

CAPITULO VI:

LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO

ROMANO: ¿TRANSMISIBILIDAD

HEREDITARIA O EXTENSION DE

LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA

AL HEREDERO?

R. O. 83 659



1) Introducción.

El tema de la transmisibilidad activa y pasiva de los interdictos en el Derecho romano se plantea desde una óptica distinta al de la transmisibilidad hereditaria de las acciones derivadas de relaciones contractuales.

Frente a la regla general de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales, en el Derecho romano se afirma, desde época muy temprana, la transmisibilidad hereditaria de las acciones derivadas de relaciones comerciales. Nos encontramos en el ámbito del comercio, ante relaciones jurídicas que afectan a los patrimonios de los contratantes y que, por lo tanto, han de tener el correspondiente reflejo en los activos o pasivos patrimoniales que pueda recibir el heredero en cuestión.

Las fuentes nos dicen repetidamente que las acciones derivadas de esas relaciones de crédito se transmiten hereditariamente, pero, se entiende bien, que lo que se transmite es la posibilidad del ejercicio de la acción en favor o en contra del heredero por consecuencia de la relación jurídica comercial existente entre las partes. Como conclusión, nos interesa recalcar aquí que en la transmisibilidad hereditaria de las acciones derivadas de relaciones comerciales estamos ante el presupuesto de una relación sustantiva que genera unos derechos y deberes de crédito, además de la existencia de la acción como remedio procesal para hacer cumplir dichos créditos, y, que lo que se transmite en realidad, cuando se habla de la transmisibilidad hereditaria de la acción, son los derechos y

deberes patrimoniales nacidos de aquella relación jurídica⁹⁶⁵.

Una vez hecha esta introducción que creemos necesaria, nos encontramos ahora en el ámbito de los interdictos, en el cual se constata que la presencia de un interdicto dictado por un magistrado no implica, necesariamente, la existencia de una previa relación jurídica entre las partes que entran en conflicto que, a su vez, sea fuente de derechos y obligaciones de crédito: no aparece la figura del acreedor de una prestación que haya de satisfacer el deudor en virtud de una obligación, sino que, por el contrario, estamos ante otra realidad en la que predomina un aspecto puramente procesal. Estamos pues en el terreno de lo fáctico, en situaciones en las cuales, ante una actuación determinada o una abstención o una negativa a hacer algo por parte de un sujeto, el Pretor considera⁹⁶⁶ que se perjudican unos intereses de otro sujeto los cuales se entienden configurados como legítimos por el Ordenamiento jurídico, y de ahí que intervenga el Pretor, en función de las normas o de los principios del Sistema jurídico, a instancia del particular lesionado en sus intereses, para ordenar, o paralizar la actuación de que se trate.

⁹⁶⁵Naturalmente esos créditos o deudas pueden estar sujetos a controversia entre las partes. Pero la sentencia declarativa de la existencia del mismo no ha originado por sí misma aquel crédito sino que ha constatado su existencia a cargo del deudor. El crédito y el débito que se transmiten *mortis causa* no deben su existencia a una sentencia sino al vínculo jurídico previo a ella. Así, la transmisibilidad hereditaria de un crédito o deuda no responde a razones procesales sino sustantivas: la acción se ejercita por o contra el heredero porque, a través de la *successio mortis causa*, se transmiten deudas o créditos nacidos de la titularidad de derechos de naturaleza obligacional.

⁹⁶⁶En el Edicto del Pretor figuran tipificadas esas conductas que dan lugar a los respectivos interdictos. (Lenel. EP.³. Tit. XLIII. De interdictis. p. 446 ss.)

El *interdictum* es una orden, un *decretum* del Pretor⁹⁶⁷ que no genera ni reconoce un vínculo jurídico previo entre partes del cual nazcan derechos y obligaciones de crédito. No obstante, la emisión de un interdicto normalmente puede tener reflejo en el patrimonio de los interesados. Detrás de los derechos subjetivos y de los intereses jurídicamente protegidos hay presentes intereses económicos que tiene relevancia en el activo patrimonial que puede ser objeto de transmisión hereditaria. Es en éste aspecto en el que puede suscitarse la pretendida transmisibilidad hereditaria de los interdictos.

Ahora bien, para la adecuada comprensión de este tema debemos recalcar que si lo que se transmite, cuando las fuentes hablan de la transmisibilidad de las acciones, son créditos actuables judicialmente (y consiguientemente también, del lado pasivo, deudas) nacidos en virtud de una relación jurídica determinada, este presupuesto básico falta cuando hablamos de interdictos. No se puede transmitir un derecho de crédito nacido de un interdicto y que sea actuable contra un sujeto por orden

⁹⁶⁷P. Voci (Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 162) indica que "il comando interdittale si estrinseca in un restituas, exhibeas, veto (e simili). Ora, non può importare una pena (añadimos, que pueda ser objeto o no de transmisión hereditaria) il comando che impone, per dirla alla moderna, l'esecuzione specifica".

A. D'Ors (Las declaraciones jurídicas en Derecho romano, A.H.D.E., 34, 1964, p. 565 ss., p. 568.) señala que las distintas declaraciones públicas del magistrado son *dicere*. Así el *edicere*, publicar edictos, el *addicere*, o atribuir con efecto público y el *interdicere*, es decir, dar una orden en términos generales. Ver también, F. Betancourt, Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos, A.H.D.E., 53, 1983. p. 45 ss., p. 47).

Por último, sobre la naturaleza del *interdictum* como orden del Pretor y la diferente naturaleza entre *interdictum* y *actio*, cfr. A. Berger, voz *interdictum*, P.A.W.R., IX². p. 1609 ss. p. 1611-1612. Cfr. también A. Biscardi. La protezione interdittale nel processo romano. Padova, 1938.

del Pretor, sencillamente, porque no hay tal derecho de crédito.

El interdicto es un instrumento procesal que en realidad sólo atiende a una mera situación fáctica como mera apariencia de derecho (independientemente, de que realmente exista⁹⁶⁸) y tutela unos intereses que se consideran legítimos con el fin último y general de mantener la paz social.

Se trata pues de un mundo de intereses económicos tutelados jurídicamente y no de derechos de crédito ejercitables para los que, desde el punto de vista procesal, se arbitran acciones civiles o pretorias que dan lugar a los correspondientes procesos declarativos.

Por lo que hace a las fuentes nos encontramos con que en el Digesto de Justiniano, como veremos, se contienen normas relativas a la transmisibilidad activa y pasiva de los interdictos, pero, sin embargo, no aparecen en ellas el término "transmitere" u otros equivalentes sino los términos *interdictum dare* o *interdictum competere*.

⁹⁶⁸Es más, la existencia real, por ejemplo, de un derecho de propiedad o de un derecho de servidumbre en favor del que demanda el interdicto es el supuesto normal en la práctica.

2) La extensión de la legitimación activa y pasiva de los interdictos a los respectivos herederos.

Dicho todo lo anterior hacemos constatar que no es nuestro propósito profundizar en el estudio de un tema tan específico y complejo como es el de la transmisibilidad hereditaria tanto activa como pasiva de los interdictos, señalamos, simplemente, que el interdicto como orden pretoria despliega una eficacia que debe interpretarse de modo extensivo: el fallecimiento de cualquiera de las partes afectadas por el interdicto no puede significar la paralización de la eficacia del mismo. Estamos en realidad ante un principio de economía de medios procesales puesto que si se dirige un interdicto contra una persona y ésta fallece al poco tiempo, sin ni siquiera llegar a saberse si acató o no la orden del Pretor, parece que no ha de ser necesario que el interesado que solicitó el interdicto contra el que falleció deba ahora acudir otra vez al Pretor para que éste vuelva a dictar otro interdicto contra el heredero de aquel, el cual se encuentra en su misma situación objetiva⁹⁹. En este

⁹⁹Por ejemplo que retenga la obra realizada por el causante, "vi aut clam", en suelo ajeno, o que ocupe también el suelo cuya posesión retenía el causante contra las demandas del que solicitó el interdicto posesorio. En este sentido el heredero responde suo nomine aunque por el mismo interdicto que se dirigió contra su causante. Maier (*Prätorische...* op. cit., p. 66) se pregunta, a este respecto, si la promulgación de un interdicto contra una persona no produce un efecto similar al de la litis contestatio en relación con la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales. El autor alemán señala que faltan fuentes y que, en cualquier caso, se puede circunscribir el problema de la transmisibilidad hereditaria de los interdictos al caso del fallecimiento del demandado antes de la promulgación del interdicto en cuestión.

(continúa...)

sentido, el heredero del que fue demandado por el interdicto subentra en la misma posición jurídica del causante, esto es, en la titularidad de los mismos derechos y obligaciones (*successio in locum et in ius*) y si además, y esto es lo que aquí importa, asume voluntariamente la detentación de las mismas situaciones de hecho de su causante, se encuentra también con la sujeción a la misma orden pretoria que se extendió contra éste.

Betancourt⁹⁷⁰ defiende que no se puede hablar de transmisibilidad hereditaria, ni de otro tipo, de los interdictos entendidos en cuanto tales remedios procesales. Por el contrario, y en función de la gran variedad casuística a que obedecen los diversos tipos de interdictos que han llegado hasta nosotros, derivada de la gran diversidad de situaciones a que se refieren, se puede decir que en unos casos estamos ante una extensión de la legitimación activa del interdicto al heredero de la persona a cuyo favor se concedió, o incluso a otras personas, como, por ejemplo, al *bonorum emptor*; mientras que en otros casos nos encontramos con el hecho de que el heredero en cuanto titular de un derecho cuyo contenido ha sido vulnerado por el demandado, se va a encontrar con que al ocupar la misma posición jurídica de su causante, por virtud de la *successio in locum et in ius*, tiene a su disposición el mismo remedio procesal que se le dió al

⁹⁶⁹(...continuación)

De todos modos, nosotros pensamos que la cuestión no tiene realmente importancia porque, tanto si se admite la extensión de la legitimación pasiva del interdicto al heredero, como si se dice que el interdicto que se iba a promulgar contra el causante fallecido se dirige contra su heredero, éste responde suo nomine, es decir, en tanto que se encuentra en la misma situación fáctica de aquel y no por razón de Derecho hereditario.

⁹⁷⁰Sobre la pretendida transmisibilidad... op. cit., p. 45 ss.

causante: el mismo interdicto.

Por otro lado, añadimos nosotros, pero en la misma línea del citado autor, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, el heredero del demandado queda sujeto por el mismo interdicto si ocupa o retiene la misma situación fáctica que originó dicho interdicto. En tal caso se extiende contra él la legitimación pasiva del primitivo interdicto dictado contra el demandado fallecido.

Betancourt⁹⁷¹ hace un estudio de los textos que en los títulos interdictales del Digesto se refieren a la transmisibilidad activa y pasiva de los interdictos⁹⁷².

Nosotros nos remitimos a este trabajo y, sólo a título de ejemplo, referimos como supuesto de extensión de la legitimación activa del interdicto a personas que en principio no la reúnen, el del título interdictal "de aqua cottidiana et aestiva" (D. 43,20) en el que se tutela por dos interdictos, respectivamente, la servidumbre de uso de agua cotidiana y de agua estival. En D. 43,20,1,29 se establece la fórmula

⁹⁷¹Sobre la pretendida transmisibilidad... op. cit., p. 52 ss. El autor destaca la escasa bibliografía sobre el tema. Indica a estos efectos la obra de Ubbelohde, Commentario alle Pandette de Glück, cont. trad. y notas de V. Pouchain, lib. 43-44, 1-2 (Milano, 1899.). También se destaca sobre el interdicto fraudatorio la monografía de X. D'Ors, El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico. op. cit.

⁹⁷²D. 43,19,5,2 (itinere actuque privato); D. 43,20,1,29 (aqua cottidiana et aestiva); D. 43,21,3,7 (de rivis); D. 43,22,1,3 y D. 43,22,1,11 (de fonte); D. 43,32,1,6 (de migrando); D. 39,1,20,16 (si opus novum nuntiatum erit); D. 43,13,1,10 (ne quid in flumine publico ripave eius fiat...); D. 42,8,10,25 (quae in fraudem creditorum facta sunt...); D. 39,1,20,6 (si opus novum nuntiatum erit); D. 43,24,15,3 (quod vi aut clam); D. 43,26,8,8. (quod precario); D. 43,16,1,44 y D. 43,16,3,17 (unde vi); D. 43,3,1,3 (quod legatorum); D. 43,5,3,16 (de tabulis exhibendis).

interdictal del segundo que⁹⁷³ "va seguida de una parte de la cláusula edictal, que es precisamente la que nos interesa":

Deinde ait praetor: "Uti priore aestate, aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto". "inter heredes emptores et bonorum possessores interdicam".

Se trata en este supuesto- Betancourt- de eximir el requisito del uso personal del agua cotidiana durante el año anterior (aqua cottidiana) o en el verano anterior (aqua aestiva) al heredero o al bonorum emptor de que se trate con el objeto de que puedan hacer valer el interdicto que en su día dictó el Pretor.

Como ejemplo del supuesto en el que el heredero subentra en la misma posición jurídica del causante está, dentro del título interdictal "unde vi" (D. 43,16), D. 43,16,1,44, en el que se señala que "hoc interdictum et heredi et ceteris successores competit". Indudablemente el heredero del poseedor que fue despojado de la posesión de una finca se coloca en la misma posición jurídica que aquel, y no ya porque herede el título por el que posee (successio in ius), por ejemplo, la titularidad de un derecho de propiedad o de servidumbre sobre la finca de la que el causante fue desposeído (que es el supuesto más frecuente), sino porque, estimamos nosotros, la mera posesión

⁹⁷³Betancourt. Sobre la pretendida transmisibilidad... op. cit. El autor refiere al respecto la opinión de Lenel. EP.³, p. 479.

de la finca amparada por el Pretor (es decir por el Ordenamiento jurídico) significa por sí misma un interés jurídico evaluable económicamente que debe ser hecho valer por el heredero del fallecido con el mismo interdicto que dictó en su día el Pretor, en cuanto ocupa la misma posición jurídica (*successio in locum*) del causante⁹⁷⁴.

