autor considera por otro lado que la transmisión de la *actio iniuriarum* al heredero, cuando la iniuria tiene lugar "ante aditam" la herencia, se produce "più da un vincolo di carattere metagiuridico che da un rapporto successorio vero e proprio".

Por último, La Penna realiza una exégesis del texto, que por lo demás considera genuino, y señala que el mismo responde a la exigencia moral y jurídica de que la iniuria no puede ni debe quedar impune. Añade que desde la óptica romana el sujeto al que en mayor medida le corresponde ejercitar la *actio*

---

<sup>674</sup>op. cit., p. 356.



iniurarum es el heredero, el cual, no sólo subentra en la posición jurídica del causante sino que también es el encargado de continuar los sacra familiaria. Así también, siguiendo con la exposición de La Penna, lo entiende Biondi<sup>675</sup>, pero no Voci<sup>676</sup> que señala en atención a este pasaje que "l'hereditas è personificata a somiglianza del defunto: la iniuria al corpus o al funus di questo può essere considerata come una iniuria fatta a quella". Respecto a la función que entonces cumple la herencia, señala la citada autora, que la misma "es una entidad constituida por un patrimonio que pertenecía al de cuius y que, en el momento de la adición, pertenecerá al heredero; se puede pues, sin darle a ella alguna subjetividad jurídica, considerar que la herencia de la cual entra a formar parte la actio iniuriarum constituya un cauce entre los dos sujetos. No interviene entre la fase de yacencia y la de aceptación ningún cambio de sujeto "ma si tratta sempre di rapporti che faranno capo all'erede"<sup>677</sup>.

Para finalizar con la actio iniuriarum nos limitamos a decir que la intransmisibilidad hereditaria pasiva resulta obvia, y quizá por eso sólo se refieren e ella las fuentes en declaraciones generales como la contenida en Gai. 4,112.

12) Acción contra aquel qui ius dicenti non obtemperaverit<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup>B. Biondi. Diritto ereditario romano. Milano, 1954. p. 308

<sup>676</sup>P. Voci. Diritto ereditario romano. I, op. cit., p. 554 ss.

<sup>677</sup>op. cit., p. 197.

<sup>678</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. I & l. p. 51. (Ulp. I; Paul. I; Gai. I.)

Esta acción se refiere a aquel que no obedezca las órdenes del magistrado municipal. La acción es penal y así se califica en D. 2,3,1,pr. y en D. 2,3,1,4. Por otro lado el *iudicium* se dirige a obtener el *quantum ea res est*, es decir, el valor del asunto en cuestión y no en la medida del interés del reo. La acción es anual e intransmisible pasivamente:

*Hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur (D. 2,3,1,4)<sup>679</sup>.*

13) Acción contra aquel que haya llevado in ius a una persona respecto de la cual es preciso el permiso del Pretor<sup>680</sup>.

---

<sup>679</sup>La redacción no parece clásica: Así el término *concluditur* para hacer referencia a la *litis contestatio* en la que se fija la pretensión del actor, o la expresión "*mera poenam contineat*", o que se vincule, sin más, este dato no ya con la anualidad de la acción sino con su intransmisibilidad hereditaria pasiva. Pero tampoco creemos que estamos ante un mero invento de los bizantinos: si la acción es por el "*quantum ea res est*" y no por el "*quod interest*" será porque Ulpiano nos lo transmite así del Edicto. Si la acción se califica como meramente penal quizá lo que se esté explicando por el compilador es el hecho de que la acción no atiende al interés que el reo y el actor puedan tener en el litigio en cuestión, sino que cumple una función penal porque persigue hacer valer la jurisdicción del magistrado municipal. De ahí que la condena no se module según el interés de las partes en el asunto sino en función del valor del asunto en sí ("*quantum ea res est*"). Por último, la afirmación de que "*ut cum*" la acción penal no "*rei persecutionem contineat*", es anual y no se dirige contra los herederos es, posiblemente, una reiteración escolástica compilatoria, pero consideramos que traduce la función que cumplía la acción en el Edicto del Pretor.

<sup>680</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. V & 11. p. 68-69. (Ulp. 5, Paul. 4, Gai. 1, Callistr. 1).

La acción relativa a quien llame a juicio a los padres o al patrono sin permiso del pretor es penal, anual (D. 2,4,24) y la pena viene dada por una suma fija que en Gai. 4,46 es de cincuenta mil sextercios y en D. 2,4,24 (Ulp. 5 ed.) es de cincuenta aureos.

La acción no sólo es intransmisible contra el heredero sino también desde el punto de vista activo, de ahí que se la coloque entre las acciones *vindictam spirantes*<sup>681</sup>. Así D. 2,4,24 establece:

In eum, qui adversus ea fecerit, "quingenta aureorum" iudicium datur: quod nec heredi nec in heredem nec ultra annum datur.

14) Acción contra aquél que in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit<sup>682</sup>.

Es una acción in factum dada la referencia hecha en Gai. 4,46, penal, cuya pena-Lenel- se determina por el quanti ea res erit. No tenemos fuentes relativas a la transmisibilidad.

15) Acción contra aquel qui eum qui in ius vocabitur vi eximat<sup>683</sup>.

---

<sup>681</sup>Windscheid. Diritto di Pandette II, op. cit., \* 359. p. 395, n. 6.

<sup>682</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. V & 11. p. 65 ss. p. 71. (Ulp. 5, Paul. 4, Gai. 1, Callistr. 1).

<sup>683</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. V & 12. p. 73 ss. (Ulp. 5; Paul. 4; Gai. 1).

Es una *actio in factum*, penal (D. 2,7,5,1), noxal (D. 2,7,1,1) y subjetivamente cumulativa (D. 2,7,5,3). Respecto al carácter de la intransmisibilidad hereditaria rige la regla general: D. 2,7,5,4:

*Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit:  
neque autem in heredem neque post annum dabitur.*

#### 16) *Iudicium de moribus*<sup>684</sup>.

La acción aparece recogida en Gai. 4,102 y en fuentes literarias como Valerio Máximo, 8,2,3 y Plutarco (*Vita Marii*, 38). Se trata de una acción que se da al marido contra la mujer en caso de divorcio si éste ha sido provocado por culpa de ella. La acción debe considerarse penal ya que es intransmisible tanto activa como pasivamente como resulta de una constitución del Código teodosiano. (C. Th. 3,13,1):

*De moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur, nec tribuitur heredi.*

Se puede apreciar en esta antigua acción una razón de ser penal, que no es otra sino la de vengar la ofensa moral sufrida por el marido. Por el contrario no aparece dibujada la

---

<sup>684</sup>A. Wolf. Das "Iudicium de moribus und sein Verhältnis zur "actio rei uxoriae". Z.S.S. 54, 1934. p. 315 ss. E. Volterra. N.N.D.I. IX, p. 344.

idea de reparación económica.

17) Acción contra el *ensor qui falsum modum dixerit*.

El Pretor da una acción cuyo contenido es el resarcimiento del daño causado<sup>685</sup>. La acción es penal, *in factum* (D. 11,6,1,pr.), *noxal* (D. 11,6,3,6), transmisible activamente pero no pasivamente. D. 11,6,3,5:

Hanc actionem heredi "similibusque personis" dandam Pomponius scribit: sed in heredem "similesque personas" denegandam ait. (Ulp. 25 ed.).

Sin embargo, junto a lo anterior, tenemos que la acción se dirige al resarcimiento del daño causado. Además, la acción es perpetua, aunque resulta sorprendente la razón que da Paulo cuando señala en D. 11,6,4 que "*haec actio perpetua est, quia initium rei non ad circumscriptionem, sed a suscepto negotio originem accepit*"; o lo que es lo mismo, el ilícito no tiene su origen en el defecto doloso de la medición sino en la aceptación del encargo, es decir en el incumplimiento de una obligación de tipo contractual.

Si la acción resultase realmente del incumplimiento de un convenio: ¿cómo explicar que no pueda darse contra el heredero del agrimensor que actúa con dolo malo?. La intransmisibilidad pasiva nos muestra que la acción se proyecta fuera del ámbito

---

<sup>685</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 89. p. 219. (Ulp. 24, Paul. 25.)

contractual, no es una acción *ex contractu*, como la derivada por ejemplo de un arrendamiento de obra, sino que la acción nace exclusivamente de la consideración de un ilícito penal, aunque este se dé, desde luego, en el seno de una relación de tipo contractual. De Francisci<sup>686</sup>, aunque piensa que estamos ante una interpolación, no se pronuncia al respecto.

Pensamos que Paulo no pudo justificar el carácter perpetuo de la acción por el hecho de que proceda de un convenio. Otra cosa es que se relacionase, en la línea de D. 44,7,35,pr. la perpetuidad de la acción con el hecho de que es una acción que persigue el resarcimiento del daño, es decir, que el elemento reipersecutorio de la *condemnatio* coincida en esencia con la pena, y todo ello, unido al hecho de que el ilícito se da en el seno de una relación de tipo contractual: es el camino seguido por numerosas acciones que nacieron como penales y luego, dada su función realmente reipersecutoria y su encuadramiento en el ámbito contractual, cambiaron de estructura en el curso del tiempo<sup>687</sup>.

Levy quizá nos proporcione una posible solución a esta cuestión<sup>688</sup>. En particular considera que la acción, que en

---

<sup>686</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 53

<sup>687</sup>supra. Voci (Risarcimento e pena... op. cit., p. 107 considera, en contra de De Francisci (Studii sopra le azioni penali... op. cit., p. 53), que no estamos ante una interpolación. Realmente es difícil pensar que los compiladores hayan podido redactar un fragmento como este, porque, como indica Voci, entonces sería correcto admitir que otros ilícitos penales que tienen lugar, en el Derecho clásico y justiniano, en el ámbito de relaciones de tipo contractual den lugar a acciones penales perfectamente transmisibles contra los herederos del autor del delito.

<sup>688</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 53 ss.

principio era penal, al final de la época clásica debía de cumplir una función reipersecutoria. Levy atiende especialmente al sentido del texto de Ulpiano (D. 11,6,1,pr.) en el que se aludía a la razón de ser de esta específica acción pretoria destinada a sancionar exclusivamente el dolus del agri mensor.

La razón se encontraba en el status especial en el que se encontraban dichos profesionales que no quedaban civilmente obligados con los particulares que contrataban, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la locatio conductio operis, sino que realizaban su trabajo a cambio, simplemente, de unos honorarios. En otras palabras, para los veteres, como nos refiere Ulpiano, estamos ante una relación que escapa el ámbito de las acción civil derivada de la locatio conductio operis: "Ein solcher Sinn ist leicht festzustellen: als civiliter obligatus sahen die veteres den mensor deshalb nicht an, quia non crediderunt inter talem personam locationem et conditionem esse, insofern nämlich der mensor seine Arbeit mehr als Gunstbeziehung (beneficii loco) leiste und somit kein Entgelt, sondern eine Remuneration, ein Honorar beziehe"<sup>689</sup>.

Pero esto es tanto como admitir que, si bien, no estamos ante un contrato de Derecho civil, sí estamos ante una relación negocial en la que hay partes intervinientes, la cual, *ratione persona*, no se considera como una locatio conductio operis. El ilícito pues, proviene de un incumplimiento negocial doloso. Por último, Levy considera que para los supuestos de culpa debió aplicarse contra el agri mensor, al menos desde la

---

<sup>689</sup>Levy. Privatstrafe... op. cit., p. 54-55.

época clásica tardía, la propia *actio locati*<sup>690</sup>.

### 18) *Actio de pauperie*<sup>691</sup>.

Es una acción *ex delicto* (D. 9,1,1,1) contenida en las XII Tablas (Tab. VIII,6) a tenor de lo dicho en D. 9,1,1,pr. La ley establecería la entrega del animal que causó el daño o bien su estimación. (D. 9,1,1,pr.; Sent. Paul. 1,15,1).

La acción<sup>692</sup> va dirigida contra el dueño de animales domésticos porque para los daños ocasionados por los animales fieros los ediles publicaron el edicto de *feris*. No debía darse una culpabilidad del dueño por los daños porque ese caso es sancionado con la *actio legis Aquiliae utilis*<sup>693</sup>.

Respecto al tema de la transmisibilidad tenemos D.

---

<sup>690</sup>op. cit., p. 57.

<sup>691</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 75. En dicho edicto Lenel, p. 195, recoge la fórmula con *intentio in ius*. (Ulp. 18, Paul. 22, Gai. 7).

Recogemos la siguiente bibliografía: U. Robbe. L'actio de pauperie. R.I.S.G. (n.s.), 1932. p. 327 ss. Pauperies. N.N.D.I. XII, p. 730-731; G. Branca. La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres. Studi Albertario, 1, 1953. p. 325 ss.; B. Nicolas. Liability for animals in Roman Law. Acta juridica, 1958 [= Memory of R.W. Lee. p. 185 ss.]; L. Müller. P. W., Suppl. 10, 1965. p. 521 ss.; A. Watson. The original meaning of Pauperies. R.I.D.A. 17, 1970. p. 357 ss.; J. Modrzejewski. Ulpian et la nature des animaux. La filosofía greca e il diritto romano, I, 1976. p. 177 ss.; H. Ankum. L'"actio de pauperie" et "l'actio legis aquiliae" dans le droit romain classique. St. Sanfilippo, 2, 1982. p. 11 ss.; M. Kaser. Röm. Privatrecht. I<sup>2</sup>. op. cit. p. 633.

<sup>692</sup>N.N.D.I. op. cit., p. 731.

<sup>693</sup>Kaser. (Röm. Privatrecht. I<sup>2</sup>. op. cit. p. 731) señala que desde finales de la República desaparece la idea de que un animal pueda cometer un delito. Sin embargo esta idea resurge (Robbe, N.N.D.I. op. cit.) en la Edad Media en la que se tiene constancia de la realización de verdaderos procesos judiciales contra animales.



9,1,1,17 en el que se establece la regla general:

Hanc actionem nemo dubitaverit heredi dari  
"ceterisque successoribus": item adversus heredes  
"ceterosque" non iure successionis, sed eo iure,  
quo domini sint, competit.

19) Actio de pastu pecoris<sup>694</sup>.

También se remite por las fuentes a las XII Tablas, concretamente en D. 19,5,14,3. La fórmula de la acción está recogida en P. Sent. 1,15<sup>695</sup>. La acción está sujeta a los mismos principios que la acción anterior.

20) Actio de pecunia constituta<sup>696</sup>.

Es una acción-De Francisci- originariamente penal<sup>697</sup>.

---

<sup>694</sup>C. G. van der Merwe. Die actio pastu T. 1973. p. 105 ss.

<sup>695</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 76. p. 198. (Ulp. 18).

<sup>696</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XVII & 97. p. 247-249. (Ulp. 27, Paul. 29, Iulian. 11).

Girard. Manuel<sup>5</sup>... p. 603 (cit. De Francisci). Manuel<sup>6</sup>... p. 613, K. G. Bruns. Klein Sch. I. p. 221 ss. E. Bodin. Des effets du pacte de constitut. R.H.D., 12, 1866. p. 209 ss. F. Serafin. Nuova interpretazione della L. x. D. de pecunia constituta. Arch. Giur. 7, 1871. p. 128 ss. J. Valley. Conjetures sur l'origen et les transformations du pacte de constitut. Rev. Gen. Droit. 15, 1891. p. 528 ss. 16, 1892, p. 193 ss. 17, 1893. p. 52 ss. p. 97 ss. F. Guizzi. Constitutum debiti. N.N.D.I. IV. p. 299 ss.; J. Roussier Du concours de l'action de constitut et l'action du contrat. R.H.D., XXXV, 1957, p. 445-447.

<sup>697</sup>De Francisci (Studii sopra le azioni... op. cit. p. 54), que a su vez cita a Bruns, op. cit., que alude a la anualidad de la acción.

(continúa...)

La acción se concibe como reipersecutoria en D. 13,5,18,2, si bien todavía en C. 4,18,2,pr (a. 531) se menciona la anualidad de la acción en ciertos casos al decir que "...neque in omnibus casibus longaeua sit constituta sed in speciebus certis annali spatio concluderetur (...) et neque sit in quocumque casu annalis..."<sup>698</sup>.

La jurisprudencia clásica, de acuerdo con la función de esta acción en Derecho clásico, es decir, enmarcada en una relación privada de tipo contractual, persiguiendo el incumplimiento de la prestación debida, se decanta por el carácter reipersecutorio de la acción:

E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem: et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio. (D. 13,5,18,2. Ulp. 27 ed.)<sup>699</sup>.

---

<sup>697</sup>(...continuación)

Aquí debemos advertir que no nos parece acertada la colocación de esta acción en el grupo de las acciones que en el Derecho clásico presentan un carácter netamente penal, sino que debería a nuestro juicio estar incluida junto a aquellas que, si bien originariamente nacen como penales, adquieren luego en el Derecho clásico un carácter netamente reipersecutorio por quedar englobadas en la esfera de las relaciones de tipo contractual. Es el mismo fenómeno que ocurre, por ejemplo, con las acciones relativas al depósito.

<sup>698</sup>Además, como recoge De Francisci (Studi sopra le azioni... op. cit., p. 54) Bruns (op. cit.) recalca el hecho de que Justiniano en C. 4,18,2,1 se exprese diciendo "...sed heredibus et contra heredes competat." La reafirmación de esta transmisibilidad no habría sido necesaria si la acción hubiese sido desde el principio reipersecutoria".

<sup>699</sup>Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 17) concibe esta acción como un verdadero prototipo de las acciones que en el Derecho romano tienen una naturaleza penal pero una función (continúa...)

Es la misma evolución que tiene lugar respecto a la *actio depositi* como veremos más adelante<sup>700</sup>.

21) Acción contra qui cum se liberum esse sciret dolo malo passus erit se pro servo venum dari<sup>701</sup>.

Es una *actio in factum* (D. 40,12,22, pr.), dirigida al *duplum* (D. 40,12,18; 19; D. 40,12,20; y D. 40,12,21,pr.) de todo lo que "propter emptionem" el comprador "dedit vel obligatus est". Se refiere al caso en el que un hombre libre finge ser esclavo y se deja vender fraudulentamente con su connivencia con ánimo de engañar al comprador y así repartirse con el vendedor el precio de venta.

La acción es anual y penal: "Haec actio post annum non datur cum sit honoraria: est autem et poenalis". (D. 40,12,22,pr.).

---

<sup>699</sup>(...continuación)  
fundamentalmente reipersecutoria. Este sería el sentido de la frase *rei persecutionem continent*. Así, señala (op. cit., p. 22) que cuando aparece el giro clásico relativo a que una acción contiene *rei persecutio* no se alude con ello a la naturaleza de la acción para nada: "Enthalten sein kann eine *rei persecutio* nicht nur in einer rein (*tantum*) sachverfolgenden Klage, sondern auch in einer Strafklage; nämlich insoweit die Privatstrafe zugleich die Zwecke der *rei persecutio* mit erfüllt". Y a continuación Levy cita en este mismo sentido a la *actio ex lege Aquilia* como acción que, de acuerdo con Gai. 4,9, "rem et poenam persequimur".

La misma idea la recoge Kaser (Das Römische Privatrecht, op. cit., p. 630).

<sup>700</sup>Ahora, una precisión: en esta acción a diferencia de la *actio depositi*, no aparece en el Derecho romano clásico una *actio* con fórmula *in ius concepta* (Lenel, op. cit. p. 247-249). Estamos pues en un estadio jurídico común al de la *actio depositi in factum*.

<sup>701</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXII & 183. p. 387. (Ulp. 55, Paul. 51).

Respecto de la transmisibilidad se establece en D. 40,12,22,pr.:

Non solus autem emptor, sed et successores eius  
hac in factum actione agere poterunt.

Esto por lo que hace a la transmisibilidad del lado activo, nada tenemos respecto a la transmisibilidad pasiva pero debemos entender la vigencia de las reglas generales en cuanto a esta acción.

## 22) Actio rationibus distrahendis<sup>702</sup>.

Es una acción penal (D. 27,3,1,23), contenida en las XII Tablas (D. 26,7,55,1, Tryph. 14 disp.; Cicerón, De officiis 3,15,61) contra el tutor legítimo que ha sustraído bienes del patrimonio del pupilo. La acción es in duplum (D. 27,3,2,2) del valor de lo sacado y perpetua, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que proviene del ius civile.

---

<sup>702</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXII, 125. (Ulp. 36.) p. 320: Lenel indica que la fórmula de la acción nos es desconocida pero en todo caso debía de ser con intentio in ius concepta.

Citamos a continuación a Bonfante. Corso di Diritto Romano. I, Famiglia. p. 617 ss.; S. Solazzi. Sull actio rationibus distrahendis. Rendiconti Ist. Lombardo, 50, 1917, p. 178 ss. [= Scritti, 2, p. 201 ss.]; F. Sitzia. N.N.D.I. XX p. 912 ss. P. Voci. Actio rationibus distrahendis. St. Dir. Rom. I, 1985. p. 649 ss.; F. Sitzia. Tutela e curatela. (D. Romano). N.N.D.I., XIX, p. 912 ss. E. Varela. De contutoribus: cotutela y pluralidad de tutores en Derecho romano. U.A.M., Madrid, 1979. También citamos nuestro trabajo sobre la la accusatio suspecti tutoris y la actio rationibus distrahendis (y bibliografía allí citada) dentro del Curso de Doctorado sobre la Tutela en Roma dirigido por E. Varela en el Area de Derecho Romano de la U.A.M. (1990-1991).

La acción puede ser ejercitada en el Derecho clásico durante y después de la tutela. En el primer caso, puesto que el tutor legítimo es inamovible, la condena lleva consigo sólo la prohibición de la gestión con el nombramiento al efecto por el Pretor de un tutor que gestione el patrimonio del pupilo. La acción, al ser penal concurre cumulativamente con la *actio furti* (D. 27,3,1,22, Ulp. 36 ed.) y con las acciones reipersecutorias; en caso de pluralidad de tutores, si todos ellos han cometido el delito la acción, de acuerdo con las reglas generales que resultan para las acciones penales en el Derecho clásico, se dirige cumulativamente contra cada uno de ellos.

En el Derecho justiniano se producen una serie de cambios: la acción sólo podrá ejercitarse después de terminada la tutela, dicha acción se extiende para todo tipo de tutela y no sólo a la legítima, y sobre todo, se transforman la acción en mixta<sup>703</sup> esto es, que comprende cuantitativamente en el duplo de

---

<sup>703</sup>En D. 27,3,2,2 ( Paul. 8 ad Sab.) se dice que "*haec actio licet in duplum sit, in simple rei persecutionem continent, non tota dupli poena est*". Se trata seguramente de un texto retocado por los compiladores a efectos de configurar la acción como una acción mixta. Ahora, detrás de la configuración de la categoría de la acción mixta bizantina está, al igual que ocurre en la *actio ex lege Aquilia* o en la *actio vi bonorum raptorum*, la recepción y, desde luego, simplificación, de la idea jurídica clásica que distinguía, desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo (Gai. 4,6-9; D. 44,7,35,pr.), un elemento reipersecutorio dentro de la naturaleza penal de la acción; lo cual, como se ha visto, no deja de tener importantes consecuencias en materia de transmisibilidad activa de la acción, concurrencia con otras acciones (como en este caso) y en su carácter anual o perpetuo. A la luz de todo lo ya visto, podemos adoptar una posición intermedia en virtud de la cual se puede indicar que sobre la premisa de ese pensamiento clásico los compiladores construyen la distinción cuantitativa dentro de la sentencia entre la parte correspondiente a *res* y la correspondiente a *poena*. En definitiva, la concurrencia alternativa de la acción con la *condictio furtiva* puede ser perfectamente clásica (y además, no estamos ante una *actio ex* (continúa...))

la condena, res y poena, y por lo tanto, la acción va a concurrir alternativamente con las acciones reipersecutorias (D. 26,7,55,1); sin embargo, en caso de que existan varios tutores culpables, se mantiene el régimen de la cumulatividad de la acción contra cada uno de ellos (D. 26,7,55,1).

Respecto a la transmisibilidad de la acción se establece en D. 27,3,1,23:

Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi "similibusque personis" dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem "ceterosque successores" non dabitur, quia poenalis est.

### 23) Actio sepulchri violati.

En esta materia tenemos dos acciones: una con fórmula in bonum et aequum concepta que se concede a aquel "cui ea res pertinet", y, por otro lado, una acción popular dirigida a una pena de cien mil sextercios. Nos ocupamos de la primera ya que la segunda se rige por las reglas de las acciones populares.

---

<sup>703</sup>(...continuación)

bona fidei, que es el argumento que esgrime siempre Voci ante los casos de concurrencia alternativa de acciones penales con acciones derivadas de contratos de buena fe) lo cual no quita que ante esta solución, seguramente procedente de la práctica procesal en época todavía clásica, los compiladores "sustantivicen" el principio procesal y lo conviertan merced a la construcción del concepto de acción mixta en una norma de Derecho positivo escrito.

La primera acción es una *actio in factum*<sup>704</sup>, penal<sup>705</sup>, infamante (D. 47,12,1) y noxal (D. 47,12,3,11). En cuanto a la transmisibilidad de la acción hay autores que la han colocado entre las acciones *vindictam spirantes*<sup>706</sup>, o lo que es lo mismo, quiere decir que la acción es intransmisible activamente; ahora pueden plantearse dudas al respecto en virtud de D. 47,12,10 (Pap. 8 quaest.) y D. 29,2,20,5 (Ulp. 61 ed.)<sup>707</sup>.

De Francisci<sup>708</sup>, cuya exposición seguimos, considera en contra de Esmein<sup>709</sup>, que D. 47,12,10 no puede entenderse en el sentido de que establezca la transmisibilidad activa de la acción. En particular indica que "sul testo citato non fa già questione se l'azione sia trasmissibile all'heres necessarius, ma

---

<sup>704</sup>Lenel. EP<sup>3</sup> Tit. XVI & 93. (Ulp. 25, Paul. 27, Iulian. 10. p. 228). De Francisci (Studi sopra...).op. cit., p. 56; G. I. Luzzatto. Sepolcro. (D. Romano). N.N.D.I. XVII, p. 31 ss.; S. Lazzarini, "Sepulchrum familiare" e "ius mortuum inferendi". St. Biscardi, 5, 1984. p. 217 ss. E. Lozano y Corbi. Competencia de los "recuperadores" en la "actio sepulchri violati" y en otras acciones populares. St. Iglesias, 1988. p. 1487 ss.

<sup>705</sup>Kaser, Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit., p. 630.

<sup>706</sup>En D. 47,12,6, se dice que esta acción no afecta al patrimonio sino que sólo es para vindicar un ultraje. De Francisci (op. cit. p. 56) cita también a Fadda. Dir. ered. rom. III, 194. Windscheid. Diritto delle Pandette II. op. cit. & 359. n.6. p. 395.

<sup>707</sup>D. 29,2,20,5: "Si sepulchri violati filius aget, quamvis hereditarii, quia nihil ex bonis patris capit, non videtur bonis inmiscere; haec enim actio poenam et vindictam potius, quam rei persecutionem continet".

D. 47,12,10: Quaesitum est, an ad heredem necessarium, quum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret. Dixi, recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est. Nec tamen, si egerit, hereditarios creditores timebit, quum, etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum.

<sup>708</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 56

<sup>709</sup>N.R.H., 1893, XVII, p. 158. (Cita de De Francisci)

si domanda solamente se l'azione pertinet all'heres necessarius, il quale abbia domandata la separatio bonorum: è questo il caso inverso di quello discusso nella D. 29,2,20,5."

A tenor de estos textos, entendemos que la defensa de una res religiosa como es el sepulcro no se enmarca en el ámbito de la sucesión testamentaria como un elemento más que integre la masa de la herencia sino que corresponde, en primer término, al continuador de la personalidad del difunto, es decir, al heredero que se coloca "in locum et in ius" y que por lo tanto se hace cargo de los sacra familiaria. De todos modos, añadimos frente a De Francisci, que en la época de Ulpiano podía reconocerse perfectamente a la acción un contenido reipersecutorio junto a su función penal. Quizá el texto señalado en D. 29,2,20,5, ... "haec enim actio poenam et vindictam quam rei persecutinem continet", que, aunque posiblemente sea de factura compilatoria, obedezca al estado de la jurisprudencia y de la praxis judicial de la época de Ulpiano.

#### 24) Acción por enterramiento impedido.

El pretor concedía una actio in factum<sup>710</sup> "si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur".

---

<sup>710</sup>Lenel. EP<sup>3</sup> Tit. XVI & 92. p. 228. (Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19). Ocupa pues justo el lugar anterior en el Edicto perpetuo, dentro del Título XVI, respecto de la acción de sepulcro violado. Por ello la acción debía de obedecer a similares principios.

Sobre esta acción citamos el estudio de S. Lazzarini. "Sepulchrum familiariae" e "ius mortuum inferendi". St, Biscardi, 5, 1984. p. 217 ss. También Levy. Privatstrafe... op. cit. p. 63-64.



En D. 11,7,9 (Gai. 25 ed. prov.) se señala que al que se prohíbe enterrar un cadáver o los huesos <de un cadáver incinerado> tiene libertad, o para utilizar inmediatamente el interdicto por el que se prohíbe que se le violente, o para enterrarlos en otro lugar y demandar después mediante esta *actio in factum*.

Esta acción es intransmisible tanto desde el punto de vista activo como pasivo<sup>711</sup> y así nos lo refiere Gayo al constatar su extrañeza por dicha doble intransmisibilidad cuando en el propio D. 11,7,9 (Gai. 25 ed. prov.) se nos dice que por la acción por el hecho el demandante consigue el importe del juicio causado por la prohibición (*quanti (actoris) interfuit*)<sup>712</sup>, computándose también el precio del suelo del comprador o las rentas del tomado en arrendamiento, así como el precio del lugar propio que alguien no habría hecho religioso si no se hubiese visto obligado. Y, en virtud de ello Gayo, en el mismo fragmento, añade:

...unde miror, quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem, nam ut apparet pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.

La intransmisibilidad de la acción nos revela su carácter penal. Ahora, si la acción puede ejercitarse, como dice

---

<sup>711</sup>Windscheid. Pandette, II, op. cit. \* 359, nº6. p. 395.