⁹⁷⁴No obstante justo es decir, como refiere Betancourt, que cita en esto a Ubbelohde (Commentario alle Pandette... op. cit., p. 64), que dado que las situaciones de hecho no se transmiten, lo que se transmite aquí es el efecto jurídico de la posesión perdida por su causante mediante vis, lo que equivaldría a justificar la transmisibilidad activa del interdicto al heredero. De todos modos, nosotros recogemos aquí esta autorizada opinión para destacar que todo este tema no está completamente cerrado, sino, por el contrario, abierto a críticas y discusiones.

3) Las acciones ex interdicto.

Por otro lado el tema de la transmisibilidad hereditaria de los interdictos presenta otros puntos de vista de mayor interés, si cabe, para nuestra tesis.

Nos referimos a continuación a un aspecto que tiene una gran importancia a efectos de considerar la transmisibilidad hereditaria de los interdictos: el procedimiento que se origina con la expedición del interdicto por el Pretor en el caso de que no sea acatado por el demandado⁹⁷⁵. En efecto, puede ocurrir que al poco tiempo de tal expedición⁹⁷⁶ muera alguna de las partes. Es el supuesto al que nos hemos venido refiriendo hasta ahora a

⁹⁷⁵Dicho procedimiento lo conocemos fundamentalmente por Gai. 4,161-170.

⁹⁷⁶La formula interdicti, de modo análogo a lo que ocurre en el proceso formulario, era expedida por el Pretor ante el que habían comparecido previamente los interesados exponiendo sus alegaciones y después de una breve cognitio causae. Desde el punto de vista procesal podemos encontrar una unidad de actuación del Pretor entre la expedición de la formula interdicti y la expedición del iudicium que contiene la formula actionis en el proceso formulario. No obstante, debe advertirse (F. Schulz. Derecho romano clásico. Trad. Santa Cruz. Barcelona, 1960. p. 59-60) "que los juristas clásicos nunca llaman actio al interdicto porque el término actio se emplea únicamente en el procedimiento formulario per formulas. Solicitar un interdicto, no es agere para los juristas clásicos; agere interdicto es la forma abreviada de agere interdicto reddito, que comprende la actio arbitraria y las acciones ex sponsionibus. Nunca usaron los juristas clásicos la palabra interdicere con referencia al actor, aunque los no juristas no tuvieran escrúpulo en emplearla con esta referencia. Los juristas clásicos conocieron únicamente las expresiones interdicto uti y experiri. Finalmente las partes a las que el interdicto iba dirigido no son nunca llamadas actor o reus. Debe observarse que que en las formas edictales de los interdictos se evita siempre el empleo de los nombres ficticios Aulus Agerius y Numerius Negidius". En definitiva, añadimos nosotros, no nos encontramos en un terreno procesal judicial declarativo de derechos sino ante una actuación más ligada al mantenimiento del orden público y de la paz social.

lo largo de nuestra exposición.

Pero ahora, nos planteamos el fallecimiento de alguna de las partes en un momento posterior del iter procesal que se inicia con el interdicto. Si el legitimado pasivamente por el interdicto no lo acata mediante el cumplimiento de aquello que éste prescribe, las partes volvían a comparecer en presencia del Pretor y a continuación daba comienzo un proceso judicial. El Pretor podía conceder entonces una *actio ex interdicto* con fórmula arbitraria por la que si resultaba que el demandado ha incumplido injustamente la orden interdictal debía satisfacer el importe correspondiente al objeto de que se trate o, en virtud de la cláusula arbitraria, proceder a la entrega misma de la cosa. Si el demandado no aceptaba esta verdadera oportunidad que se le ofrecía, el Pretor expedía un *iudicium* conteniendo en la fórmula dos *sponsiones* cruzadas, la del legitimado activamente por el interdicto y la del legitimado de forma pasiva. Mediante dichas *sponsiones* las partes se prometían recíprocamente que la que resultase condenada debería satisfacer a la otra, en virtud de la condena, el importe de una *poena* que, por otro lado, en cuanto tal, tenía carácter procesal y no auténticamente penal; y además, a la fórmula podía añadirse un *secutorium iudicium* para garantizar o la restitución de la cosa del demandado vencido o su valor (*quantum ea res est*)⁹⁷⁷.

De esta forma nos encontramos ya en el ámbito de un auténtico proceso judicial en el que la expedición del *iudicium* por el Pretor, en presencia de las partes, determina los efectos propios de la *litis contestatio*, y entre ellos, naturalmente, el

⁹⁷⁷F. Schulz. Derecho Romano Clásico. op. cit., p. 59.

de la sujeción de los herederos, a partir de ese momento, al vínculo jurídico de naturaleza procesal que nace con la l.c.⁹⁷⁸ por el que el condenado (y en caso de fallecimiento, su heredero) ha de satisfacer el importe de la poena ex sponsione o, en su caso, restituir la cosa que retiene o pagar su valor.

Señalamos, por último, que el iudex a la hora de pronunciar la sentencia no procede en virtud de la titularidad o no del derecho de que se trate: no estamos ante un pronunciamiento de tipo declarativo de los derechos controvertidos sino que se atiende únicamente a verificar si el demandado ha infringido o no la orden pretoria. De todos modos, el resultado de la sentencia va a servir de ventaja para la parte que luego alegue la titularidad del derecho controvertido en el juicio correspondiente.

⁹⁷⁸Capítulo tercero. 2)-B.

Sin embargo, partiendo del presupuesto de que la actio ex interdicto no es penal no sería correcto afirmar que a partir del momento de la l.c. la acción es transmisible hereditariamente, sino que desde el principio la acción es transmisible hereditariamente tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Mayores problemas surgirán cuando en el Derecho postclásico y justiniano se produzca, como veremos más adelante, la transformación de las demandas interdictales en verdaderas acciones judiciales, puesto que alguna de ellas será configurada por los justinianos, como acciones penales. En tal caso, el momento procesal de la contestación de la demanda debió de producir el efecto de hacer que la acción penal sea hereditariamente transmisibile.

4) La concepción justiniana de los interdictos.

Partimos del hecho de que el complicado cauce procesal nacido de los interdictos respondía en el Derecho preclásico y clásico a principios jurídicos que no son los propios del Derecho postclásico y justiniano. Además, desde el punto de vista procesal, se asiste a la sustitución del proceso formulario por la *cognitio extra ordinem*. Estamos pues ante una realidad jurídica cambiante y ello no podía dejar de incidir en el tema de los interdictos precisamente en la forma que va a resultar de mayor interés para nosotros: la *Compilación de Justiniano*⁹⁷⁹ configura las solicitudes de los respectivos interdictos por los interesados como verdaderas acciones judiciales que se promueven dentro del amplio margen de posibilidades que da el proceso cognitorio y en las que queda subsumida la antigua *actio ex interdicto* derivada del incumplimiento del interdicto respectivo por el demandado. No obstante, debido al clasicismo formal de Justiniano y de los compiladores, se mantiene además de la denominación genérica de interdicto para referirse a estas acciones⁹⁸⁰ la mención específica de cada uno de ellos en los

⁹⁷⁹Aunque sin duda, sin pretender entrar a fondo en este aspecto, pero a la luz de la tesis general que venimos defendiendo, dicha sustitución debería ser el resultado de una evolución jurídica iniciada ya en el Derecho clásico.

⁹⁸⁰Aparte de dicho clasicismo formal, con el mantenimiento de la denominación de interdictos, se estaba reconociendo implícitamente para dichas acciones judiciales la función de servir de medio procesal, en el seno de la *cognitio*, para obtener del juez la expedición de una resolución, ya sea por una orden o por una sentencia, que sustancialmente respondía a la misma naturaleza y función que la de los interdictos en el Ordenamiento jurídico de la época clásica.

respectivos títulos del libro 43 del Digesto. El resultado será que el demandante podrá ejercitar cualquiera de los interdictos (es decir, la acciones de los interdictos correspondientes) que figuran entre los que se contemplan en el Digesto.

Vemos pues que I. 4,15 establece:

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat; quod tum maxime faciebat... (I. 4,15,pr.).

De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuissent. (I. 4,15,8).

Es decir, en este último fragmento Justiniano declara que ya es superfluo decir algo sobre los trámites y la antigua resolución de los interdictos porque, cuando se juzga en jurisdicción extraordinaria (y tales son hoy todos los juicios), no es necesario que se pronuncie interdicto, sino que se juzga sin interdictos, lo mismo que si se hubiese dado una acción útil por causa de interdicto.

La mayor parte de los textos que en el Digesto se refieren a la transmisibilidad activa o pasiva de los interdictos creemos que respetan efectivamente, en sustancia, la letra y el espíritu de las fuentes clásicas que se referían realmente a los interdictos en cuestión. Sin embargo el Digesto, como sabemos, contenía Derecho aplicable a su época, por lo tanto, cuando en el mismo se hace referencia a la transmisibilidad hereditaria activa o pasiva de los interdictos podemos preguntarnos si en los fragmentos respectivos en los que se regula esta cuestión se está recogiendo el espíritu del texto clásico y, por lo tanto, se está aludiendo a la extensión de la legitimación activa y pasiva del interdicto como tal (es decir, de la orden dirigida por el juez *extra ordinem* al demandado) a los herederos del demandante o del demandado, o si, por el contrario, en alguno de los textos, mediante la correspondiente interpolación, o incluso aún respetando formalmente la letra del texto clásico, se está haciendo referencia en realidad a la transmisibilidad hereditaria de la acción judicial configurada por los justinianeos con el nombre del correspondiente interdicto.

La solución de este dilema requiere a nuestro juicio un detallado estudio de las fuentes en el que habríamos de enfrentarnos con el delicado problema de las interpolaciones de los textos, lo que, dada la abundante literatura sobre toda la cuestión de las interpolaciones nos obligaría a movernos con suma prudencia.

De todos modos, "a priori", nos inclinamos por una respuesta general conservadora ya que en este tema se va a dar

una sustancial identidad entre los presupuestos requeridos por el Derecho clásico para que el correspondiente interdicto se extienda en favor o en contra los herederos de las partes⁹⁸¹ y los presupuestos para que, desde una perspectiva justiniana, la propia acción interdictal pueda ser ejercitada por el heredero del demandante o contra el heredero del demandado. Así, desde esta última perspectiva, no sería posible que el heredero continuase la acción ejercitada por su causante si no se encuentra en la misma situación objetiva que aquel. Y lo mismo se puede decir respecto del heredero del demandado.

Así pues, los compiladores no podían sentir la necesidad de modificar esencialmente los textos clásicos que se referían a la transmisibilidad hereditaria de los interdictos, con lo que, a nuestro juicio, significa que dichos textos nos siguen proporcionando información válida acerca del "status quaestionis" de esta materia en el Derecho clásico.

Ahora bien, toda esta cuestión se relaciona con un tema fundamental: ¿cabe pensar que Justiniano configurase alguna de estas acciones interdictales como verdaderas acciones penales en función de la naturaleza del acto ilícito que motiva el que se ejerciten?⁹⁸². Y aún más, ¿existen elementos para pensar que ya

⁹⁸¹Es decir, tal y como vimos, p. 549, desde el punto de vista activo, que sean titulares del mismo derecho real cuyo contenido fue vulnerado por el demandado, o que asuman la misma posición fáctica en la que se encontraba el demandante fallecido, por ejemplo, respecto a la expulsión de una finca cuya devolución a cargo de demandado, poseedor actual, se reclama. Desde el lado pasivo, el heredero del demandado ha de mantenerse en la detentación o retención de la misma situación fáctica que se quiere eliminar por el demandante del interdicto.

⁹⁸²Véase en este sentido, D. 44,7,35,pr. (p. 62 ss.) a propósito del interdicto unde vi.

en el Derecho clásico se concibió la existencia de verdaderos interdictos penales?

Nosotros no creemos que se pueda hablar, al menos en rigor, de interdictos penales en el Derecho clásico:

- En las clasificaciones que de los interdictos se hace en I. 4,15, las cuales tienen un claro sentido escolástico, no se menciona a los llamados interdictos penales. Tampoco hemos encontrado ninguna fuente en la que se afirme que un interdicto es penal.

- En el campo de los interdictos estamos ante meras órdenes pretorias que atienden a la protección de intereses o derechos y no propiamente ante una reacción frente a delitos, ya que, por otro lado, de existir un delito, el lesionado cuenta con la correspondiente acción penal sin duda concurrente con el interdicto.

- No puede afirmarse que en alguno de los interdictos que conocemos exista algo más que una simple orden de restituir, permitir o abstenerse de hacer o exhibir algo. Nos movemos en un terreno fáctico que, como mucho, tiene un reflejo en el ámbito patrimonial civilístico y no penal.

-La distinción, a tenor de las fuentes, entre interdictos anuales y perpetuos en el Derecho clásico no consideramos que sea base suficiente para justificar la existencia de interdictos penales. No obstante, con no ser este dato suficiente por sí sólo, lo cierto es que es el principal apoyo⁹⁸³. Así, para los interdictos anuales, al igual que ocurre

⁹⁸³No obstante debemos matizar: si se realiza una consideración del iter procesal que va desde que se dicta el (continúa...)

⁹⁸³(...continuación)

interdicto hasta que el legitimado pasivamente es condenado en virtud de la *actio ex interdicto* por considerar que ha desobedecido la orden interdictal, si tomamos ese iter como un todo (al igual que debieron hacer los compiladores al configurar los "viejos" interdictos como verdaderas acciones), se puede plantear la posible existencia de interdictos penales. Pero entendemos que es desde la consideración de la *actio ex interdicto*, no desde el punto de vista del interdicto en sí mismo considerado, que puede admitirse el planteamiento, de por sí discutible, en virtud del cual se defiende que existieron en la consideración de los juristas clásicos interdictos penales: así Voci (Risarcimento e pena..., op. cit., p. 158 ss.) que analiza la estructura más o menos penal de la *actio ex interdicto* de los interdictos *unde vi*, *quod vi aut clam*, y *fraudatorium* para concluir, y esto nos parece discutible, que estos interdictos tuvieron en el Derecho clásico un origen y una función penal. Voci indica, por ejemplo, que en los interdictos "unde vi" aparece la cumulatividad en el ejercicio de las acciones *ex interdicto*, tanto contra el que realizaba la ocupación de la finca ajena como contra el que ordena o consiente dicha ocupación (según se deduce de la interpretación conjunta de D. 43,16,1,12; 13; 18, pr. i.f. p. 166).

No vamos a entrar en el tema de si realmente las acciones *ex interdicto* correspondientes a esos interdictos reúnen o no los caracteres propios de la estructura de las acciones penales, sino que sólo indicamos que la cuestión no ha sido tradicionalmente pacífica en la doctrina romanística y que aún hoy está abierta a discusiones.

En particular, Voci (op. cit., p. 158) nos indica que Biondi [(Actiones arbitrariae, op. cit., p. 179 ss.); (Actiones noxales, Cortona, 1925 p. 78 ss.)] rechaza la existencia de interdictos penales. Levy (Privatstrafe... op. cit. p. 86 ss.) admite la naturaleza penal de todas las acciones *ex interdicto*, aún afirmando su función reipersecutoria y adopta, como prueba de su tesis el régimen del interdicto *quod vi aut clam*. De Francisci y Albertario (B.I.D.R., 26, 1914, p. 113 ss.) siguen la tesis tradicional de reconocer la existencia de determinados interdictos penales. Kaser (Restituere... op. cit. p. 20 ss.; Q.e.r.e. op. cit. p. 195 ss.) considera que son mixtas todas las acciones que resultan de los interdictos prohibitorios posiblemente, entendemos, dada la naturaleza de ilícito del acto que se prohíbe con el interdicto y la función reipersecutoria que cumple la acción *ex interdicto* en cuanto dotada de fórmula arbitraria. Por último Voci cita a Gintowt que en Über den Charakter der Interdikte und der iudicia ex interdicto, Studi Albertario, 2 (Padova 1937, p. 235 ss.) concluye que no se puede, de ningún modo, hablar ni de interdictos penales, sea considerándolos como tales interdictos, ni tampoco considerándolos desde el punto de vista de los iudicia arbitraria o secutoria.

Ahora, también debemos constatar un dato: en las fuentes no aparece la mención de interdictos penales, otra cosa es que se
(continúa...)

con las acciones poenales pretorias, transcurrido ese año, el Pretor sólo concedía contra el legitimado pasivamente por el interdicto una *actio in factum* por el enriquecimiento injustamente obtenido (*in id quod ad eum pervenit*⁹⁸⁴). Parece que, respecto a estos interdictos, el hecho que motiva su demanda fuese asimilado a un ilícito penal, lo cual determina que el propio Ordenamiento jurídico, lo mismo que ocurre en las acciones penales pretorias, fije el plazo de un año, desde que el lesionado tuvo conocimiento del hecho, para que, si quiere, solicite el interdicto. Y, lo que es más importante, tal y como veremos más adelante, en casi todos estos supuestos, se mencionan en el Digesto acciones *in factum* por el *id quod pervenit* contra el heredero del demandado por el interdicto. Sin embargo, nosotros consideramos que no por ello el interdicto deja de ser una orden del Pretor, que como tal remedio procesal, como hemos visto más arriba, se mueve en un campo ajeno a aquel en el que se desenvuelven los remedios procesales dirigidos, ante un ilícito penal, a demandar la imposición de la correspondiente pena al reo: las acciones penales. Otra cosa es que sobre la base de la nulidad e intransmisibilidad pasiva de determinados

⁹⁸³(...continuación)

discuta si en el Derecho clásico un interdicto está concebido como penal o cumple una función penal. Sin embargo para los compiladores sí que debió existir una matización al concebir las diferentes acciones derivadas de los interdictos clásicos, así, por ejemplo, es lo que ocurre con el paradigmático D. 44,7,35,pr. en relación con el interdicto *unde vi*. Claro que en tiempos de Justiniano hablamos ya de puras acciones interdictales, pero posiblemente los justinianeos estén demostrando, una vez más, su resolución sobre un punto (la posible configuración penal de algún interdicto) que quizá ya fuese debatido por los juristas clásicos.

⁹⁸⁴infra p. 568

interdictos se haya construido dogmáticamente el principio de la existencia de interdictos penales en el Derecho romano clásico. O, dicho con otras palabras, que a los interdictos que presentan los caracteres de la anualidad e intransmisibilidad pasiva (es decir, que preven una actio in factum contra el heredero del demandado fallecido), o, al menos de alguno de ellos, y que además, deriven de un hecho ilícito, se les califique de interdictos penales⁹⁸⁵.

⁹⁸⁵Abundamos más en este tema:

La tesis que rechaza que se pueda hablar de interdictos penales en el Derecho clásico fue formulada, por B. Biondi. Studi sulle azioni arbitrarie e l'arbitrium iudicis. (Roma, 1970. Ed. anastásica. p. 179 ss.)

Por otro lado coincidimos plenamente con la argumentación dada brevemente por Brasiello (Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit. p. 115-116) a propósito del tema de los interdictos penales cuando dice que "osserviamo solo, in linea di massima, che nell'idea dell'interdetto non sembra possa esservi il carattere penale, trattandosi di un ordine che l'interessato deve eseguire, e non di una condanna a qualche cosa, che possa rivestire il carattere di pena. Gl'interdicta veri e propri, cioè i divieti, sono in contraddizione col concetto di pena; ma anche quelli restitutori o esibitori, sono diretti ad una attività che ripari una situazione ingiusta, ma non certo ad una sanzione.

También Schulz (Derecho Romano Privado, op. cit, p. 63) dentro de la clasificación que hace de los interdictos niega que se pueda incluir la clase de los interdictos penales. Para dicho autor no existen los interdictos penales y tampoco tienen este carácter las acciones ex interdicto.

Finalmente Kaser, al que ya nos hemos referido anteriormente mantiene decididamente en su obra Restituere, op. cit. p. 21 ss., la existencia como interdictos penales del interdicto unde vi, del interdicto "uti frui prohibitus esse dicetur", del interdicto "quod vi aut clam", del interdicto "fraudatorium" y del interdicto correspondiente a la "operis novi nuntiatio". Kaser realiza en las páginas siguientes un estudio particular de los "caracteres penales" de dichos interdictos. Respecto de los demás interdictos señala (op. cit. p. 21) que "bei den übrigen (interdictos) felht es an den typischen Symptomen der Pönalität, wie etwa Annalität, passiver Unvererblichkeit oder beschränkter Vererblichkeit auf den Überrest, Noxalität, Kumulation gegen Mittäter (...) offenbar völlig".

Por otro lado, también Kaser en Das Römische Privatrecht. I². op. cit. p. 626, dice que de la multiplicidad de interdictos sólo algunos muestran su carácter penal en el curso de su (continúa...)

Ahora, como hemos visto, el Derecho justinianeo configura dentro del término clásico de interdicto a verdaderas acciones judiciales, esto hace que también algunos "interdictos" sean ahora configurados como penales porque el supuesto del que parten se considera como un acto ilícito especialmente merecedor de una sanción penal. Tenemos por un lado la existencia de textos que son fruto de interpolaciones y, por otro lado, estamos en una materia que afecta a la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales privadas. Nos sirven de ejemplo los siguientes textos:

En D. 44,7,35,pr. que, como vimos⁹⁸⁶ en el capítulo primero de nuestra tesis, es un texto que tiene para nosotros singular trascendencia, distingue según que las acciones honorarias sean reipersecutorias o penales, ya que en el primer caso, dice Paulo, recogiendo la opinión de Casio, la acción es perpetua, mientras en el segundo, es sólo anual y además en éste caso "...nec in heredem dandae sunt; ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali, et interdicto unde vi, et similibus..."

El texto incluye, a título de ejemplo de acciones pretorias penales, la actio doli y ¡al interdicto unde vi!. La presencia del interdicto unde vi junto a la actio doli y la mención literal de "otras similares" es el principal argumento

⁹⁸⁵(...continuación)
subsiguiente desarrollo procesal ("ferner die Mehrzahl der Interdikte, von denen nur einige in ihrem Nachverfahren die Merkmale der Pöenalität zeigen"). Parece que, en la misma línea de Voci, quiere indicar que la penalidad de estos interdictos aparece respecto a las correspondientes acciones ex interdicto. Sobre este tema también cfr. Kaser, Das Römische Zivilprozessrecht. München, 1966. (RZ & 62 III I).

⁹⁸⁶supra p. 62 ss.

dado para señalar que D. 44,7,35,pr. es un texto interpolado que responde, en este aspecto, a la configuración por Justiniano de determinados interdictos como acciones penales. Albertario considera a este fragmento como una de las pruebas más evidentes en contra de la clasicidad de la transmisibilidad hereditaria de las acciones penales en la medida del enriquecimiento obtenido por el heredero del delincuente y, lo que es más importante, de la propia regla entendida como medida de responsabilidad o principio del Derecho romano.

No obstante, es perfectamente lícito pensar que ante un texto que en realidad, como vimos en la exégesis que del mismo hizimos en el capítulo primero⁹⁸⁷, recoge tres estratos diferentes de la Historia del Derecho romano (el pensamiento de Casio, de Paulo y de Justiniano), nos encontremos con el hecho de que los tres estratos estén presentes dándonos información válida. Lo que queremos decir es que los compiladores al adaptar al texto un "interdicto penal" como es el caso del *interdictum unde vi* operaban desde la óptica de las acciones penales⁹⁸⁸. En definitiva, la indudable interpolación no debe presuponer por sí sola la negación de todo valor clásico al contenido sustancial del texto.

⁹⁸⁷supra p. 69 ss.

⁹⁸⁸Quizá, y esta es una hipótesis personal, hubiese por parte de ellos un interés específico de indicarlo así para subrayar el carácter penal de la acción por la que se reclama del juez *extra ordinem* la correspondiente resolución interdictal, acción que, por lo demás, era asimilable a la acción de dolo.

5) Las acciones *in factum in id quod ad heredem pervenit*.

A continuación nos referimos a aquellos supuestos en los los cuales el Pretor concede acciones *in factum* contra el heredero del demandado por el interdicto, por el enriquecimiento respectivamente obtenido (*in id quod ad eum pervenit*) en virtud del hecho de que se trate.

a) Nos referimos así, en primer lugar, a las acciones *in factum* que se contemplan respecto del interdicto "unde vi" y "unde vi armata"⁹⁸⁹.

En principio diremos que en D. 43,16,1,44, se extiende su legitimación activa al heredero del demandante⁹⁹⁰.

Ahora bien, la cuestión de la concesión por el Pretor de acciones *in factum* contra el heredero aparece unido a la concesión de acciones *in factum, post annum*, en los interdictos anuales. En este sentido, hemos de partir de la respuesta que da Sabino a esta cuestión y que aparece recogida en D. 43,1,4 (Paul.

⁹⁸⁹Lenel. EP ³ T. XLIII & 245 (Unde vi), Ulp. 69, Paul. 65, Gai. 25, Iulian. 48. I. de vi (non armata): Ulp. 69, Paul. 65, Gai. 25, Iulian. 48. II. de vi armata. Ulp. 69. (p. 461 ss.).

⁹⁹⁰El texto contenido en la edición del Corpus Iuris Civilis de Mommsen-Krueger y en la edición bilingüe, latín-castellano, de I. L. García del Corral (D. 43,16,1,44) dice así: "Hoc interdictum et heredi, et ceteris successoribus competit".

Sin embargo en la edición del Digesto en castellano de Aranzadi se comete, a nuestro juicio, la errata, o la peligrosa toma de libertad, de traducir este texto de la siguiente forma: "Este interdicto compete no sólo al heredero, sino contra el heredero y los demás sucesores".

67 ed.)⁹⁹¹:

Ex quibus causis annus interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum cum quo agitur pervenit, post annum iudicium dandum Sabinus respondit.

En el mismo sentido, en consecuencia, tenemos D. 43,16,1,pr. (Ulp. 69 ed.):

Praetor ait: "unde tu illum vi deiecisti vel familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecerit pervenerit, iudicium dabo.

Brasiello⁹⁹² señala que el interdicto en cuestión era en el Derecho clásico una orden de restituir⁹⁹³ y que (conforme lo que indicábamos más arriba) la aproximación de los interdictos

⁹⁹¹No obstante, Maier Prätorische... op. cit., p. 81, en su estudio general sobre las acciones de enriquecimiento pretorias entiende, al referirse a las acciones *in factum in id quod ad eum pervenit* en el campo de los interdictos, que Sabino en realidad sólo pretendía extender esta regla existente para el interdicto *unde vi* y el interdicto fraudatorio al interdicto *quod vi aut clam*, y que no pretendía darle a esa regla un carácter general. Brasiello (Corso di Diritto penale... Atto illecito. op. cit., p. 118 y 123) entiende, por el contrario, que Sabino, a tenor de este fragmento, establece un principio general para todos los interdictos anuales.

⁹⁹²op. cit., p. 117.

⁹⁹³En este sentido, Gai. 4,154, señala que el interdicto está dirigido a "restituere ei possessionem".

a las acciones es justiniana. Por lo tanto, considera que el edicto relativo al interdicto unde vi se dividía en dos partes: en la primera el Pretor, producida la deiectio, diría "ea quaeque ille tunc ibi habuit, restituas". A continuación, post annum, el Pretor concedería una acción contra el que realizó la deiectio pero ya sólo por el enriquecimiento obtenido (iudicium dabo)⁹⁴.