<sup>712</sup>Kaser, Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit., p. 630.

el texto, con carácter perpetuo, y el importe de la condena se refiere al perjuicio económico sufrido por el demandante (*id quod interest*) nos encontramos con una acción en la que se da una contradicción entre el carácter de la acción y su función. De Francisci<sup>713</sup> ve aquí una prueba evidente de su tesis: se trata de una acción de naturaleza penal pero de contenido reipersecutorio. O lo que es lo mismo, el carácter penal de la *actio poenalis privata* viene dado por el delito que le da su naturaleza, no por su contenido. Sin embargo, debemos añadir la siguiente cuestión: ¿Puede realmente mantenerse la función reipersecutoria si se mantiene la intransmisibilidad activa de la acción?. Gayo constata que, por mucho que la acción nazca por razón de una ofensa puramente moral, en el cálculo de la *condemnatio* lo que se tiene en cuenta en realidad es un interés económico perfectamente evaluable que ha sido lesionado por obra del demandado. Por ello no se trata tanto de una acción de naturaleza penal y de función reipersecutoria sino que Gayo constata una incongruencia propia de una etapa de cambios jurídicos y que alude a la paulatina transformación<sup>714</sup> de la función de la *actio poenalis* clásica. De ahí que ante el cambio de función, es decir, de tener esta acción una función penal vindicativa a pasar a una función reparatoria de una lesión patrimonial sufrida, Gayo abogue por la definitiva patrimonialización de la acción y rechace, al menos, su intransmisibilidad activa. Estamos en la misma línea de Gai. 4,6-9

---

<sup>713</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 56-57.

<sup>714</sup>Transformación que tiene lugar casuísticamente a través de la obra de pretores y jueces al hilo de la evolución de los principios del Sistema jurídico romano.

y de D. 44,7,35,pr.

No obstante, tal y como apunta Voci, entre otros<sup>715</sup>, la parte final del texto seguramente está interpolada. En este sentido se destaca que, pese a la corrección con que Gayo utiliza la expresión "dandam hanc actionem" para referirse a una acción pretoria frente a las acciones civiles, las cuales se mencionan en el Derecho clásico con la expresión "actio competere", sin embargo, el texto termina con lo que sin duda parece realmente, por su forma, un añadido justiniano para recalcar el carácter perpetuo de la acción con las siguientes palabras: "certe perpetuo inter ipsos competit".

No obstante, creemos que aunque estemos ante una interpolación del final del fragmento, nos encontramos ante un añadido formal de los justinianos, que antes que dar un giro a la regulación clásica de esta acción lo que hace es confirmar una dirección de evolución jurídica. Lo que Gayo se plantea es la discordancia entre estructura y función de esa acción penal. Volvemos otra vez al significado de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4,6-9.

#### 25) Actio servi corrupti<sup>716</sup>.

---

<sup>715</sup>Risarcimento e pena privata..., op. cit., p. 106, en el que cita a autores que también considera el texto interpolado en su parte final. Así, Levy, Privatstrafe op. cit., p. 64. Más ampliamente interpolado se considera por Beseler, Tijdschrift, 10 (1930), p. 182 (cit. Voci); y por Kaser, Q. e. r. e., op. cit., p. 194 (cit Voci).

<sup>716</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 62 (63). p. 175. (Ulp. 23, Paul. 19, Gai. 6, Iulian, 9).

G. Brini. Morale e diritti nel fr. 5,1 Dig. Servo corrupto XI,3. Rend. Accad. Bologna, 5, 1911-1912; B. Albanese. Actio servi corrupti e actio arborum furtim cusarum tra condomini. (continúa...)

Es una acción *in factum* cuya cláusula edictal nos viene dada en D. 11,3,1,pr. (Ulp. 23 ed.) por la que el Pretor da acción contra aquel que persuada a un esclavo ajeno a realizar alguna acción moralmente reprobable. De lo que se trata es de hacer frente a una disminución de valor del esclavo pervertido. La acción hace frente a un ilícito pero se atiende a un interés económico. Tal vez por eso resulta la contradicción del Digesto por la que la acción honoraria que es penal (D. 11,3,13, pr.), e *in duplum* (D. 11,3,1,pr.; D. 11,3,9,2) es, sin embargo, perpetua<sup>717</sup>. En cuanto a la transmisibilidad hereditaria la acción es transmisible activamente pero no pasivamente: D. 11,3,13,pr.:

Haec actio perpetua est non temporaria: et heredi  
"ceterisque successoribus" competit, in heredem

---

<sup>716</sup>(...continuación)

Labeo 5, 1959. p. 325 ss. Actio de servi corrupti. Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo, XXVII, 1959. p. 5 ss. ....La complicità nel diritto penale romano. B.I.D.R., 61, 1958. p. 103 ss. G. Provera. Actio de servo corrupto. N.N.D.I. I<sup>1</sup> p. 263-264. J. Thomas. Furtum of documents. R.I.D.A. 15, 1968. p. 429 ss. [IURA 20, 1969. p. 301 ss.]. p. 20 ss. S. Treggiani. Questions on women domestics in the Roman West. Schiavitù, manumissione... 1979. p. 185 ss.

<sup>717</sup> Una acción penal, pretoria *in factum* y sin embargo *perpetua*: la solución lógica es considerar la patrimonialización de al acción, lo que se expresa con la fórmula *rei persecutionem continent*, en virtud del cual la acción es transmisible activamente. No obstante, la erosión de los caracteres penales de la acción se detiene en la intransmisibilidad pasiva: Los compiladores se mantienen en el viejo principio romano por el que el heredero no puede soportar ni la pena ni la infamia derivadas de un delito de su causante.

Seguramente, en este sentido, Kaser (Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 629) después de incluir a esta acción dentro de las acciones penales que se dirigen al *duplum* del valor del daño señala que "auch diese Klage ist zugleich sachverfolgend".

dabitur, quia poenalis est.

26) Actio vi bonorum raptorum y por el damnum vi hominibus armatis coactisve datum<sup>718</sup>.

En primer lugar aparece un tema, largamente discutido por la doctrina, que es el de si se deben distinguir originariamente dos acciones diferentes. De Francisci, cuya exposición seguimos<sup>719</sup>, entiende que el edicto del Pretor prometió dos acciones distintas, con fórmulas diversas, aunque con caracteres comunes, dirigidas a castigar hechos diversos<sup>720</sup>.

---

<sup>718</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXIV & 187, bajo la rúbrica "de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum". p. 391 ss. (Ulp. 56, Paul. 54, Gai. 21).

Citamos la siguiente reseña bibliográfica: P. F. Girard. Manuel...<sup>6</sup> op. cit. p. 424; J. Rouvier. Remarques sur l'actio vi bonorum raptorum. R.H.D. 41, 1963. p. 443 ss.; Brasiello. Rapina. N.N.D.I. XIV, p. 767-768; M. Balzarini. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano. Pub. Fac. Giur. Univ. Padova, 54. 1969; U. Ebert. Die geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve. Heidelberg rechtswiss. 1968; H. Siber. Römisches Recht... op. cit. p. 231-232; L. Vacca. Ricerche sulla rapina nel diritto romano, I, l'editto di Lucullo e la lex Plautia. Studi econ. giur. Univ. Cagliari, 45, 1965-1968. p. 519 ss. Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. Pub. Fac. Giur. Univ. Cagliari, 12. 1972. Recensión de esta obra por Nardi. IURA, 23; L. Vacca. L'editto di Lucullo. Atti Congegno internazionale di Copanello, Napoli, 1992. p. 221 ss.; M. Kaser. Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 626-627.

<sup>719</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 57

<sup>720</sup>De Francisci cita también, en primer término a aquellos autores que defienden la existencia de un sólo edicto y de una sólo acción: Huschke, Anal. litter. del padre, p. 191, y a Keller, Sem. ad Cic. p. 161. Por otro lado cita a aquellos otros que consideran la existencia de un sólo edicto pero con dos fórmulas distintas: Lenel, EP<sup>2</sup>. p. 391 ss., Rudorff, Ed. P. \* 185, y Karlowa, R.R.G. II. p. 1339 ss.

D'Ors<sup>721</sup> considera que la *actio vi bonorum raptorum* nació como acción independiente por una extensión de la otra, y la confusión entre ambas es obra de los compiladores. Esta es también la tesis general hoy en día<sup>722</sup>.

Así, Vacca<sup>723</sup> dice que el edicto de Lúculo al que se refiere Cicerón (Cic. pro Tulio, 8) iba dirigido a reprimir la violencia armada o causada por bandas, especialmente, las formadas por esclavos y demás miembros de la familia domini y por orden de éste<sup>724</sup>, cualquiera que fuesen los efectos dañinos producidas por ella. En el Derecho clásico "da un unico editto (di Lucullo) diretto contro la violenza armata e organizzta, che si concretasse in lesioni della proprietà, si sviluppò, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, la repressione di

---

<sup>721</sup>Derecho Privado Romano.<sup>6</sup> Pamplona. 1986. p. 439-430. n.1.

<sup>722</sup>Balzarini. Ricerche in tema di danno violento... op. cit. L. Vacca. Ricerche in tema di actio vi bonorum. op. cit. L'editto di Lucullo. op. cit.

<sup>723</sup>L. Vacca. op. cit. p. 150. Rec. a Nardi. IURA 23. p. 234 ss. También, recientemente, L'editto di Lucullo. Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, junio 1990. Napoli, 1992. op. cit., p. 221 ss.).

<sup>724</sup>Se trataba de tomar medidas urgentes para frenar el clima de violencia en le que se enmarca el edicto. De ahí que dicha autora (L'editto di Lucullo. Copanello. op. cit., p. 227 ss.) niegue que en la fórmula de la acción nacida del edicto de Lúculo apareciese, en la cláusula de dolo malo familia, una referencia al dolo domini, estableciéndose así, en contraposición con lo que ocurría en la *actio ex lege Aquilia*- el *damnum* aquiliano exige, como presupuesto elemental, la presencia de dolo o culpa- una suerte de responsabilidad objetiva del dominus por los daños ocasionados de esa manera por la familia domini. Vacca aproxima la *actio vi bonorum raptorum* a un contexto publicístico: el tribunal para conocer de este delito está compuesto por recuperadores, y, probablemente-Vacca y Venturini- el *iudicium* fuese sin *noxae deditio*. No obstante, al mismo tiempo, esa especie de responsabilidad objetiva nos sugiere también una finalidad de la norma de tipo indemnizatorio, en definitiva, privatístico.

forme agravate di danneggiamento e di furto. Mentre tuttavia la fattispecie di danno qualificata dall'attrupamento armato venne gradualmente perdendo importanza pratica, a causa del prevalere in questa ipotesi della repressione penale, la fattispecie di *bona vi rapta* acquistò una rilevanza autonoma come furto qualificato. Questa tendenza, rispiecchiata già nella trattazione di Gai. 3,209, venne recepita da Giustiniano nelle Istituzioni 4,2,pr.-2.

En cualquier caso en D. 47,8,2,pr.(Ulp. 56 ed.) se alude a dos supuestos en puridad distintos respecto de los cuales el Pretor dice que "iudicium dabo". Así se dice que "si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum...".

La *actio vi bonorum raptorum* está dirigida a reprimir la rapiña (hurto con violencia). La acción es penal, (Gai. 4,112), infamante incluso para el que realice un pacto que evita la condena (Gai. 4,182), se dirige por el *quadruplum* dentro del año útil sobre el *verum pretium rei* (D. 47,8,2,13), *in simplum* después de aquel, y es noxal (D. 47,8,2,pr.).

Ya se vió la calificación que en orden al carácter penal de esta acción da Gai. 4,8, y la problemática que se origina<sup>725</sup>, así como la definitiva solución justiniana colocando la acción entre las cuantitativamente mixtas (*Res=Simplum*; *Poena=triplum*), así en I. 4,2,pr.

Por lo que hace a la transmisibilidad tenemos D. 47,8,2,27 (Ulp. 56 ed.):

---

<sup>725</sup>supra p. 90 ss.

Ver también Voci Risarcimento e pena... op. cit., p. 96 ss.

Haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur. adversus heredem autem vel ceteros successores non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. an tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos pervenit, qua putavit sufficere conditionem.

Este fragmento tiene la importancia de que, siendo un texto del Digesto, declare expresamente que la acción no se dirige contra el heredero porque es penal. Ahora bien, desde *an tamen* hasta el final del fragmento se contiene un texto que alude a la responsabilidad del heredero del delincuente "*in id quod ad eum pervenit*". En este supuesto particular parece que se nos quiere decir que el Pretor, antes de conceder acción contra los herederos, ya cuenta en realidad con el instrumento de la *condictio*. Ulpiano alude a un problema de economía de medios procesales, pero consideramos a tenor del estudio contenido en el capítulo séptimo<sup>726</sup>, que el fragmento también obedece a una cuestión de fondo.

El texto es considerado por De Francisci como un glosema<sup>727</sup>. Brasiello<sup>728</sup> pone de relieve que en el texto se hace

---

<sup>726</sup>infra p. 702 ss.

<sup>727</sup>Studi sopra sopra le azioni... op. cit., p. 58. El autor indica que no puede ser una interpolación porque para los justinianos la acción es de naturaleza mixta y por lo tanto es reipersecutoria por el *simplum*, pero entiende que el texto tampoco es clásico porque en aquel tiempo los juristas no se habrían planteado ese problema.

<sup>728</sup>Corso, Atto illecito... op. cit., p. 95 ss. Especialmente 96-97 y p. 109-110.



una pregunta de escuela ante la cual se responde de modo impersonal con el dato reconocible de que "praetorem non esse pollicetur". En definitiva, lo que se quiere indicar es el hecho de que el texto no tiene por qué ser un glosema ni una interpolación. Ahora bien, entiende, aunque con dudas, que el texto no debe hacernos pensar que la propia acción penal se transmitiese contra el heredero por aquello en que se enriqueció en el caso de que no se dé la *condictio*, sino que cree que el Pretor daría una acción *in factum* contra el heredero por el *id quod ad eum pervenit*.

En cualquier caso, como ya hemos dicho, este fragmento será objeto de un examen particular en el capítulo séptimo en el que se recogen, más pormenorizadamente, diversas opiniones de la doctrina romanista y se aborda el específico problema de fondo que el fragmento plantea respecto a la relación de las acciones pretorias *in id quod ad heredem pervenit* con la *condictio*.

Ahora, baste decir que en realidad no se afirma aquí que la propia acción sea ejercitable contra los herederos en esa medida de responsabilidad, y nada prejuzga este fragmento contra la regla de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales. Otra cosa es la regla de la responsabilidad del heredero en la medida del enriquecimiento que, como veremos, reputamos clásica.

Respecto a la *actio damni vi hominibus armatis coactisve datum*, baste decir que esta acción persigue la misma pena (D. 47,8,2,13) y en cuanto a la transmisibilidad hereditaria cabe pensar, ante el silencio de las fuentes y la proximidad con la acción anterior, que rige la misma regla siempre que efectivamente se produzca un enriquecimiento a raíz de la

actuación violenta, lo que en la práctica, tal y como ocurre con la *actio ex lege Aquilia* resulta difícil.

27) Acción por el *damnum in turba datum*<sup>729</sup>.

La acción está recogida en D. 47,8,4 y va dirigida contra aquél que con dolo malo se dice que ha causado daño en una revuelta. Se configura como una acción penal, noxal, por el *duplum* del "*quantum ea res est*", dentro del año, y por el *simplum*, después. Respecto a la transmisibilidad la acción lo es desde el punto de vista activo, no desde el pasivo, y en esto D. 47,8,4,16 remite a D. 47,8,2,27, ya visto.

28) Acción contra el *iudex qui litem suam fecerit*.

Es cuestión discutida si del edicto del Pretor nacen una o dos acciones. Rudorff<sup>730</sup> y Karlowa<sup>731</sup> consideran que dos acciones: una contra la actuación dolosa del juez por la "*véra litis aestimatio*", dirigida por el "*quantum ea res est*" y que sería la contemplada por Ulpiano en D. 5,1,15. Otra para el caso de imprudencia del juez y dirigida a obtener un "*quantum bonum et aequum videbitur*", y sería la recordada en D. 50,13,6 y en I. 4,5,pr. Lenel<sup>732</sup> sostiene por el contrario que la acción era única y que la diferencia de los textos es sólo aparente. De

---

<sup>729</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXIV & 188. p. 395-396. (Ulp. 56).

<sup>730</sup>EP. \* 79.

<sup>731</sup>R.R.G. II, 1349 ss.

<sup>732</sup>EP<sup>3</sup>. Tit. XIV & 59 (64). p. 167 ss. (Ulp. 23).

Francisci<sup>733</sup> considera que realmente han existido dos acciones con *condemnationes* diversas, pero no de forma contemporánea sino que D. 5,1,15 (Ulp. 21 ed.) (*dolo malo*) representa la forma más antigua y D. 44,7,5,4 = D. 50,13,6 (Gai, 3 res cott.) (*imprudencia*) describe la más moderna<sup>734</sup>. En este sentido Levy<sup>735</sup> considera que ya en el Derecho clásico se responde por culpa, y Beseler<sup>736</sup>, como nos indica Voci, considera lo contrario.

El supuesto en cuestión se encuadra dentro de las Instituciones de Justiniano en el título relativo a las "*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*", seguramente en atención a que para los justinianeos queda claro que basta con que se dé una conducta imprudente o poco diligente por el juez que dicta la sentencia para que se pueda ejercitar la acción contra él (I. 4,5,pr.).

La acción para De Francisci<sup>737</sup>, Voci<sup>738</sup> o Kaser<sup>739</sup> es

---

<sup>733</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 59.

<sup>734</sup>La cuestión tiene verdadera importancia ya que la evolución no puede ser ajena a la calificación en D. 50,13,6; (= D. 44,7,5,4; I. 4,5,pr.) del supuesto como uno de los *quasi delicta*. En particular I. 4,5,pr. dice: "*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religiosi iudicantis videbitur, poenam sustinebit*".

<sup>735</sup>Privatstrafe op. cit., p. 50.

<sup>736</sup>Beiträge, 4, op. cit. p. 265.

<sup>737</sup>El autor cita también a Thomas, N.R.H. 1901, XXV, 547; Perozzi, Ist. II, 307; Pernice, Labeo, II, 2, 168.

<sup>738</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 113 y 180-181.

<sup>739</sup>Das Römische Privatrecht, op. cit. p. 630.

penal. En particular, Voci estima fruto de interpolación la norma por la cual el "iudex filius familiae" responde en su peculio y no noxalmente (D. 5,1,15). Sin embargo las mayores dificultades provienen del hecho de que parece que para Juliano, aún en contra del parecer mayoritario que prevalece en la generalidad de la jurisprudencia romana, la acción en realidad no es penal. ¿Era entonces reipersecutoria?, ¿mixta?:

Naturalmente esto es negado con decisión por Voci pero él no puede dejar de decir que "ecco, dunque, (esta acción es) un primo esempio in cui, se è sicuro che un'azione è penale, è altrettanto sicuro che dispute son sorte su la sua classificazione". El punto central está en la transmisibilidad o intransmisibilidad de la acción. Tenemos los siguientes textos:

Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est. (D. 5,1,16; Ulp. 5 ed.).

Scaevola ait tutore a magistratibus municipalibus dato nullam in eos esse tutelae nomine actionem nisi eam quae ita demum pupillo datur si facultatibus tutorem satis ei fieri non potuerit, eamque actionem causa cognita in eos dandam scribit, divumque Pium rescripsisse et in heredes eorum itidem causa cognita, quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam

tribuendam actionem, cum idem heredem iudicis qui litem suam fecisset teneri existimaverit. Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur...<sup>740</sup>.

La opinión de Juliano queda pues aislada, y sin embargo, debemos constatar la importancia del jurisconsulto discrepante que revela dudas en la jurisprudencia clásica que, por otra parte, se deberían poner en relación con el hecho de que la acción tiene una función reparatoria del daño patrimonial que haya sufrido la parte lesionada por la actuación del juez que hizo suya la lid. No obstante permanece dominante en la jurisprudencia la opinión de que la acción es penal y por lo tanto pasivamente intransmisible.

Ahora bien, Levy<sup>741</sup>, que como sabemos es el máximo defensor de la existencia de acciones cualitativamente mixtas en el Derecho clásico (es decir, acciones penales por naturaleza que persiguen también en gran medida, o incluso básicamente, una función reipersecutoria) considera en cambio que en esta acción penal la opinión de Juliano, tal y como aparece recogida por Ulpiano, no puede obedecer a que aquel jurista conciba la transmisibilidad penal de la acción en atención a su función reipersecutoria, sino que, puesto que para el caso de la actio subsidiaria Juliano dice lo contrario negando, frente a otros juristas, la transmisibilidad pasiva de la acción, Levy pone de

---

<sup>740</sup>Ulp. Fragmentos del Libro II y II de las disp. de Ulpiano, 11. (Fragmento de Strasburg). Textes de Droit Romain.' P. F. Girard, F. Senn. I, París, 1968. p. 454-455.

<sup>741</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 51-52.

relieve que Ulpino contraponen ambas soluciones de Juliano para demostrar así lo inconsecuente de su opinión y afirmar, entonces lo contrario (*utrumque contra*). Estaríamos pues, sólo ante una opinión particular de Juliano que nada tiene, según Levy, que ver con el tema de la función penal o reipersecutoria de la acción.

## 29) *Actio de effusis et deiectis*<sup>742</sup>.

El Pretor promete una acción contra el habitante de la casa de la que se hayan arrojado o echado cosas que hayan causado daños a alguien o a algo<sup>743</sup>. En caso de que resulte dañada una cosa y muerto o lesionado un esclavo o un animal la acción era por el *duplum* del daño ocasionado (D. 9,3,1,pr.), si el acto ha causado la muerte de un hombre libre la acción es popular, anual y dirigida a una multa de cincuenta mil sextercios (D. 9,3,5,5), y, por último, si resultaba herido un hombre libre la *condemnatio* era "*in quantum aequius melius iudici videbitur.*"

La acción es penal, así, como indica De Francisci en

---

<sup>742</sup>Citamos también a E. Hoffmann. Beitrag zur Lehre von der actio de effusis et deiectis. Arch. f. prakt. 6, 1859. p. 24 ss. M. Fisatti. Effusa et deiectia. N.D. 5, 1938. p. 312 ss. P. Stein. The actio de effusis vel deiectis and the concept of quasi-delict. Scots Law, in Int. and Comp. Law Quart. 4, s. 4, 1955. p. 336 ss.; G. Provera. Actio de effusis et deiectis. N.N.D.I., I<sup>1</sup>, p. 260-262; Kaser, Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup> op. cit. p. 628-629; R. Wittmann. Die Körperverletzung an Frein im klassischen römischen Recht. IURA, 24, 1973. p. 223 ss.; G. Longo. I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis y actio de positis et suspensis. St. Sanfilippo, 4, 1983. p. 399 ss.; E. Lozano y Corbi. Popularidad y régimen de legitimación en la actio de effusis et deiectis. St. Biscardi, 5, 1984. p. 311 ss.

<sup>743</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 61 (60). p. 173-174. (Ulp. 23, Paul. 19, Gai. 6).

su exposición<sup>744</sup>, Ulpiano para el caso de la muerte de un hombre libre dice en D. 9,3,5,5, que la acción es penal y popular. También es noxal (D. 9,3,1,pr.). En cuanto a la cumulatividad subjetiva de la acción se trata de un tema debatido que ya fue tratado en el capítulo 1º al cual nos remitimos<sup>745</sup>.

Respecto a la transmisibilidad hereditaria, en caso de muerte de un hombre libre, la acción en cuanto popular, es intransmisible, activa y pasivamente. En los demás supuestos, ante el silencio de las fuentes debemos presumir que se siguen las reglas generales al respecto: la acción es transmisible activamente pero no pasivamente. Además, como señala Provera<sup>746</sup>, el Pretor creó esta acción a semejanza de la *actio ex lege Aquiliae*, ante la imposibilidad de condenar al habitante de la casa cuando se arrojen objetos de la misma y no sea posible determinar con claridad la culpabilidad del mismo<sup>747</sup>. Así, las reglas sobre transmisibilidad hereditaria de la acción deben ser las mismas que las que existen para la *actio ex lege Aquiliae*, máxime cuando la *actio de effusis et deiectis* es perpetua como ocurre, lógicamente, en la acción civil que le sirve de patrón. D. 9,3,5,5:

Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in

---

<sup>744</sup>Sudii sopra le azioni... op. cit., p. 60.

<sup>745</sup>supra Capítulo primero. 6)- D.

<sup>746</sup>Provera. Actio de effussis et deiectis. N.N.D.I. I<sup>1</sup>, p. 262.

<sup>747</sup>infra Capítulo octavo. p. 754

heredem vero non datur...<sup>748</sup>

En caso de muerte de un hombre libre tenemos:

...quae de autem competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi "similibusque personis": nam est poenalis et popularis...

Los compiladores incluyen este ilícito pretorio en el título de las "obligationes quae quasi ex delicto nascuntur" (I. 4,5,1): no se debe olvidar que el habitante de la casa responde del daño causado en cualquier caso por las personas que están a su cargo.

### 30) Actio de positis et suspensis<sup>749</sup>.

El Pretor, junto a la acción anterior, da una actio in factum<sup>750</sup> contra aquel que tenga colocado o suspendido en el tejado o cobertizo de la casa que habita algún objeto que corre peligro de caer sobre un lugar que constituye una vía habitual de tránsito y, en consecuencia, causar algún daño. En D. 9,3,5,6 se nos muestra la fórmula de la acción que en D. 9,3,5,13 (Ulp.

---

<sup>748</sup>Esto resulta de Gai. 4,110-111. No obstante, creemos que no puede dejarse de ver en ello una línea de patrimonialización de la acción honoraria penal.

<sup>749</sup>N.N.D.I. positum et suspensum : remisión a actio de effussis et deictis. A. Watson. Liability in the actio de depositis ac suspensis. Mèl. Meylan 16, 1963. p. 379 ss. G. Branca. Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli. Studi Volterra, 1, 1971. p. 99 ss. M. Kaser, Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup> op. cit. p. 629.

<sup>750</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 62 (61). p. 174. (Ulp. 23).



23 ed.) es calificada como penal. En cuanto a la intransmisibilidad se dice en el mismo texto:

Ista autem actio popularis est et heredi  
"similibusque competit", in heredes autem non  
competit, quia poenalis est.

En cuanto a la intransmisibilidad pasiva no hay pues duda, pero respecto a la transmisibilidad activa el texto es contradictorio con el hecho de que la acción sea popular. De Francisci<sup>751</sup> entiende que la acción es ante todo penal y que el texto originario querría decir, siguiendo en esto a Scialoja, que la acción "non popularis est". Perozzi<sup>752</sup>, citado por De Francisci, entiende que, por el contrario, estamos ante una acción popular. También como en la acción anterior estamos ante un supuesto que se encuadra por los justinianeos dentro del título de las "obligationes quae ex delicto nascuntur". (I. 4,5,3) y fijan una pena de diez áureos. A continuación, tomando como base la exposición de De Francisci<sup>753</sup>, se trata de aquellas acciones en las que las fuentes nos transmiten la idea de una transmisibilidad pasiva de la acción en la medida del enriquecimiento del heredero

### 31) Actiones in duplum adversus infitiantem.

---

<sup>751</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 63

<sup>752</sup>Istituzioni. II, p. 308.

<sup>753</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 65 ss.

De Francisci incluye dentro de este primer grupo de acciones a estas acciones que en realidad no son penales por derivar del delito sino, en tanto en cuanto, llevan la pena procesal de la condena del duplo en caso de *infitiatio* por parte del reo condenado. De acuerdo con Gai. 4,9 y 4,171; y P. Sent. 1,19,1, son las siguientes: La *actio ex lege Aquilia* que, indubitadamente, también puede calificarse como penal por derivar del delito; la *actio depensi* que es la acción que se le concede al *sponsor* por la *lex Publilia* (Gai. 3,127; Gai. 4,22) cuando el deudor principal no le haya reembolsado en el plazo de 6 meses; la *actio iudicati*, que, citando a Lenel<sup>754</sup> y a otros autores, considera que debía de encontrarse propuesta en el edicto bajo la rúbrica de *sententia in duplum revocandam*; la acción derivada del legado *per damnationem* en favor del legatario contra el heredero que se niegue a cumplir el legado (Gai. 2,282). P. Sent. 1,19,1 también menciona dentro de estas acciones a la *actio de modo agri*. De Francisci<sup>755</sup> considera que se trata de un error y, en este sentido, nos reconduce a P. Sent. 2,17,4 que es donde se contiene el régimen de esta acción.

Ahora bien, dicho autor italiano equipara, a efectos de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas, la estructura de dichas acciones con la de estas acciones que llevan la pena procesal del duplo en caso de *infitiatio* por parte del condenado. Aparte de los peligros que esto conlleva respecto a la *actio ex lege Aquilia*, lo cierto es que Gai, 4,112 al referirnos la *certissima iuris regula* de la

---

<sup>754</sup>EP<sup>3</sup>. Tit. XLII, & 226. p. 443 ss. (Ulp. 66, Paul. 62)

<sup>755</sup>op. cit., p. 63.

intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales, reproducido en I. 4,12,1, matiza con mucha precisión que se está refiriendo a las "ex maleficio poenales acciones". No obstante, como indica De Francisci, hay un texto de Gayo en el que parece establecerse la intransmisibilidad pasiva de estas acciones:

Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur... obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare.

Añade De Francisci<sup>756</sup> que, en virtud del texto de Gayo, aparece claro que los herederos no sufren el periculum duplicationis y que por ello les obliga a prestar el iusiurandum calumniae. "Il testo dimostra quindi che la trasmissibilità passiva di queste azioni era esclusa, e sino a prova contraria possiamo ritenere lo stesso principio per la trasmissibilità attiva.

C) Segundo grupo de acciones penales privadas.

Siguiendo la exposición de De Francisci tenemos a

---

<sup>756</sup>op. cit., p. 65.

continuación este segundo grupo de acciones penales respecto de las cuales la Compilación de Justiniano afirma que son pasivamente transmisibles en la medida del enriquecimiento obtenido por el heredero derivado del delito del causante, o, por el *id quod ad heredem pervenit* en virtud de ese delito.

1) *Actio ex lege Aquilia (damnum iniuria datum)*<sup>757</sup>

<sup>757</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 77 bajo la rúbrica "ad legem aquiliam". p. 198 ss. (Ulp. 18, Paul. 22, Gai. 7, Iulian. 86). Las fórmulas que se recogen en el Edicto perpetuo son, naturalmente, *in ius concepta*, en todo caso derivaciones de una misma fórmula de la acción del *ius civile*.