⁹⁴Albertario (Rendiconti Ist. Lombardo, op. cit., p. 301 [= Studi Albertario, IV,2]) no cree en la clasicidad de la responsabilidad pervenit sino que el Pretor concedió particulares acciones in factum por el simplum; no acepta, en consecuencia, una actio post annum in id quod ad eum pervenit y así estima que el texto está interpolado. También Siber (Römisches Privatrecht... op. cit. p. 152, que no acepta la responsabilidad "pervenit", post annum, del propio autor del hecho, sino que señala que en el Derecho clásico dicha responsabilidad sería por el simplum, rechaza, también desde sus postulados, la clasicidad de este texto. Ahora, frente a esta tesis de Siber, Maier (Prätorische... op. cit. p. 68-69) sugiere, creemos que con acierto, que entonces la diferencia (Cicerón, ad familiares, 15,16,3) entre el interdicto "unde vi" que es anual, y el interdicto "unde vi armata", sin plazo, sería puramente formal en el supuesto de que en el caso del interdicto unde vi, que, como decimos es anual, el Pretor concediese, transcurrido el año de ejercicio del interdicto, sin más, una actio in factum por el mismo valor.

Por otro lado, Voci (Risarcimento e pena... op. cit. p. 164, 170), Brasiello (Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit. p. 117), y podemos señalar, en general, la doctrina que admite la clasicidad de la responsabilidad "pervenire" ha de aceptar, aún implícitamente, la validez, al menos sustancial, del fragmento porque, sencillamente, si no es desde unos postulados previos en contra, no es posible atacarlo.

No obstante Brasiello, si bien admite esa clasicidad de fondo, supone que el texto fue retocado por los justinianos porque, como hemos dicho, el edicto referido debía de contener dos partes que en el fragmento aparecen unidas: en la primera el Pretor, producida la deiectio dice "ea quaeque ille tunc ibi habuit, restituas; en la segunda el pretor promete (iudicium dabo) una actio in factum contra el autor del hecho, post annum, como acción pretoria de enriquecimiento.

Maier (Prätorische... op. cit. p. 85) alude al edicto del Pretor por el que crea esta específica actio in factum, lo que, a su vez, daría lugar a la correspondiente cláusula edictal. Dicha acción de enriquecimiento se extendió posteriormente al heredero del demandado. Maier cita a su vez a Lenel EP.³, p. 466, que señala que el edicto sobre esta actio in factum contenía, sin duda, las palabras que nosotros encontramos ahora en el falsificado edicto del fr. 1, pr. h.t.:

(continúa...)

Por lo que hace a la concesión de la acción de enriquecimiento contra el heredero del que realizó la *deiectio* en D. 43,16,1,48 (Ulp. 69 ed.), se dice:

Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos pervenit⁹⁹⁵.

Y en el fragmento 2 (Paul. 65 ed.) de este título se añade:

dolove malo eorum factum est, quominus perveniret⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴(...continuación)

Post annum de eo, quod ad eum qui vi deicit pervenerit, iudicium dabo."

⁹⁹⁵Este texto, al igual que D. 43,16,1,48, es indudable que ha sido retocado por los compiladores. En los dos textos aparece la cláusula estereotipada de "ceterosque successores"; además resulta sospechoso, pero no determinante, el que en el número 48 se utilice la terminología "actio competit" precisamente en relación con una *actio in factum* pretoria de enriquecimiento (De Francisci, *Synallagma*, 2, 119 . cit. Maier, *Prätorische...*, op. cit. p. 67).

Sin embargo, de ello no se puede deducir necesariamente que en el Derecho clásico, tal y como parece referirnos Ulpiano en el comentario al Edicto, el Pretor no diese una acción de enriquecimiento contra el heredero por los beneficios obtenidos de un acto tan reprobable como es una *deiectio* de una finca por el causante fallecido.

Además, la argumentación de que los textos en cuestión han sufrido retoques por los compiladores puede volverse en contra de los interpolacionistas porque demostraría que estamos ante una adaptación de textos clásicos al mundo jurídico justinianeo pero, por eso mismo, resultaría más patente, el respeto de los comisionados por el contenido clásico esencial de los mismos.

⁹⁹⁶Se trata de un fragmento que, pese a su brevedad, tiene una gran importancia para el desarrollo general de la tesis tal y como veremos en el capítulo séptimo. p. 678 ss.

También en C. 8,4,2 (293-304)⁹⁹⁷ Diocleciano señala lo siguiente:

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum utilis annus excessit, certissimi iuris est, et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit⁹⁹⁸.

Por otra parte, D. 43,16,3, pr. (Ulp. 69 ed.), extiende esta responsabilidad "pervenit" del heredero del que realizó la "deiectus" al interdicto "de vi armata", lo que presenta la particularidad de que, a diferencia del interdicto "de vi cottidiana" no estamos ante un interdicto anual^{999 1000}:

⁹⁹⁷Constitución incluida dentro del título IV, relativo al interdicto "unde vi".

⁹⁹⁸El fragmento es reputado como interpolado por Albertario (Rendiconti Ist. Lombardo, op. cit. p. 302). También por Rotondi (Scritti Giuridici, 2, p. 389, n. 1). Por el contrario, Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 92, n. 3) al igual que Brasiello (Corso di diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 120) defienden la clasicidad del texto. En el fondo lo que subyace es la admisión o no, como criterio de responsabilidad clásico, de la responsabilidad pervenire referido al heredero.

⁹⁹⁹Por otro lado constatamos el hecho de que Voci (Risarcimento e pena..., op. cit., p. 164 ss.), como exponente de la doctrina que defiende la existencia de interdictos penales, ve un claro ejemplo en este interdicto de vi non armata. Atiende a la terminología que dan las fuentes respecto del hecho realizado por el deiciens. Así Ulpiano emplea (D. 43,16,1,14; 1,43; 3,pr.) las palabras de maleficium, facinus, atrocitas, facinoris. También al hecho de que contra el heredero del deiciens fallecido no se dé más que una actio in id quod ad eum pervenit al igual que ocurre con las acciones penales privadas. Añade que el dominus, aún inscius, responde personalmente por los actos realizados en tal sentido por sus dependientes (D. 43,16,1,15;16) y que se da la cumulatividad subjetiva entre procurador (o mandatario) y el dominus sciens o iubens (D. 43,16,1,12; 13), salvo que sea falso procurador, en cuyo caso responde este sólo. Para finalizar Voci (op. cit., p. 166) (continúa...)

quod est, et si quis armis deiectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur; sufficit enim, non in lucro versari eum heredem, non etiam damnum subire¹⁰⁰¹.

El número 1 del mismo fragmento (Ulp. 69 ed.) añade que "haec actio, quae adversus heredem ceterosque successores pertinet, perpetuo competit, quia in ea rei persecutionem continetur". Se trata de una aclaración que dudosamente puede reputarse como genuina, no ya por la expresión justiniana "ceterosque successores" sino por el añadido "rei persecutio continetur" que, como ya hemos visto¹⁰⁰², es una verdadera cláusula de estilo justiniana que, no obstante, expresa una línea de pensamiento jurídico que arranca del Derecho clásico: justificar la perpetuidad de una acción pretoria en tanto en cuanto contenga rei persecutio¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹(...continuación)

destaca la concurrencia cumulativa del interdicto con otros remedios procesales para el caso de la deiectus de una finca: con la condictio furtiva, con la actio vi bonorum raptorum, con la actio ficticia de damno infecto, y con la actio Publiciana.

Todo ello es cierto, pero nosotros nos reafirmamos también en lo que ya hemos expuesto al respecto más arriba para cuestionar la existencia de interdictos penales.

¹⁰⁰⁰El fragmento 3,12 de este título señala que "...post annum reddetur in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit".

Lenel (EP³ p. 468) señala que el interdicto de vi armata no estaba sujeto a plazo y que, por lo tanto, este texto debía ser justiniano.

¹⁰⁰¹La parte final del texto puede ser un añadido justiniano realizado con fines escolásticos pero ello no impide considerar la claridad de fondo del mismo.

¹⁰⁰²supra Capítulo sexto. 3)-A.

¹⁰⁰³Así, una vez más, D. 44,7,35, pr.

b) En segundo lugar, la concesión por el Pretor de una *actio in factum* contra el heredero por razón del enriquecimiento obtenido también se da respecto al interdicto fraudatorio. Así, D. 42,8,11 (Ven. 6 de interd.) establece:

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem
pervenit¹⁰⁰⁴.

c) La transmisibilidad hereditaria de los interdictos "quod vi aut clam" y demolitorio.

El interdicto "quod vi aut clam"¹⁰⁰⁵ que se refiere a las obras que se realicen por violencia o clandestinamente en

¹⁰⁰⁴Para mayor abundamiento, señala Brasiello (Corso di Diritto romano. Atto illecito..., op. cit. p. 123) la hipótesis de que los compiladores colocaron este texto dentro de la materia de las acciones fraudatorias, pero que en realidad el texto debió tener un alcance general por cuanto Venuleio, que hablaba "de interdictis", se ocupaba en el libro segundo específicamente de la materia del fraude.

De cualquier forma es un texto tan importante como lo demuestra la multiplicidad de interpretaciones que se han hecho al mismo. Es el corolario natural de D. 44,7,35,pr., en cuanto que mientras en D. 42,8,11 se recoge la introducción por Casio de acciones de enriquecimiento contra el heredero, en D. 44,7,35,pr. se refiere la opinión de Casio respecto al carácter perpetuo o anual de las acciones honorarias según que tengan o no un carácter reipersecutorio.

En este lugar nos limitamos a recoger el texto y referirlo al interdicto fraudatorio, si bien, no podemos pasar por alto la diversidad de juicios que la doctrina ha formulado sobre el mismo.

Finalmente indicamos que, respecto al interdicto fraudatorio, nos remitimos en general a lo visto en p. 453 y siguientes al tratar del interdicto fraudatorio

¹⁰⁰⁵Lenel. EP.³. Tit. XLIII & 256, Ulp. 71, Paul. 67, Iulian. 48, Venulei. 2 interd. p. 482-483.

suelo ajeno.

En D. 43,24,15,3 (Ulp. 71 ed.) se nos dice lo siguiente:

Hoc interdictum in heredem ceterosque successores datur in id quod ad eos pervenit¹⁰⁰⁶.

Estamos ante un texto que ha sido juzgado por numerosos autores como interpolado¹⁰⁰⁷. Nosotros pensamos que puede haber, en efecto, interpolación si se piensa que el interdicto era anual

¹⁰⁰⁶El texto debe ponerse en relación con D. 43,24,5,8; 9. En el número 8 del fragmento, Mucius Scaevola (siglo I a. C.) interpreta la fórmula interdictal, que viene configurada de forma impersonal, de la siguiente manera: "Haec verba: "quod vi aut clam factum est", ait Mucius ita esse: quod tu, aut tuorum quis, aut tuo iussu factum est". En el número 9, Labeo (siglo I d. C.) va más lejos en la interpretación de la fórmula para comprender dentro de la misma a los herederos de las personas contra las que se puede ejercitar el interdicto: "Labeo autem ait, plures personas contineri his verbis; nam ecce primum heredes eorum quos enumerat Mucius, contineri putat".

¹⁰⁰⁷Betancourt (Sobre la pretendida trnasmisibilidad... op. cit., p. 67) cita en este sentido la opinión de Lenel (EP³ p. 482, n.15); mientras que, siguiendo dicha cita, para Krueger, ad leg., G. Longo (L'origine della successione particolare. B.I.D.R. 14, 1902, p. 155) y Kreller (recensión de la obra de G. Maier: Prätorische Bereicherungsklagen, Z.S.S., 53, 1933, p. 577, n.1) sólo estaría interpolada la extensión a los sucesores a título singular: [ceterosque successores]. Naturalmente Albertario (Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità pasiva, B.I.D.R. 26, 1913, p. 114.) considera que el texto está interpolado prácticamente en su totalidad para lo cual parte de su premisa de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales en el Derecho clásico y del carácter no clásico de la regla sintetizada con las palabras in id quod ad heredem pervenit.

El texto originario diría, según Albertario, lo siguiente: "Hoc interdictum in heredem <non> datur".

Por su parte Ubbelohde (Commentario alle Pandette... op. cit., p. 48, n.54), citado igualmente por Betancourt, considera que en este supuesto se da pura y simplemente la transmisibilidad pasiva del interdicto fundamentada en la vis del causante y cuyos efectos jurídicos debe asumir ahora su heredero.

Añadimos nosotros que también Voci, op. cit. p. 168 lo estima interpolado.

(D. 43,24,1,pr.) y que en el Derecho clásico el Pretor concede acciones *in factum* contra el heredero en la medida del enriquecimiento obtenido y, transcurrido un año, contra el propio legitimado pasivamente por la misma medida¹⁰⁰⁸. En el fragmento se configura el interdicto según el esquema de las acciones penales lo que se corresponde con el pensamiento justinianeo.

Además debemos tomar en consideración la casuística comprendida en este título interdictal y que se corresponde con la diferente naturaleza de las obras realizadas en suelo ajeno. En virtud de dicha casuística vemos que no siempre con el interdicto restitutorio (que, desde luego, en cuanto tal interdicto, alcanza también al heredero que retenga las obras¹⁰⁰⁹) se recuperaría todo el enriquecimiento obtenido por el que ha realizado las obras, con lo que podría justificarse la petición, por el legitimado activamente por el interdicto, de una *actio in factum* para detraer por completo todo lo que constituya un enriquecimiento injusto de aquel o de sus herederos. Según esto, la parte final de D. 43,44,15,3 sería fruto de una interpolación en la que se fusionarían el propio interdicto con aquella *actio in factum* por el enriquecimiento injustamente

¹⁰⁰⁸ Pero ha de entenderse que no se trata de la extensión de la legitimación pasiva de los interdictos, los cuales se refieren a supuestos fácticos concretos, lo que sucede con carácter general para el caso de que el heredero se coloque en la misma situación fáctica que su causante que no acató la orden interdictal, sino que lo que se trata con esa acción es de impedir el injusto enriquecimiento patrimonial que, ya por el heredero, ya transcurrido el año, por el causante, se haya obtenido a costa del que era legitimado activamente por el interdicto. La *actio in factum* por lo tanto no va dirigida a extender por otros medios procesales el mismo imperativo del interdicto sino a que se restituya el enriquecimiento patrimonial injusto.

¹⁰⁰⁹ supra p. 548 ss.

obtenido¹⁰¹⁰ ¹⁰¹¹. Debemos recalcar, no obstante, que nos

¹⁰¹⁰Voci (Risarcimento e pena privata... op. cit., p. 168 ss.) señala que a tenor de lo que resulta de D. 43,24,5,8-9 y de D. 43,24,15,3, el interdicto, para Mucius Scaevola, se refería a "quod tu <fecisti> aut tuorum quis <fecit> aut tuo iussu factum est"; posteriormente, Labeo, al decir que dentro de las personas señaladas por Mucius se comprenden muchas personas, entre ellas, los herederos de aquellos señalados por Mucius, hace al interdicto transmisible, sin más, contra los herederos de aquellas personas.

Sin embargo, el texto contenido en D. 43,24,15,3, establece que el interdicto se da contra los herederos, pero sólo "in id quod ad eos pervenit". Para Voci el fragmento está interpolado. El mismo autor señala que se ha intentado salvar el texto (cita a Biondi, Act. arbitr. op. cit., p. 185; y a Kaser, Restituere.. op. cit. p. 29) indicando que con la expresión "in id quod ad eum pervenit" se quiere dar a entender que el heredero está sometido al deber de *patientia*, es decir, a permitir la demolición de la obra, en tanto y hasta tanto, que es poseedor de la finca sobre la que se realizó. Pero-Voci-en ningún texto se dice que la responsabilidad hereditaria se limite a la *patientia* y además, resulta arbitrario hacerla derivar de D. 43,24,15,3. Por otro lado, la expresión *i.i.q.p.* es técnica para aludir al enriquecimiento derivado del ilícito y, añade que en el Derecho clásico son acciones *in factum* y no interdictos las que tienen la función de impedir el enriquecimiento injustificado, como ocurre, tal y como vimos, con las acciones *in factum* que se dan en el campo del interdicto *unde vi* y del interdicto *fraudatorium*.

Voci, en consecuencia, cree que al mismo tiempo que Labeón establece que el interdicto como tal se dirija contra los herederos, también, en el Derecho clásico se admitía la posibilidad del ejercicio, *ultra annum*, pero, de la acción *ex interdicto*, ahora, siempre que se hubiese solicitado aquel dentro del año correspondiente. La medida del enriquecimiento como límite de responsabilidad sería, según esta tesis, una interpolación justiniana.

Y Maier (Prätoriscche... op. cit., p. 78) piensa, por el contrario, que dada la realidad de los supuestos fácticos contemplados en el interdicto, puede ocurrir que el heredero tenga que restituir objetos que llegaron a su poder como consecuencia de la obra realizada por su causante en suelo ajeno, como cuando dicho causante corta árboles (D. 43,24,7,5) o descubre un techo (D. 43,24,9,pr.) o se lleva estatuas (D. 43,24,9,1; 2), y añade que un interdicto simplemente de tolerar la restitución de la finca ajena a sus estado original no hubiera traído al demandante las piezas sacadas de la finca mientras que una *actio in factum in id quod ad eum pervenit* permitía prevenir el resultado chocante de que el heredero permaneciera en su ganancia.

¹⁰¹¹Voci op. cit., p. 176-177) nos refiere la contradicción entre la opinión de Labeo (D. 43,24,5,9) en la que parece que el interdicto se da, sin más, contra los herederos de los
(continúa...)

movemos en el terreno de las hipótesis.

Por lo que hace al *interdictum demolitorium*, el mismo se expide por el Pretor por obras realizadas en un terreno que pueden lesionar derechos ajenos, cuando, ante la demanda formulada en este sentido por un tercero (denuncia de obra nueva), el que realiza la obra ni la paraliza ni presta la caución correspondiente.

En cuanto a la transmisibilidad hereditaria activa en D. 39,1,20,6 se dice que "*hoc interdictum perpetuo datur, et heredi et ceterisque successores datur*". Y, por lo que hace a la transmisibilidad pasiva en D. 39,1,20,8 (Ulp. 71 ed.) se establece lo siguiente:

Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est, Labeonem existimasse, in id, quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere, vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quominus perveniret. Nonnulli putant, tam in factum esse dandam, quam interdictum; quod verum est¹⁰¹².

¹⁰¹¹(...continuación)
legitimados pasivamente y D. 43,24,15,3, en el que Ulpiano afirma la transmisibilidad pasiva del interdicto en la medida del enriquecimiento de los herederos por la actuación de su causante.

¹⁰¹²El texto es reputado clásico por Maier (*Prätorische ... op. cit. p. 79 ss.*). No así por Voci (*Risarcimento e pena... op. cit., p. 176*).

Ahora bien, llama la atención el hecho de que en este texto (D. 39,1,20,8) se diga que el interdicto "*...in id, quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere*", y, aún más, que dichas palabras se pongan en boca de Labeón. Maier (*op. cit. p. 81*) sugiere al respecto la tesis de Levy que afirma que la cláusula
(continúa...)

e) Interdicto de precario¹⁰¹³: en D. 43,26,8,8 se alude en la última parte del texto a la transmisibilidad pasiva del interdicto diciendo que "ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit".

Como indica Betancourt¹⁰¹⁴ resulta sospechoso que se diga que el heredero sólo responde de acuerdo con esa medida de responsabilidad ya que el principio de la responsabilidad de los herederos por el dolo del causante sólo se aplica en los contratos, y en la época de Ulpiano el precario no es un contrato todavía¹⁰¹⁵ y es más, añadimos, el hacer responsable al heredero

¹⁰¹²(...continuación)
pervenit está mantenida no en el mismo interdicto sino en la fórmula de la actio ex interdicto.

¹⁰¹³Lenel. EP³. Tit. XLIII & 258. Ulp. 71, Gai. 26, Iulian. 49, Venulei. 3 interd. p. 486-487.

¹⁰¹⁴Sobre la pretendida transmisibilidad... op. cit., p. 69.

¹⁰¹⁵Voci (Risarcimento e pena privata op. cit., p. 163, n.2) cita a Bonfante (Corso di dir. rom., VI, op. cit. p. 19 ss.) y señala que el precarium comporta la confianza del prec. dans hacia el prec. accipiens, y que, en dicha relación, por ser meramente de hecho, no se sucede mortis causa; añade que el heredero del precarista no es tenido con el interdicto de precario, pero, como dice P. Sent. 5,6,12, en cuanto puede decirse que posee "clam", sí puede serlo con el interdicto uti possidetis. (Cfr. D. 43,26,12,1). Respecto a D. 43,26,8,8, Voci lo estima interpolado.

Voci recoge también la opinión de Kaser (Restituere, op. cit. p. 22 ss) que, por el contrario, admite la transmisibilidad de la relación y del interdicto, considerando genuinos D. 43,26,8,8 y C. 8,9,2 ("Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifesto declaratur"), e interpolados D. 43,26,12,1 y P.Sent. 5,6,12. Por último, Voci cita a Beseler (Beiträge. 4, op. cit., p. 228) que, por un lado, admite la interpolación de D. 43,26,12,1, desde "quippe" en adelante, pero deja sin sospecha el fragmento que nos interesa. Finalmente para Voci, y en cuanto a P. Sent. 5,6,12, las dudas formales son en parte exactas, dado el modo como se han juntado las Sententiae, pero sólo por eso no rechaza la clasicidad del texto.

del incumplimiento contractual del causante (incumplimiento doloso) sólo en la medida en que se haya enriquecido, según el modelo de lo que ocurre en las acciones penales privadas responde plenamente a una metodología de trabajo postclásica de influencia oriental a la que ya hemos hecho referencia¹⁰¹⁶, y que fue rechazada en general por el espíritu clasicista de los comisionados justinianeos: Así D. 50,17,157,2.

¹⁰¹⁶infra. p. 643

CAPITULO VII:

ID QUOD LOCUPLETIOR FACTUS EST

E ID QUOD AD EUM PERVENIT.

1) Los términos "pervenire" y "locupletior" en las fuentes jurídicas romanas.

A) El término "pervenire".

El verbo *pervenire* es ampliamente empleado en las fuentes jurídicas romanas. En ellas aparece con el significado de alcanzar, llegar a un lugar, conseguir, obtener, adquirir, o pasar a estar en una determinada situación. Así pues resulta el término idóneo para su utilización indicando que una persona adquiere o un nuevo *status* jurídico o una herencia o legado o algún elemento patrimonial, ya sea en virtud de una causa justa (*ex hereditatis, ex donatione, ex legato, ex dote...*) o por virtud de una causa injusta o *sine causa*.

De un examen de los textos que nos proporciona el Archivo informático de las Fuentes de Derecho Romano de Linz¹⁰¹⁷, verdadero V.I.R. de finales del siglo XX, obtenemos que el término *pervenire* aparece utilizado en infinitivo en 65 ocasiones en el Digesto, en 52 en el Código, en 3 en las Instituciones de Justiniano, además de aparecer en las siguientes fuentes prejustinianas: Gai. 3,10; P. Sent. 4,12,2; Coll. 16,2,10; IPS. 4,1 & 6; Deo Auct. 2; Tanta, pr.; G.E. 1,1,4; 2,4,1; 2,7,8; ETH. CXIII. La expresión *pervenerant* se recoge en 3 fragmentos del Digesto y en 2 del Código. *Pervenerat* aparece en 7 fragmentos del Digesto y en I. 2,9,1. *Pervenerint* se utiliza 9 veces en el Digesto, 26 en el Código, y en Gai. 1,145 y en Gai. 2,15. *Perveneris* aparece en D. 34,1,18,2. *Pervenerit* se encuentra

¹⁰¹⁷ Archivo informático de las Fuentes de Derecho romano.

en 139 ocasiones en el Digesto, 29 en el Código y en 5 en las Instituciones de Justiniano, así como en Gai. 1,197; 4,77; 4,78; P. Sent. 2,31,2; Coll. 7,5,3; 12,7,3; 12,7,4; en IPS. 3,4,5; en LRB. VI,1. *Pervenerunt* se recoge en 20 ocasiones del Digesto, en 14 en el Código, así como en I. 3,6,10 ; 3,7,4; en Tanta, 12 y en ETH. P.R. *Perveniamus* se utiliza 3 veces en el Digesto. *Perveniant* aparece 10 veces en el Digesto, 17 en el Código, en I. 2,20,8 y 3,2,4, en Gai. 1,28, en IPS 3,3 & 1 y en ETH. XIII. *Perveniat* lo encontramos 58 veces en el Digesto, 25 en el Código, en I. 2,20,23; 3,28,pr., y en LRB. XVIII, 4. *Perveniatur* aparece en 4 fragmentos del Digesto y en uno del Código. *Perveniebant* en C. 6,51,1,3 y en G.A. 6; 7; 8. *Perveniebatur* en D. 40,12,21,1. *Perveniendi* en C. 1,3,36,2. *Perveniens* en 3 fragmentos del Código, en D. 39,3,1,22 y en I. 2,9,1. *Pervenient* en D. 40,4,13,3, en C. 5,4,24 y en F. Vat. 272. *Pervenientes* en C. 1,12,4,6. *Pervenientibus* en C. 6,30,22,8 y I. 3,6,10. *Perveniet* aparece en 14 ocasiones en el Digesto, 4 en el Código y en UEP 2,4. *Pervenietur* 6 veces en el Digesto. *Pervenimus* en el Código, 3 veces. *Pervenirent* en tre fragmentos del Digesto. *Pervenires* en D. 48,18,1,27. *Perveniret* en 20 fragmentos del Digesto, así como en C. 8,18,3, en I. 4,1,3, P. Sent. 4,12,1 y en F. Vat. 252 A. *Perveniretur* se recoge en 2 fragmentos del Digesto. *Perveniri* en 4 del Digesto y en 3 del Código. *Pervenisse* aparece citado en 33 fragmentos del Digesto, en 4 del Código, en Cons. 6,10 y en ETH. CXVIII. *Pervenissent* se recoge en 8 ocasiones en el Digesto y en Gai. 3,73. *Pervenisset* se cita 40 veces en el Digesto, 3 en el Código y en Gai. 252. *Pervenisti*, en 2 fragmentos del Código. *Pervenit* en 186 ocasiones en el Digesto, 29 en el Código, así

como en 4 fragmentos de las Instituciones de Justiniano, en Gai. 1,71 y 4,71, en F. Vat. 58, en P. Sent. 4,1,13, en Coll. 6,4,6 y en Tanta 10; 17. *Pervenitur* en D. 46,1,46,pr. y en C. 7,34,2, *Perveniunt* en 8 fragmentos del Digesto, en 9 del Código, en 5 de las Instituciones de Gayo, en F. Vat. 294,2, en IPS 4,3 & 1, en OMNEM 9 y en G.E. 2,8,5. *Perventum* en D. 50,16,53,2 y en Coll. 14,3,2. *Perventura* en 10 ocasiones en el Digesto y en una en el Código. *Perventuram* en 4 ocasiones en el Digesto. *Perventuras* en C. 1,3,34,1. *Perventurum* en 21 ocasiones en el Digesto. *Pervenimve* en C. 6,44,3. *Perventurus* en 2 textos del Digesto, y, por último, los terminso incompletos *perveniss...* en ETH. LXXXVIII y en ETH. CIX y *perven...* en F. Vat. 252. En total el verbo *pervenire* aparece en 1030 ocasiones en alguna de sus conjugaciones a lo largo de las fuentes jurídicas vistas.