Sobre el significado del término *damnum*, *damnare*, *damnas*, me limito a citar a L. Bove, N.N.D.I., *Danno (Diritto romano)*, V, p. 143-146 y bibliografía allí señalada.

A continuación damos una reseña bibliográfica sobre esta acción: P. F. Girard. *Manuel...*<sup>6</sup> op. cit. p. 420; C. Arnò. *Legis Aquiliae actio directa ero competit*. B.I.D.R. 42, 1934. p. 195 ss.; Baudry. *Damnum iniuria datum*. D.S. 2,1 (1892). p. 22; O. Carrelli. *La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae*. R.I.S.C.G. 1934, p. 356 ss.; A. Flinaux. *La notion d'interesse dans le damnum iniuria datum*. R.H.D. 7, 1928. p. 326-327; J. Macqueron. *Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia*. Ann. Fac. Droit, Aix, 43 [Etudes A. Dumas], 1950. p. 193 ss.; T. Price. *The problem of causation in the Aquilian Action*. Acta juridica 1958 [= In memory of R. W. Lee]. p. 43 ss.; L. Bove. *Danno*. N.N.D.I. V, p. 143 ss.; G. Longo. *Lex Aquilia de damno*. N.N.D.I., IX, p. 799-800; B. Albanese. *Damnum iniuria datum*. N.N.D.I., V, p. 110-111. [Scr. I, 1991. p. 163 ss.]. *L'estensione dell'actio legis Aquiliae al caso delle lesioni dell'uomo libero*. [= Studi esegetici, 5], Palermo, 1962; P. Rasi. *L'actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella "glosa"*. Atti convegno int. studi accursiani, 2, 1968. p. 723 ss.; H. Siber. *Römisches Recht...* op. cit. p. 230-231. G. Branca. *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*. Studi Volterra 1, 1971. p. 99 ss.; G. Cannata. *Genesi e vicenda della colpa aquiliana*. Labeo 17, 1971. p. 64 ss.; M. Kaser. *Das Römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 619 ss.; H. Kaufmann. *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*. Forsch. neueren Privatrechtsh. 5, 1958; E. Valiño. *Acciones pretorias complementoria a la acción civil de la Ley Aquilia*. Pamplona, 1973; U. Von Lübtow. *Untersuchungen zur Lex Aquilia damnum .....* IURA 23, 1974. p. 285 ss. *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno dato*. Berlin, 1971. *Die aktionen im unkreis der "Lex Aquilia"*. *Abwehr gegen Gerg. Thielmann*. Labeo 30, 1984. p. 317 ss.; R. Feenestra. *L'"actio legis Aquiliae utilis" en cas d'homicide chez* (continúa...)

La acción nace de un plebiscito, la Ley Aquilia, del siglo III a. C. y sanciona el daño extracontractual, causado

<sup>757</sup>(...continuación)

les glossateurs. Essays University Utrecht, 1979. p. 45 ss.; H. Hausmaniger. Das Schadenersatzrecht der "Lex Aquilia". Wien, 1980.; K. Slapnicar. Über die aktivlegitimation zur "actio legis Aquiliae" und "actio de dolo" im Drei personen verhältnis; Bemerkungen zu Paul. D. 4,3,18,5. Festgabe Von Lübtow. 1980 p. 233 ss.; H. Ankum. Das Problem der "überholenden Kausalität, bei der Anwendung der "lex Aquilia" im Klasischen römischen Recht. Festgabe Von Lütow. 1980 p. 325 ss. Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasma florentin. Mélanges Ellul. Paris, 1983. p. 171 ss. El carácter jurídico de la actio legis Aquilia en el Derecho romano clásico. Revista jurídica de Asturias. 1987-1988. p. 16 ss.; D. Pugsley. On the lex Aquilia and Culpa. T. 50, 1982. p. 1 ss.; T. Giménez-Candela. Sobre la "scientia domini" y la acción de la ley Aquilia. IURA, 31, 1980. p. 119 ss.; J. A. Crook. "Lex Aquilia". Atheneum, 62, 1982. p. 67 ss.; G. Thielmann. "Actio utilis" und "actio in factum". Zu Klagen im Umfeld der lex Aquilia. St. Biscardi, 2, 1982. p. 295 ss. O. Behrends. Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der "lex Aquilia". Juristische Schulung, 1985. p. 878 ss.; P. Voci. L'estensione dell'obbligo di resarcire il danno nel diritto romano classico. St. d. rom. I, 1985. p. 19 ss.; S. Schipiani. Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione della lex Aquilia. St. iur. 12, 1985. p. 251 ss. Lex Aquilia culpa responsabilità. A. Convegno Internazionale Copanello, Napoli, 1992, p. 129 ss. ; D. Nörr. "Causa mortis". München. 1986.; A. González. Reflexiones sobre el problema de las lesiones a un hombre libre. St. Iglesias. 1988. p. 773 ss.; De Robertis. "Quanti ea res est. Id quod interest nel sistema della grande compilazione. (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano). Scritti I, 1987. p. 517 ss.; Triantphyllopoulos. Griechische Parallelen zur "Lex Aquilia". Symposion. 1985 (1989) p. 415 ss.; D. Daube. On the third chapter of the "Lex Aquilia". (1936). Coll. St. 1991. p. 3 ss. On the use of the Term "damnum". (1948). Coll. St. 1991. p. 279 ss.; G. Valditara. Superamento dell'aestimatio rei" nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai "non dominum". Milano, 1992; A. D'Ors. Una explicación genética del sistema romano de obligaciones. Z.S.S., 109, 1992. p. 318 ss. C.A. Cannata. Delitto e obbligazione. A. Convegno Internazionale Copanello, Napoli, 1992, op. cit. p. 23 ss. Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capito. S.D.H.I., 1992, p. 194 ss.

injusta y culpablemente<sup>758</sup>. La interpretación extensiva de la jurisprudencia está en la base de la configuración de los conceptos jurídicos de culpa, negligencia y omisión culposa, existiendo al respecto una rica casuística que nos ha sido legada a través de la compilación. En definitiva, nos encontramos ante las fuentes de lo que hoy conocemos, en nuestros ordenamientos, como culpa extracontractual o aquiliana.

La ley se divide en tres capítulos<sup>759</sup>, el primero se

---

<sup>758</sup>Sobre el dolo y la culpa en la Lex Aquilia infra p. 718

<sup>759</sup>De Francisci (Studi sopra... op. cit. p. 66, n.3) señala que, sin embargo, como refiere un pasaje de Cicerón (Brutus XXXIV, 131), podría suponerse la existencia de otro capítulo especial relativo a daños a cosas del Estado: no obstante, Pernice. Zur Lehre v.d. Sachbeschädigungen, 1867, op. cit. p. 102 ss.

C.A. Cannata (Copanello, 1992, op. cit. p. 33 ss.) no acepta en primer lugar la fecha del año 286 a.C. para la Lex Aquilia. Esa fecha-Cannata- fue propuesta por Pernice en 1867, pero hoy en día no puede admitirse, si bien, siguiendo en ello a Nörr (Causa mortis... op. cit., p. 124 ss.), se puede datar en el siglo III a. C.). Schipani (Lex Aquilia culpa responsabilità. A. Copanello, 1992, op. cit., p. 132) la data a lo largo del siglo III a. C.

Por otro lado, Cannata (p. 35) concibe que la Lex Aquilia contaba con cuatro normas: "ciò non contrasta col fatto che le fonti ci parlano tutte di tre capita. Si deve infatti osservare che in D. 9,2,2,1 Gaio (7 ed. prov.), dopo aver esposto il testo del caput primum, dice: et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset. Da ciò si desume che la litiscrescenza dell'actio ex lege Aquilia era espressamente prevista, ed era prevista alla fine di tutto il testo, in una sorte de clausola generale. Questa conclusione è confortata dal fatto che Gaio stesso, nelle istituzioni, quando si riferisce al caput secundum, scrive che anche l'actio contro l'adstipulator fraudulento era in duplum, "quod ex lege adversus infitiantem in duplum agitur", facendo evidentemente riferimento ad un carattere generale dell'azione basata sulla lex Aquilia, carattere che risulta dal testo della legge ma non da una certezza ad una norma espressa, posta alla fine, autonoma, ma non qualificabile come caput, trattandosi non di una regola sostanziale, ma di un principio processuale da riferirsi a tutti i capita che, ciascuno, prevedevano le fattispecie sanzionate".

Por último interesa destacar aquí que Cannata (p. 43) que de la forma *damnas esto* no se puede entender que la ley estableciese una sujeción directa a la *manus iniectio* y no puede (continúa...)

refiere a la muerte causada a un esclavo o a un animal cuadrúpedo, el segundo "adversus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fuerit" (Gai. 3,215-216), y el tercero para el caso de daños a las cosas o heridas a esclavo o animal cuadrúpedo.

La pena en el primer capítulo viene dada por el "quantum id in eo anno plurimi fuit" (D. 9,2,2,pr.), en el segundo por el "quantum ea res est" (Gai. 3,215-216), y en el tercer capítulo por el "quantum ea res erit in diebus triginta proximis" (Gai. 3,217; D. 9,2,27,5)<sup>760</sup>. Ahora, en todo caso, en

---

<sup>759</sup>(...continuación)

argumentarse a favor de esto desde la perspectiva de la litiscrescencia contra infitiantem, "poiché essa non prevede direttamente da damnas esto, ma era disposta espressamente dalla legge in una clausola general, alla fine".

<sup>760</sup>La jurisprudencia clásica modula progresivamente la estimación del daño de una valoración puramente objetiva a una que tiene en cuenta la verdadera lesión patrimonial sufrida en atención al interés que el dañado tiene en el objeto en cuestión: el id quod interest.

Nos remitimos, respecto a este punto fundamental a lo dicho en el capítulo primero p. 88

Aquí nos interesa destacar, en relación con este punto, que Cannata (Delitto e obbligazione. Copanello, 1992, op. cit., p. 37 ss.) señala, en primer termino, de acuerdo con H. Ankum (Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisieme chapitre de la lex Aquilia... op. cit., 171 ss.), que el tiempo de valoración a que se refiere la ley es del pasado y no del futuro. Así, no debe seguirse la dicción de D. 9,2,27,5, en el que aparece el tiempo futuro "erit", sino que se debe aceptar el texto de D. 9,2,29,8, en el que se lee "quanti ea res fuit in diebus triginta proximis". Por otro lado, dice Cannata, sabemos que la palabra "plurimi" faltaba del texto de la ley, y ello, por la propia interpretatio clásica, como se recoge en Gai. 3,218, con el parecer de Sabino.

Pero, lo más importante, según la tesis de este autor italiano, es el hecho de que, a su juicio, la ley, en su tercer capítulo no contenía ninguna relación respecto a los esclavos o ganado herido en contra del texto que nos ofrece Ulpiano (D. 9,2,27,5). En particular, Cannata cree que la frase "praeter hominem et pecudem occisos" es un añadido al verdadero texto de la ley.

Según esto, el tercer capítulo de la ley se referiría sólo (continúa...)

el supuesto de *infitiatio* del demandado la pena se eleva al doble de aquel valor determinado anteriormente<sup>761</sup>.

---

<sup>760</sup> (...continuación)

a "*quod usserit, fregerit ruperit iniuria*", es decir, a la destrucción o consumo material de objetos distintos a los que figuran en el primer capítulo. La consecuencia de ello está en la valoración que hace la ley: "*quanti ea res fuit in diebus XXX proximis, tantum aes ero dare damnas esto*", es decir, en tanto en cuanto en el texto del tercer capítulo se establecía una identificación de la lesión misma con la desaparición física del objeto. De ahí que no cupiese incluir en dicho texto las meras heridas de esclavos o ganado. Añade Cannata que, de acuerdo con esto, se comprende que no apreciase inicialmente tampoco el término *plurimi* en este capítulo. Gai. 3,218 nos informa de una controversia al respecto zanjada por Sabino. Lo cierto fue que la jurisprudencia al interpretar la ley extiende este capítulo a los casos de deterioro o disminución de un valor patrimonial y, como el plazo de treinta días que establecía ley era el lapso de tiempo necesario, pero suficiente, para la realización de las instrucciones probatorias del objeto destruido (el *ea res fuit*) según el sentido originario de la ley, la jurisprudencia, por asimilación con el capítulo primero de la misma, entendió que, en los supuestos de disminución del valor de la cosa, había de estarse al mayor valor de la misma (*plurimi*) en el último mes a efectos de determinar el importe del daño directamente emergente.

<sup>761</sup>A. D'Ors en función de esto, en el reciente artículo Una explicación genética... op. cit., saca la *actio ex lege Aquilia* del ámbito de las acciones penales *ex iure civile*, lo cual-D'Ors-obedecería a una deficiente sistematización de la jurisprudencia clásica. D'Ors por el contrario, la incluye en el grupo de las acciones de ejecución de sentencia: *damnatio*, *damnum*, *condemnatio*, se presentan efectivamente con la misma raíz etimológica. En el caso del *damnum* se trataría de resarcir el daño injustamente causado y así declarado por el juez. Así, se trata de una acción por el *simplum*, salvo en el caso de que se produzca *infitiatio* por parte del demandado, en cuyo caso sería por el *duplum*, como ocurre en otras acciones que llevan esta pena procesal como resulta de Gai. 4,9. Cannata, como vimos anteriormente, rechaza implícitamente esta tesis.

Nuestro propósito se limita, simplemente, a dejar constancia de estos planteamientos recientes sin pretender entrar a fondo en ellos. No obstante, no podemos dejar de hacer constar que la configuración de la *actio ex lege Aquilia* como una acción penal privada es señalada por la jurisprudencia clásica (aunque admitiésemos que estamos ante una construcción dogmática de ella). Así lo vemos en las Instituciones de Gayo, que, además, la citan expresamente en el intachable fragmento contenido en Gai. 4,112, a propósito de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales. Asimismo resulta de Gayo (Gai. 3,182) que esta acción origina una *obligatio ex delicto*.



Del primer capítulo derivan cuatro fórmulas<sup>762</sup>: contra el que confiesa, contra el "infittiantem", la relativa a si "servus sciente domino occiderit", y la acción noxal "si servus inscienti domino occiderit".

La acción nace de un delito y es calificada como penal en Gai. 4,112; D. 9,2,11,2; D. 9,2,23,8; P. Sent. I,13,6.

Ahora, Paulo nos dice en D. 17,2,50 (Paul. 6 Sab.) que en relación con la acción de socio se establece la concurrencia alternativa entre ambas acciones porque ambas "ad rei persecutionem respicit" y, por lo tanto, leemos "sensu contrario", que la actio ex lege Aquiliae no persigue sólo la pena como ocurre con la acción de hurto<sup>763</sup>.

---

<sup>762</sup>Lenel, EP<sup>3</sup>. p. 201, indica que en el Edicto pretorio el tecnicismo "damnas esto" de la fórmula originaria de la acción y que, añadimos, alude a una concepción penal de la misma, recogido aún por D. 9,2,2,pr. (Gai. 7 ed. prov.), se ve reemplazado por el tecnicismo "dare oportere" lo que nos sugiere una progresiva acentuación en época clásica del elemento reparatorio, indemnizatorio en sentido amplio, de la acción.

<sup>763</sup>Es el tema de la progresiva despenalización de las acciones penales en el derecho clásico. La prueba más evidente de la progresiva despenalización y patrimonialización de esta acción se encuentra en el terreno de la concurrencia alternativa de la misma en el Derecho clásico con las acciones derivadas de contratos de buena fe. Es un tema que fue específicamente tratado en el capítulo primero. Supra p. 114 ss.

Por otro lado traemos aquí a colación la tesis de Pugsley (On the lex aquilia ... op. cit.), que no aceptamos, y que propugna la idea de que la acción fue desde su origen reipersecutoria y que fueron los justinianeos los que transforman la poena in duplum de Gayo, que era pena procesal, en una auténtica pena para hacer de la acción una acción mixta.

Por el contrario Watson (Personal iniuries... op. cit.) considera, como ya indicamos al hablar de la acción de injurias, el carácter originariamente penal de la acción, y ve en ella una idea de continuidad en la evolución jurídica romana con respecto a la legislación de las XII Tablas en materia de lesiones: Debe tenerse en cuenta la terminología que se nos transcribe para el tercer capítulo de la lex Aquilia, la cual es identificable con la que se transcribe en las XII Tablas para los supuestos de membrum ruptum y para os fractum, también que en las XII Tablas (continúa...)

El texto de Paulo distingue pues un elemento reipersecutorio en la *condemnatio* de la acción, lo que, como vemos en contra de Voci<sup>764</sup>, no deja de tener efectos en su propia estructura: así, aquí, en materia de concurrencia de acciones, puesto que es alternativa con la *actio pro socio*; pero lo importante es la justificación que nos da el texto del hecho de que la concurrencia de la acción penal con la otra acción sea alternativa, y, por último, no creemos que sea determinante el posible "aggiornamento" del texto por parte de los compiladores. En realidad estos no harán sino dar el paso siguiente de configurar la acción como mixta en sentido cuantitativo.

En definitiva debemos recordar la exposición que hacíamos en el capítulo primero<sup>765</sup> respecto a la consideración por Gai. 4,9 de la *actio ex lege Aquilia* como una acción en la que *rem et poenam persequamur* con lo que, como vimos, se quería

---

<sup>763</sup>(...continuación)

no se nos diga nada (claro es posible que la cláusula no nos la haya recogido Sextus Pedius) sobre la lesión de *membrum ruptum* causada a un esclavo y así esta ley vendría a completar esa falta de regulación; además la *lex Aquilia* está próxima en el tiempo al *edictum generalis de iniuriis* que viene a dar una nueva regulación del delito de lesiones especialmente importante en cuanto a las lesiones menores. Por último, según la tesis de Watson, la diferencia de años- algo más de dos siglos- entre la legislación de las XII Tablas y la *lex Aquilia* no es tan amplia si se tiene en cuenta el conseravadurismo del *ius civile* de la República.

De todos modos nos quedamos con la ratio de la cita del artículo de Watson: es un buen argumento en pro de considerar el originario carácter penal de la *actio ex lege Aquilia*.

<sup>764</sup>Risarcimento e pena privata..., op. cit., señala, como ya se ha visto (supra p. 107, 686 y p. 112 ss.), que la concurrencia alternativa de algunas acciones penales con acciones derivadas de contratos de buena fe es algo externo a la propia estructura de la acción penal y deriva de la consideración que hace el Pretor, o el juez de la *cognitio extra ordinem*, al conocer de las acciones de buen fe.

<sup>765</sup>supra p. 79 ss.

aludir a un contenido penal y reipersecutorio de la acción a efectos de justificar así una limitación de alguno de los caracteres penales de la misma y hacer posible, de esta manera, su concurrencia alternativa y no cumulativa con las acciones reipersecutorias que derivan de los contratos de buena fe<sup>766</sup>.

Respecto al transmisibilidad de la acción tenemos D. 9,2,23,8 (Paul. 22 ed.):

Hanc actionem et heredi "ceterisque succesoribus" dari constat: sed in heredem "vel ceteros" haec actio <sup>MOVA</sup> dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus est...

Ningún problema respecto a la transmisibilidad activa, sin embargo los problemas aparecen respecto al lado pasivo. De Francisci<sup>767</sup> considera el texto interpolado y no admite, en línea con su tesis, que el texto clásico pudiese admitir la transmisibilidad pasiva de la propia acción penal, aún en el límite del enriquecimiento del heredero del autor del lícito.

Von Lübtow<sup>768</sup>, que es uno de los más firmes defensores de la idea del carácter penal de la actio ex lege Aquiliae en el Derecho clásico, parte de Gai. 4,112 para considerar interpolado la parte final de D. 9,2,23,8 a partir de "nisi forte".

Desde luego aboga para reputar la no clasicidad del fragmento que estudiamos la consideración general del principio

---

<sup>766</sup>Levy, Privatstrafe... op. cit., p. 23.

<sup>767</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 70

<sup>768</sup>Untersuchungen zur lex Aquilia... op. cit., p. 40-41.

de la intransmisibilidad de las acciones penales, dado que la acción es citada expresamente como penal por Gai. 4,112 (que, como sabemos, establece precisamente la regla de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales). Por otra parte, el fragmento declara expresamente que la acción no se transmite contra los heredero porque es penal, utilizándose una terminología prácticamente análoga a la de D. 47,8,2,27. Además está el hecho de que, como señala Brasiello<sup>769</sup>, difícilmente se puede pensar en un beneficio que enriquezca al heredero de un simple daño causado a un elemento patrimonial ajeno, ante lo cual, parece pues que estamos ante un supuesto de escuela. Los bizantinos en Bas. 60,3,21 imaginan, no obstante, el caso de que el que mate a un animal ajeno se quede con la carne o la piel de éste<sup>770</sup>. Pero ello en realidad pone de relieve la dificultad del caso, aparte de la concurrencia del supuesto con situaciones que quedan más bien dentro del ámbito de la *actio vi bonorum raptorum* o del *furtum*. Brasiello entiende que el texto en cuestión, por lo que hace a la transmisibilidad pasiva de la acción penal, es un glosema recogido en la Compilación.

Añadimos que el hecho de que en el Digesto se establezca de esta forma la transmisibilidad pasiva de la acción está en contradicción con otros fragmentos de la Compilación

---

<sup>769</sup>Corso. Atto illecito.. op. cit., p. 98-99.

<sup>770</sup>Maier (Prätorische bereicherungsklagen... op. cit., p. 27-28) alude, no obstante, a un posible supuesto de enriquecimiento derivado de un daño aquiliano: El del sustituto del heredero que mata al esclavo colocado en primer lugar. Sin embargo, el propio Maier indica que un supuesto tan particular no podía dar lugar a una afirmación tan genérica, con lo que, parece que en este fragmento nos encontramos ante un glosema.

El texto también es someramente comentado por Longo (Contributi alla teoria del dolo... op. cit., p. 132-133) para rechazar igualmente la genuinidad del mismo.

está en contradicción con otros fragmentos de la Compilación porque ciertamente los compiladores al calificar a la *actio ex lege Aquilia*, en I. 4,3,9, como una acción mixta configuran como pasivamente transmisible la parte de la condena que se identifica con el resarcimiento del daño<sup>771 772</sup>.

## 2) *Fraus creditorum*<sup>773</sup>.

Las fuentes nos transcriben la existencia en el Derecho clásico de medios específicos a través de los cuales se protege a los acreedores del deudor insolvente frente al posible fraude realizado por el mismo que puede tratar de "hacer desaparecer" elementos de su patrimonio para ponerlos fuera del alcance de aquellos.

De Francisci<sup>774</sup>, siguiendo a Solazzi y Pampaloni, señala que existieron dos remedios procesales: el interdicto

---

<sup>771</sup>En I. 4,3,9 Compr.se dice: "qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat in heredem hanc actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur".

<sup>772</sup>Este punto nos parece fundamental. Es una contradicción a la que aludiremos más adelante citando especialmente las obseraciones de Rotondi y de Levy. (p. 623 ss.)

De la constatación de la misma puede resultar la quiebra del sistema ideado por Albertario respecto de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

<sup>773</sup>La discutible colocación por De Francisci del *fraus creditorum* en este lugar (op. cit., p. 71 ss.) obedece por un lado a que consideraba que la llamada *actio pauliana* era una acción penal, y por otro lado, al precepto contenido en D. 42,8,11.

<sup>774</sup>Studii sopra le azioni... op. cit., p. 71 ss.

fraudatorio<sup>775</sup> y la acción llamada pauliana. Esta tesis también fue mantenida por Girard<sup>776</sup>. Para De Francisci la acción era una acción *in factum*, tal vez arbitraria, anual, penal y noxal.

X. D'Ors<sup>777</sup> realiza un detallado estudio sobre el *fraus creditorum* en el que se aborda, entre otros temas, el relativo a los recursos de que se dispone en el Derecho clásico para el caso de enajenación de activos patrimoniales por parte de un deudor con el propósito de defraudar a los acreedores.

Dicho autor recoge las diversas opiniones doctrinales existentes sobre la materia y llega a las siguientes conclusiones:

En primer término, respecto a la llamada *actio Pauliana* (D. 22,1,38,4; *Theophili Paraphrasis* I. 4,6,6<sup>778</sup>: ἡτις λέγεται Παυλιανή; Sch. I ad Bas. 60,5,36: ...τῆ Παυλιανῆ ἀγωγῆ<sup>779</sup> Y Labbei Glossa 'Ἰνρῆμ Παυλιανῆ<sup>780</sup>) X. D'Ors considera que la tesis sobre la existencia en el Derecho clásico de una *actio Pauliana* está ya casi completamente superada; además la

---

<sup>775</sup>Lenel. EP<sup>3</sup> Tit. XLIII & 268: "Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur". p. 495 ss. (Ulp. 73, Paul. 68, Gai. 26, Iulian. 49, Venul. 6 interd).

<sup>776</sup>Manuel...<sup>6</sup> op. cit., p. 432 ss.

<sup>777</sup>El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico. Roma-Madrid, 1974. Nos remitimos a la bibliografía allí citada.

<sup>778</sup>Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Ed. y trad. Ferrini. (Berlin, 1879; reimp. 1967). (Cita de X. D'Ors. op. cit., p. 48).

<sup>779</sup>Esc. a D. 9,4,36. (cit. de X. D'Ors).

<sup>780</sup>Esta glosa fue publicada por Labbeo en su obra *Cyrilli, Philoxeni aliorumque ceterum glossaria latino-greca et greco-latina collecta cum variis enmendationibus* y recogida por Otto, *Thesaurus Iuris Romani continens rariora meliorum interpretatum opuscula*. (Utrecht, 1733). p. 1740. (cit. de X. D'Ors)

referencia a tal acción no figuraba en la edición oficial del Digesto, donde los compiladores hablaban de una actio, incluso quizá de una actio in factum; por último el nombre, así como la aparición en el Digesto de la acción Pauliana, debe buscarse en época justiniana. Esta denominación se difundió probablemente en las escuelas de Derecho, como reflejan las fuentes que la utilizan, y pasó por interpolación a una copia del Digesto.

En segundo termino, dicho autor niega la existencia de una acción revocatoria junto al interdicto fraudulentario, e igualmente, niega la existencia de una restitutio in integrum junto a dicho interdicto, y ello en contra de lo que supone Lenel a partir de I. 4,6,6, pero también, en contra de lo que el mismo autor denomina como doctrina general en este punto (Impallomeni, Kaser, Ankum o Talamanca<sup>781</sup>). Concretamente concluye<sup>782</sup> diciendo que "tanto la existencia como la mecánica de una in integrum restitutio ob fraudem, presenta tales dificultades, que hace muy difícil, si no imposible, su defensa. La extrema debilidad de las fuentes en que se apoya este recurso nos obliga a abandonar la

---

<sup>781</sup>X. D'Ors. El interdicto fraudulentario... op. cit. p. 63: se cita en dicho lugar a Impallomeni. (Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico. (Padova, 1958). No obstante, se indica también que Impallomeni matiza también su postura en Actio Pauliana. [P. W. Sup. XII (1970)] en la que señala que tampoco hay argumentos definitivos ni a favor ni en contra para admitir la presencia en el Derecho clásico de una restitutio in integrum junto al interdicto fraudulentario. También se cita a H. Ankum. ("interdictum fraudulentarium" et "restitutio in integrum ob fraudem". Synteleia Arangio-Ruiz II, Napoles, 1964.) y a Talamanca. Azione revocatoria (D. romano). E. d D. IV, 1959. p. 884. n. 8.

Por otro lado Kaser (Das Römische Privatsrecht, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 252, II<sup>2</sup>, op. cit. p. 94) señala que el Derecho concedía tanto una restitutio in integrum como una actio in factum y que ambos instrumentos jurídicos fueron unificados por Justiniano que mezcló a ambos en una actio unificada.

<sup>782</sup>X. D'Ors. El interdicto fraudulentario... op. cit., p. 59.

opinión común actualmente y negar la existencia de una *in integrum restitutio ob fraudem*".

Por el contrario, X. D'Ors sigue a la doctrina general sobre la materia admitiendo la existencia en el Derecho clásico de un interdicto con la denominación de *fraudatorium*, si bien, duda si éste era su nombre técnico o más bien, su denominación popular<sup>783</sup>. Siguiendo a este autor, el interdicto se dirigía contra los terceros a quienes, con concimiento del fraude, hubiesen ido a parar los bienes enajenados. No obstante, debió darse el interdicto de forma útil tanto contra el propio *fraudator*, cuando no hubiese otro medio para recuperar el bien en cuestión, como contra los terceros que han recibido bienes del *fraudator* pero de buena fe. La legitimación activa, según X. D'Ors, correspondería sólo al *curator bonorum* o representante de los acreedores, si bien, con ello está en contra de la tesis de *Impallomeni* que considera que el interdicto podía ser ejercitado por cualquier acreedor<sup>784</sup>.

Respecto al tema de la transmisibilidad hereditaria tenemos los siguientes textos:

Haec actio heredi "ceterisque successoribus"  
competit: sed et in heredes similesque personas  
datur<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup>X D'Ors. El interdicto frudatorio... op. cit., p. 73.

<sup>784</sup>X. D'Ors. El interdicto fraudatorio... op. cit. p. 153-154. Se cita a *Impallomeni*. P. W. op. cit. p. 1014 ss. y *Studi* op. cit. p. 88.

<sup>785</sup>El fragmento debe ponerse en relación con D. 42,8,10,24, relativo a la *actio in factum post annum in id quod ad eum pervenit*; es decir, contra el propio legitimado pasivamente por



(D. 42,8,10,25. Ulp. 73 ed.).

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit. (D. 42,8,11. Ven. Sat. lib. 6 interd.).

La tesis de De Francisci, cuya exposición seguimos, mantiene que estos textos se referían realmente al interdicto fraudatorio teniendo en cuenta que la transmisibilidad in heredem de los interdictos obedece a otros principios distintos a los propios del campo de las acciones penales. Por lo tanto el texto del Digesto es fruto de la yuxtaposición justiniana en una sola acción de los dos remedios procesales clásicos a juicio de De Francisci (interdicto y acción Pauliana), y desde luego, esos textos no podrían dar pie para defender la transmisibilidad pasiva de una acción penal en la medida del enriquecimiento del heredero.

Por otro lado, Girard<sup>786</sup> considera, precisamente en

---

el interdicto pero cuando ya ha transcurrido el año de ejercicio de aquel:

"Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret".

<sup>786</sup>P. F. Girard. Manuel...<sup>6</sup> op. cit., p. 407, n. 1: Girard recuerda que Casio fue cónsul en el año 30 d. C. y pretor, como muy tarde, en el año 27. Por otro lado, Maier (Prätorische... op. cit., p. 74) dice que no hay ninguna duda del carácter clásico de D. 42,8,11, y de que el texto referido por Venuleio es realmente de Casio, pero niega que fuese propuesta por éste como pretor (cit. Maier), y que, después, diese lugar a la correspondiente cláusula edictal, sino que estaríamos ante una respuesta jurisprudencial a la que seguiría la elaboración de una fórmula por el propio jurista Casio. Maier sigue a Lenel cuando aduce que existió en el edicto una cláusula por la que se concedía una acción in factum post annum por el id quod pervenit contra el demandado del interdicto y que la jurisprudencia extendió esta acción contra el heredero del demandado en la misma medida.

relación con el interdicto fraudatorio, y teniendo en cuenta el texto contenido en D. 44,7,35,pr., que la idea de la transmisibilidad pasiva de las acciones penales "in id quod ad heredem pervenit" habría sido admitida y reconocida por primera vez por Casio, es decir, en el siglo I d C. tal y como se refleja en D. 42,8,11<sup>787</sup>.

Brasiello<sup>788</sup> da otra interpretación en esta materia puesto que entiende que D. 42,8,10,25 y D. 42,8,11 no son textos interpolados como consecuencia de la yuxtaposición de la acción pauliana con el interdicto fraudatorio sino que son textos clásicos que en realidad se refieren a la *actio in factum* que concedía el Pretor contra el heredero del que hizo fraude a los

---

<sup>787</sup>Como ya se vió en p. 69, Albertario considera que el fragmento es una mera invención justiniana: la interpolación de este texto se apoya (y también recíprocamente) en la intepolación de D. 44,7,35,pr.

<sup>788</sup> Corso. Atto illecito... op. cit., p. 123 ss. Anteriormente Maier(Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 74 ss.) defendió también la clasicidad esencial de D. 42,8,10,24 y 25. Concretamente considera que el fragmento 24 recoge la existencia de un edicto particular del Pretor que debía formar un anexo al propio interdicto. En este edicto se establecía una *actio in factum post annum* por el *id quod ad eum pervenit*, que tendría una fórmula prácticamente idéntica a la del interdicto, y que dicha *actio in factum* se extendería posteriormente contra el heredero de aquel al que se dirija el interdicto fraudatorio.

Respecto a D. 42,8,11 Maier (p. 74) indica, aparte de lo señalado anteriormente, que del libro 6 de la obra de los interdictos de Vanuleio sólo han llegado a nosotros fragmentos relativos al interdicto fraudatorio. Añade que, puesto que también Justiniano coloca el fragmento en cuestión en este interdicto, no cabe dudar de la conexión original. Ahora bien, sigue diciendo "que no está aclarado por ningún lado el hecho de que Venuleio aquí quisiera hablar de un principio general de la responsabilidad por enriquecimiento, y puede pensarse, con todo derecho, que es improbable. ¿Justiniano hubiera enterrado en una materia especial un fragmento que formulaba este principio por él preferido y llevaba el nombre de un jurista famoso? ¿Y de esta manera artificial lo hubiera despojado de su carácter general?. Venuleio hablaba más bien de un interdicto fraudatorio o cuanto más, en general respecto de los pocos interdictos en los cuales se toma en consideración una responsabilidad i.i.q.p."

acreedores o del que recibió algo también en fraude de aquellos. Por otro lado el interdicto fraudatorio, como el "de vi" era anual y, como nos indica Sabino, después del año el Pretor concedía, para este último, también una *actio in factum*<sup>789</sup>. En definitiva, de los textos resulta que Sabino y Casio siguen la misma orientación, de donde Brasiello establece las siguientes conclusiones:

1) La regla de la responsabilidad del heredero, en la medida que éste se haya enriquecido, es clásica.

2) Se vincula toda la responsabilidad que alcanza al heredero a una consideración patrimonial de la situación jurídica en cuestión.

3) Casio lo que introduce es la *actio in factum* por el enriquecimiento del heredero, como hemos visto, mientras que Sabino introduce, como vemos más abajo, una *actio in factum post annum* para el interdicto "unde vi" por el importe de lo defraudado a los acreedores.

Según Brasiello<sup>790</sup> la anualidad del interdicto resulta de D. 42,8,10,18 (Ulp. 1, 73 ad Ed.):

**Annus huius [in factum actionis]<sup>791</sup> <interdicti>**

---

<sup>789</sup>Vacca (Delitti privati... op. cit., p. 703 n. 70) sigue la misma tesis e indica, en relación con D. 42,8,11) que aún siendo cierto que el pasaje se encuentra en la materia específica del fraude y que no parezca que haya de darse un alcance general, es fuertemente indicativo de que al comienzo de la época clásica, y por parte de los seguidores de la escuela sabiniana "vi fosse un'elaborazione diretta ad isolare nell'ambito delle azioni penali il contenuto patrimoniale".

<sup>790</sup>Corso. Atto illecito... op. cit., p. 121.

<sup>791</sup>También en la edición Mommsen-Krueger del Digesto está indicado *in factum actionis* como interpolado.

computabitur ex die venditionis bonorum.

Así pues el texto resulta interpolado y donde dice *actio in factum* debiera decir *interdicto* y concordaría con la anualidad del *interdicto "de vi"* que es nitidamente contenida en D. 43,16,1,pr. (Ulp. 1, 69 ed.). Pero resulta más revelador aún D. 43,1,4 (Paul.1,67 ed.) donde se recoge el pensamiento de Sabino antes citado:

Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum cum quo agitur pervenit, post annum iudicium dandum Sabinus respondit.

Por otro lado, también Xavier d'Ors<sup>792</sup> realiza un estudio del tema y concluye que los textos relativos a la transmisibilidad son fruto de interpolación. La solución, añadimos, la enmarca el autor citado en un campo distinto a aquél en el que se desenvuelve el tema de la transmisibilidad de las acciones penales privatae: estamos ante otros principios, los que rigen la extensión del *interdicto* contra el heredero de aquél contra el que se dirige la orden *interdictal*. En este campo<sup>793</sup>, añadimos nosotros, no hay una relación obligatoria entre un deudor y un acreedor que genere créditos y deudas que puedan ser objeto de transmisión hereditaria, sino que nos encontramos, simplemente, con una extensión de la legitimación pasiva del *interdicto* en tanto que constituye una orden del magistrado

---

<sup>792</sup>El Interdicto fraudatorio... op. cit., p. 170-171.

<sup>793</sup>infra. Capítulo séptimo. 1).

dirigida a una persona determinada<sup>794</sup>.

X. D'Ors no sigue la tesis de Brasiello por la que éste enmarca D. 42,8,10,25 en el seno de las acciones *in factum* que el Pretor concede al interesado después del año dentro del cual podía acudir a solicitar el interdicto, o bien dentro de las acciones *in factum* utilizables en contra del heredero de los respectivos demandados, sino que, en virtud del estudio realizado concluye que estamos ante la lógica extensión de la propia orden interdictal, si bien, del lado activo, debe de tenerse en cuenta que el interdicto se concede en favor del curator representante de los acreedores, pero en interés de los acreedores y sus herederos, mientras en el lado pasivo, la extensión vendrá determinada por el enriquecimiento efectivamente obtenido. Particularmente, respecto de la transmisibilidad hereditaria activa, D. 42,8,10,25 (Ulp. 73 ed.) dice:

Haec actio heredi "ceterisque successoribus"  
competit: sed et in heredes "similesque personas"  
datur.

Señala X. D'Ors que el texto fue considerado como

---

<sup>794</sup>Otra cosa, añadimos, sería la consideración de la transmisibilidad o no de la *actio ex interdicto*, máxime cuando los justinianeos unifican lo que antes sólo eran dos momentos de un iter procesal: el interdicto en sí mismo considerado y la *actio ex interdicto* del legitimado activamente por el interdicto contra el legitimado pasivamente si no se aviene a cumplir la orden del Pretor.

Bajo estas nuevas premisas los textos contenidos en D. 42,8,10,25 y en D. 42,8,11 adquieren otra dimensión, pero claro, dentro del Derecho de Justiniano.

interpolado por Albertario<sup>795</sup> que sustituye esta redacción por la siguiente: "hoc interdictum heredi competit sed et in heredes <non> datur". Posteriormente Solazzi<sup>796</sup>, que en un principio mantuvo dicha interpretación de Albertario, duda de ella porque se aprecia una contraposición en el mismo texto entre "heredi competit" e "in heredes datur" teniendo en cuenta que "competit" no es término apropiado para un recurso pretorio.

X. D'Ors<sup>797</sup> llama la atención sobre el hecho de que - según su tesis- la legitimación activa para ejercitar el interdicto fraudatorio correspondía en el Derecho clásico exclusivamente al curator bonorum y, por lo tanto, no tiene sentido hablar de la transmisibilidad activa del propio interdicto a los herederos de los acreedores. Por contra propone que dicha transmisibilidad, a la que alude el texto del Digesto, se referiría originalmente a la actio in factum que se concede a los acreedores que han sido puestos, por orden del pretor, en la posesión de los bienes del deudor cuando su posesión se les niega dolosamente por éste<sup>798</sup>.

Por lo que hace a la transmisibilidad hereditaria pasiva señala<sup>799</sup> que, a tenor de D. 42,8,20,25, el interdicto se concede contra los herederos de los adquirentes de los bienes

---

<sup>795</sup>Note sulle azioni penali e sulla loro trasmisibilità passiva. B.I.D.R. 26, 1914, p. 112.

<sup>796</sup>La Revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano.<sup>3</sup> II, p. 40 ss. (Cita de X. D'Ors).

<sup>797</sup>El interdicto fraudatorio... op. cit., p. 158-159.

<sup>798</sup>X. D'Ors. El interdicto fraudatorio. op. cit., p. 97 ss. Cfr. p. donde se trata específicamente sobre esta acción.

<sup>799</sup>El interdicto fraudatorio. op. cit., p. 170-171.

fraudulentamente enajenados, pero por un fundamento ajeno a la idea de la transmisibilidad, como es el hecho de que el interdicto se dirige contra los herederos de los adquirentes porque pueden ser considerados subadquirentes a título lucrativo, y contra ellos puede darse, causa cognita, el interdicto fraudatorio. Y añade que este caso no es diferente al de los legatarios o donatarios que hayan recibido directamente bienes del fraudator.

Ahora bien, X. D'Ors indica también, que la idea de la concesión del interdicto fraudatorios contra los herederos de los adquirentes fue aprovechada por los compiladores para introducir la idea de la transmisibilidad activa y pasiva en D. 42,8,10,25; y, respecto a D. 42,8,11<sup>800</sup> establece que "el texto aparentemente señala una limitación de la responsabilidad el heredero, cuando, en realidad, no se trata de una limitación de responsabilidad por efecto de la transmisibilidad pasiva del interdicto fraudatorio, sino de concretar la razón por la que tal heredero se halla pasivamente legitimado como subadquirente lucrativo. Es decir, la restitución que de él se exige se refiere concretamente a lo que ha recibido a título lucrativo, como heredero del adquirente del fraudator, y no al total que hubiere

---

<sup>800</sup>Concretamente en p. 171, n. 56 dice que " aunque Albertario, art. cit., en Z.S.S. 32 (1911) 307 ss. y art. cit., en Studi IV p. 333, crea que este texto refleja la corrupción [ut tamen-similibus] de D. 44,7,35,pr., donde Paulo se refiere también a Casio, esta crítica no parece aceptable, toda vez que, en el citado texto, la afirmación interpolada no parece quererse atribuir a Casio, sino a Paulo; por otro lado, es claro que allí se trata de acciones honorarias penales, en tanto que los compiladores están pensando evidentemente en una acción no penal cuando colocan este texto en el lugar en el que se halla, después de afirmar (D. h.t. 10,25) la transmisibilidad pasiva. En la transcripción del fragmento hemos corregido la interpolación compilatoria <interdictum> [actio]".

adquirido el difunto. Este sentido de la expresión *quod-pervenit* fue entendido por los compiladores, sin embargo, como limitación de la responsabilidad de los adquirentes a título lucrativo al enriquecimiento actual de los mismos a consecuencia del acto fraudulento".

3) *Actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*<sup>801</sup>.

Se trata de una acción pretoria in *quadruplum*, dentro del año, in *simplum*, después del año, contra aquél que en caso de incendio, catastrofe o naufragio haya causado daños "*vel quid repuisse dolo malo dicetur*".

La fórmula aparece recogida en D. 47,9,1,pr. y por lo que a la transmisibilidad respecta en D. 47,9,4,2 (Paul. 54 ed.) tenemos:

*Hae actiones heredibus dantur, in heredes eatenus dandae sunt, quatenus ad eos pervenit.*

De Francisci supone que puesto que nos encontramos ante una extensión pretoria de la *actio vi bonorum raptorum* estamos ante un caso semejante de interpolación justiniana que el realizado para esta acción<sup>802</sup> y que responde a la concepción

---

<sup>801</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXIV & 189. p. 396-397. (Ulp. 56, Paul. 54, Gai. 21).

<sup>802</sup>supra. p. 431 ss. No obstante vemos que si la acción es, según el esquema justiniano, mixta, en cuanto que está dirigida por el *simplum* para obtener el resarcimiento, mientras que el triple viene dado en concepto de pena, poco tiene esto que ver



justiniana de la *actio vi bonorum raptorum* como una acción mixta. Según la tesis de De Francisci, absolutamente general en la doctrina, el pretor concedía una acción por el enriquecimiento obtenido por el heredero (*actio in factum in id quod ad eum pervenit*) y son los compiladores los que escriben que la propia acción se dirige contra el heredero en la medida de su enriquecimiento.

4) Acción contra el que impida *in iudicium sistere*<sup>803</sup>.

La acción va dirigida a obtener el *quantum actoris intersit* (D. 2,10,3,pr.; 4) y es penal (D. 2,10,1,4) y noxal (D. 2,10,1,5; D. 2,10,2). Respecto a la anualidad y a la transmisibilidad tenemos:

*Et heredi datur, sed non ultra annum. adversus heredem autem hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti non lucretur.* (D. 2,10,1,6; Ulp.7 ed.).

Naturalmente De Francisci<sup>804</sup> considera el texto interpolado: "hactenus (ut)" es una expresión que cuando aparece es casi seguro fruto de una interpolación y, por otro lado, es

---

con el hecho de que la acción sea ejercitable *in heredem* en la medida del enriquecimiento obtenido por el heredero que, a su vez, puede coincidir o no con el *simplum* del daño realizado.

<sup>803</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. VII & 17-24. *Vadimonis*. p. 80 ss. (Ulp. 7, Paul. 6,7, Gai. 2 Iulian. 2, Callistr. 1).

<sup>804</sup>Nota sopra le azioni... op. cit., p. 74.

"ciertamente justiniana la tendencia a impedir el *lucrum* indebido e ilícito del heredero, tendencia que se encuentra en otros textos ciertamente interpolados".

Todo esto es cierto, pero nos preguntamos también por qué interpolaron aquí los compiladores y no en otros supuestos. La acción como hemos visto es definida en el propio Digesto como penal, además es noxal y en D. 2,10,1,6 se siente la necesidad de recordar que la acción es transmisible activamente aunque, desde el lado pasivo, se acepte su transmisibilidad pero sólo en la medida del enriquecimiento obtenido. Y como respuesta vemos que el importe de la *condemnatio* es por el "*quantum actoris intersit*", ni siquiera por el "*quantum ea res est*". La acción, en la práctica cumple una función claramente reparatoria del daño causado y esto lo vieron así los compiladores.

Además uno de los textos que plantean mayores problemas, relativos a la *actio de dolo*, donde también se producen las mayores dudas respecto a la posible transmisibilidad pasiva de la propia acción penal, utiliza la expresión "*aetanus...quatenus*".

#### 5) Acción contra los *calumniatores*<sup>805</sup>.

---

<sup>805</sup>*Actio in factum in eum qui, ut negotium faceret vel non faceret, calumniae causa pecuniam accepisse dicitur.* Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. IX & 36-38. p. 106 ss. Ulp. 10, Paul. 10, Gai. 4.

M. Lauria [*Calumnia*. N.N.D.I. II, p. 677-678 (Studi Ratti, 1934. p. 95 ss.)] señala que en el Derecho clásico el actor debía prestar el juramento "*iusiurandum calumnia causa se? non postulare*". En época postclásica este juramento se transforma y se configura y deriva en último medio de prueba de la demanda o de la excepción.

Para la calumnia existía junto a la represión pública (Interpretatio a P. Sent. 1,5,2, una actio in quadruplum dentro del año, y por el simplum, después del año, contra el que se hubiese prestado o hubiese renunciado a promover una cuestión judicial a cambio de una suma de dinero: D. 3,6,1,pr.<sup>806</sup>; P. Sent. 1,5,1.

La acción-De Francisci- es penal ya que la pena es por el quadruplum y la calumnia se califica en D. 3,6,9 como crimen, si bien, como destaca el mismo autor, la acción, sorprendentemente, no es mencionada entre las infamantes.

Respecto al tema de la transmisibilidad la acción es intransmisibile activamente. Windscheid la coloca por tanto entre

---

<sup>806</sup>Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 101 ss.) estima interpolado el final de este texto en el que se dice lo siguiente:

In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum [simpli "in factum actio competit"]. (Ed. Mommsen-Krueger: p. 78, n. 14: iudicium dabo?.

Levy indica que para los justinianos la actio de calumniatoribus se contempla desde la óptica de las acciones mixtas (D. 3,6,5,1,i.f.), y añade que "queda claro que para los compiladores, sobre la base de la acción mixta, el simplum siempre resulta reipersecutorio ya que no sabían separar claramente lo que es el enriquecimiento de lo que es el resarcimiento y no tenían ninguna comprensión para esa diferencia.

D. 3,6,1,pr. era sin duda un apoyo para quienes, empezando por Albertario, consideran que las acciones in factum que el Pretor dió contra el propio autor de delitos privados post annum, como también contra el heredero, fueron por el simplum. No obstante, Levy llama la atención sobre el hecho de que aquí, contrariamente a lo que ocurre, por ejemplo, en la actio vi bonorum raptorum o en la actio metus causa no se diga que la acción es post annum por el simplum, sino que aparezca la expresión simpli que, entiende dicho autor, que no es clásica. Además en la actio vi bonorum raptorum, o en la actio metus, la acción dirigida in simplum post annum era una acción penal, y no una acción con fines de resarcimiento. En este sentido, Maier (Prätorische Bereicherungsklagen op. cit., p. 59 ss.) desarrolla este pensamiento de Levy.

las vindictam spirantes<sup>807</sup>.

Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam quam defunctus dedit repetere potest. (D. 3,6,4; Gai. 4 ed. prov.).

Sin embargo en el número 5 del fragmento se añade que la acción se dirige contra los herederos del autor del ilícito en la medida del enriquecimiento: "in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit"... Y continua el texto con una explicación aparentemente justificativa de tal contradicción (es decir una acción que pueda calificarse de intransmisible activamente pero transmisible pasivamente) y se dice autoritariamente: "nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur..." (Ulp.10 ed.), lo que para De Francisci revela una intervención justiniana<sup>808</sup>.

Maier<sup>809</sup> realiza un detallado estudio de los problemas que plantea esta acción asumiendo, en general, las tesis de Levy. La cuestión de fondo que surge es la de la concurrencia de la *condictio* con el ejercicio de la propia acción penal por parte del heredero de la víctima del delito. Es una cuestión de gran importancia que trataremos también en el capítulo séptimo<sup>810</sup> al

---

<sup>807</sup>Windscheid. Diritto di Pandette, II, \* 471. p. 828. n. 5; \* 351. p. 391. n.6.

<sup>808</sup>De Francisci. Studi sopra le azioni... op. cit., p. 75-77.

<sup>809</sup>Prätorische Bereicherungsklagen...op. cit., p. 55 ss.

<sup>810</sup>infra p. 702 ss.

abordar la relación de la *condictio* con las acciones de enriquecimiento pretorias. Maier pone de relieve que estamos ante un delito que atenta contra el honor de una persona y que por ello no cabe su transmisibilidad activa pero que, sin embargo, tiene también un reflejo patrimonial puesto que media la entrega de una suma de dinero, lo que, puede ser objeto de repetición por medio de una *condictio ob turpem causam*.

Además-Maier- deben distinguirse dos supuestos distintos en este delito: en primer lugar que alguien pague una suma a otro para que éste, que la acepta, ejercite una acción contra un tercero; en segundo lugar, que alguien pague una suma a otro para que no ejercite, contra él, una acción judicial. En el primer caso la víctima es el tercero y su heredero parece que no puede ejercitar la acción contra el calumniador porque estamos ante una acción del grupo de las *vindictam spirantes*. Además, el que dió la suma no puede ejercitar la *condictio ob turpem causam* porque hay un concurso de causas torpes y, por lo tanto, prevalece la *causa possidentis* del que recibió la suma (D. 3,6,5,1). Sin embargo, en el segundo caso, cuando alguien entregó una suma a otro para que no ejercitase contra él una acción judicial, la víctima, esto es, la que pagó esa suma seguramente mediando un chantaje, puede ejercitar, además de la acción penal por el cuadruplo, la *condictio ob turpem causam*, la cual se transmite a sus herederos.

Así pues-Maier-los fragmentos 4 y 5 de este título del Digesto parece que son fruto de la interpolación en el sentido de que han sido mezcladas las soluciones necesariamente distintas de los dos casos planteados dentro de esta acción contra los

calumniadores.

Brasiello<sup>811</sup> al tratar sobre la acción de enriquecimiento contra el heredero del calumniador señala que estamos en un terreno fronterizo con el de acciones penales públicas que conllevaban, en el procedimiento de la quaestiones perpetuae, penas patrimoniales por razón de delitos cometidos por magistrados en el cumplimiento de sus funciones: así la actio de repetundis o la actio peculatus. Brasiello, a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en la actio vi bonorum raptorum, defiende que aquí no cabe el ejercicio de una condictio ob turpem causam contra el calumniador, entendiéndose por tal, en este delito, el que ha aceptado dinero para realizar una acusación criminal y también, singularmente, el magistrado o funcionario público que acepta dinero para hacer o no hacer aquello a lo que está obligado o para iniciar o no un procedimiento judicial. Y no cabe la condictio porque aquel que dio el dinero también incurre en una causa torpe, y por lo tanto, ante igualdad de causas torpes, triunfa la causa possidentis, es decir la del calumniador que "posee" el valor patrimonial recibido en dinero (D. 3,6,5,1). Además, en el caso de que sea el calumniador un funcionario público, tampoco cabe que se ejercite contra él una condictio por razón de los fondos ilícitamente obtenidos en el ejercicio de sus funciones ya que para ello ya existen las correspondientes acciones públicas. Además, el Derecho clásico contaba con los medios de perseguir a los herederos que se enriqueciesen con los fondos ilícitamente obtenidos por el

---

<sup>811</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 107 ss.

magistrado o funcionario<sup>812</sup>. Y, en cualquier caso, siempre existirá una *actio in factum* pretoria que pueda ejercitarse contra el heredero por el enriquecimiento obtenido.

Concluye Brasiello<sup>813</sup> estimando que las expresiones que utiliza el Digesto relativas a la transmisibilidad pasiva de la acción (*nam est constitutum...*) no son, en contra de lo señalado arriba por De Francisci, específicamente justinianeas sino que aún siendo utilizadas por los compiladores obedecen al lenguaje propio de la cancillería imperial desde los tiempos del Principado el cual se manifiesta a través de las constituciones imperiales que han llegado hasta nosotros.

6) Acción contra aquél "*qui dolo malo fecerit quo minus quis in possessionem sit*"<sup>814</sup>.

La acción se dirige contra el que con dolo malo impida a alguien estar en posesión de los bienes de que se trate con permiso del pretor que da la acción o del que tenía la jurisdicción competente. Estamos ante una acción penal y anual (D. 43,4,1,8), *in factum* (D. 43,4,1,pr.), y dirigida a obtener el "*quantum ea res est*", (D. 43,4,1,5; 1,2,pr.), esto es, el valor del asunto que motivó la entrada en la posesión. Por lo que hace a la transmisibilidad de la acción, D. 43,4,1,8 señala que

---

<sup>812</sup>Capítulo cuarto. 3).

<sup>813</sup>Levy (*Privatstrafe...* op. cit., p. 112-113. n. 7) ya consideró que estas expresiones son propias del lenguaje de la cancillería imperial y, por lo tanto, no producto de interpolación. En contra Albertario (ZSS, 32, p. 319.).

<sup>814</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXIX & 216. p. 424. (Ulp. 62, Paul. 59).

"...intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem "similibusque personis" dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi "similibusque personis" dabitur..."<sup>815</sup>.

7) Acción contra aquel "cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur"<sup>816</sup>.

La acción se refiere en general a los supuestos en los que alguien, normalmente el acreedor es puesto por orden del Pretor o del juez de la cognitio en la posesión de bienes del deudor, sobre todo inmuebles. En D.42,5,9,pr. se recoge el edicto por el que el Pretor da acción para la restitución de frutos y

---

<sup>815</sup>De Francisci (Studii sopra le azioni... op. cit., p. 77-78) subraya su tesis: Estamos ante una acción de naturaleza penal pero de contenido patrimonial, o dicho de otro modo, de estructura penal conforme a su naturaleza, pero de función civilística reparatoria. Además, la transmisibilidad de la propia acción contra los herederos en la medida del enriquecimiento es, tal y como se recoge en D. 43,4,1,8, prácticamente seguro, interpolada. Ahora, sobre todo esto, queremos indicar que nada dicen las fuentes acerca de la concurrencia de esta acción penal con una acción reipersecutoria. Y en este sentido podemos traer a colación la concurrencia alternativa de la actio ex lege Aquilia cuando concurre con acciones derivadas de contratos de buena fe (supra p. 114 ss.), siendo el importe de la condemnatio de la acción aquiliana normalmente equivalente al "quantum ea res est". En definitiva, creemos que se ha de actuar con prudencia porque las acciones penales privadas están inmersas en su evolución jurídica en un proceso de despenalización y progresiva patrimonialización que no sólo puede manifestarse, en su caso, en el importe de la condena, sino en la gradual (y casuística) transformación de su estructura. La transmisibilidad de la acción contra los herederos i.i.q.p. debe ser fruto de la interpolación, pero decimos lo que en otros casos anteriores: ¿Por qué interpolaron en esta acción y no en otras?. La actuación de Justiniano no pudo ser ajena a la consideración de la función real que, desde el Derecho clásico, desempeña esta acción.

<sup>816</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXIX & 215 (De administratione et periculum creditorum). p. 424. (Ulp. 62, Paul. 59).



gastos por el poseedor de la cosa a quien corresponda y cuando "cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur".

En este último supuesto<sup>817</sup> el Pretor dentro de la rúbrica edictal "De administratione et periculo creditorum" da una acción contra el que ha deteriorado con dolo malo la posesión y se añade que la acción es penal y anual (D. 42,5,9,pr.) si bien, respecto a su contenido, (D. 42,5,11; Ulp. 62) indica que la acción "rei persecutionem continent", y lo hace precisamente para justificar que la acción se dé al heredero de la víctima:

Heredi autem dabitur, quia et rei continet  
persecutionem<sup>818</sup>.

Por el contrario, respecto a la transmisibilidad pasiva tenemos:

...neque in heredes ceterosque successores dabitur  
cum ex delicto oriatur poenaque nomine  
concipiatur.

(D. 42,5,9,8; Ulp. 62 ed.).

Sin embargo, en el fragmento siguiente (número 10) se recoge en una frase un pensamiento de Paulo aparentemente contrapuesto al decir, como continuación de lo anterior, "nisi

---

<sup>817</sup>De Francisci. Studii sopra le azione... op. cit., p. 76.

<sup>818</sup>Estamos ante otro de los fragmentos en los que aparece esta cláusula estereotipada para explicar escolásticamente el contenido patrimonial de la acción como elemento evaluable económicamente en la masa hereditaria que recibe el heredero de la víctima del delito.

quatenus ad eum pervenit". (Paul. 59 ed.).

Aún teniendo en cuenta el contenido de la acción, entendemos, en la línea de pensamiento de De Francisci, que no cabe pensar en una contradicción entre ambos autores; más bien, el breve texto contenido en el fragmento número 10 parece un añadido compilatorio traído a colación en forma de breve fragmento junto al anterior sin que, ni siquiera, pueda probarse que el texto original, de donde se tomó esta cita de Paulo, se refiera realmente a esta acción<sup>819</sup>.

#### 8) Acción contra el "publicanus qui vi ademerit".

El Edicto del Pretor se contiene en D. 39,4,1,pr. (Ulp. 55 ed.)<sup>820</sup>. En él se daba acción contra el publicano por lo que se dice que por sí o por medio de las personas a su servicio, haya arrebatado por la violencia, "publicani nomine",

---

<sup>819</sup>Pero también podemos preguntarnos: ¿No hubiera sido mucho más cómodo para los compiladores haber insertado, sin más, ese añadido en en D. 42,5,9,7, de forma análoga a como ocurre en otros lugares del Digesto?. La acción, que en D. 42,5,9,7 se identifica con la propia actio de dolo, es por el simplum, "rei persecutionem continet" y cumple una función indemnizatoria.

<sup>820</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXXII (De publicanis) & 183 (Quod publicanus ademerit). p. 387. (Ulp. 55, Gai. 21, Gai. ad ed. pr. urb. h.t.).

R. Rohle (Zum Wortlaut des Edikts "quod publicanus ademerit" T. 1978. p. 137-139.) propone alguna modificación con respecto al reconstrucción del edicto hecha por Lenel. Frente a "Praetor ait: quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit quodve familia publicanorum...", considera que debe ser: "Praetor ait: quod publicanus quodve familia publicanorum eius publicani nomine vi ademerit..."

a no ser que lo restituyera<sup>821</sup>.

La acción contra el *publicanus* es por el *duplum* si se ejercita dentro del año y por el *simplum* si se ejercita *post annum*. (D. 39,4,1,pr.); la acción, a tenor de D. 39,4,6 no es subjetivamente *cumulativa*<sup>822</sup>. *Voci*<sup>823</sup> defiende aquí la clasicidad de la norma atendiendo a que estamos ante normas particulares de Derecho fiscal que se refieren al régimen de los *publicanos*.

En cuanto a la transmisibilidad pasiva tenemos D. 39,4,4,pr. (Paul. 52 ed.):

Si *publicanus*, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem...