El significado primario del verbo *pervenire*, referido a la idea de conseguir o alcanzar algo, aparece muy gráficamente en D. 8,3,23,1 (Paul. 25 ad Sab.) en el que se alude a la constitución de una servidumbre de navegación a través de un lago situado en el interior del fundo sirviente para así alcanzar la otra orilla: "*si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vecinum imponi potest*". A título de ejemplo, en este sentido de desplazamiento físico para alcanzar un lugar o espacio físico o geográfico *pervenire* aparece en D. 28,5,5,pr., en D. 9,2,27,8, en Coll. 12,7,3, en D. 39,3,1,22 o en D. 40,7,34,1 ("*...possit in Hispaniam pervenire...*").

Proporcionalmente, dicho verbo aparece utilizado en mayor medida cuando se trata de la consecución de un nuevo status

personal, como es el *status libertatis* (*ad libertatem pervenire*: D. 40,1,4,7) o el *status civitatis* (Gai. 1,27; Gai. 3,73), o como el derivado de alcanzar una determinada edad (D. 34,3,28,8) o la pubertad (Gai. 1,145), o el alcanzar una determinada graduación en la Administración o en el Ejército (C. 12,27 (26),1,pr.). Incluso se utiliza cuando se alcanza otra situación que no necesariamente ha de ser mejor sino que incluso puede suponer una *capitis deminutio maxima* como es el quedar cautivo de los enemigos (D. 49,15,22,pr.).

Pero lo que aquí nos interesa es subrayar el empleo del verbo tanto por las juristas clásicos como por los justinianos para aludir a la entrada efectiva de un patrimonio o de elementos patrimoniales determinados en virtud de un título jurídico justo o injusto o, incluso, *sine causa*.

En este sentido general de adquisición de elementos patrimoniales aparece, por ejemplo, en D. 33,4,2,1 respecto a frutos que han de ser restituidos, o en D. 34,3,26 en el que se hace referencia a lo que adquiere el tutor *ex tutela*, o, a lo adquirido por razón de la dote de la mujer en D. 11,7,20,pr., o respecto a lo sustraído por la mujer al marido y que es adquirido de este modo por ésta (D. 25,2,5,pr.) y que es objeto de la *actio rerum amotarum*.

También cuando se trate de la adquisición de una herencia o de elementos patrimoniales *ex hereditate*, o de un legado aparece en gran número de textos¹⁰¹⁸ el verbo *pervenire*.

¹⁰¹⁸En su conjunto estos textos en los que se alude a la adquisición de una herencia o bien a una adquisición *ex hereditatis* son los siguientes: D. 36,1,17,5; D. 50,16,97,pr.; D. 15,1,37,pr.; D. 36,1,26,pr.; D. 36,1,28,2; D. 36,1,28,4; D. (continúa...)

En todos esos supuestos de adquisiciones que supongan un enriquecimiento patrimonial, justo o injusto, debe destacarse el empleo en tal caso expresiones como "(id) quod ad eum pervenit" o "quid ad eum pervenit" o "quidquid ad eum pervenit", entre otras, las cuales cumplen una función delimitadora del objeto de la acción de naturaleza reipersecutoria que, llegado el caso, según los supuestos, se ejercite contra el receptor de aquello.

Los textos al respecto son numerosos, pero baste aquí recoger los contenidos en D. 13,1,4; D. 39,1,20,8; D. 43,3,15,1; D. 13,1,4,pr.; D. 16,3,1,47; D. 18,4,2,1; D. 24,3,64,pr.; D. 24,3,64,6; D. 30,11,pr.; D. 14,4,9,2; D. 42,8,6,12; D.

¹⁰¹⁸(...continuación)

30,16,1 (diferencia entre adire la herencia y pervenire la mima); D. 50,16,171,pr.; D. 13,5,31,pr.; D. 32,40,1; D. 36,1,80,10; 12; D. 49,14,3,3; D. 4,2,20,pr.; D. 28,4,4; D. 30,78,pr.; D. 33,4,2,1; D. 36,1,17,1; D. 36,3,1,18; D. 43,16,1,pr.; D. 45,1,50,1; D. 4,2,17,pr.; D. 4,3,27,pr.; D. 43,16,9,pr.; D. 32,83,pr.; D. 40,5,14,pr.; D. 31,62,pr.; I. 4,12,1; C. 2,3,30,pr.; C. 5,70,7,7; D. 4,2,19,pr.; D. 4,3,26,pr.; D. 34,9,23,pr.; C. 6,42,16; D. 42,1,44,pr.; D. 29,4,10,2; D. 38,16,10,pr.; Gai. 1,192; C. 3,38,12,2; C. 5,70,7,3; C. 6,51,1,8; C. 6,51,1,10; D. 47,8,6,pr.; D. 35,2,87,7; C. 1,3,33,pr.; D. 28,3,15,pr.; D. 37,3,15,pr.; D. 37,5,6,pr.; D. 32,37,2; C. 6,30,22,8; D. 28,5,60,7; D. 33,2,4,pr.; D. 30,86,1; D. 47,4,1,16; D. 21,2,41,2; G.E. 2,4,1; C. 5,4,18,2; C. 6,20,20,pr.; D. 28,5,47,pr.; D. 47,4,1,pr.; D. 42,8,10,24; D. 43,26,88; D. 35,2,17,pr.; D. 28,5,47,pr.; D. 44,4,4,28; D. 7,1,35,pr.; D. 18,4,25,pr.; D. 41,3,44,4; D. 18,4,2,3; D. 5,3,20,17; D. 32,41,12; D. 36,1,80,13; D. 36,3,18,pr.; D. 33,4,2,pr.; D. 33,4,2,1; D. 36,1,34,pr.; C. 3,28,12,pr.; D. 34,5,7,1; D. 32,29,2; D. 36,1,33,pr.; D. 35,2,87,7; D. 32,103,pr.; D. 35,2,25,pr.; D. 30,11,pr.; D. 3,6,5,pr.; D. 4,2,20,pr.; D. 4,2,16,2; D. 4,4,7,5; D. 14,4,7,5; D. 18,4,2,2; D. 18,4,2,4; D. 29,4,12,1; D. 36,1,1,17; D. 37,5,5,pr.; D. 39,1,20,8; D. 40,5,24,14; D. 40,7,6,4; D. 42,8,10,24; D. 43,4,1,8; D. 43,16,3,pr.; D. 43,16,1,15; 1,19; D. 43,16,1,48; 3,pr.; D. 43,16,16,pr.; D. 43,24,15,3; D. 43,26,8,8; D. 47,8,2,27; D. 50,17,44,pr.; D. 50,17,157,2; D. 4,2,17; D. 35,2,1,13; D. 43,1,4,pr.; D. 47,9,4,2; D. 50,17,127; D. 42,8,11; D. 7,9,9,2; D. 42,8,11; C. 2,30,1; C. 2,48 (47),2; C. 8,4,2,pr.; P. Sent. 4,1,13; IPS. 4,3 & 1.

43,16,1,19; D. 43,16,3,18; D. 43,16,3,18; D. 43,16,16; D. 43,16,4¹⁰¹⁹; D. 35,2,22,1; D. 42,8,25,1; D. 50,16,171; D. 50,17,38.

En particular traemos a colación D. 13,1,4 (Ulp. 41 Sab.) y D. 50,16,171 (Pomp. 30 ad Sab.).

Si servus "vel filiusfamilias" furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest. (D. 13,1,4).

Pervenisse ad te recte dicitur, quod per te ad alienum pervenerit, ut in hereditate a liberto per patronum filium familias patri eius adoptivo adquista responsum est. (D. 50,16,171).

Ahora bien, junto a ese empleo de expresiones como "(id) quod ad eum pervenit" u otras semejantes en el sentido visto, aparece algo que es de la mayor trascendencia para nuestra tesis, y es el empleo de dichas expresiones en un sentido limitativo de la responsabilidad derivada de un ilícito que da lugar a una acción penal privada, ya que en numerosos textos del Digesto se dice que dichas acciones penales privadas se ejercitan también contra el heredero del reo (ex dolo defuncti), o contra éste último transcurrido un año del hecho, pero sólo por el "id

¹⁰¹⁹Estos 4 últimos fragmentos se refieren al interdicto "unde vi" y delimitan el objeto de lo que el demandado por el interdicto o su heredero han de restituir.

quod ad eum pervenit".

Nos encontramos entonces con una verdadera cláusula de estilo que aparece en diversas ocasiones como "coletilla" final al término de los títulos que tratan de las respectivas acciones penales. En este sentido adelantamos lo que luego será objeto de estudio¹⁰²⁰: el empleo de esa cláusula de estilo es algo muy querido por la comisión de Triboniano, si bien, no siempre estamos ante una frase puramente creada y colocada en el lugar adecuado por Triboniano sino que también aparece en textos muy seguramente auténticos pero que se adecuaban perfectamente a los propósitos de los justinianos.

No pretendemos todavía entrar en este tema que requiere, como se verá, un estudio de la doctrina romanista de este siglo, sino que aquí lo que queremos indicar son los textos en los que se recoge esta cláusula de estilo y las claves que, desde el punto de vista lingüístico, se presentan.

En concreto esta cláusula de estilo con función limitadora de la responsabilidad aparece ocasiones en el Digesto de Justiniano: así tenemos los siguientes textos:

Haec actio heredi "ceterisque successoribus" datur, quoniam rei habet persecutionem . in heredem datur "et ceteros" in id, quod pervenit ad eos, datur non inmerito: 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.

¹⁰²⁰4): La cláusula justiniana "in id quod ad eum pervenit".

4,2,16,2; Ulp. 11 ad ed.).

Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum (es decir, contra el dueño) de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur. (D. 4,3,15,2; Ulp. 11 ed.)¹⁰²¹.

Haec actio in heredem "et ceteros successores" datur dumtaxat de eo, quod ad eos pervenit. (D. 4,3,17,1; Ulp. 11 ed.).

Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur nec heres vel alius successor, nisi in id, quod ad se pervenit... (D. 15,1,21,2; Ulp. 29 ed.).

Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat, quod ad eum pervenit. (D. 14,4,7,5; Ulp. 29 ed.).

...Nam et circa rerum amotarum actione filiae familias nomine in id, quod ad patrem pervenit competit actio de peculio. (D. 15,1,3,12; Ulp. 29 ed.).

Heredem eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, in solidum legatorum actione teneri constat: magis est enim

¹⁰²¹El texto se puede contraponer con el fragmento inmediatamente anterior (D. 4,3,15,1) en el que se alude al lucro obtenido por los administradores de los municipios. En tal caso, "si quod ad eos pervenit ex dolo eorum", procede la correspondiente acción de dolo contra ellos. La cláusula, sin el tecnicismo derivado del añadir al principio la preposición "in" no tiene aquí el efecto limitativo de la responsabilidad de los administradores de los bienes municipales sino que es meramente descriptiva del objeto de la acción de dolo. También se puede apreciar este sentido en D. 16,3,1,47, en D. 18,4,2,4, o en D. 35,2,22,1.

rei persecutionem quam poena continere, et ideo et perpetuam esse. hoc autem ita est, nisi propter dolum defuncti conveniatur heres: tunc enim in id, quod ad eum pervenit, conveniretur. (D. 29,4,12,1; Ulp. ed. 50).

Non tantum autem si heredem quem scripsero, potero rogare, ut heredem faciat aliquem, verum etiam si legatum illi vel quid aliud reliquero: nam haectenus erunt obligati, quatenus quid ad eos pervenit... (D. 36,1,18 (17),2; Ulp. 4 Fideic.).

Plane si quaeretur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est Labeonem existimasse in id, quod ad eum pervenit dumtaxat dari oportere vel si quid dolo ipsius factum sit, quo minus perveniret. nonnulli putant in factum esse dandam quam interdictum, quod verum est. (D. 39,1,20,8; (Ulp. 71 ed.).

Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur competit (...) sive igitur ipse fraudatur sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, dolove malo eius factum est, quo minus perveniret. (D. 42,8,10,24; Ulp. 73 ed.).

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes "similesque personas" dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit... (D. 43,4,1,8; Ulp. 72 ed.).

Ex causa huius interdicti in heredem, et bonorum possessorem, ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit. (D. 43,16,1,48; Ulp. 69 ed.).

Quod est et si quis armis deiectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur: sufficit enim non in lucro versari in heredem, non etiam damnum subire... (D. 43,16,3,pr.; Ulp. 19 ed.).

Heres quoque simili modo debet in factum actionem suscipere in id, quod ad se pervenit. (D. 43,16,3,18; Ulp. 69 ed.).

Hoc interdictum in heredem "ceterosque successores" datur in id quod ad eos pervenit. et post annum non competit. (D. 43,24,15,3; Ulp. 71 ed.).

Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse, ut, sive habet, sive dolo fecit, quo minus haberet, vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit. (D. 43,26,8,8; Ulp. 71 ed.).

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 eos pervenit, quia putavit sufficere conditionem. (D. 47,8,2,27; Ulp. 61 ed.).

Totiens in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo. (D. 50,17,44; Ulp. 29 ed.).

In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte qua heres est. (D. 50,17,157,2; Ulp. 70 ed.)¹⁰²².

Nisi quatenus ad eum pervenit. (D. 42,5,10; Ulp. 69 ed.).

Hae actiones heredibus dantur, in heredes eatenus dandae sunt, quatenus ad eos pervenit. (D. 47,9,4,2; Ulp. 66 ed.).

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit. (D. 42,8,11; Venuleio Saturnino, 6 interd.).

Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intelligendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere. (D. 4,2,19; Gai. 4 ed. prov.).

In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, id est,

¹⁰²²Es un texto que claramente se debe a la mano de los justinianeos. Se pretende rechazar la orientación de Derecho helenístico y bizantino dirigida a limitar la responsabilidad del heredero ex dolo defuncti también en el campo de las obligaciones derivadas de los contratos. Sobre este punto Rotondi. Dolo ex contractu, dolo ex delicto. op. cit. infra p. 643

quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit. (D. 4,3,26; Gai. 4 ed. prov.)

Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores eius in solidum, aliquin in quantum ad eos pervenit conveniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur (C. 4,17,1; Diocleciano y Maximiano, 294-305).