De Francisci<sup>824</sup> duda sobre si estamos o no ante un texto interpolado y señala que puede ocurrir que Paulo o Labeón

---

<sup>821</sup>B. Biondi (*Actiones arbitrariae*. op. cit. p. 168 ss.) niega, tratándose de una acción penal, que fuese arbitraria en el Derecho clásico, en el sentido de que el *publicano* pueda liberarse de la condena si restituye la cosa objeto del proceso antes de la sentencia como consecuencia de una cláusula arbitraria. Por el contrario considera que la última parte de D. 39,4,5,pr. es un añadido de los compiladores y entiende que éstos operan de un modo análogo a como operan con respecto a la *actio quod metus causa*: en el Derecho clásico-Biondi- la acción estaba sujeta a la condición de que anteriormente a su ejercicio no se hubiese restituido el objeto extorsionado en virtud del correspondiente *iussum* del pretor. Pero, en el Derecho clásico, una vez ejercitada la acción-Biondi- el demandado no podía liberarse de la condena por la restitución del objeto, tal y como ocurre en el Derecho de Justiniano.

<sup>822</sup>Sobre este polémico punto infra.

<sup>823</sup>*Risarcimento e pena privata...* op. cit., p. 120

<sup>824</sup>*Studii sopra le azioni...* op. cit., p. 79.

en realidad se estén refiriendo a la acción reivindicatoria o bien a la *condictio* paralelas a la acción penal. Siber y con él Von Lübtow<sup>825</sup> consideran el texto interpolado, al menos en su parte final. Por otro lado, Schulz, Levy o Maier, admiten que Labeo fue el introductor, en el siglo I d.C. de esta acción contra el heredero por razón del enriquecimiento obtenido<sup>826</sup>.

Brasiello<sup>827</sup> considera que el texto puede ser clásico y que, en realidad, nos refiere la introducción por Labeón de una *actio in factum* por el enriquecimiento obtenido por el heredero del publicano.

Por último, no dejamos de apuntar que los publicanos, en tanto que concesionarios públicos, cometen un delito que tiene una proyección de Derecho Público con lo que puede pensarse, como

---

<sup>825</sup>H. Siber. Römisches Privatrecht... op. cit., p. 227 n.10) Von Lübtow. (IURA, op. cit.) siguen la tesis que abordaremos en el capítulo seis de estimar que la expresión "*locupletior factus est*", no se daba en el Derecho clásico para las acciones de enriquecimiento pretorias contra el heredero del delincuente, sino que, respecto de éstas, se empleaba exclusivamente, la expresión "*quod ad eum pervenit*". La cuestión de fondo es de suma importancia y, además, muy compleja, y a ella aludiremos en el capítulo séptimo (p. 632 ss.) En definitiva, estos autores opinan que cuando aparece *locupletior factus est* referido a la responsabilidad del heredero por delito del causante, estamos ante una interpolación justiniana de acuerdo con la metodología postclásica o bizantina de extender la responsabilidad "*locupletior*" más allá de lo que fue su campo originario y, así, por ejemplo, limitar en general la responsabilidad *ex dolo defuncti* al enriquecimiento realmente obtenido por el heredero del causante en el momento de la *litis contestatio*.

Así dichos autores no niegan que el Pretor dirigiese una acción contra el heredero por razón del delito del causante sino que afirman que esta acción no sería por el *locupletior factus est* sino por el *id quod ad heredem pervenit*.

<sup>826</sup>Schulz. Actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factus est. Borna-Leipzig. 1905. p. 6. Levy, Privatstrafe... op. cit. p. 91. Maier. Prätorische... op. cit. p. 54.

<sup>827</sup>Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit. op. cit., p. 106.

ocurre en el *peculatus*, o en el crimen de *pecuniae residuis*, o en las leyes municipales<sup>828</sup> que ese interés público puede dar lugar a una forma más expeditiva para recuperar, aún del heredero, el producto de lo extorsionado por el publicano, teniendo en cuenta la función no tanto penal sino más bien reparatoria de la acción.

9) *Actio rerum amotarum*<sup>829</sup>.

De Francisci<sup>830</sup> coloca esta acción entre las acciones penales. Al respecto, además de citar la opinión de Zanzucchi y de Pampaloni, señala que ello resulta del Pa. Oxy (II,282; 30-50 d.C.), de una constitución justiniana (C. 6,2,22,4) y también por los comentarios de los más antiguos bizantinos.

Sin embargo en el Digesto la acción aparece entre las reipersecutorias y en particular en D. 25,2,21,5 se dice que "haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet; et ideo non anno finitur, sicut et *condictio furtiva*:

---

<sup>828</sup>supra p. 315

<sup>829</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XX, 115. p. 308-310 (Ulp. 33, 34, Paul. 37, Iulian. 19).

Como reseña bibliográfica citamos a Seidl. Zur Vorgeshichte der "actio rerum amotarum". Z.S.S. 92, 1975. p. 234 ss. Pampaloni Sopra la *condictio furtiva*. Studi Senesi, 1899, XVI, p. 218 ss. Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto. Studi Senesi, 1900, XVII, p. 154 ss.; Levy. Privatstrafe... op. cit. p. 114 ss. M. Kaser. Das Römische Privatrecht. I<sup>2</sup>, op. cit. p. 618-619. E. Volterra. Divorzio (D. Romano) N.N.D.I., VI, p. 62 ss.

B. Biondi (Acciones arbitrariae... op. cit. p. 155 ss.) sostiene en contra de Karlowa, R.R.G., II, p. 1182, y de otros autores, que el edicto sobre la "*amotio rerum*" contenía una cláusula restitutoria a la cual se subordinaba el ejercicio de la acción.

<sup>830</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 79-80.

praeterea et heredibus competit".

De Francisci considera el texto interpolado. Desde luego ha de serlo desde la concepción de que estamos ante un supuesto más de acción de naturaleza penal pero contenido reipersecutorio. Von Lübtow<sup>831</sup> cita la reconstrucción de Beseler según la cual el texto diría: "haec actio cum ex delicto nascatur anno finitur nec in heredem competit". Añade Von Lübtow "que posiblemente Paulo haya fundamentado la anualidad y la intransmisibilidad pasiva en el origen delictivo de la actio rerum amotarum, aún cuando la causa de una acción no era determinante para las consecuencias jurídicas citadas, sino que lo era su objetivo (...) Pero no se entiende que la mención de la transmisibilidad activa fuese superflua ya que siempre se hace resaltar. Paulo escribió algo así: puesto que la acción se refiere al delito, no tiene lugar después de transcurrir un año ni contra el heredero del delincuente; sin embargo se le da al heredero del perjudicado".

Por otro lado Levy<sup>832</sup> rechazó expresamente que estemos ante una acción penal y afirma que nos encontramos con una acción pretoria netamente reipersecutoria que, además, tiene la naturaleza de una *condictio*, concretamente de la *condictio furtiva*<sup>833</sup> que-Levy-constituye su modelo. En este sentido considera que si bien la base de la acción es un hurto, ésta al

---

<sup>831</sup>Zur aktiven Vererblichkeit... op. cit., p. 336: Beseler. Z.S.S. 45, p. 470.

<sup>832</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 113 ss.

<sup>833</sup>Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 114) da por clásica esta expresión juntamente con la de *condictio ex causa furtiva*, citando una serie de fuentes al respecto.

igual que con la *condictio furtiva* nace con una fórmula independiente de la de la *actio furti*. También Kaser consideró que la *actio rerum amotarum* es una acción reipersecutoria: "Der Präetor gewährt hier jedoch aus bestimmten Sachentwendungen die *actio rerum amotarum* als sachverfolgende Klage an Stelle der *condictio ex causa furtiva*"<sup>834</sup>.

La acción es transmisible activamente, es decir a los herederos del marido (D. 25,2,21,5), pero también, según el Digesto, pasivamente, contra los herederos de la mujer. D. 25,2,6,3:

Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut  
conditionis nomine ex causa furtiva.

Para De Francisci, se trataría solamente de la indicación de la medida de la responsabilidad del heredero a través de la correspondiente *actio in factum*; sólo así el texto no sería interpolado.

Por nuestra parte debemos constatar que está acción plantea un tema que está abierto: la *condictio ex causa furtiva* también nace del delito pero tiene una naturaleza que viene dada por su función reipersecutoria y nada impide que en la *actio rerum amotarum* la consideración justiniana de la acción como si fuese una *condictio*, es decir, con una naturaleza y función reipersecutoria sea fruto de una opinión que arranca ya del Derecho clásico. En este sentido tenemos C. 5,21,3 (Dioclec. et Max. 290 vel 293):

---

<sup>834</sup>Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit., p. 617-618.

De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, quod si res extent, domini vindicatione uti non prohiberis.

Es decir, el rescripto de Diocleciano y Maximiniano a Cuartino señala que no se prohíbe al que expone la cuestión que utilice contra sus sucesores la acción de cosas amovidas, no por la totalidad, sino por cuanto fue a poder de ellos; y si existieran las cosas la reivindicación del dominio.

#### 10) Actio de dolo<sup>835</sup>.

Esta acción, junto con la actio metus, son las dos acciones pretorias más importantes y también son las dos que presentan más problemas desde el punto de vista de la

---

<sup>835</sup>P. F. Girard. Manuel...<sup>6</sup> op. cit. p. 429 ss.; Maier. Präetorische... op. cit. p. 35 ss.; D. Daube. Cumulation in the actio doli. Law Quart. Rev. 55, 1939. p. 222 ss.; A. Watson. Actio de dolo e actio in factum. Z.S.S. 78, 1961; B. Albanese. La sussidiarietà dell'actio de dolo. Ann. Semin. Giur. Univ. Palermo. 28, 1961. p. 173 ss. Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo. Labeo 9, 1963. p. 42 ss.; A. Guarino. La sussidiarietà dell'actio de dolo.. Labeo, 8, 1962. p. 270 ss.; A. Masi. Insolvenza dell'obligatio e sussidiarietà dell'actio de dolo. Studi Senesi 74, 1962. p. 42 ss.; V. Colacino. Actio de dolo. N.N.D.I. I<sup>1</sup>, p. 259-260. Actio de dolo; G. Longo. Sul regimen giustiniano dell'actio de dolo. Pub. Fac. Giur. Catania, 53 [Studi G. Zingali] 3, 1965. p. 459 ss.; Contributi alla dottrina del dolo. Padova, 1937; H. Siber. Römisches Recht... op. cit. p. 234 ss.; M. Kaser Römische Privatrecht. I<sup>2</sup>, op. cit. p. 627-628; A. Wacke. Sul concetto di "dolus" nell "actio de dolo". IURA 28, 1977. p. 10 ss. Juan Manuel Blanch Nota a propósito de la actio de dolo y su carácter infamante. St. Iglesias, 1988. p. 1151 ss.



intransmisibilidad pasiva de las acciones penales.

La acción fue creada por un pretor del siglo I a C.<sup>836</sup> y se concede contra aquel que haya sufrido un engaño o maquinación fraudulenta por parte de otro (D. 4,3,1,2; Ulp. 11 ed.) siempre que no haya ningún medio jurídico (acciones, restitutiones in integrum, interdictos...), dada la subsidiariedad general de la acción, si bien, como indica Albanese<sup>837</sup>, el Pretor daba esta acción cuando, simplemente, se dudaba acerca de la existencia de algún medio jurídico apto para reparar el daño injustamente producido.

En concreto, la actio de dolo<sup>838</sup> es anual<sup>839</sup> (aunque la anualidad que figuraba en la fórmula edictal es sustituida por los compiladores que toman el periodo de dos años que estableció una constitución de Constantino: C. 2,20,8), noxal<sup>840</sup>,

---

<sup>836</sup>Colacino, N.N.D.I. op. cit, nos dice que el creador de la acción, Aquillio Gallo ocupaba el cargo de pretor peregrino en el año 66 a C., siendo entonces pretor urbano C. Antonio Hibrida.

<sup>837</sup>La sussidiarità dell actio de dolo. op. cit.; Ancora in tema di sussidiarità... op. cit.

<sup>838</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. X & 40 (de dolo malo). p. 114 ss. (Ulp. 11, Paul. 11, Gai. 4, Fur. Anth. I, Ped. 8, Pomp. 28).

<sup>839</sup>Así resulta, sensu contrario, de D. 4,3,28. Después del año debía existir la correspondiente actio in factum por el enriquecimiento obtenido en favor de la víctima del dolo.

<sup>840</sup>Aunque, como destaca Vacca (Deltti privati... op. cit., p. 702, n. 65.) la atenuación del carácter penal de la acción lleva, sin embargo, a la consecuencia de que allí donde sea posible se puede intentar una actio de peculio. Así en D. 4,3,9,4, Ulpiano cita a Labeón, 30 ed., señalando que la acción se da por razón del acto cometido por el esclavo, ya de modo noxal, ya de peculio según que el acto doloso sea de aquellos por los que se daría también una acción de peculio.

Es un texto difícil. Si fuese verdad que Labeón expresó tal opinión, o incluso, si es genuina de Ulpiano habría que poner en tela de juicio si realmente estamos ante una acción penal. Naturalmente Voci (op. cit., p. 106-107) no considera el texto como clásico pero tampoco aporta nada más que una interpretación

infamante<sup>841</sup>, por el "quantum ea res est", pero también arbitraria (D. 4,3,18,pr.), no cumulativa (D. 4,3,17,pr.) y subsidiaria (D. 4,3,1,4).

La acción es pues penal pero con una función reparatoria del enriquecimiento patrimonial injusto que alguien ha obtenido por un engaño o trampa. Esto no podía dejar de afectar a su estructura, y por lo tanto, la acción es subsidiaria con lo que desaparece así toda idea de concurrencia alternativa con las acciones reipersecutorias, además, como hemos dicho, es arbitraria<sup>842</sup>, no es subjetivamente cumulativa y, aunque no es exactamente por el interés lesionado del demandante, tampoco lo es por un múltiplo del asunto de que se trate, sino por el "quantum ea res est". En este sentido, Kaser<sup>843</sup> establece que "sie ist zugleich sachverfolgend und hat eine Arbiträrformel".

---

integrada por los principios del Derecho penal romano clásico, de acuerdo a la cual, el texto, con arreglo a esos principios clásicos, no tiene sentido y por lo tanto, sin llegar a decir que es justiniano, dice que no puede ser clásico.

<sup>841</sup>Vacca (Delitti privati... op. cit., p. 702, n. 66) destaca que el carácter infamante de la acción lleva a restringir el campo de aplicación de la acción también en el sentido de que no se concediese a determinadas personas en relación con otras. Así en D. 4,3,11,1 Ulpiano cita a Labeón y para evitar las situaciones de injusticia que se pueden originar señala que debe concederse una *actio in factum*.

<sup>842</sup>B. Biondi (Actiones arbitrariae. op. cit., p. 78 ss.) tratándose de una acción penal niega también que en el Derecho clásico fuese una acción arbitraria. No obstante, respecto a la misma, consideramos que debemos tener en cuenta que se trata de una de las acciones penales que cumplen más nitidamente una función reparatoria, singularmente dado que la acción es subsidiaria, la *condemnatio* se dirige al *simplum*, es decir de restitución del daño producido, y la acción no puede concurrir con las acciones reipersecutorias que gozan, dada la subsidiariedad de la *actio de dolo*, de preferencia.

<sup>843</sup>Das Römische Privatrecht. I<sup>2</sup>. op. cit., p. 627.

Ante todo esto la pregunta que se plantea es si esta especial configuración de esta "actio generalis", que desempeña un papel de recurso subsidiario del Ordenamiento Jurídico ante la ausencia de cualquier otro, la hace o no transmisible contra el heredero del autor del ilícito.

Llegados a este punto debemos indicar que tanto la actio de dolo como la actio metus son las acciones penales privadas donde se plantea básicamente la problemática relativa a la transmisibilidad o no de la propia acción penal contra los herederos del autor del hecho. Por lo tanto, por lo que hace a esta acción, volveremos a ocuparnos con mayor profundidad de la misma dentro del capítulo relativo a las acciones pretorias de enriquecimiento<sup>844</sup>. Aquí nos limitamos a recoger los textos en cuestión y a resumir la doctrina que ha dado lugar a la communis opinio sobre el particular.

Tenemos los siguientes textos:

...Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit. (D. 4,3,17,1. Ulp. 11 ed.).

In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eam pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit. (D. 4,3,26; Gai. 4 ed. prov.).

dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit.

---

<sup>844</sup>Capítulo séptimo. p. 676 ss.

(D. 4,3,27; Paul. 11 ed.).

Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. at si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio. (D. 4,3,28; Gai. 4 ed. prov.).

Los textos establecen, tal y como veremos, la transmisibilidad de la propia acción contra el heredero en la medida del enriquecimiento. Estos fragmentos deben ponerse en relación con D. 44,7,35,pr., en el que se cita expresamente la acción de dolo<sup>845</sup>.

Sin embargo, D. 4,3,29 (Paul. 11 ed.) nos refiere la opinión de Sabino sobre un punto esencial: si la acción de dolo es infamante qué ocurre con el heredero del culpable, ¿también tendrá nota de infamia?:

Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere.

Se da la opinión dominante de una cuestión que debió

---

<sup>845</sup>supra p. 62 ss.

ser controvertida en el Derecho clásico. Parece que se indica que el fundamento de la persecución al heredero no puede realizarse con la propia acción penal e infamante sino con otro instrumento procesal, una *actio in factum*, con una función estrictamente reipersecutoria y de carácter perpetuo<sup>846</sup> contra el heredero y en la medida de su enriquecimiento. De Francisci<sup>847</sup> considera, sobre todo, ante este último texto, que la propia acción no es transmisible en el Derecho clásico y que, en consecuencia, D. 4,3,17,1; D. 4,3,26; y el añadido de D. 4,3,27, están interpolados.

Albertario<sup>848</sup> considera que D. 4,3,17,1 está interpolado porque se menciona en el mismo "haec actio", es decir la propia acción de dolo, cuando-Albertario- la acción es penal y por la tanto no podía en ningún caso ser dirigida contra los herederos en el Derecho clásico. Y lo mismo dice respecto a D. 4,3,26 cuando se indica en el texto que "se eam actionem

---

<sup>846</sup>Si es así también resulta coherente con D. 44,7,35,pr. en el que se configuran las acciones pretorias reipersecutorias como perpetuas en virtud de la opinión de Casio.

<sup>847</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 83. Por otro lado, consideran el texto interpolado (cit. De Francisci), Albertario (Rend. Ist. Lombardo, 46, p. 456), Solazzi (Rend. Ist. Lombardo, 58, p. 309), Beseler (Z.S.S., 45, p. 459). También, Lenel (EP.<sup>3</sup> p. 115,n. 7). Por el contrario estima su carácter genuino, Levy (Privatstrafe... op. cit. p. 97-98) y Maier (Prätorische... op. cit. p. 40) que recoge y critica las opiniones de Solazzi y de Beseler, y subraya por su parte que la expresión "calculus" empleada en el sentido en el que lo hace el fragmento 29 es igualmente extraña a las fuentes clásicas como a las bizantinas. "Aparece sólo una vez en el Digesto en un fragmento reputado generalmente por interpolado (D. 3,2,6,7), pero también se encuentra una vez en Quintiliano (Inst. 7,4,35) con el mismo sentido".

<sup>848</sup>Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse invece delle azioni penali contro l'erede. Rendiconti Ist. Lombardo, 46, 1913, 449 ss. [Studi IV,2. 303 ss., p. 306 ss.]

proconsul pollicetur". Por otro lado mantiene, de acuerdo con su tesis general sobre las acciones pretorias contra el heredero por delito del causante<sup>849</sup> que el Pretor concedía acciones in factum por el *simplum* contra dicho heredero. Ahora bien, Perozzi<sup>850</sup> escribe que "è ammessa (la actio de dolo) però anche contro gli eredi nella misura del arricchimento". Y, a continuación, añade: "Allora non è infamante, è perpetua e si dà senza causae cognitio".

Voci<sup>851</sup> parte de la crítica a Albertario: así, si Albertario entiende que en el Derecho clásico sólo fueron reconocidas determinadas y particulares acciones contra los herederos por razón del ilícito cometido por el causante, pero por el *simplum*, siguiendo, para ello, Albertario el modelo que las fuentes nos brindan con la *actio depositi in factum*, Voci apunta que ni está claro el punto de partida que supone Albertario para esos fragmentos de Ulpiano y Gayo, esto es, que la acción contra los herederos en la *actio doli* debía ser por el *simplum*, ni tampoco está claro el presunto punto de llegada, esto es, que "*haec actio*" o "*eam actionem*" no sean, en el texto genuino, precisamente, la *actio doli*. No obstante, Voci entiende que esos textos están sustancialmente interpolados. En realidad sigue la tesis de De Francisci y considera sospechosos de interpolación D. 4,3,17,1; D. 4,3,27 y D. 4,3,28.

Además para Voci el adverbio "*omnimodo*" que figura al principio de D. 4,3,28 parece ser colocado por quien conoce la

---

<sup>849</sup>Cfr. en este sentido, dentro de la *actio depositi*, p. 501.

<sup>850</sup>Istitutioni... II, p. 304 n.1.

<sup>851</sup>Risarcimento e Pena privata... op. cit., p. 199-200

norma de la responsabilidad en los límites del enriquecimiento. Por otro lado, y en ello estamos de acuerdo, en el mismo fragmento, desde "quia" en adelante, el texto establece una de esas explicaciones redundantes, como escolásticas, para decir algo que en realidad consideramos que atiende a la confirmación de una regla clásica: que el heredero no puede lucrarse del ilícito del causante. Más difícil nos parece la última parte del texto que Voci da por interpolado, desde "cui conveniens" hasta el final. Es posible que fuese así, pero en realidad lo que se dice en él es que contra el que cometió el dolo corresponde también una *actio in factum* con carácter perpetuo por el enriquecimiento obtenido, se entiende, transcurrido el año en el que podía ejercitarse la *actio doli*. Tal vez se trate de un texto mal añadido o juntado por los compiladores, o bien, que con la terminología triboniana se esté aquí expresando un pensamiento clásico. Porque, ¿cómo se puede entender modificado un texto que establece que se ejercite *ultra annum* una *actio in factum* perpetua, y no la propia acción penal pretoria, contra el que cometió el ilícito por razón del enriquecimiento obtenido, lo que en realidad, concuerda con las tesis del propio Voci y de la generalidad de la doctrina?.

Voci, como De Francisci, atiende sobre todo a D. 4,3,29, considerando el texto genuino, para considerar que contra el heredero no puede ejercitarse la propia acción de dolo (intransmisibilidad pasiva) sino una *actio in factum*.

Albertario, que parte de la premisa de que la responsabilidad del heredero en los límites del enriquecimiento es postclásica o justiniana, considera que estos textos han sido

ampliamente interpolados, y además, añadimos, por lo visto hasta ahora, le dan técnicamente la razón, lo que ocurre es que, como se verá en el capítulo siete la propia regla de la responsabilidad en la medida del enriquecimiento es clásica.

Maier<sup>852</sup>, por el contrario, defiende en un estudio muy profundo de este tema la clasicidad sustancial de estos textos (especialmente, como veremos, de D. 4,3,27), si bien, admite en los mismos, la existencia de interpolaciones formales. Tal y como se verá en el capítulo siete Maier comprende la existencia de un edicto especial que dió lugar a la correspondiente cláusula edictal en el edicto perpetuo, y en el que se establecía el ejercicio de una *actio in factum* contra el heredero *in id quod ad eum pervenit*<sup>853</sup>. Por otro lado Longo<sup>854</sup>, siguiendo las tesis de Albertario critica, a su vez, severamente las tesis de Maier estimando la interpolación masiva y de fondo de los fragmentos anteriormente citados.

Brasiello<sup>855</sup> reconoce también la intransmisibilidad pasiva de la acción. Ahora, para ello hay que salvar el escollo de D. 4,3,17,1 y de D. 4,3,27 porque si no se admite que las expresiones "*haec actio*" y "*eam actionem*" son producto de la interpolación de la comisión triboniana sería difícil no admitir que sea la propia acción la que en el Derecho clásico se transmitiese contra los herederos. Brasiello considera los

---

<sup>852</sup>Prätorische... op. cit., p. 17 ss. p. 84-85. (Cfr. p. ss.)

<sup>853</sup>Este extremo fue negado por Lenel (EP<sup>3</sup>. p. 115) que, sin embargo, admite una *actio ex dolo defuncti* contra el heredero. (p.114 n. 16). Cfr. cap. 6, p.

<sup>854</sup>Contributi alla dottrina del dolo p. 94 ss.

<sup>855</sup>Corso, Atti illeciti... op. cit., p. 102 ss.



fragmentos 26, 27 y 28 del título como una cadena de textos que tal vez Justiniano encontró ya en una compilación anterior y concluye que contra el heredero procedía sólo una *actio in factum* aunque, contra la tesis de Albertario, por la medida del enriquecimiento. En este sentido señala:

a) "*Eam actionem*" y "*haec actio*" son producto de la interpolación justiniana.

b) En el fragmento 28 Gayo nos indica que contra el heredero primero procede la *actio reivindicatoria* para recuperar la cosa en caso de que ésta subsista en poder de éste. Cuando el objeto del dolo sea una suma de dinero, por paralelismo con la acción reivindicatoria, debe establecerse una acción especial y no la propia acción de dolo.

c) Gayo en el fragmento 26 dice que ..."*actionem proconsul pollicetur*" con lo que-Brasiello- parece que se quiere indicar acciones que el Pretor crea de vez en vez y no la propia *actio doli*.

d) La responsabilidad del heredero en los límites del enriquecimiento es, en contra de lo que considera Albertario, clásica como, en particular, en este caso resulta del fragmento 29 en el que, como se recoge más arriba, "*Sabinus putat calculi ratione potius quamquam maleficii heredem conveniri*".

Y esta tesis parece que es seguida, aún después de dudas, por Vacca<sup>856</sup>.

---

<sup>856</sup>Delitti privati... op. cit., p. 689, n.9.

## 11) Actio metus<sup>857</sup>.

Se trata de una actio in factum que aparece en el siglo I a C. por virtud de un pretor Octavio (fórmula octaviana). Se da en principio contra aquel que haya constreñido a otro a realizar un acto material o jurídico del que le resulte, en beneficio de aquel, un perjuicio patrimonial<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. X & 39 ( Quod metus causa gestum erit).p. 110 ss. (Ulp. 11, Paul. 11, Gai. 4, Iulian. 4, Ped. 7.8. (?? 8?). Pomp. 28).

Lenel propone la siguiente reconstrucción de la fórmula:

S. P. metus causa A° A° fundum q.d.a. N° N° mancipio dedisse q.d.r.a. neque plus annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio iudicis restituatur, q.e.r. erit, tantae pecuniae quadruplum iudex N° N° A° A° c.s.n.p.a.

Sobre la actio metus citamos A. F. Rudorff Ueber die Octavianische Formel. Z.G.R., 12, 1845. p. 131 ss; P. F. Girard. Manuel...<sup>6</sup> op. cit. p. 429 ss.; U. Von Lubtów. Der Ediktstel quod metus causa gestum erit. Greifswald. 1932. C. Sanfilippo. Il metus nei negozi giuridici. Ann. Fac. Giur. Univ. camerino, 7, 1934; Maier. Prätorische... op. cit. p. 35 ss. y 91 ss.; N. Scapini. Violenza (D. Romano). N.N.D.I. XX, p. 939 ss.; G. Cervenca. Per la storia dell'editto quod metus causa (a proposito di D. 4,2,1,3). S.D.H.I., 31, 1965. p. 312 ss.; H. Siber. Römisches Recht... op. cit. p. 233-234.; U. Ebert. Vi metusve causa. Z.S.S., 86, 1969. p. 409 ss.; A. S. Hartkamp Der Zwang im römischen Recht. Amsterdam, 1971.; M. Kaser. Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 627; B. Kupisch. In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentums übertragen im klassischen Recht. 1974; A.M.? D. 4,2,14,11: Sul valore della clausula restitutiva nell'actio quod metus causa " e sull' "officium iudicis". Atti II Sem. Gardesiano, 1980. p. 189 ss. A. D'Ors. El comentario de Ulpiano a los edictos del "metus". A.H.D.E., 52, 1982, p. 223 ss. H. Ankum. Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4,2,9,5-6. Ueber die Abhilfe gegen "metus". Fest. Hübner. 1984. p. 3 ss.

<sup>858</sup>Una gran controversia surgió en la doctrina sobre el alcance originario del edicto del Pretor a propósito de la referencia histórica que nos ofrece Ulpiano (D. 4,2,1, Ulp. 11 ed.). G. Cervenca en un breve artículo citado en la bibliografía expone sintéticamente el "status quaestionis" de la doctrina romanista sobre este punto, cuya exposición seguimos:

El excursus histórico de Ulpiano fue considerado como una

Es una acción penal (D. 4,2,16,2; 14,1), que se dirige a la obtención del *quadruplum* dentro del año útil (D. 4,2,14,4), respecto de "*omne quodcumque restitui oportuit*" (D. 4,2,14,1), comprendiéndose en este cómputo el "*quantum ea res erit, id est cum fructibus et omni causa*" (D. 4,2,14,7). Después del año, el Pretor, "*causa cognita*", es decir si "*alia actio non sit*", concedía la acción contra el autor del *metus*, pero ahora sólo in *simplum*. (D. 4,2,14,1; 2). Por último, la acción es *noxal* (D.4,2,16,1).

Junto a lo anterior nos encontramos con que la acción es arbitraria<sup>899</sup> (D. 4,2,14,11; D. 4,3,14,4) y por otro lado, la

---

interpolación por autores como Schulz, Lenel o Castello, los cuales consideran que en el edicto de Adriano debió figurar la expresión "*vi metusve causa gestum*" y que sólo los compiladores suprimieron el término *vis*.

La tesis contraria es seguida por autores como Von Lütow, Maier o Kaser.

Maschi consideró la genuinidad sustancial del texto contenido en D. 4,2,1 y señala que mientras la fórmula octaviana en su aparición (cerca del año 80 a C.) habría contemplado tanto la *vis* como el *metus*, se entiende con estos términos dos distintas formas de violencia, la física y la moral, pero que, una vez introducida en el año 76 a C. la *actio vi bonorum raptorum*, la *vis*, como violencia física, viene considerada sólo en esta última acción, mientras que el campo de actuación de la fórmula octaviana se reduce al ámbito del *metus*, es decir, de la ofensa moral.

Cervencia, por último, considera genuino el texto y como conclusión de su tesis indica que "*in proposito, vale ora ricordare che se più volte, com'è noto, il termine vis, nel linguaggio della giurisprudenza classica e della cancelleria imperiale, viene riferito all'editto "quod metus causa", in questi casi, peraltro, la vis nulla ha a che vedere con il concetto di violenza fisica, essendo il suddetto editto relativo unicamente a quella che la giurisprudenza medioevale denominò vis compulsiva, cioè alla violenza morale: per vis deve qui intendersi, pertanto, l'azione intimiditrice (violenza morale in senso attivo), che è causa del metus.*"

Sobre este tema cfr. Hartakmp (*Der Zwang...* op. cit., p. 3 ss. y bibliografía allí citada).

<sup>899</sup>La existencia de una cláusula arbitraria en época clásica fue rechazada, como ya hemos visto, al igual que para las demás acciones penales por B. Biondi (*Actiones arbitrarie* op. cit.,

prestación o restitución realizada por uno de los coautores del delito libera a los otros (D. 4,2,14,15)<sup>860</sup>. Además, en D. 4,2,9,8 se dice que la acción se da no sólo contra el autor de la violencia sino también contra el tercero que se haya aprovechado del hecho<sup>861</sup> lo que, a nuestro juicio, hace que se

---

p. 38 ss.) que entiende que la *actio metus* estaría condicionada en su ejercicio a la no restitución previa del objeto en cuestión. La configuración de la acción como conteniendo una cláusula arbitraria en virtud de la cual el reo puede liberarse de la condena mediante la restitución de la cosa durante el proceso, es un añadido justinianeo de conformidad con la nueva naturaleza de la acción como *actio mixta*. Tesis mantenida también por Albertario, B.I.D.R., 1914, p. 102, o por Von Lübtow, Der Edikstitel quod metus causa gestum erit, op. cit., p. 181 ss. Por otro lado, Lenel (EP<sup>3</sup>, p. 113), considera la existencia de una cláusula restitutoria que bien podría ser la contenida en D. 4,2,14,11, salvo que, esa cláusula, no podía estar realmente referida al edicto, como se dice en dicho texto, sino al comentario de la fórmula. El referir esa cláusula al edicto fue producto de interpolación. Lenel, por otro lado, rechaza la tesis de Levy (Z.S.S., 36, p. 22 ss. cit. de Lenel) que mantiene dicha cláusula tanto respecto al edicto como, sin arbitrio iudicis, a la fórmula). Por último, también en favor de la clasicidad de la cláusula se manifiesta, Hartkamp (Der Zwang. op. cit., p. 193-194) que considera que la cláusula restitutoria contenida en D. 4,2,14,11 se referiría realmente al comentario de la fórmula y no al del edicto, y entiende que la referencia de la cláusula al edicto en el Digesto es producto de la interpolación. También mantiene la clasicidad de esa cláusula, Vacca, Delitti privati. op. cit., p. 701, n. 56.

<sup>860</sup>Esta norma puede ser fruto de la interpolación. Nos remitimos a lo dicho en el capítulo primero, 6)- D. Pero, en cualquier caso, baste decir aquí que en el Derecho clásico la extinción de la obligación de uno de los codeudores, tratándose de obligaciones solidarias, se produce al celebrarse la *litis contestatio* entre el acreedor y alguno de los codeudores y no por el cumplimiento íntegro de la prestación por uno de ellos.

<sup>861</sup>Es una de las llamadas acciones *in rem scriptae*, que persiguen, de modo ambulatorio al que resulte beneficiado por el delito. Se destaca, en efecto, que la fórmula no contiene una mención específica del autor del ilícito en la *intentio* de la fórmula y, por lo tanto, puede dirigirse contra cualquiera. Así Girard, Manuel<sup>6</sup>... p. 427, Perozzi, Istituzioni.II. p. 303. Schulz, Z.S.S., 43, p. 246 ss y Classic Roman Law, Oxford, 1969, p. 601, citando las investigaciones de Beseler niega este carácter que considera incompatible con una acción penal en el Derecho clásico.

planteen serias dudas, porque, si con la propia acción se puede perseguir al tercero que se benefició cuando ni siquiera actuó como cómplice del autor del ilícito, resultaría difícil entender la vigencia para esta acción de la regla de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales. Kaser<sup>862</sup> indica que la acción también tiene, junto a la función penal, función reparatoria, y lo relaciona con su carácter arbitrario y con el hecho de que se pueda dirigir, ella misma, contra el tercero que se haya beneficiado de la acción realizada.

Es un punto directamente relacionado con la problemática de la transmisibilidad pasiva de la *actio metus* que será objeto de una consideración especial en el capítulo séptimo de la tesis<sup>863</sup>. Quizá una posible solución esté en el hecho de que los compiladores al redactar los textos que en el Digesto se refieren a la *actio metus* tuvieron, como indica Lenel<sup>864</sup>, el deliberado propósito de desdibujar las diferencias entre la *actio metus* clásica ("*quod metus causa factum erit (ó esse dicetur)*") y la "*restitutio in integrum*" pretoria, con lo que podríamos pensar que en el Derecho clásico en realidad era este segundo remedio procesal el que se dirigía con carácter general, también respecto de terceros, para restituir el estado jurídico inmediatamente anterior<sup>865</sup>.

---

<sup>862</sup>Das Römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, op. cit. p. 627.

<sup>863</sup>infra p. 107, 686 ss.

<sup>864</sup>EP<sup>3</sup>, op. cit., p. 111.

<sup>865</sup>Así lo entiende Girard (op. cit. p. 425 ss.) que sostiene que el remedio de la *restitutio in integrum* fue introducido en el albo del Pretor por un edicto anterior al de la *actio metus*. La *restitutio in integrum*, al exigir la devolución de las diversas situaciones jurídicas nacidas del acto realizado bajo

D'Ors<sup>866</sup>, en el exposición que hace de las tesis de Kupish<sup>867</sup> acerca de la *actio metus*, las cuales acepta y defiende en gran medida, entiende que, ante una coacción que ocasiona la realización de un determinado negocio o hecho jurídico por parte del que será el demandante, éste contaba con dos vías: "la rescisión mediante la *restitutio in integrum* decretada por el pretor en base al edicto *ratum non habebō*, y la acción penal in *quadruplum*, o al *simplum habebō* después del año de haberse cometido la coacción, ofrecida por el pretor en sus edictos *iudicium dabo*. Lo que-D'Ors- realmente supone una aportación positiva del estudio de Kupish es el haber acertado a ver que la acción penal no se dirigía a castigar la coacción, sino al *factum* de retener un bien perdido por el demandante a causa de una intimidación sufrida por él (*metus causa*), intimidación a la que el demandado podía ser ajeno. La *restitutio in integrum* vino a completar esta sanción penal, pero esto no quiere decir que la acción rescisoria fuera seguida respecto a la penal más antigua".

Señala D'Ors<sup>868</sup>, por lo tanto, que la acción podía ejercitarse tanto contra el coaccionante que dejó de poseer, como contra el adquirente o subadquirente, ya lo hicieran con buena

---

coacción, también ha de afectar a los terceros que, aún de buena fe, se hayan podido beneficiar de ese acto. Esta sujeción de esos terceros sería luego extendida también a la *actio metus* que se ejercitaría contra ellos también por el cuadruplo, si bien, en tanto que estamos ante una acción arbitraria, éstos podrían liberarse de la condena mediante la restitución de la cosa en cuestión. Así en D. 4,2,14,3 i. f. se dice que "*nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res restituitur*".

<sup>866</sup>El comentario de Ulpiano... op. cit.

<sup>867</sup>In integrum restitutio... op. cit.

<sup>868</sup>El comentario de Ulpiano... op. cit., p. 268-269.

o mala fe. Así tenemos que la *actio metus* se configure como una *actio in rem scripta* desde el Derecho clásico (D. 4,2,14,3)<sup>869</sup>. Ahora bien, la *actio in quadruplum* contenía originariamente una cláusula arbitraria por virtud de la cual cualquiera que fuese el demandado podía liberarse de pagar la *poena* mediante la restitución de la cosa o de su valor.

Es de destacar -D'Ors<sup>870</sup>- que la acción puede darse contra el coaccionante aunque no retenga ya el lucro conseguido, pues él llegó a adquirir en un determinado momento y debe restituir, *etiamsi ad alium res pervenerit*, o también, siendo una cosa específica, aunque se haya perdido fortuitamente, pues se le aplica el mismo principio de la perpetuación de la obligación que rige para el *fur* a efectos de la *condictio*. "En este sentido<sup>871</sup> la acción penal de *metus* también es *reipersecutoria*; reúne los caracteres de penal y *reipersecutoria*, como ocurre en la acción de la ley *Aquilia*, a diferencia de lo que rige para el *furtum*. Por eso mismo, la acción no es acumulable. De esta suerte, aunque la acción, como dice *Pedio* (D. 4,2,14,4-6) se puede dar contra el coaccionante que no retiene lo adquirido y contra el no coaccionante que sí lo retiene, hay que entender también que ambas acciones se excluyen recíprocamente, por medio de una *exceptio* (es de suponer que una *exceptio doli*).

Por lo que hace a la transmisibilidad hereditaria, debemos indicar que al igual que en la *actio de dolo* aquí nos limitamos a señalar, simplemente, la tesis de *Voci* (que se puede

---

<sup>869</sup>op. cit., p. 265 ss.

<sup>870</sup>op. cit., p. 268-269.

<sup>871</sup>op. cit., p. 269.

calificar como de aceptación general) por la que, por un lado, se niega que la propia acción penal se dirigiese, en cuanto tal, en el Derecho clásico, contra el heredero, y, al mismo tiempo, siguiendo a De Francisci frente a Albertario, admite que el Pretor concediese acciones in factum por el id quod pervenit contra ese mismo. Por lo demás nos remitimos para un examen más complejo al capítulo séptimo<sup>872</sup>. Así tenemos la siguiente relación de fragmentos:

Haec actio heredi "ceterisque successoribus" datur, quoniam rei habet pesecutionem. In heredem autem "et ceteros" in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere. (D. 4,2,16,2; Ulp. 11 ed.).

Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem petinere. (D. 4,2,19; Gai. 4 ed. prov.).

Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse...(D. 4,2,20; Ulp. 11 ed.).

---

<sup>872</sup>infra p. 686 ss.



La acción, a tenor del Digesto, se transmite activamente porque "rei persecutionem habent (o continent)" y, pasivamente, en la medida del enriquecimiento del heredero.

Voci<sup>873</sup>, siguiendo en este lugar a Albertario<sup>874</sup>, considera que el primer fragmento está interpolado. Para el citado autor el texto clásico decía justamente lo contrario a lo que resulta del Digesto, y así propone la siguiente reconstrucción: "haec actio heredi datur. In heredem autem <non> datur". Desde luego, desde la óptica de Voci, el resto del texto obedece, por una razones u otras, a una serie de pautas o modelos de actuación típicamente tribonianeos.

Por el contrario ni Albertario ni Voci ven indicios de interpolación en el fragmento 20 del mismo título. Sin embargo, respecto al fragmento 19, Albertario lo considera sacado de la misma obra que D. 4,3,26, relativo a la actio doli y que vimos más arriba.

En conclusión, Voci niega clasicidad a estos textos, pero luego, sobre todo en función de D. 40,13,2<sup>875</sup>, que es un texto que alude fuera de la sedes materiae de la actio metus a esta acción, entiende que no cabe ninguna duda del carácter clásico de la medida de responsabilidad id quod pervenit y, por lo tanto, de la clasicidad de las acciones in factum contra el heredero en esta medida. Es un texto al que nos referimos

---

<sup>873</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 201-202

<sup>874</sup>Las tesis de Albertario sin embargo, no son mantenidas por Perozzi (Istituzioni, II, op. cit., p. 303, n.1.). el cual escribe que "la nostra azione (actio metus) compete anche contro gli eredi del convenuto nella misura del loro arricchimento. S'ignora se in questo caso l'azione fosse o no arbitraria".

<sup>875</sup>Voci. op. cit., p. 202-203.

especialmente en el Capítulo siete al abordar el tema específico del carácter clásico de esta medida de responsabilidad<sup>876</sup>.

Por otro lado, debemos destacar el estudio realizado por Maier que analiza el tema teniendo en cuenta, por un lado, el problema de la transmisibilidad o no de las acciones penales privadas en el Derecho romano clásico en general, y, por otro lado, su indudable interrelación con la cuestión de la extensión de la propia *actio metus* contra el tercero que, aún de buena fe, se benefició del delito cometido. En este sentido tenemos también las tesis de Hartkamp y de D'Ors. Nos remitimos al capítulo séptimo de la Tesis<sup>877</sup>.

#### D) Tercer grupo de acciones penales privadas.

Junto al grupo de acciones anteriores, De Francisci recoge diversas acciones que con mayor o menor certeza debieron tener en su origen un carácter penal que luego fue desapareciendo en el Derecho clásico. La razón de ello entendemos que está, fundamentalmente, en que dejan de sancionar penalmente un acto ilícito para cumplir una función meramente reparatoria de los daños ocasionados por el mismo.

En otros supuestos, que también veremos a continuación, las fuentes son oscuras y surgen dudas sobre la verdadera naturaleza de la acción tanto en el Derecho clásico como en su

---

<sup>876</sup>infra p. 621 ss.

<sup>877</sup>infra p. 686 ss.

origen.

Otras acciones, siguiendo también a De Francisci, sólo presentan algunos trazos en las fuentes respecto de los cuales la doctrina ha tratado de reconstruir unos caracteres penales que por fuerza resultan hipotéticos.

Por último, recogemos algunas acciones del tiempo de las XII Tablas que presentaron indudable carácter penal pero que desaparecen para siempre sin que las fuentes nos hayan dejado algo más que su nombre.

Así, y, debemos de advertir, sobre la base siempre de la exposición de De Francisci, tenemos la siguiente relación:

1) *Actio depositi in factum*<sup>878</sup>.

A lo largo del Derecho romano se conocen tres acciones distintas para el caso de que el depositario no devuelva o pierda

---

<sup>878</sup>Citamos la siguiente bibliografía sobre esta acción: A. Desjarnis. Les deux formules des actions depositi et comodati. R.H.D., 13, 1867. p. 122 ss.; R. Taubenschlag. Zur Geschichte des Hinterlegungvertrages im römischen Recht. Grünhuts Zeitschrift, 34, 1907. p. 683 ss.; 35, 1908. p. 129 ss.; E. Albertario. Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti di patto. B.I.D.R., 25, 1912. p. 15 ss.; G. Rotondi. Le due formule classiche dell'actio depositi. Scritti 2, Milano 1922. p. 1 ss., 56 ss, y 91 ss. Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. R.SC.G. 45, 1908. p. 3 SS.; G. Longo. Il deposito. Milano, 1946.; J. Burillo. Las fórmulas de la actio depositi. S.H.D.I., 11, 1962. p. 233 ss.; C. A. Maschi. La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano. Milano, 1973. R. Evans-Jones. The "actio depositi" as a noxal action. B.I.D.R. 83, 1980. p. 81 ss. The penal characteristics of the "actio depositi". S.H.D.I. 52, 1986. p. 105 ss. D. 13,3,22 (Marcellus 5 digestorum) and the liability of the heir in the "actio depositi ex dolo suo". R.I.D.A., 33 (1986) p. 117 ss. The measure of damages in the "actio depositi in factum" T. 55, 1987. p. 267 ss. The action of The XII Tables "ex causa depositi". Labeo 34, 1988, p. 178 ss.; F. Bonifacio. Deposito (D. Romano). N.N.D.I., V, p. 499 ss.

dolosamente el objeto entregado por el deponente: una acción *ex iure civile* prevista en la XII Tablas por el doble de lo depositado, una *actio in factum* por el doble, creada por el Pretor durante la República (junto con la *actio in factum* por depósito necesario), y una *actio depositi* con *intentio in ius* surgida en el Principado al amparo de la configuración jurisprudencial del depósito como un contrato real. Se aprecia también en ello el paso de una concepción penal en la que se sanciona una conducta dolosa por parte del depositario al que se le ha hecho entrega de una cosa para su custodia, lo que genera un deber de devolver y la concepción contractual que enmarca la conducta de dicho depositario en el seno de la doctrina sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

La tradición nos refleja una *actio depositi in duplum* contenida en las XII Tablas cuando en Coll. 10,7,11 y en P. Sent. 2,12,11 se nos refiere que "*ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*". De Francisci<sup>879</sup> siguiendo a Karlowa<sup>880</sup> entiende que tanto la acción *in factum*<sup>881</sup>, en un primer momento, como la acción que se contendría en las XII Tablas debieron ser penales y en consecuencia intransmisibles pasivamente. Una huella del originario carácter penal de dichas acciones es la regulación que se contiene en D. 16,3,1,1, respecto al depósito necesario. En este caso la acción es perpetua, ejercitable por el duplo contra

---

<sup>879</sup>Studii sopra le azioni... op cit., p. 24-25.

<sup>880</sup>R.R.G., II, p. 1310 ss.

<sup>881</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XIX & 106. p. 288-289. (Ulp. 30-32, Paul. 31-34, Gai. 9,10, Iulian. 13-15): Se refieren aquí las fórmulas de la época clásica, con *intentio in ius* e *in factum* concepta.

el propio depositario y, por el contrario, es anual y por el **simplum** contra el heredero de éste en caso de que sólo haya mediado dolo de su causante, porque si ha mediado dolo de él también es por el duplo<sup>882</sup>. ¿Se trata de un residuo del primitivo carácter penal de la *actio depositi*? En este supuesto está presente un interés general, de la comunidad (D. 16,3,1,4), que parece servir de base para extraer ese incumplimiento doloso de la obligación de devolución del depositario del ámbito convencional o contractual, que en principio le es propio, tipificando el Derecho ese incumplimiento como un ilícito sancionable con algo que va más allá del mero resarcimiento, esto es, por el duplo del valor de lo depositado. Voci<sup>883</sup> incluye a la *actio depositi in factum* entre las acciones reipersecutorias pero, respecto al depósito miserable recalca la singularidad de su régimen: señala que podría pensarse que se trata de una acción mixta cuantitativamente, es decir que persigue res por el **simplum**

---

<sup>882</sup>De Francisci califica la acción como penal. Y la toma como base, citando a Rotondi, de la idea de que como el edicto en el que se contiene es un poco anterior a Augusto no puede ser de este tiempo la regla de la medida de la responsabilidad del heredero por el enriquecimiento obtenido de su causante.

Mayor importancia tiene el punto de vista de Albertario quien toma esta acción como base de su tesis acerca de la no clasicidad de la regla general de responsabilidad por el enriquecimiento (*in id quod ad eum pervenit*), la cual por el contrario, reputa de Derecho postclásico. Según esto la *actio depositi in factum*, para el supuesto del depósito necesario, sería uno de esos casos, expresamente fijados en el propio Derecho romano clásico, en los que el heredero responde del ilícito de su causante pero por el **simplum**, no en la medida del enriquecimiento obtenido. Así, escribe Albertario [Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie... op. cit. RIL, 1913, p. 449 ss. (= Studi IV,2. p. 303 ss.)] que "questo testo è per me molto importante. E la vera eco del diritto classico. Giustiniano non l'altrò perchè per lui il deposito è un contratto e l'erede del depositario è tenuto secondo i principi della responsabilità contrattuale".

<sup>883</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 182

y poena por la otra parte que conforma el duplo. No obstante el propio autor constata el hecho verdaderamente singular de que la acción contra el heredero se convierta en anual y que, mientras en caso de haber varios depositarios, la acción se dirige contra todos ellos *in solidum*, contra los herederos, de ser varios, se dirige en proporción de su cuota hereditaria. Concluye Voci<sup>884</sup> rechazando que estemos ante una acción mixta diciendo que "se trata de un régimen determinado por particulares razones que a nosotros se escapan"; si bien, en la relación que el propio autor hace de las acciones penales incluye dentro de ellas a la acción derivada del depósito miserable y está de acuerdo con Rotondi<sup>885</sup> en que estamos ante una acción heredera de aquella que se contenía en las XII Tablas.

Por otro lado, añadimos que en los últimos años han aparecido publicados diversos artículos de Evans-Jones que abordan desde diferentes ángulos la problemática planteada por esta acción y recogen las diversas aportaciones de la doctrina al respecto.

En cuanto a la acción de las XII Tablas expone la tesis de que, en efecto, existió en la regulación contenida en dicho texto legal una *actio depositi* independiente por el *duplum* del valor de lo depositado<sup>886</sup>, pero que se referiría a determinados supuestos como depósitos hechos a banqueros, y en cualquier caso, con una causalidad que no obedezca a meras relaciones de amistad

---

<sup>884</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 182

<sup>885</sup>Scritti 2, 26. Cita de Voci.

<sup>886</sup>Burillo (Fórmulas de la *actio depositi*. op. cit.) mantiene otra tesis, según la cual, la acción de las XII Tablas no sería otra que la *actio furti nec manifesto in duplum*.

entre deponente y depositario. Posteriormente el Edicto del Pretor comprendió dentro de las acciones *in factum ex causa depositi* los supuestos de depósito ordinario, por el simple, y de depósito necesario en caso de naufragio, tumulto o incendio, por el doble.

Evans-Jones<sup>887</sup> considera que las acciones pretorias por depósito necesario son producto de una derivación que el Pretor hace de la acción de las XII Tablas: "ello explica por qué la acción pretoria *in duplum* por depósito necesario era *perpetua*". Y ello muestra que cuando él introdujo la *actio in factum* para el depósito ordinario, con ello no estaba favoreciendo al depositario deshonesto. Finalmente, hay que considerar el hecho de que la *actio in factum* por depósito ordinario fue introducida en el tiempo de Quintus Scaevola, esto nos llevaría a que este remedio no puede derivar de la acción de la XII Tablas".

Evans-Jones<sup>888</sup> señala que en la República el Pretor introdujo una *actio in factum concepta* que sancionaba el delito de falta de restitución de la cosa depositada. En la época clásica fue creada, como vimos, una *actio depositi in ius concepta*, de buena fe, enmarcada en la configuración del depósito como un contrato de Derecho civil.

Un grave problema surge cuando en la Compilación aparecen fundidas ambas acciones de tal manera que se contiene en ella una regulación relativa, sin más, a la *actio depositi*, pero, sin indicar las fuentes que se corresponden a la *actio in*

---

<sup>887</sup>The action of The XII Tables... op. cit., p. 208

<sup>888</sup>The penal characteristics of the "actio depositi in factum". op. cit., p. 104-105

factum pretoria y las que se refieren a la actio depositi in ius.

La actio depositi in factum al nacer como medio creado por el pretor para hacer frente a un delito es configurada, al menos en su origen, como una acción penal, intransmisible pasivamente, noxal, anual<sup>889</sup>, que concurre cumulativamente con otras acciones reipersecutoria y que se dirige también cumulativamente contra los varios depositarios que actuaron

---

<sup>889</sup>Evans-Jones (The penal characteristics... op. cit., p. 112 ss.) parte de D. 16,3,18 (Neratius 2 membr.) que es un texto que se refiere al depósito necesario: "De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur".

En caso de dolo del propio heredero se ejercita contra él la acción en las mismas condiciones que contra el causante, y por lo tanto, quiere decir que la acción es perpetua. En este sentido el mismo autor cita a Karlowa (R. R. G., II, p. 1313 ss.), Rotondi (Scitti 2. op. cit., p. 49 ss.), C. A. Maschi (La categoria dei contratti reali..., op. cit., p. 188 ss.) y a Taubenschlag (Zur Geschichte... op. cit., p. 683 ss.) que atienden al término quoque utilizado por Neratius en el comentario que hace al edicto para entender que se está refiriendo a la actio depositi ordinaria. Por otro lado en D. 16,3,1,25 (Ulp. 30 ed.), que es un texto que aparece casi textualmente repetido en Coll. 10,7,10, y en P. Sent. 2,12,10, se afirma el carácter perpetuo de la actio depositi pero se dice que queda sujeto el depositario a la acción con la expresión "teneri te depositi" que es indicativa de la existencia de una acción con fórmula in factum concepta, si bien, como el mismo Evans reconoce, no es un argumento definitivo.

Burillo (Las formulas de la actio depositi... op. cit., p. 233 ss.) defiende el carácter perpetuo de la actio in factum partiendo de la tesis de que se trata de una acción por la que el Derecho honorario imita el ius civile (Gai. 4,110-111) y en concreto a la actio depositi de las XII Tablas que no sería otra -Burillo- que la actio furti nec manifesto in duplum. Esta tesis también cuadraría con la interpretación hecha más arriba a propósito de D. 16,3,18.

Evans añade que la posición que se adopte respecto al carácter anual o perpetuo de la actio depositi in factum depende de la toma de consideración que se haga de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4,110-111 (supra p. 74 ss.). En el primero Paulo recoge el principio formulado por Casio de que las acciones pretorias penales son anuales y las reipersecutorias, perpetuas; en el segundo Gayo sienta el principio de que las acciones pretorias que imitan al ius civile son perpetuas, el resto, anuales.



dolosamente.

Por lo que hace a la transmisibilidad pasiva de la acción de depósito, en D. 16,3,1,1 y en D. 16,3,18 se dice, con relación al depósito necesario, que si se produce dolo defuncti la acción se dirige contra el heredero, *in simplum*, lo que se considera, como vimos, por Albertario, como uno de esos supuestos en los que el Derecho romano por causas que no nos son conocidas estableció la responsabilidad del heredero respecto del dolo del causante por el *simplum* del valor de que se trate.

No obstante, el verdadero problema se encuentra respecto a la *actio depositi in factum* ordinaria. De acuerdo con su naturaleza y función originaria, la acción es penal, de ahí que tendría que ser necesariamente, pasivamente intransmisible. Evans<sup>890</sup> recoge en su artículo los argumentos que pueden darse a favor y en contra del reconocimiento en el Derecho clásico de una acción contra el heredero del depositario *ex dolo defuncti* en el caso de depósito ordinario.

Por otro lado tenemos los siguientes textos:

D. 16,3,7,1 (Ulp. 30 ad ed.):

Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu rei que persecutione descendit ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque heres est.

---

<sup>890</sup>The penal characteristics... op. cit., p. 151 ss.

D. 16,3,9 (Paul. 17 ad ed.):

In depositi actione, si ex facto defuncti agatur  
adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte  
hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto,  
pro parte non ago: merito, quia aestimatio  
refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres  
admisit.

D. 16,3,10 (Iul. lib. 2 ex Minicio):

nec adversus coheredes eius, qui dolo carent,  
depositi actio competit.

Como ya se indicó, los compiladores fundieron en un mismo título las dos acciones de depósito que existían en el Derecho clásico. Pero, entonces, estos textos transcritos, ¿están tomados de la *actio depositi in factum* o de la *actio depositi in ius*?. Siguiendo a Evans-Jones<sup>891</sup> estos textos son extractos de los respectivos comentarios al Edicto por parte de Paulo y Ulpiano, lo cual puede significar que esos fragmentos se estarían refiriendo originalmente a la *actio in factum* porque esta acción constituía la base de los comentarios edictales sobre el *depositum*. No obstante-Evans-Jones- en los comentarios del edicto también se contienen algunas consideraciones relativas a la *actio in ius* con lo que ese argumento no es concluyente<sup>892</sup>. De cualquier forma, el citado autor se inclina por considerar que los fragmentos contenidos en D. 16,3,7,1; 9; 10; están tomados

---

<sup>891</sup>The penal characteristics... op. cit., p. 154 ss.

<sup>892</sup>Lenel. Palinogenesia 2, 614. EP<sup>3</sup>. p. 289.

de los comentarios a la *actio in factum* y a continuación argumenta en favor de la sustancial genuinidad de estos textos por el hecho de que en la época de Ulpiano (principios del siglo III d C.) ya existía la *actio depositi in ius* y el depósito estaba configurado como un contrato. En esa época coexistían ambas acciones y Ulpiano, aún refiriéndose a la *actio in factum* estaría persuadido por la idea de que estamos ante una figura contractual y que, por la tanto, frente a los supuestos de *dolo ex delicto* en los que el heredero responde a través de la correspondiente acción de enriquecimiento, y en todo caso, en esa medida, aquí, por estar ante un *dolo ex contractu* responde por el *simplum* y *pro parte hereditaria* (D. 16,3,7,1).

Otro argumento-Evans-Jones- en favor de que esos textos originariamente se referían a la propia *actio in factum* lo tenemos en D. 44,2,22 (Paul. 31 ed.)<sup>893</sup> que es un texto que se refiere a la problemática de la consunción de acciones y que indica que la consunción en este caso se lleva a cabo mediante la "*exceptio rei iudicatae*". Si es así, es evidente que el texto aludía en un principio a la *actio depositi in factum* y no a la que contiene una *intentio in ius concepta* porque en este último caso la acción, en principio, se consume *ipso iure*.

Ahora bien, ¿todos estos razonamientos pueden llevarnos a pensar en una *actio depositi in factum* penal y, al mismo tiempo pasivamente hereditaria?. Nosotros no lo creemos, pero si

---

<sup>893</sup>Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur nec exceptio rei iudicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. et si actum sit herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur.

entendemos que hay suficientes argumentos como para poder hipotizar una línea de evolución que, por otro lado, se enmarca en la tesis general que defendemos, y está en el hecho de que quizá pueda hablarse de un cambio en el tratamiento que la jurisprudencia da a esta acción, ya que, una vez configurado el depósito como un contrato con la consiguiente aparición de la *actio in ius contractual*, la primera acción *in factum*, aún conservando, al menos nominalmente, el calificativo de penal, va a cumplir dentro del *civiliter agere de la cognitio*, también una función reipersecutoria y, de hecho, vemos como casi todas las huellas de ese antiguo carácter penal de la *actio in factum* desaparecen en el Digesto. Una vez más vemos que los justinianeos en lugar de interpolar lo que hacen es poner punto final a una evolución jurídica.