De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed¹⁰²³ quantum ad eos pervenit, quodsi res exstent, domini vindicatione uti non prohiberis. (C. 5,21,3; Diocleciano y Maximiano. 293-304).

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum utilis annus excessit, certissimi iuris est, et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit. (C. 8,4,2; Diocleciano y Maximiano, 293-304).

Destacamos el hecho de que de los fragmentos del Digesto que incluyen esta cláusula, todos menos tres, se obtienen de los comentarios de Ulpiano al edicto del Pretor, y que de los

¹⁰²³Como vemos en el texto (ed. Mommsen-Krueger), a pesar de aparecer la cláusula consabida con una función limitativa de la responsabilidad que le corresponde al heredero, no se incluye la partícula in. Sin embargo en la edición bilingüe de latín y castellano de I. L. García del Corral se incluye en la transcripción de este texto una nota de pie de página (Tomo IV, p. 625, n.8) en la que se indican diferentes ediciones del Código en las que sí se incluye la preposición in.

tres restantes, dos son tomados de los comentarios de Gayo al edicto del Pretor provincial. En este sentido, Levy¹⁰²⁴ considera que la cláusula "id quod ad eum pervenit" es un tecnicismo que está presente como tal en el edicto del Pretor mientras que la expresión "in quantum locupletior factus est" u otra similares, a las que a continuación aludiremos, constituyen más bien el resultado de la literatura escolástica o de resolución de problemas por parte de la jurisprudencia a la hora de enfrentarse con casos en los que en el edicto del Pretor se mencionaba aquel tecnicismo.

Además, vemos la misma expresión (id quod ad eum pervenit) en dos constituciones imperiales de Diocleciano, lo que prueba que estamos ante una cláusula conocida y utilizada ya en la cancillería imperial en la época de Justiniano.

B) El término "locupletior".

El término locuples se presenta con el significado de rico o solvente. Así también el verbo correspondiente, locupletiore, alude a hacerse rico, a obtener un enriquecimiento. No nos debe extrañar que a partir de aquí surjan expresiones que son utilizadas en las fuentes jurídicas para aludir al enriquecimiento obtenido por alguien en virtud de alguna causa y, singularmente, cuando se trata de un enriquecimiento basado en una causa injusta.

¹⁰²⁴infra p. 631

Locuples aparece en 26 ocasiones en el Digesto y también en Gai. I,192. Locupletari se cita en 2 fragmentos del Digesto. Los términos locupletata, locupletatum, locupletatus y locuplete, respectivamente, en un fragmento del Digesto cada uno. Locupletem se utiliza en 8 fragmentos del Digesto, locupletentur en 7 fragmentos del Digesto y en uno del Código. Locupleti, aparece en D. 4,4,11,5. Locupletibus en un fragmento de Digesto y en otro del Código. Locupletior aparece en 90 ocasiones en el Digesto, 8 en el Código, en I. 2,8,2 y en las siguientes fuentes prejustinianas: Gai. 2,84;; P. Sent. 1,4,2A; P. Sent. 1,9,4A; P. Sent. 2,23,2. Locupletiore se recoge en D. 24,1,21,pr. Locupletiozem en 17 fragmentos del Digesto y en uno del Código. Locupletiores en 9 fragmentos del Digesto, en 2 del Código, en I. 3,7,2 y en Gai. 3,42. Por último, locupletoribus, locupletis, locupletissimus, locupletius y locupletum son expresiones que aparecen citadas a lo largo de 5 fragmentos del Digesto y uno del Código.

De entre todos los términos anteriores el que más nos interesa es el de locupletior (res), que viene a significar ser más rico, enriquecerse. En este sentido, aparece en numerosos textos en los que se alude a un enriquecimiento injusto o sin causa que constituye el objeto de una acción reipersecutoria. Así, por ejemplo, en textos que hacen referencia al enriquecimiento producido en las donaciones entre cónyuges, dentro del título 21 relativo a las donaciones entre cónyuges, recogemos D. 24,1,33,1, en el que se alude a la concesión gratuita de una pensión anual por la mujer al marido y en el que se dice que no sólo la mujer puede reivindicar lo que quede en

poder del marido sino que también puede "condicere" (contra el marido) "in quantum locupletior factus est" ; es decir, con dicha expresión se está delimitando el objeto de la *condictio*¹⁰²⁵. O en C. 5,12,20 (Diocleciano y Maximiano, 294-305) en el que se dice que " por razón de las cargas del matrimonio son de lucro del marido los frutos de toda la dote, que él mismo percibió, o que si por causa de donación le permitió a la mujer que los percibiera, in quantum locupletior facta est, posse agere, manifestissimi iuris est".

Por otro lado recogemos también el fragmento contenido en D. 13,6,3, respecto del pupilo comodatario que se ha enriquecido, ya que, aunque no pueda ejercitarse contra él, sin más, la acción de comodato (D. 13,6,2) si cabe una acción útil: "Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum divi Pii rescriptum"¹⁰²⁶.

Entre las expresiones "id quod pervenit" (o semejantes) y "locupletior factus est" (o semejantes) aparece, en principio, un matiz diferenciador importante. Vimos en la relación de textos que hizimos a propósito de la primera expresión que con el verbo "pervenire" se está aludiendo claramente a un valor patrimonial que ha llegado y que se retiene en un patrimonio. Este carácter aparece por el contrario más difuminado en las expresiones que utilizan el término *locupletior*. Aquí puede haber enriquecimiento inmediatamente producido por un valor patrimonial que ha entrado

¹⁰²⁵Sabemos que la *condictio* por su origen debe dirigirse a la obtención de un *certum* pero, como veremos luego, Kaser admite que a lo largo del Derecho clásico se van desarrollando *conditiones* dirigidas a un *incertum*. Es un tema muy complejo que tratamos en p. 640.

¹⁰²⁶Cfr. también D. 26,8,1,pr.; D. 26,8,5,pr.

en el haber de una persona, tal y como ocurre en D. 42,8,6,11, o en D. 47,8,2,7, pero también puede ocurrir que el enriquecimiento no obedezca, como causa y efecto, a una determinada entrada de un elemento patrimonial, en cuyo caso no resulta oportuna la utilización del verbo *pervenire*¹⁰²⁷. El término *locupletior* permite incluir otros supuestos de enriquecimiento injusto no derivados directamente de aquella entrada de valores patrimoniales: así ocurre en D. 46,3,66, en el que se nos refiere el caso de una persona que sin ser deudor de un pupilo le paga a éste la deuda que tiene contra un tercero. No hay ninguna entrada patrimonial pero el hecho es que el pupilo se ha enriquecido al quedar liberado de su deuda con ese tercero y, de este modo se dice: "...Si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iusso contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur". También en D. 3,5,4 (Gayo, 3 ed. prov.) se dice:

Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius, quod gessit patitur.

Como vemos, tampoco queda claro que el enriquecimiento del pupilo se deba a una adquisición determinada de elementos

¹⁰²⁷Todo ello no puede de dejar de tener un efecto importante a la hora de enjuiciar cuál es la verdadero objeto de las acciones contra el heredero *in id quod ad eum pervenit*.

patrimoniales sino que se alude genéricamente a un enriquecimiento obtenido como consecuencia de una gestión.

Por otro lado las expresiones de estilo que giran en torno a *locupletior* aparecen empleadas también en numerosas ocasiones en las fuentes en un sentido delimitador o limitativo de la responsabilidad de quien ha obtenido un enriquecimiento injustificado, al igual que ocurría con la cláusula "*in id quod ad eum pervenit*".

Traemos así a colación, en primer lugar, un texto que puede entenderse tanto como descriptivo del objeto de la correspondiente acción reipersecutoria como limitador de la responsabilidad de la persona contra la que se ejercita. En D. 6,1,52 (Juliano, 55 Dig.) se establece lo siguiente:

Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, hedes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debet, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt.

Cabe destacar de entre los textos en los que se emplean estas expresiones con carácter limitativo de la responsabilidad aquellos en los que se pretende limitar la responsabilidad de tipo penal del heredero o del menor o del autor de un delito sancionado con una acción penal anual si ha transcurrido el año

para su ejercicio¹⁰²⁸.

Tenemos D. 4,3,13,1¹⁰²⁹; D. 25,2,3,4¹⁰³⁰; D. 39,4,4,pr.¹⁰³¹; D. 4,3,26,pr.¹⁰³²; D. 4,3,28,pr.¹⁰³³; D. 9,2,23,8¹⁰³⁴; D. 42,8,6,11¹⁰³⁵; D. 47,8,2,27¹⁰³⁶.

¹⁰²⁸Naturalmente que es un tema debatido el de la interpolación de todos o de algunos de estos textos en los que se afirma el ejercicio de la propia acción penal contra las personas citadas por cuanto se han enriquecido injustamente a costa de un acto ilícito. Es un tema que requiere una exégesis de textos y también un estudio de la evolución de las acciones penales privadas a lo largo del Derecho romano clásico y justiniano. Aquí, como anteriormente al referir los textos en los que se limita la reresponsabilidad penal de una persona "in id quod ad eum pervenit" no se pretende más que recoger los textos esenciales al respecto.

¹⁰²⁹Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. ego arbitrator et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, "maxime si locupletior ex hoc factus est".

¹⁰³⁰Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt, de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia "de dote agat", non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere; Proculus ait, nisi quatenus ex re pater locupletior sit.

¹⁰³¹Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait, in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem.

¹⁰³²p. 480 ss. y p. 676 ss.

¹⁰³³Itaque 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.

¹⁰³⁴Respecto de la actio ex lege Aquilia: Hanc actionem et heredi "ceterisque successoribus" dari constat: sed in heredem "vel ceteros" haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

2) La responsabilidad del heredero por delito del causante en las acciones penales privadas en el Derecho romano: planteamiento de problemas.

El Derecho romano contiene el principio de la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas: estamos ante el resultado de una metodología jurídica que deslinda el campo del Derecho penal presidido por el principio de la personalidad de la pena del campo del Derecho patrimonial presidido por el principio de que todo enriquecimiento patrimonial a costa de otro requiere de una justa causa.

El heredero del autor de un delito que recibe de éste un elemento patrimonial que proviene a su vez de ese delito (ex dolo defuncti) no puede responder penalmente, ya que dicha responsabilidad se anuda en la persona del delincuente, pero tampoco puede retener aquello que llegó a su poder y que procede de una turpis causa.

De este modo aparece un posicionamiento de dos principios jurídicos que han de articularse en la norma positiva del modo que se pueda obtener la solución más justa.

La cuestión, tal y como se vió en el capítulo cuarto,

¹⁰³⁵(...continuación)

¹⁰³⁵Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici is, qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. in hos tamen, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

¹⁰³⁶infra p. 702 ss.

se circunscribe a la posibilidad o no de ejercitar una acción contra el heredero antes de que tenga lugar la *litis contestatio* ya que, después de la misma, la obligación que nace del delito se sustituye por la obligación procesal, de naturaleza estrictamente patrimonial, de satisfacer el importe de la condena pecuniaria para el caso de que el *iudicatum* sea liberatorio.

Pero esto no hace sino agravar más el problema porque se habla entonces de hacer responder, aún en cierta medida, al heredero, por virtud de unos hechos de los que el causante no fue ni condenado y ni siquiera juzgado. Por consiguiente puede decirse que, de alguna manera, a través de la acción que se da contra el heredero se va a juzgar al causante porque la sentencia que estime la responsabilidad patrimonial del heredero necesariamente ha de presuponer la culpabilidad delictual del causante. En otras palabras: una sentencia condenatoria contra el heredero por razón de lo que a él llegó por causa del delito de su causante va a implicar, a los ojos de la comunidad, una especie de condena *post mortem* del causante, aunque dicha "condena" sólo afecte ya al buen nombre del difunto.

El tema de las acciones dirigidas contra el heredero por razón del enriquecimiento obtenido en virtud del delito de su causante contiene serios problemas para la doctrina romanística y se puede decir que es un tema que permanece abierto.

Así, podemos cuestionarnos: ¿la reponsabilidad del heredero se da de igual forma en todos los delitos, tanto de Derecho civil como pretorio?, ¿es clásica o justiniana la medida de la responsabilidad del heredero en virtud del enriquecimiento

obtenido?, ¿se pueden distinguir ya en el Derecho clásico diferentes medidas de responsabilidad por enriquecimiento según el ámbito del Derecho en el que nos encontremos, por ejemplo, según que estemos en el campo de la responsabilidad del pupilo *ex dolo tutoris*, o en el de la responsabilidad del heredero por el delito del causante?, ¿de qué tipo es la acción que se dirige contra el heredero *ex dolo defuncti*?, ¿es una acción *in factum* distinta de la acción penal principal o es la propia acción penal transformada, dada la práctica identidad entre las fórmulas de la acción penal y la acción *in factum* contra el heredero?, ¿se pueden reconocer la existencia de edictos especiales en los que el Pretor anunciaría esas acciones *in factum* contra el heredero en los diversos delitos?, ¿por qué el Derecho romano adoptó la solución de conceder acciones *in factum* y no la de la utilización de la *condictio* a semejanza de la *condictio ex causa furtiva*?, ¿por qué no se empleó la técnica de las extensiones útiles de las acciones penales contra los herederos, o la de la extensión, incluso, de la propia acción penal, como ocurre en al *actio metus* contra terceros?, y, en cualquier caso, ¿las acciones *in factum* contra los herederos participan o no de la naturaleza esencial de las *condictiones*, es decir, se rigen o no por las mismas reglas de la *condictio*?, ¿que sucede si el heredero vende lo que recibió del causante, o lo pierde, o lo gasta?, ¿que relación tienen estos supuestos con la buena o mala fe del heredero?.

Se pueden hacer más preguntas sobre todo este tema. Nosotros nos proponemos arrojar alguna luz sobre estas cuestiones, lo que será objeto de este capítulo de la tesis.