## 2) Acciones edilicias<sup>894</sup>.

Las acciones edilicias nacen en virtud del edicto de

---

<sup>894</sup>E. Eck. Beitrag zur Lehre von den ädilizischen Klagen. Fest. Beseler, 1885. p. 159 ss.; R. Monier. La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine. Bibl. hist. drit. [3]. 1930; F. Pringsheim. The decisive moment for Aedilician Liability. R.I.D.A. 1, 1952. p. 545 ss. Das alter der ädilizischen. Z.S.S.mal 9, 1952. p. 252 ss.; E. Betti. Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio. Riv. Dir. Commerciale. 23, 2, 1925. p. 335 ss.; A. Pezzana. D. 21,1,45. Contributi alla dottrina romana dell'actio redhibitoria. R.I SC.G. 88, 1951. p. 275 ss.; G. Impallomeni. Edictum aedilium curulium. N.N.D.I., VI, p. 372 ss.. L'editto edili curuli. Padova, 1955; G. Thielmann. Actio redhibitoria und zufälliger Untergang der Kaufsache. Studi Volterra 2, 1971. p. 487 ss.; P. Maeler. Motus redhibetur?. Z.S.S., 101, 1984. A. Watson. The Imperatives of the Aedilician Edict. T., 39, 1971. p. 73 ss.; Seller's Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law. IURA, 38, 1987. p. 167 ss.; M. Memmer. Der "schöne Kauf" des "guten Sklaven". Z.S.S. 107, 1990. p. 1 ss.

los aediles curules<sup>895</sup> en tanto que una de las funciones de éstos era la de la policía de los mercados. Estas acciones (*actio redhibitoria* y *actio quanti minoris*) que tanta trascendencia tienen en el Derecho civil y mercantil español (es una de esas piezas del Ordenamiento jurídico que hacen posible la actual economía de mercado) nacieron por el edicto citado y respecto a los mercados de esclavos y de ganado. Se trataba de proteger al comprador en caso de que aparezcan defectos no visibles en el momento de la transacción después de efectuada la compra y ello con independencia de que el vendedor actuase de buena o mala fe. El comprador tenía un plazo para el ejercicio de cualquiera de estas dos acciones. Por la primera acción el comprador obtiene la rescisión del contrato con devolución recíproca de cosa y precio, por la segunda obtiene un reducción del precio proporcional al defecto de que se trate. Justiniano lleva estas acciones a la compraventa de cualquier objeto.

El primitivo carácter penal de estas acciones resulta de Francisici- de los textos clásicos, a pesar de que se vean subsumidas por el sistema contractual. Así en D. 21,1,51,pr. y en D. 21,1,1,8 se habla de *delictum*<sup>896</sup>.

---

<sup>895</sup>Lenel.EP<sup>3</sup>. En p. 554 ss. se contiene la reproducción del *Edictum aedilium curulium* donde se encuentran, entre otras las fórmulas de la *actio redhibitoria* y de la *actio quanti minoris*.

<sup>896</sup>Biondi (*Actiones arbitrariae...*, op. cit. p. 138) que, como veremos, rechaza el carácter penal de esta acción en el Derecho clásico, señala que, no obstante, la tesis contraria a la suya, constituía la *communis opinio* entre la doctrina. Cita así a numerosos autores, entre ellos a Karlowa. Dicho autor (R.R.G., II, p. 1296) señala al respecto: "In Wahrheit ist ursprünglich eine Strafklage, al welche sie ja auch mit dürren Worten von Ulpian in l. 23 & 4 D. h.t. bezeichnet wird. Diesen charakter der Klage bleibt nun noch näher darzulegen". Y añade luego que fueron juristas clásicos tardíos o postclásicos los que van a hacer derivar la responsabilidad del vendedor en estos

Otro indicio del primitivo carácter penal de estas acciones lo ve De Francisci en el hecho de que, respecto a la transmisibilidad de la actio redhibitoria, los textos clásicos se ven en la necesidad de decir algo que en el seno de una acción nacida de una relación de tipo contractual resulta una obviedad: que la acción es transmisible contra el heredero del vendedor que incumpliendo las normas del edicto faltó, por lo tanto, a la buena fe exigida en el contrato.

Hae actiones quae ex hoc edicto oriuntur etiam adversus heredes omnes competunt. (D. 21,1,23,5).

Aediliciae actiones et heredi et in heredem competunt, ut tamen facta heredum quae postea accesserint et quod expereri potuerint quaerantur. (D. 21,1,48,5).

Y, por último, De Francisci recoge un texto de Cicerón (De officiis 3,17,71) que lo interpreta en el sentido de que los herederos no deben considerarse responsables por el hecho de su autor: "nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitam fraudumque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditionis fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Heredem alia causa est". Está implícita pues una concepción más penal que

---

casos, también, de la responsabilidad contractual, pero no porque ese fuese el significado del edicto de los ediles curules.

reipersecutoria de la acción<sup>897</sup>. Concluye De Francisci señalando que las acciones edilicias "devono mutato carattere e ciò tra la fine dell'imperio e la epoca di Adriano, dato che la trasmissibilità piena e completa è già nota a Pomponio (D. 21,1,48,5).

Voci<sup>898</sup> incluye a la actio redhibitoria dentro del catálogo que hace de las acciones reipersecutorias. En particular señala que la acción es pasivamente transmisible (D. 21,1,23,5), y se da la responsabilidad solidaria en el Derecho clásico (D. 21,1,31,5-10. Dicho autor rechaza la tesis de Levy en virtud de la cual la actio redhibitoria sería una acción penal en el Derecho clásico diciendo para ello que Levy se basa en textos "poco probanti e interpolati".

Un texto importante para determinar si la actio redhibitoria fue en origen una acción penal es D. 21,1,45 (Gai. 1 ed. edil. cur.):

Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnator venditor. nam si neque pretium, neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur, si vero reddat pretium et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est

---

<sup>897</sup>Mitteis (Röm. Privatrecht. I, p. 55 n. 37; p. 109 n. 33) defiende también la iriginaria intransmisibilidad pasiva de la acción.

<sup>898</sup>Risarcimento e pena... op. cit., p. 149.

liberet, simpli videtur condemnari.

Biondi<sup>899</sup> señala que el texto es fruto de una interpolación y que en el Derecho clásico la *actio redhibitoria* lleva sólo a la resolución de la venta. Biondi defiende la naturaleza reipersecutoria de dicha acción en el Derecho clásico. Sólo adquiere un carácter penal en el Derecho justinianeo ya que son los compiladores los que, mediante la correspondiente interpolación del fragmento 45, elevan la pena al doble<sup>900</sup>. El citado autor destaca el hecho de que la *actio redhibitoria* nace en el Derecho clásico a imagen de la *restitutio in integrum* y en concreto, según Biondi, es decisivo para reconocer el carácter estrictamente reipersecutorio de la *actio redhibitoria*:

Que el *paterfamilias* responde en la medida del *peculio del filius*. (D. 15,2,2,pr.; D. 15,2,23,4).

Que la acción se transmite pasivamente a los herederos. (D. 21,1,19,5; 23,5; 31,10; 48,5).

- Que la acción concurre alternativamente con otros medios nacientes "*ex eadem causa*". (D. 44,2,25,1; D. 21,1,19,2).

Además, Biondi considera que el término *delictum* que aparece en D. 15,1,1,8 (Ulp. 1 ed. ed. cur.) tiene el significado general de inobservancia o violación de una obligación impuesta por la ley o la moral según la definición de Festo "*delinquere est praetermittere quod non oportet praeterire*" y que, por lo tanto, no debe verse en ello ningún indicio de un carácter penal de la acción.

---

<sup>899</sup>B. Biondi (*Actiones arbitrariae...* op. cit., p. 120 ss.

<sup>900</sup>Biondi. op. cit., p. 135.



Pezzana<sup>901</sup> recoge y defiende en lo fundamental la tesis de Biondi en el sentido de que la actio redhibitoria era en el Derecho clásico una acción reipersecutoria y que D. 21,1,45 es un texto interpolado. Ahora, frente a Biondi, no cree que los compiladores, al modificar el fragmento originario de Gayo tuviesen en cuenta el texto de Cicerón arriba transcrito sino que nos encontramos ante uno de los casos en los que se percibe una influencia sobre los justinianos del Derecho helenístico en el que el vendedor, en caso de dolo en la venta de un objeto con vicios ocultos, en el caso de rescisión del contrato a instancias del comprador respondía por el doble del valor de la cosa. Por el contrario en el Derecho romano la actio redhibitoria nace como un elemento básico de seguridad del tráfico mercantil, es decir, la acción puede ejercitarse, dentro de un plazo y en los términos que señalaba el edicto de los ediles curules, con independencia de la buena o mala fe del vendedor.

### 3) Actio rei uxoriae<sup>902</sup>.

---

<sup>901</sup>D. 21,1,45. Contributi alla dottrina... op. cit., p. 191.

<sup>902</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XX & 113 (solutio matrimonio dos quemadmodum petatur). p. 303 ss. (Ulp. 33, Paul. 36, 37. Gai. 11. Iulian. 18).

A. Esmein. La nature originale de l'actio rei uxoriae. N.R.H., 17, 1893. p. 145 ss.; S. Solazzi. Restituzione della dote. p. 184 ss. Girard. Manuel... op. cit., p. 954 ss.; M. Kaser. Die altrömische Erbenhaftung. R.I.D.A. 1, 1952. p. 507 ss.; A. Nicoletti. Dote (D. Romano). N.N.D.I., VI, p. 257 ss. S. Solazzi. Sul consenso della figlia all'actio rei uxoriae esercitata dal padre. Rendiconti Ist. lombardo, 1937. p. 26 ss. M. Kaser. Die Rechtgrundung der "actio rei uxoriae". Ausgenähte Schriften, I, 1976. p. 343 ss. = Mélanges de Visscher, I = R.I.D.A. 2, 1949; A. Wacke. Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift. T., 43, 1975. p. 241 ss.

Por virtud de esta acción la mujer, o sus herederos en caso de fallecimiento de ésta, pueden obtener la devolución de la dote a cargo del marido tras la disolución del matrimonio. En su origen también tuvo un carácter penal para De Francisci<sup>903</sup> que cita en este sentido a Esmein, Solazzi y Girard. Lo cierto es que Ulpiano en Reg. 6,7<sup>904</sup> declara aún su intransmisibilidad hereditaria ;activa! mientras-De Francisci- que a la intransmisibilidad pasiva hace referencia de pasada Fr. Vat. 97<sup>905</sup>. Se trata de textos de Derecho clásico tardío o incluso Derecho postclásico en los que sin embargo, contra toda lógica, cuando la evolución jurídica de la comunidad política romana tiende a la despenalización de las acciones penales privadas y se está cada vez más cerca de la derogación de la regla de la intransmisibilidad pasiva de la propias acciones, ya sólo nominalmente penales, sin embargo, como vemos, dichos textos hacen mención a la intransmisibilidad hereditaria de esta acción. De todos modos queda pendiente un estudio sobre el tema. Aquí sólo podemos aventurar que, en particular, Reg. 6,7 se trate, o bien de un pasaje producto del error de algún amanuense, o que obedezca efectivamente, junto a Fr. Vat. 97, a alguna motivación particular sacada de contexto.

---

<sup>903</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 27.

<sup>904</sup>Tituli ex corpori ulpiani, VI,7: "Post divortium defuncta muliere, heredi eius actio non aliter actio datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit".

<sup>905</sup>En realidad el texto se refiere sólo a la entrega de algún valor patrimonial, dotis nomine marito, post mortem mariti: "Paulus respondit id quod dotis nomine marito datum est post mortem mariti, si nulla mora intercessit, apud heredem mariti remanere oportere".

#### 4) Actio subsidiaria.

Voci<sup>906</sup> añade dentro de este grupo de acciones que en un principio parece que fueron penales pero que perdieron este carácter en época clásica a la actio subsidiaria concedida contra los magistrados que hayan nombrado un tutor insolvente o aceptado garantías no idóneas<sup>907</sup>. De esta acción, dice Voci, que si bien sobre su régimen han influido destacados intereses públicos se puede decir que, al tiempo de Ulpiano, la acción es reipersecutoria. Así, se destaca que la acción es transmisible desde el punto de vista activo (D. 27,8,14) como del lado pasivo (Ulp., frag. Strasburg, 11)<sup>908</sup>. Añade Voci que la acción es ejercitable pro parte, o como mucho, in solidum (D. 27,8,7; D. 27,8,8), y el paterfamilias responde sólo en los límites del peculio, de modo que no se trata por tanto de una acción noxal.

Ahora, la cuestión surge cuando Ulpiano nos refiere en el frag. de Strasburg citado anteriormente la opinión de Juliano, el cual no consideraba que la acción fuese transmisible pasivamente, es decir contra los herederos del magistrado. Voci señala "que se podría argumentar que el "sommo" jurista, de la

---

<sup>906</sup>Risarcimento e pena ... op. cit., p. 181-182.

<sup>907</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXII & 127, De Magistratibus conveniendis. p. 321-322. (Ulp. 36, Iulian. 21).

Levy (Privatstrafe...op. cit., p. 41 ss.) señala que esta acción aparece poco antes de la codificación del edicto, y la refiere concretamente a un senadoconsulto de la época de Trajano. Siguiendo a Lenel no cree que la acción subsidiaria contra el magistrado municipal tuviese la misma fórmula que la que corresponde a la acción contra el tutor y, en este sentido, destaca que en Ulp. disp. fr. Arg. 11 i.f. sólo se diga que los magistrados "ut tutores tenentur".

Lenel considera que la existencia de ese senadoconsulto no es óbice para que existiera anteriormente una actio in factum penal.

<sup>908</sup>supra p. 438 donde se reproduce el texto.

misma forma que tal vez pensaba que la *actio contra iudicem* era reipersecutoria, del mismo modo, pensaría que la *actio subsidiaria* era penal". "Senonchè, un altro testo ulpiano si richiama a Giuliano per ammettere la responsabilità de peculio (D. 27,8,1,17). Come si spieghi questo piccolo enigma, non si può dire"<sup>909</sup>. Si bien, Voci añade que la tesis victoriosa en el Derecho clásico es la del principio de la *rei vindicatio*, y esto por coherencia de todas las características de la acción.

Respecto a la transmisibilidad pasiva de la acción Levy<sup>910</sup>, después de recoger la opinión de Juliano sobre la intransmisibilidad de la misma, añade que la referencia a la transmisibilidad pasiva aparece por primera vez en un rescripto

---

<sup>909</sup>Voci pone de relieve el hecho de que mientras Juliano, según el fragmento de Ulpiano citado, considera que la acción es pasivamente intransmisible, sin embargo el propio Juliano en D. 27,8,1,17 (Ulp. 36 ed.), que establece, como hemos visto, la responsabilidad de peculio, dice que tanto si el hijo se hizo *dummviro* con el consentimiento paterno, como si obró sin él, su padre sólo responde en el límite del peculio. Entonces, ¿cómo se puede explicar la contradicción existente en Juliano, en virtud de que una acción sea intransmisible pasivamente y, al mismo tiempo, el *paterfamilias* sólo responda dentro del límite del peculio.?

Voci pone este supuesto en relación con el hecho de que en la *actio contra iudicem qui litem suam fecerit*, era justamente Juliano quien, también aquí, en contra de la opinión general en la jurisprudencia clásica, parecía sostener, en este segundo caso, el carácter reipersecutorio y no penal de esta acción considerando que la misma es pasivamente transmisible contra los herederos del juez. (D. 5,1,16; Ulp. 5 ed.; frag. Strasb. 11, Ulp.).

A nuestro juicio, son demasiados datos para considerar que en el fragmento de Strasburg, por lo que a las opiniones de Juliano se refiere, estemos simplemente ante un error de transcripción o un glosema postclásico; más bien, consideramos que se trata de una huella o indicio que se nos proyecta en la Historia sobre lo que fue el largo debate sobre la naturaleza y función de las acciones penales (*res-poena*) que se dió, caso por caso, acción por acción, en el seno de la jurisprudencia romana, y que tuvo su reflejo correspondiente en la práctica forense. Y ello a pesar de la opinión contraria del propio Levy (p. 439 ).

<sup>910</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 44.

de Antonino Pío (Ulp. fr. Arg. 11; D. 27,8,6) que establece esta responsabilidad pero sólo causa cognita y en un sentido diverso: que la acción contra el heredero es tan subsidiaria como la que se dirige contra el mismo magistrado; "pero al igual que el magistrado resulta responsable, debía, según el patente contenido del edicto (o de la norma, erlasses) ser dada la acción "non alias in heredem, quam si evidentem magistratus cum minus idoneis sponsoribus contrahunt", o si el magistrado "omnem cautionem omitteret". Levy termina con esta sorprendente conclusión: "Wie man sieht: eine durchweg positive Regelung, keine innere Fortbildung der Strafe zum Schadensersatz".

5) Otra acción que traemos a nuestra consideración es la *actio ficticia de damno infecto*<sup>911</sup> que es una acción encuadrada dentro de las acciones reipersecutorias. La acción es pretoria, y en virtud de D. 39,2,7,pr. (Ulp. 53 ed.), en el que

---

<sup>911</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XX & 175. p. 371-373. (Ulp. 53, Paul. 48, Gai. 19, Gai. ed. pr. urb. tit. de damno inf.). Lenel, que reconoce la fórmula en D. 39,2,7,pr., dice que la configuración de la misma en el edicto, lo mismo que lo que ocurre en la fórmula recogida en el capítulo XX de la *lex Rubria* de mediados del siglo primero a. C., la convierte en fórmula ficticia, porque la acción se dirige a reclamar el importe de la caución que el pretor ordenó y que el poseedor de la obra se negó en su día a satisfacer. Por lo tanto se condena a pagar el importe de la caución, por el *quanti ea res erit*, es decir por el importe del daño producido realmente, como si aquella se hubiese prestado efectivamente: *quidquid...oporteret, si... cautum fuisset*.

Lenel, en Tit. XIV, 292, p. 551, recoge cuatro cauciones por supuestos de *damno infecto*.

Citamos como reseña bibliográfica a Levy, *Privatstrafe...op. cit.*, p. 45 ss. D. Daube. *Demolior as a Passive*. *Classical Quart.* 44, 1950. p. 119-120. G. Branca. *Sulla terminologia actio damni infecti*. *Studi Ratti*. 1934. p. 159 ss. *damno tenuto....? cit. voci A. Mozzillo. Denuncia di nuova opera e di danno tenuto*. *N.N.D.I.*, V, p. 457 ss. *Tumulescu. R.I.D.A.* 19, 1972. p. 435 ss.; S. Tafaro. *Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale: l'actio ex cautione damni infecti*". *Iudex*, 5, 1974-1975. p. 66 ss.

se recoge en la fórmula de la acción, el magistrado la concede por razón del daño temido cuando el propietario o poseedor de la obra que amenace ruina se niegue a prestar la caución ordenada por el magistrado, y también cuando se niegue a admitir que el interesado en cuestión sea puesto en la posesión de la obra. La acción persigue el importe del daño y tiene su fundamento en la ficción de que la caución se ha prestado; es transmisible tanto desde el punto de vista activo como pasivo, y es perpetua<sup>912</sup>: todo hace pensar pues que estamos ante una acción reipersecutoria y no penal.

Sin embargo, en el principio del fragmento antes citado se dice respecto del hijo de familia que no deje entrar en la posesión al que había sido puesto en ella que "plerimque putant noxalem actionem eo nomine competere": la acción es pues, según esto, noxal. Voci señala al respecto "que se puede admitir que la noxalidad sea un recuerdo del remedio quirritario que ha precedido al remedio clásico"<sup>913</sup>.

Precisamente De Francisci cita a Cuj<sup>914</sup> que al igual que otros autores consideraba al *damnum infectum* como un delito

---

<sup>912</sup>D. 39,2,4,7 i.f. (Ulp. 1 ed.): "...sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam".

D. 39,2,4,10 (Ulp. 1 ed.): "Haec autem actio cum rei habeat persecutionem, et heredi et in heredem et perpetuo dabitur".

D. 39,2,17,3 (Ulp. 63 ed.): "Actio ista, quae in factum est", perpetuo dabitur, et heredi et in heredem "ceterasque itemque ceteris personis".

<sup>913</sup>Voci. Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 181. El autor cita a Biondi, (Actiones noxales, op. cit., p. 65 ss.) y a Branca, (Damno temuto... op. cit., p. 235 ss.) quien considera por el contrario que la acción sería penal en el Derecho clásico y que D. 39,2,17,3 está interpolado. Voci sin embargo da por clásico el texto.

<sup>914</sup>Inst. jur. 1, I, p. 355 (cit. de De Francisci, op. cit. ) 28-29).

privado, respecto del cual, dice De Francisci, que "en la época más antigua en lugar de de la *stipulatio* y del *iudicium* pretorio, existía una *legis actio*. La existencia de ese antiguo remedio civil está probada por el hecho de que bajo el título de *damno infecto* (39,2) se encuentra un grupo de fragmentos (32-41) sacados de los libros *ad Sabinum* de Ulpiano, Paulo y Pomponio, y que, si se examina el libro 42 de Ulpiano *ad Sab.* (Lenel, Pal. Ulp. 2876-2896) se ve que la materia está dispuesta del siguiente orden: De *furtis*- De *arboribus succissis*- De *lege Aquilia*- De *damno infecto*- De *iniuriis*; en el comentario de Pomponio (Lenel. Pal. Pomp. 652-683) encontramos en el libro 19 la parte relativa al hurto y a la *actio de arboribus succissis*, y en los libros 20-21 el *damnum infectum*; en Paulo (Lenel, Pal. Paul. 1787-1816) tenemos en el libro 9 *ad Sab.* la materia de *furtis* y de *arb. succ.* en el libro 10, de *lege Aquilia*, de *damno infecto*, de *iniuriis*. Esta colocación ha hecho pensar a Karlowa que la antigua *legis actio* tuviese su base en un hecho concebido como delito en el Derecho primitivo".

Ahora-De Francisci- la *actio* que resulta del Edicto del Pretor no presenta ninguna huella de que tenga carácter penal y se subraya que, respecto de la transmisibilidad hereditaria de la misma, establece, como vimos arriba, D. 39,2,17,3: *Actio ista, quae in factum est, perpetuo dabitur et heredi et in heredem ceterasque.*

#### 6) *Actio auctoritatis*<sup>915</sup>.

---

<sup>915</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XLV. De *auctoritate*. & 290. p. 542. (Ulp. 80. 81, Paul. 76. 77, Gai. 28, Iulian. 57. 58, Cels. 27, dig. Papin. 28 *quaest.*).

La acción nacia del negocio de la *mancipatio* cuando cumplía la función de servir de cauce jurídico para que el comprador de *res Mancipi* (fincas y elementos esenciales de la vida familiar agraria de una economía campesina) adquiriese la propiedad civil de las mismas del vendedor. En el supuesto de que el comprador sufra la evicción de la cosa a cargo de un tercero que resulte ser el verdadero propietario de la misma nace de la *mancipatio* la *actio auctoritatis* que el comprador puede ejercitar contra el vendedor por el doble del valor de la cosa. En el Derecho clásico la acción va desapareciendo a medida que desaparece la diferenciación entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y, por consiguiente, va cayendo en paulatino desuso la *mancipatio* como modo de adquirir la propiedad. En este sentido, en época de

---

Señala Lenel que en el Edicto del Pretor aparecen dos instrumentos jurídicos para la defensa del comprador en caso de evicción: la *actio auctoritatis* y la *satisfactio secundum Mancipis* (Lenel. op. cit. p. 546 ss.). La *stipulatio duplae* (Lenel. op. cit. p. 567) que se acaba convirtiendo en un elemento natural de la compraventa en diversos ámbitos (D. 21,2,2 (Paul. 5 Sab.) se incluye-Lenel- en el edicto de los ediles curules: "Diese war zweifelhlos im Edikt der Aedilen proponiert".

Sobre el origen y la naturaleza de la *actio auctoritatis*, A. Calonge, Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico. Salamanca, 1968. p. 15 ss. y p. 155 ss.) y bibliografía allí citada.

Recogemos, por último, respecto a este tema la siguiente bibliografía: F. Buonamici. L'actio auctoritatis dell'antico diritto romano. Archivio Giuridico, 29, 1882. p. 79 ss.; Girard. L'action auctoritatis. N.R.H. 6, 1882. p. 180 ss. [Mélanges, 2, p. 46 ss.]. L'auctoritas et l'action auctoritatis. Inventaire d'interpolations. [Mélanges 2. p. 153 ss.]; M. Kaser. Neue Studien zum altrömischen Eigentum. Z.S.S. 68, 1951. p. 131 ss.; A. Magdelein. Auctoritas rerum. R.I.D.A. 5, 1950. p. 127 ss. [Mél. F. de Visscher, 4]; E.A. Thormann Auctoritas. IURA 5, 1954. p. 1 ss.; Sargenti. Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della Mancipatio. Studi Betti, 4, 1962. p. 15 ss.; E. Volterra. Mancipatio. N.N.D.I., X, p. 96 ss.; Ankum. L'"actio de auctoritate" et la "restitutio in integrum" dans le droit romain classique. Essays University Utrecht, 1979. p. 1 ss.



Justiniano se trata ya de un mero recuerdo histórico y en el Digesto los textos clásicos relativos a dicho negocio jurídico y a la *actio auctoritatis* son borrados o interpolados. No obstante, lo que, a tenor de los mismos puede deducirse es el hecho de que la acción en el Derecho clásico no tiene carácter penal, y sin embargo vemos que el importe de la acción es por el duplo del valor de la cosa, lo que sabemos por P. Sent. 2,17,3.

A lo largo del Derecho clásico, la acción, aún recogida como vimos, según Lenel, en el edicto perpetuo cede el paso<sup>916</sup> a dos tipos de *stipulationes* que cumplen la función de garantía tanto en la venta de *res Mancipi* como de *res nec Mancipi*: la *stipulatio habere licere* por el *id quod interest* y la *stipulatio duplae*. Esta última aparece como heredera de la *actio auctoritatis* y garantiza al comprador por el doble del valor de la cosa comprada. La *stipulatio habere licere* quedará subsumida en el Derecho clásico en el seno del contrato consensual de compraventa ya que a través de la *actio empti* podía el comprador, tanto reclamar la formalización de esta *stipulatio*, como también, directamente, exigir del vendedor la responsabilidad por evicción por el *id quod interest*. Así pues en el Derecho clásico quedan estos dos remedios generales en favor del comprador para el caso de evicción: o bien formalizar una *stipulatio duplae*, o bien, reclamar la responsabilidad por evicción a través de la propia

---

<sup>916</sup>A. Calonge. Evicción... op. cit. p. 15 ss., p. 155 ss. Como eslabón intermedio entre el sistema de la *actio auctoritatis* y el de las cauciones estipulatorias existió (Calonge, op. cit., p. 20 ss., p. 155) una promesa *secundum Mancipium* garantizada por una *cautio* (*satisdatio*) o sin caución (*repromissio*) respecto de *res Mancipi* en ciertos casos en los que, a tenor de las fuentes, la *auctoritas* del *Mancipium* *dans* o aparece suspendida, por estar ausente, o resultaba inexistente como en la *Mancipatio nummo uno*.

actio empti en la que quedó subsumida la stipulatio habere licere y que se ejercita por el quod interest. Finalmente Justiniano extendió la actio empti a aquellos supuestos en los que en el tráfico comercial se solía realizar la stipulatio duplae pudiendo en consecuencia reclamarse el duplo del valor de la cosa también, para esos ámbitos, a través de la actio empti.

La responsabilidad por evicción será por el doble del valor de la cosa objeto de la evicción en el caso de la actio autoritatis y de la stipulatio duplae<sup>917</sup>. (D. 21,2,2; Paul. 5 Sab.), (D. 21,2,18; Paul. 5, Sab.).

Dado que la acción se ejercita por el duplo cabe pensar que la acción fue primitivamente configurada como penal<sup>918</sup>. También puede ser una huella de ese primitivo carácter penal de la acción el que la misma, aunque en el Derecho clásico y posterior, no se dirige de forma cumulativa contra varios autores, sino in solidum, si se dirige contra uno de ellos, esto no produce, ipso iure, la extinción de la acción sino que, en tenor de D. 21,2,51,4 (Ulp. 80 ed., citando a Labeón) es necesario que se oponga la correspondiente excepción<sup>919</sup>

### 7) Actio funeraria<sup>920</sup>.

---

<sup>917</sup>Cfr. Calonge. Evicción... op. cit., p. 15. n. ...

<sup>918</sup>De Francisci (op. cit. p. 21) que cita también entre otros a Girard (N.R.H. 1882, p. 207 ss.) y a Pernice, (Labeo, III, 1, p. 115 ss. II, 2, p. 59.)

<sup>919</sup>Voci, (Resarcimiento e pena... op. cit., p. 182) considera, en virtud de lo dicho por Levy (Konkurrenz... op. cit., 2, 1, 240) que la excepción no podía ser otra que la de dolo.

<sup>920</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XVI. p. 229. (Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19, Iulian. 10).

Dicho autor reconstruye el edicto de la siguiente manera,

De Francisci<sup>921</sup> niega, en contra del parecer de otros autores, en particular de Solazzi<sup>922</sup> y de Thomas<sup>923</sup>, que l' actio funeraria tenga carácter penal.

Según Thomas el Pretor debió considerar que era un acto constitutivo de delito el hecho de que el heredero no entierre a su causante. Esta es la razón por la que es introducida la acción. En este sentido considera que la frase recogida en D. 11,7,12,3, en la cual se dice que "hoc edictum iusta ex causa propositum, ut qui funeravit persequatur id quod impendit: sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent neve quis de alieno funeretur", contiene el fundamento de la acción. En virtud de esta razón se explicaría que cualquiera pueda aportar los gastos necesarios para el entierro de un extraño y, posteriormente, exigir el reembolso de esos gastos. Sería un supuesto análogo al de la actio de sepulchro violato en la cual, en caso de violación

---

a tenor de D. 11,7,12,2 (Ulp. 25 ed.):

Praetor ait: Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.

Lenel dice que la acción tiene una fórmula "in aequum conceta" e indica como explicación de ello que "weiter ist die pietatis gratia gemachte Aufwand nicht zu ersetzen".

Citamos respecto a esta acción también a De Francisci. La legittimazione attiva nell'azione funeraria. Filangieri, 40, 1915. p. 14 ss.; La legittimazione passiva nell'azione funeraria. Annali Fac. Giur. Perugia 32, 1920. p. 275 ss.; E. Levy. Privatstrafe... op. cit. p. 33 ss.; G. Donatuti. Actio funeraria. St. dir. romano. 2, 1977. p. 641 ss. [= S.D.H.I., 8, 1942, p. 48 ss.]; R. Eggi. Actio funeraria. N.N.D.I., I<sup>1</sup>, p. 266; A. Cenderelli. "Gerere negotium humanitatis". Sodalitas A. Guarino, 1984. p. 793 ss. C. Sanfilippo. Ancora un caso di "mandatum post mortem?". Sodalitas A. Guarino, 1984. p. 2047 ss.

<sup>921</sup>Studi sopra le azioni... op. cit., p. 18 ss.

<sup>922</sup>Restituzione de la dote. r 186 ss. (cit. de De Francisci).

<sup>923</sup>N.R.H. XXV, 1901. p. 547 ss.

de un sepulcro ajeno, la acción la puede ejercitar además de los familiares del difunto, un tercero.

Solazzi por su parte funda el carácter penal de la acción en el hecho de que el origen de ésta debió de ser anterior al edicto que introducía la acción a favor del *negotiorum gestor* y, por lo tanto, la acción sería de una época muy antigua, en la cual, este supuesto de falta de enterramiento sería sancionado penalmente. Esta idea también es mantenida por Levy<sup>24</sup>. Y Solazzi alude por último a la posible subsidiariedad de la *actio funeraria* -discutida por De Francisci- a tenor de D. 11,7,15 y de D. 11,7,14,12.

Frente a Solazzi, señala De Francisci que la referencia a la antigüedad de la *actio funeraria* es muy vaga y que, en cualquier caso, el edicto que crea la acción en favor del *negotiorum gestor* es de finales de la República<sup>25</sup>. Frente a Thomas señala que la razón por la que se da la acción no es la indicada por este último, sino, de acuerdo con la primera frase de D. 11,7,12,3, "*hoc edictum iusta ex causa propositum est, ut qui funeravit persequatur id quod interest*". Por lo tanto, el motivo no está en la intención de castigar al heredero por no llevar a cabo los funerales y enterramiento del cadáver sino en obligarlo a "*rifondere*" los gastos a quien realice el enterramiento por él. Así, no existe el pretendido carácter penal y desde luego, la acción es perpetua (D. 11,7,31,2), y transmisible hereditariamente tanto desde el punto de vista activo como pasivo.

---

<sup>24</sup>Privatstrafe...op. cit., p. 33 ss.

<sup>25</sup>De Francisci. op. cit., p. 20.

Donatuti<sup>926</sup>, en un amplio estudio, confirma la tesis de De Francisci y concluye que estamos pues en una acción que presenta los rasgos de ser pretoria, *in factum*, perteneciente a las acciones *in bonum et aequum conceptae*, perpetua, transmisible activa y pasivamente y subsidiaria, sin bien esto último sólo en el Derecho de la Compilación.

También Reggi<sup>927</sup> señala que el objeto de la acción es el reembolso de los gastos hechos espontáneamente, con pleno conocimiento de causa, pero con el interés de recuperarlos por un tercero para el funeral y enterramiento de un cadáver cuando dichos gastos correspondían en realidad al heredero o a los parientes del fallecido.

La acción según este autor se caracteriza por ser pretoria, *in factum*, *in bonum et aequum conceptae*, transmisible activa y pasivamente a los herederos (D. 11,7,14,17; D. 11,7,31,2), no penal, y subsidiaria en el Derecho justinianeo.

Señala como requisitos para el ejercicio de la acción los siguientes:

1) Que los gastos reembolsables son los hechos verdaderamente *funeris causa*.

2) Debe tratarse de un cadáver *alienum*, sobre el cual no exista ninguna obligación de proveer al enterramiento.

La legitimación pasiva de la acción recae sobre el heredero en cuyas manos permanece el patrimonio del difunto. Podía serlo también el *bonorum possessor*. (D. 11,7,15). Los gastos de entierro de la mujer casada provista de dote debían

---

<sup>926</sup>Donatuti. Actio funeraria. op. cit.

<sup>927</sup>N.N.D.I. op. cit.

recar sobre ésta.

Por último, el resarcimiento de los gastos debía quedar limitado a aquellos gastos verdaderamente realizados en el entierro (D. 11,7,14,6) teniendo en cuenta la dignidad (D. 11,7,14,6; 12,5; 21), el estado patrimonial del difunto (D. 11,7,14,6; 12,5; 21), las especiales circunstancias del momento (D. 11,7,14,6) y el lugar en el que se realice. El crédito de reembolso de estos gastos es privilegiado respecto de los demás créditos (D. 11,7,45).

#### 8) Actio aquae pluviae arcendae<sup>928</sup>.

La acción no tiene carácter penal en el Derecho clásico, si bien puede plantearse el carácter que pudo tener en su origen. La acción se enmarca en las relaciones entre fundos vecinales pertenecientes a distintos propietarios cuando en uno de ellos se realicen obras que alteren el cauce natural de las aguas de tal manera que causen un perjuicio al fundo vecino. Por la acción se exige la demolición de las obras y la indemnización

---

<sup>928</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXX & 177. p. 375-377. (Ulp. 53, Paul. 49, Gai. ad ed. pr. urb. h.t.).

Las contribuciones de la doctrina respecto de esta acción han sido numerosas; traemos a colación las siguientes: M. Sargenti Actio aquae pluviae arcendae, servitù, obbligazioni ambulatorie. Foro Padano, 5, 1950. p. 90 ss. Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza. Studi de Francisci, 3, 1956. p. 347 ss.; Branca. La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres. St. Albertario, 1, 1953. p. 335 ss.; F. Peters Das patientiam praestare im klassischen römischen Nachbarrecht. S.D.H.I., 35, 1969, p. 135 ss.; ; A. Burdese. Actio aquae pluviae arcendae. N.N.D.I.I<sup>1</sup>, p. 257-258; Sitzia Ricerche in tema di "actio aquae pluviae arcendae", dalle XII Tavole all'epoca classica. Milano, 1977. Ricerche in tema di "actio aquae pluviae arcendae". B.I.D.R., 83, 1980. p. 285 ss.; R. Vigneron. A propos de la legitimation pasive à l'"actio aquae pluviae arcendae". Sodalitas A. Guarino, 2, 1984, p. 803 ss.; F. Caiurus. D. 39,3,3,pr.-1 and tue "actio aquae pluviae arcendae". Sodalitas A. Guarino, 5, 1984. p. 2147 ss. R. Rodger. The Palingenesia of Paul's Commentary on the "actio aquae pluviae arcendae". Z.S.S., 105, 1988, p. 726 ss.

de los perjuicios sufridos a partir de la *litis contestatio* (D. 39,3,6,6; 11,3-4).

Burdese<sup>929</sup> señala que "la *actio aquae pluviae arcendae* se contempla en época clásica en el Edicto del Pretor, si bien, tratándose de una acción legítima (D. 39,3,22,2) en él se contiene sólo la fórmula, comentada por Ulp. l. 53 ad ed.; Paul. l. 49 ad ed. y Gai. ad ed. pret. urb., tit. de aq. p. a. La acción es *in personam* (D. 39,3,6,5), aún sancionando obligaciones ambulatorias ligadas activa y pasivamente, como regla, a la titularidad del derecho de propiedad sobre un fundo, y es también arbitraria (D. 39,3,6,6-7; 11,1-6; 22,1; 23,2; 24,pr.-2) lo que comporta la invitación por parte del *iudex* al demandado de efectuar la *restitutio*, faltando la cual, tiene lugar la *condemnatio pecuniaria*".

#### 9) Acciones fabiana y calvisiana.

Son acciones revocatorias que se dirigen a recuperar los bienes que el liberto saca fraudulentamente de su patrimonio en perjuicio de los derechos hereditarios de su patrono o hijos de éste.

Dichas acciones no son mencionadas por De Francisci, pero sí por Levy<sup>930</sup> que les dedica un detenido estudio. También Kaser<sup>931</sup> las menciona dentro del grupo de acciones que fueron concebidas originariamente como penales pero que en el Derecho clásico perdieron este carácter para tener uno netamente

---

<sup>929</sup>Actio aquae pluviae arcendae. N.N.D.I. I<sup>1</sup>, p. 257-258.

<sup>930</sup>Privatstrafe... op. cit., p. 69 ss.

<sup>931</sup>Das Römische Privatrecht..., I<sup>2</sup>. op. cit., p. 630.

reipersecutorio.

Lenel<sup>932</sup> señala que D. 38,5,1,pr. constituye una introducción que resume el edicto relativo a ambas acciones. Por otro lado indica también, que las acciones son *in factum* y arbitrarias:

*In actione Fabiana si res non restituantur, tantum  
damnabitur reus, quanti actor in litem iuraverit.*

(D. 38,5,5,1; Paul. 42 ed.).

Levy ve en estas acciones la imagen típica de las acciones que en el Derecho clásico tienen naturaleza penal pero función reipersecutoria. Dicha función deriva del hecho de que la acción se configure como revocatoria, que sea arbitraria y que aparece como una *actio in rem scripta* porque se dirige contra el adquirente, aún de buena fe, de los bienes sacados por el liberto con o sin dolo, pero, en todo caso, *mortis causa*.

Por el contrario, otros autores defienden el carácter netamente reipersecutorio de estas acciones, sobre todo a partir de Biondi. Así Bove<sup>933</sup>, aunque reconoce que la doctrina dominante considera a la *actio fabiana* como una acción penal, sigue a Biondi al rechazar tal carácter penal. En este sentido- Bove- la acción está dirigida contra el adquirente, aún de buena fe, y concluye diciendo que las acciones *fabiana* y *calvisiana* son reipersecutorias, transmisibles activa y pasivamente a los

---

<sup>932</sup>EP<sup>3</sup>. Tit. XXXV, & 151, *si quid in fraudem patroni factum sit*. p. 352-353. (Ulp. 44, Paul. 42, Iulian. 26, Pomp. 83).

<sup>933</sup>Actio fabiana y calvisiana. N.N.D.I., I<sup>1</sup>. p. 264-265.



herederos y ejercitables, cuando las circunstancias así lo requirieren, también de peculio.

Por otro lado, D. 38,5,3,1 ( Ulp. 44 ed.) señala que *haec actio in perpetuum datur, quia habet rei persecutionem*.

En cuanto a la transmisibilidad de las acciones tenemos que D. 38,5,1,26 (Ulp. 44 ed.) establece lo siguiente:

*Haec actio in personam est, non in rem, et in heredem competit "et in ceteros successores", et heredi "et ceteris successoribus" patroni, et nos est hereditaria, id est ex bonis liberti, sed propria patroni.*

El propio Levy no descarta que el texto sea fruto de interpolación: aparte del retoque de estilo triboniano que indudablemente se da en el texto, la razón de estas dudas de Levy están en que considera que, puesto que la acción es una *actio in rem scripta*, que va dirigida contra cualquier adquirente de los bienes del liberto, por supuesto que se dirige también contra el heredero de cualquiera de ellos, pero en calidad de subadquirente y no de heredero.

Y a continuación hacemos mención de otras acciones que, siguiendo la exposición de De Francisci, tuvieron origen penal, o al menos pudieron tenerlo, pero, respecto de las cuales, las fuentes no aclaran suficientemente este punto. Así tenemos la

actio oneris aversi<sup>934</sup> (D. 19,2,31) contra el naviero que se haya apropiado o haya hecho un uso abusivo de las cosas que se le han confiado<sup>935</sup>, o la actio de modo agri (P. Sent. 2,17,4)<sup>936</sup> que nacía del negocio de la mancipatio como medio de adquisición de la propiedad civil cuando se llevase a cabo la venta de fincas con declaración por parte del enajenante de la extensión de la misma y ésta resultase falsa. El adquirente ejercita la acción por el duplo del valor correspondiente a la diferencia de cabida.

Por el contrario algunas acciones contenidas en la XII Tablas debieron de tener indudable carácter penal, aunque, poco se dice de ellas en las fuentes que han llegado hasta nosotros y, desde luego, nada acerca de la intransmisibilidad hereditaria pasiva, que, por otro lado, debemos suponer. Siguiendo a De Francisci tenemos:

- Acción contra "qui fruges excantassit"<sup>937</sup>.
- Acción contra quien haya causado daños contra las mieses de otro<sup>938</sup>.

---

<sup>934</sup>Lenel. (EP<sup>3</sup>. p. 300) sigue a Rudorff (E P. & 118) y a Glück (Erlaut. der Pandette, XVII. p. 426 ss.) y señala que la acción es ex delicto.

A. Biscardi (Actio oneris aversi. N.N.D.I., I<sup>1</sup>, p. 267) considera que no se trataba de una acción autónoma sino de la actio locati o la actio furti que tomaría este nombre en el en este supuesto concreto en el que la acción es ejercitada.

<sup>935</sup>De Francisci. Studi sopra le azioni... op. cit., p. 21.

<sup>936</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 74. p. 194-195. (Ulp. 18, Paul 21, Iulian. 7).

E. Volterra. Mancipatio. N.N.D.I., X, p. 96 ss.

<sup>937</sup>Plinio, Naturalis Historia 28,2,10-17. Séneca, Naturales Quaestiones 4,7. (De Francisci, op. cit., p. 22).

<sup>938</sup>Plinio, Naturalis Historia 18,3,12 refiere la acción a las XII Tablas y alude a que se contempla los daños hechos de noche (de lo contrario se ejercitaría la actio furti o la actio de pastu. También, según esta fuente, se distinguiría según que el

- Acción por el *quadruplum* contra aquél que haya prestado dinero a un interés superior al *unciarium foenus*<sup>939</sup>. Sabemos por Gai. 4,23 que una *lex Marcia* introdujo para este supuesto una *manus iniectio pura*<sup>940</sup>.

Otras acciones que son objeto de consideración siguiendo la exposición de De Francisci son:

- Acción introducida por la *lex Plaetoria* (sustituida luego en el procedimiento formulario por una excepción) por la que se permitía al menor que hubiese exigido el cumplimiento de una obligación, repetir lo que haya prestado y, tal vez, algo más a título de pena. La acción-De Francisci<sup>941</sup>- debía ser penal y noxal.

- Carácter penal tenía igualmente el *iudicium calumniae*<sup>942</sup> con el cual, en caso de *litis temeraria*, el demandado, a falta de otras sanciones y en el caso en el que no hubiese recurso a un *iusiurandum calumniae*, podía obtener un resarcimiento igual a la *decima pars* del montante de la demanda temeraria (Gai. 4,174-181). El montante era de la *tertia pars* en el caso del *adsertor*, Gai. 4,175. En algunos casos era necesaria

---

daño fuese realizado por un púber o un impúber. Pernice. *Labeo*, II, 2, 33 (cit. de De Francisci, op. cit. p. 23).

<sup>939</sup>Catón, *De re rustica*, pr. Girard. *Manuel...* p. 517 ss., n. 3. *Cuq. Inst. jur.* I, p. 350. (cit. de De Francisci, op. cit. p. 23).

<sup>940</sup>Appiano, *Bellum Civile* 1,54; a. 85 a. C.

<sup>941</sup>op. cit., p. 23.

<sup>942</sup>Lenel (EP<sup>3</sup>. p. 106) supone que el edicto relativo al *iudicium calumniae* debía de figurar dentro del título "de *calumniatoribus*". Respecto al *iudicium calumniae* contra el *adsertor* por la *tertia pars* del montante de la demanda, Lenel, (op. cit. p. 382) duda si puede colocarse en dicho título edictal.

la prueba de la mala fe del adversario, en otros (es el caso del *contrarium iudicium*) no era requerida tal demostración"<sup>943</sup>.

E) Cuarto grupo de acciones penales privadas.

Para finalizar este capítulo recogemos brevemente algunas acciones respecto de las cuales De Francisci indica su origen más tardío y que es difícil determinar cuál fue su naturaleza y caracteres (especialmente respecto a la transmisibilidad hereditaria) dada la pobreza de las fuentes y las alteraciones que de las mismas realizaron los justinianeos:

1) Así siguiendo a De Francisci tenemos en primer término la *actio de aleatoribus*<sup>944</sup>, "de la época de las legis acciones, mediante la cual el vencedor del juego podía ser "damnatus" a restituir el doble de lo ganado. Contra él habría existido también una *manus iniectio pura* y en caso de negativa por parte del demandado o en la medida en la que hubiese tratado de *manum depellere*, el *duplum* crecía hasta el *quadruplum*". El citado autor sigue a Mitteis<sup>945</sup> y considera que la acción debía de ser penal, derivada de un delito privado y probablemente

---

<sup>943</sup>De Francisci. Studii sopra le azioni... op. cit., p. 23-24.

<sup>944</sup>Asconio, in *Pisonem* 7; Cicerón, *Philippicae*, 2,23 & 56; Horacio, *Oda* 3,24, v. 59; Plauto, *Miles gloriosus*, 2,2,9.

Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XV & 64 (63) p. 175-176. (Ulp. 23, Paul. 19). De Francisci. Studii sopra... op. cit, p. 30. En dicho lugar se cita a Karlowa, R. R. G., II, p. 1347 ss.

<sup>945</sup>Privatrecht. op. cit. I, p. 109. n. 33.

noxal.

## 2) Actio de albo corrupto<sup>946</sup>.

La acción, de acuerdo con D. 2,1,7,pr. se da contra aquel que hubiere alterado dolosamente aquello que se anuncia en el edicto, papiro u otra materia, por razón de la jurisdicción permanente (de un magistrado) y no como asunto incidental.

La acción es pretoria, penal, popular y noxal. En particular la pena consiste en una cantidad fija de quinientos áureos. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto en D. 47,23,8 (Ulp. 1 ed.), la acción, al ser popular, no puede darse contra los herederos ni subsiste después del año.

3) A la rúbrica "de albo corrupto" sigue en el edicto el título : " quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur"<sup>947</sup> (D. 2,2,3 &&: 2,3,4,5,6 ;4).

Ahora bien<sup>948</sup>, en realidad el edicto no propone aquí una acción sino que se trata de una "poena" entendida en el sentido de que el magistrado que haya establecido "quid novi iuris in alterum" debe ser tratado de la misma forma en una causa propia. Es decir, debe quedar sujeta a la misma norma de Derecho aplicada contra el otro. Y la misma pena se aplica a aquél que

---

<sup>946</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. II. & 7. p. 57. (Ulp. 3, Paul. 3, Gai. 1. De Francisci. Studii sopra... op. cit., p. 31).

Sobre esta acción, Cfr. Albanese, Actio de albo corrupto. Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo. B.I.D.R., 70, 1967. p. 129 ss.

<sup>947</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. II & 8. p. 58. (Ulp. 3, Paul. 3, Gai. 1).

<sup>948</sup>De Francisci. Studii sopra... op. cit., p. 31.

ha reclamado y obtenido una norma de "ius iniquum adversus alterum". (D. 2,2,3,1,pr.). La "poena" puede ser también una "denegatio actionis". Añade De Francisci<sup>949</sup> que dado el carácter penal de la disposición parece que el Derecho clásico concede una responsabilidad noxal.

Debemos mencionar expresamente el siguiente fragmento contenido en D. 2,2,3,5 (Ulp. 3 ed.):

Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur, an etiam ad heredem haec poena trasmittatur? et scribit Iulianus non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.

El fragmento en el que Ulpiano recoge la opinión de Juliano debe ponerse en relación con los ya vistos anteriormente en D. 5,1,16 (iudex qui litem suam fecit) y en Frag. Strasburg<sup>950</sup> en los que Ulpiano rechazaba la opinión de aquel. Quizá aquí estemos también ante una cuestión que fue debatida por la jurisprudencia clásica y en la que Juliano tenía también una opinión particular. Por lo tanto no podemos pensar, sin más, que el texto sea originado por una interpolación.

4) Acción contra la mujer que "ventris nomine in possessione missa, quae in alium hanc possessionem dolo malo

---

<sup>949</sup>op. cit., p. 31.

<sup>950</sup>infra p. 438

transluit"<sup>951</sup>.

De Francisci<sup>952</sup> se limita a decir que la acción debía tener carácter penal en el Derecho clásico, aún cuando en D. 25,5,1,4 se dice que "haec actio etiam post annum dabitur, quia rei habet persecutionem". De la misma opinión es Levy<sup>953</sup> que subraya, de acuerdo con sus tesis, que la acción tiene naturaleza penal pero función reipersecutoria en cuanto que la acción persigue el interés del actor.

Podemos añadir que, como ya se ha indicado en diferentes lugares, la expresión "rei persecutionem continet" es una de las cláusulas preferidas de los compiladores utilizándola con el propósito de justificar la transmisibilidad hereditaria activa o la perpetuidad de una acción penal; en otras palabras, su despenalización; pero, al mismo tiempo, no podemos olvidar que en D. 25,5,1,1 se indica que la acción es por el interés del demandante: "quantum interfuerit eius". Es decir, si se da una intervención de los compiladores, esta responde, de cualquier forma, a una función reipersecutoria de la acción en el Derecho clásico.

5) Acción contra la mujer que "calumnia causa in possessionem missa" (D. 25,6,1,pr.) o contra el "parens, si modo

---

<sup>951</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXI & 119. p. 313-314. (Ulp. 34, Paul. 37).

<sup>952</sup>op. cit. p. 32.

<sup>953</sup>Privatstrafe... op. cit. p. 69. En este sentido destaca que el D. 25,5,1,1 aparece el término "cöercet" y que se sanciona la conducta dolosa de la mujer: "circumscribendi", "quandam maquinationem".

per eum factum est ut in possessionem per calumniam venieret"<sup>954</sup>  
(D. 25,6,1,5).

Con esta acción el Pretor quiere castigar a la mujer que figurando estar embarazada entra en la posesión de los bienes hereditarios con el fin de vejar a alguien, o se da también respecto al ascendiente de la mujer que obró con tal propósito.

En D. 25,6,1,4 se indica que la acción está dirigida a obtener el "quantum agentis interfuit" por el hecho de que "in possessionem missam non esse", pero en el número 3 se dice que el Pretor ofrece esta acción dentro del año útil pero no después, "videlicet, quasi poenalem".

Ante este régimen contradictorio cabe preguntarnos si estamos, sin más, ante una interpolación justiniana para configurar a esta acción dentro de los quasi delitos o si, aún siendo esto cierto, aparece, una vez más, esa evolución jurídica en torno al binomio naturaleza-función de la acción penal, que da lugar a dudas y controversias por los clásicos, lo que se refleja en una oscura regulación.

De Francisci señala la primera hipótesis ya que la acción para un bizantino no podía colocarse entre las penales, dado que para ello Justiniano atiende al contenido, es decir, al objeto de la acción y, en este caso, la acción se dirige a obtener "id quod interfuit". Pero por otro lado, dado el carácter anual de la acción no podían colocarla los compiladores dentro de las reipersecutorias. De ahí el calificativo de quasi penales.

---

<sup>954</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XXI & 120. p. 314. (Ulp. 34, Iulian. 19).  
De Francisci. op. cit., p. 32.



La acción es activamente transmisible (D. 25,6,1,8) pero siempre que el heredero tuviese interés en que la mujer no fuese puesta en posesión por vejar a alguien. Nada se nos dice en cambio respecto a la transmisibilidad pasiva de la acción.

6) Acción contra aquel "qui mortuum in locum alterius intulerit"<sup>955</sup>.

En D. 11,7,7,pr. (Gai. 19, ed. prov.) nos dice que aquél que inhumó un cadáver en suelo ajeno está obligado o a desenterrarlo o a pagar el precio del lugar en virtud de la acción por el hecho, que compete tanto a favor como en contra del heredero, y que es perpetua.

Ante este texto, Lenel, Karlowa<sup>956</sup> y Biondi<sup>957</sup> han supuesto que la acción es arbitraria. De Francisci siguiendo a Kniep<sup>958</sup> entiende por el contrario que en el Derecho clásico existirían dos posibles remedios procesales: por un lado un remedio *extra ordinem* que podría ser utilizado por los procónsules dirigido al "tollere" del cadáver a cargo del responsable del hecho sin que dichos magistrados tuviesen que esperar a obtener un juicio positivo de los pontífices sin cuyo permiso "no parece que se pudiese en Roma *effodere vel eruere* (el texto gayano representa el principio del edicto del edicto

---

<sup>955</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Tit. XVI, & 91. SI QUIS MORTUUM IN LOCUM ALTERIUS INTULERIT VEL INFERRE CURAVERIT. p. 226. (Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19). De Francisci. Studi sopra... op. cit., p. 33.

<sup>956</sup>R. R. G. II, p. 1052.

<sup>957</sup>Actiones arbitrariae. op. cit., p. 115 ss.

<sup>958</sup>Rechtsgelahrter Gaius und die Ediktskommentare. Jena, 1910. p. 217-220. (cit. de De Francisci, p. 33).

provincial), y en segundo lugar, un remedio pretorio consistente en una *actio in factum*. Los compiladores proceden a unificar ambos remedios.

En cualquier caso no cabe pensar que la *actio in factum* fuese penal habida cuenta de lo que resulta del Digesto. En particular en D. 11,7,7,pr. se dice "*quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est*".

A tenor de D. 11,7,2,2 puede pensarse que la acción fue penal<sup>959</sup>, sin embargo Biondi considera que el texto responde a la extensión que Justiniano hace de la acción al supuesto en el que la inhumación del cadáver comporte también la violación del sepulcro de otro. De ahí que por ello los compiladores hablan de pena pecuniaria. "*Questa pena infatti non è altro che la pena comminata dall'actio sepulchri violati (...) In conclusione: Giustiniano estese la presente actio in factum ad una ipotesi di sepulchrum violatum, mantenne dell'azione classica la trasmissibilità attiva e passiva agli eredi e la perpetuità ma ebbe cura di avvertire espressamente che il reo dovrà subire la pena stabilita per un tale delitto*"<sup>960</sup>.

#### 7) Acción derivada del Edicto de *feris*<sup>961</sup>.

---

<sup>959</sup>*Praetor ait: si[ve] homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo ius non fuerit, illata esse dicentur. [qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur].*

La parte del fragmento encerrada entre corchetes está interpolada según la interpretación de Lenel (op. cit.) que sigue también Biondi (op. cit.).

<sup>960</sup>B. Biondi. Actiones arbitrariae. op. cit., p. 119.

<sup>961</sup>Lenel. EP<sup>3</sup>. Edictum aed. cur. & 295. p. 566. (Ulp. 2, Ed. aed. cur. Paul. 2).

La acción se da contra el propietario de animales salvajes que hayan producido daños. Si el animal causa la muerte a un hombre libre se condena al propietario del animal a una suma fija (*sestertiorum ducentorum milium*), si produce heridas a un hombre libre, la *condematio* de la fórmula resulta según lo bueno y equitativo, si, por el contrario, los daños se causan sobre las cosas la acción se dirige al doble del daño causado.

De Francisci señala que estamos ante una acción penal<sup>962</sup> (I. 4,9; P. Sent. 1,15,2). Además en I. 4,9,1, en concordancia con D. 50,17,130 y D. 44,7,60, se dice:

... Praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit. numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes aliam consumit.

#### 8) Actio aedium incensarum.

D. 47,9,9 tipifica como delito público el incendio dolosamente causado de una casa o de un granero que esté próximo a una vivienda. (P. Sent. 5,20,3; Coll. 12,6,1). El crimen se castiga con la muerte. Pero si el incendio se causa por un descuido o negligencia, o incluso, por casualidad "aut noxiam

---

<sup>962</sup>op. cit. p. 34. En este lugar se cita también a Girard (Manuel...<sup>5</sup> op. cit. p. 431) y a Pernice (Labeo II,2,50). Recientemente sobre el particular: L. Rodríguez-Ennes. Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feriis. IURA, 41, 1990.

sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur".

De Francisci en virtud de D. 47,9,9,i.f. (Gai. 4 ad XII Tab.); señala que la acción habría llevado el nombre de *actio aedium incensarum*. La acción debió ser noxal (P. Sent. 5,20,4) y luego fue sustituida por la *actio ex lege Aquiliae*<sup>963</sup>

F) El comentario final de Von Lübtow respecto a la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas en el Derecho romano clásico.

Para concluir este capítulo traemos a colación el final del artículo de Von Lübtow<sup>964</sup>, anteriormente citado, en el que se expone una tesis que, básicamente, hacemos nuestra y que creemos haber demostrado de un modo empírico a través del análisis que hemos hecho acerca de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas en el Derecho romano clásico:

..."Ulpiano reconduce las consecuencias jurídicas de la acciones a esta particularidad. Su deducción es enteramente plausible del todo. Mientras que las acciones poenales, que bien podrían ser reipersecutorias al mismo tiempo, nunca pasaban al heredero del autor, en cambio, las acciones reipersecutorias propias eran generalmente transmisibles pasivamente. Ulpiano

---

<sup>963</sup>De Francisci. op. cit., p. 35.

<sup>964</sup>Zur aktiven Vererblichkeit von Straf- und Ersatzklagen  
Z.S.S. 65, 1932. p. 334 ss.

sólo quiere expresar esta regla confirmada por excepciones eventuales. Cuando el jurista funda la perpetuidad en la naturaleza reparatoria, con ello, sólo interpreta el dogma escolástico sabiniano. El que Ulpiano mencione la transmisibilidad activa en este contexto no parece sorprendente de ningún modo, ya que las acciones restitutorias siempre pasan al heredero del demandante, mientras que para las acciones **poenales** no existe un fundamento igual. La naturaleza reparatoria de una acción atrae automáticamente su transmisibilidad activa, y a la naturaleza penal le faltaba un efecto semejante. Cuando Ulpiano quería averiguar si una acción era penal o reipersecutoria, no podía llegar a determinarlo naturalmente por las consecuencias jurídicas de la acción. Este método hubiera trastocado la causa y el efecto y, por lo tanto, hubiera sido falso. Ulpiano evita pues esta falta y determina primero el objeto de las acciones para luego sacar sus conclusiones acerca de las consecuencias jurídicas concretas. Si el resultado al que llega es que la acción es reipersecutoria, las consecuencias siguen el caso normal, transmisibilidad activa y pasiva, así como duración ilimitada. Si el resultado es que la acción es penal, la transmisibilidad activa sigue la regla, mientras por el contrario se excluye la pasiva. La naturaleza penal de una acción a menudo representa un indicio de perpetuidad.

En contraste con las explicaciones de los clásicos, la dogmática moderna del Derecho romano debe extraer una conclusión de las consecuencias jurídicas citadas sobre la naturaleza de la acción. No obstante, estos criterios no son siempre fiables y

deben ser evaluados con cuidado. Sin duda podemos decir con Ihering: "La transmisibilidad de las acciones es la medida más segura para la naturaleza reipersecutoria de una acción", siempre que se trate de la transmisibilidad pasiva".

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUCEDE EN EL DIA DE  
LA FECHA, A CALIFICAR LA TESIS DE TESIS  
DOCTORAL CON LA CENSURA DE APTO "COM LAUDE"  
POR UNANIMIDAD  
MADRID 15 de Julio de 1999

*Manuel*  
*Alonso*  
*Antonio del Rey*  
*Alonso*  
*Kiki*