3) Las medidas de responsabilidad "pervenire" y "locupletior factus est" en el Derecho clásico.

A) Consideraciones previas.

En virtud de la relación de textos que hicimos al principio del capítulo no puede dudarse de que, para el Derecho justinianeo, el heredero responde en muchos casos con la propia acción penal principal hasta el límite de lo que llegó a su poder "id quod ad eum pervenit". Nos llama la atención el hecho de que los compiladores incluyesen la referencia a la intransmisibilidad de las acciones penales, salvo "in id", o, "de eo", que llegó al heredero, o en lo que se hizo más rico (locupletior factus est) a través de expresiones que son en la práctica formalmente coincidentes en casi todos los casos y que consisten en frases redactadas en un estilo claro y didáctico¹⁰³⁷.

Nuestra opinión, tal y como se irá viendo a lo largo del capítulo, es considerar que, efectivamente, se da una interpolación sistemática en toda esta materia que obedece a la finalidad específica de utilizar una cláusula estereotipada para fijar la regla de que la responsabilidad del heredero ex dolo defuncti, cuando estamos ante un ilícito extracontractual, debe

¹⁰³⁷Es también muy significativo el hecho de que prácticamente todos los textos del Digesto que se refieren a este punto están sacados de los comentarios de Ulpiano al Edicto, salvo, precisamente, los que nos plantean mayores problemas, que son D. 4,2,19 y D. 4,3,26, relativos a la actio metus y a la actio de dolo, los cuales proceden del comentario de Gayo al edicto del Pretor provincial.

limitarse a la medida de lo que el heredero recibió de su causante frente a lo que ocurre en el campo de los contratos en el que el heredero responde por el *simplum ex dolo defuncti*. Nos encontramos pues en un ambiente jurídico distinto del Derecho clásico, de tal modo que ya no importa la cuestión de la naturaleza de las acciones penales porque se fija definitivamente la función básicamente indemnizatoria de dichas acciones, lo que termina por determinar, bajo la autoridad de Justiniano, la transmisibilidad hereditaria pasiva de la propia acción penal; pero, insistimos, lo que importaba entonces era limitar esa responsabilidad extracontractual del heredero "*in id quod ad eum pervenit*".

Sin embargo, estas consideraciones no tienen por qué determinar que en el Derecho clásico el heredero del delincuente fallecido no respondiese por "*quod ad eum pervenit*". Ahora bien, como veremos, no hay en el Derecho clásico una finalidad limitadora de la responsabilidad sino, todo lo contrario, la responsabilidad *pervenire* que está en el fondo de los textos justinianos nace en el Derecho clásico precisamente con un finalidad opuesta a la de Justiniano: la de hacer responsable al heredero *ex dolo defuncti*, no a limitar esa responsabilidad¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ La cláusula *in id quod ad eum pervenit* es un corolario de la cláusula *quoniam rei persecutionem continent* a la que se hizo referencia, sobre todo, al tratar de la transmisibilidad hereditaria activa de las acciones penales privadas a lo largo del Derecho clásico. (Capítulo quinto. 1)- A). El fondo de la cuestión es el mismo: los justinianos toman esta segunda cláusula, seguramente del lenguaje de la práctica forense clásica para aludir al cambio de función de las acciones penales privadas, lo que a su vez justifica, tanto que la propia acción penal se dirigiese por el heredero de la víctima, como, en cualquier caso, que se pudiese ejercitar la acción, por la víctima o su heredero sin el límite de un año si era una *actio in factum* penal. El presuponer que el heredero del delincuente

B) La tesis de Albertario.

Tal y como se vió en el capítulo quinto¹⁰³⁹, De Francisci demostró que en el el Derecho clásico la propia acción penal no era dirigida contra el heredero sino que, por el contrario, los pretores concedían acciones *in factum* para obtener la restitución de aquello que llegó a su poder.

Después Albertario toma esta tesis, pero va más allá, porque niega no sólo que la propia acción penal se dirigiese contra los herederos sino que, también, niega que la propia medida de la responsabilidad de los herederos por lo que obtuvieron del causante (*id quod ad eum pervenit*, o, *locupletior factus est*) que dicho autor identifica, sin más, con el enriquecimiento obtenido por el heredero *ex dolo defuncti*, sea clásica, siendo-Albertario- producto de los compiladores, o, como mucho, derivada de glosemas postclásicos.

Albertario estudia la responsabilidad por enriquecimiento en diversos campos del Derecho romano¹⁰⁴⁰ para

no responde sino por el *id quod ad eum pervenit* implica llegar a reconocer la transmisibilidad pasiva de la acción penal, que, por lo tanto, desempeña una función reparatoria en sentido amplio y que se dirige contra el heredero, pero con unos límites que se originan en la buena fe con que actuó éste.

¹⁰³⁹Capítulo quinto. 2).

¹⁰⁴⁰Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento. B.I.D.R. 1914, p. 90 ss. [= Studi Albertario IV-2, p. 369 ss.]. Responsabilità post annum e responsabilità degli eredi nell'interdictum unde vi. Rendiconti Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere 1913, p. 298 ss. [=

demostrar que la inclusión de esta medida de responsabilidad obedece a un plan sistemático de Justiniano.

El autor parte de algunos textos que considera esenciales para reconstruir el sistema de la responsabilidad del heredero por delitos del causante en el Derecho clásico. Pero, esto mismo supone que si la interpretación que hace Albertario de esos textos o las derivaciones que quiere hacer de los mismos fallan, se derrumba toda la construcción realizada a partir de ellos. No obstante, debe decirse en favor de Albertario que dicho autor llevó a cabo un profundo examen de los textos relativos a esta materia del que resultan muchas aportaciones que han quedado como incontrovertibles para la doctrina posterior y, sobre todo, se debe constatar el hecho de que Albertario vió claramente el fondo del problema que nos ocupa, como lo vieron, por ejemplo, Levy o Voci, entre otros: detrás de la transmisibilidad de la propia acción penal contra el heredero en la medida del enriquecimiento obtenido por éste está todo el problema de la naturaleza y función de las acciones penales en el Derecho clásico, de lo que deriva, a su vez, el proceso de progresiva

Studi Albertario IV-2, p. 275 ss.]. Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'actio tributaria e nell'actio de peculio. Rendiconti 1913, p. 340 ss. [= Studi Albertario IV-2, p. 289 ss.]. Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse invece delle azioni penali contro l'erede. Rendiconti 1913, p. 449 ss. [= Studi Albertario IV-2, p. 303 ss.]. La responsabilità del pupillo fino al limite del suo arricchimento per il dolo del tutore. Rendiconti, 1913, p. 575 ss. [= Studi Albertario IV-2 p. 321 ss.]. Responsabilità del pupillo derivante dal arricchimento per gli atti compiuti senza l'auctoritas tutoris. Rendiconti, p. 845 ss. [= Studi Albertario IV-2, p. 339 ss.]. Nota al fr. 10 pr. D. Comm. Div. 10,3. (Contributo allo studio della responsabilità nella misura dell'arricchimento). Studi Albertario IV-2, p. 409 ss. La responsabilità del bonae fidei possessor fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti. Studi Albertario IV-2, p. 415 ss.

configuración de la categoría de las acciones mixtas (a la vez, penales y reipersecutorias) que culmina con Justiniano. En este sentido Albertario dice que para los justinianeos las acciones mixtas no lo son- como se dice a veces de modo simple- desde un mero punto de vista cuantitativo (mitad pena, mitad resarcimiento) sino, sobre todo, en tanto en cuanto se contemple el supuesto de una acción de naturaleza penal, por derivar de un delito, pero con una función reipersecutoria. Para Albertario este pensamiento jurídico se plasma sólo en el Derecho justiniano sin que pueda pensarse que arranca del Derecho clásico.

Como dijimos, se toman como punto de partida algunos textos que el autor considera fundamentales para elaborar su tesis. Así ocurre con D. 44,7,35,pr.¹⁰⁴¹, que es un texto seguramente interpolado, en el que se fija la transmisibilidad pasiva de las acciones penales privadas con el fin de privar al heredero del enriquecimiento injustamente obtenido. Así pues se sigue este razonamiento: si en este texto que pretendidamente es genuino por recoger una supuesta opinión de Casio vemos que se trata de una interpolación, existe pues base suficiente para considerar interpolados todos y cada uno de los textos en los que se hace responder al heredero por el delito del cuasante en la medida de su enriquecimiento. Así, indica Albertario refiriéndose a la cláusula "id quod ad eum pervenit" contenida en las acciones

¹⁰⁴¹Una exégesis de este texto fundamental la hicimos en el capítulo correspondiente a la naturaleza y función de las acciones penales privadas en el Derecho clásico en donde se recogen diversas interpretaciones del mismo, además de la de Albertario, y se defiende la tesis de la interpolación esencialmente formal, y no tanto del fondo, del texto. supra p. 62 ss.

in factum contra el heredero que "i testi, che la contengano, sono tutti quanti sospetti"¹⁰⁴².

Por el contrario-Albertario- si bien ha de admitirse con De Francisci que el Pretor concediese acciones in factum contra el heredero del delincuente fallecido, estas acciones no podían ir dirigidas a sacar el enriquecimiento obtenido por el heredero sino que tenían que ir dirigidas por el simplum, es decir, por el importe equivalente al resarcimiento del daño. En este sentido cita expresamente el caso del depósito necesario en el que la acción que se dirige contra el heredero ex dolo defuncti va dirigida, según D. 16,3,1,1¹⁰⁴³, por el simplum. Además, añade, "el contenido de la actio in factum dirigida contra el heredero debía corresponderse al de la actio in factum dirigida después del año contra el autor del delito. Ciò per un evidente criterio di analogia"¹⁰⁴⁴: así, vemos que en la actio metus la acción contra el autor del delito es, post annum, por el simplum(D. 4,2,14,1; C. 9,33,2;3;4;5) y lo mismo ocurre en la actio de turba (D. 47,8,4,8), o en la actio vi bonorum raptorum¹⁰⁴⁵. Posteriormente-Albertario-Justiniano introduce esta medida

¹⁰⁴²Albertario. Nota sulle azioni penali..., Studi, IV,2, op. cit., p. 406.

¹⁰⁴³supra p. 501

¹⁰⁴⁴ Albertario. Nota sulle azioni penali... Studi, IV,2, op. cit., p. 406.

¹⁰⁴⁵No obstante debemos tener en cuenta que la actio metus in simplum o la actio vi bonorum raptorum in simplum son también acciones penales puesto que participan de la estructura propia de las acciones penales por lo que no es admisible una comparación de estas acciones con las acciones in factum contra los herederos, las cuales no son acciones penales. Otra cosa es la actio metus que se dirige por el simplum contra el tercero de buena fe.

de responsabilidad también en los fragmentos en los que se hace referencia a las acciones *in factum* pretorias contra el heredero, así como también respecto de las acciones *in factum post annum* contra el autor del delito, tal y como ocurre, por ejemplo, en el fragmento interpolado contenido en D. 4,3,28 sobre la *actio de dolo*.

En definitiva, concluye Albertario¹⁰⁴⁶ diciendo que "la responsabilidad en los límites del enriquecimiento representa una innovación postclásica penetrada ampliamente a través del trabajo de los compiladores en el *Corpus iuris civilis*. Si- Albertario- como yo espero haber demostrado y demostrar, la responsabilidad *in id quod pervenit* es interpolada en todos los demás campos en donde se encuentra, es lícito atribuirle a los compiladores justinianos también cuando se encuentra en el campo de las acciones penales..." Y termina diciendo que "la mia indagine, che mira a dimostrare come la responsabilità nei limite dell'arricchimento sia una chiara tendenza dell'epoca postclasica e della legislazione giustiniana".

Sin embargo, frente a esta tesis, también defendida y "aggiornata" posteriormente por Longo¹⁰⁴⁷, la generalidad de la doctrina romanista va a volver en gran parte a postulados anteriores a la tesis de Albertario y, así, a defender la clasicidad de la responsabilidad del heredero por el delito del causante por el "*id quod ad eum pervenit*". Otra cosa es el modo en el que se entiende que debía articularse aquella medida de

¹⁰⁴⁶Nota sulle azioni penali... Studi, IV,2, op. cit. p. 408.

¹⁰⁴⁷Contributi alla dottrina del dolo. Padova, 1937. p. 85 ss.

responsabilidad, con respecto a lo cual, la tesis general (tanto en Italia como en Alemania o en España) ha sido la que fue en su día defendida por De Francisci¹⁰⁴⁸ y, en virtud de la cual, se consideraba que el Pretor haría responder al heredero por aquello que a él llegó a su poder a través de la herencia por medio de acciones in factum reipersecutorias por id quod ad eum pervenit.

C) Las tesis de Schulz y Levy.

El tema relativo a la responsabilidad pervenire o locupletior del heredero del delincuente, considerando tal criterio de responsabilidad como objeto de estudio específico, ha sido tratado tradicionalmente por romanistas de lengua alemana, tales como Schulz¹⁰⁴⁹, Levy¹⁰⁵⁰, Maier¹⁰⁵¹, Niederländer¹⁰⁵², Von Lübtow¹⁰⁵³, Siber¹⁰⁵⁴, Kaser¹⁰⁵⁵, y, más

¹⁰⁴⁸De Francisci. Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva... op. cit.

¹⁰⁴⁹F. Schulz. Die actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factus est. Borna-Leipzig, 1905

¹⁰⁵⁰E. Levy. Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht. Berlin, 1915. Die Konkurrenz der Actionem und Personen im klassischen römischen Recht. Berlin, I, 1918, II, 1922.

¹⁰⁵¹G. H. Maier. Prätorische Bereicherungsklagen. Berlin und Leipzig, 1932.

¹⁰⁵²H. Niederländer. Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht. Weimar, 1953.

recientemente, por el holandés Hartkamp¹⁰⁵⁶. Hemos de destacar también la aportación que sobre el particular hacen Voci¹⁰⁵⁷ y Talamanca¹⁰⁵⁸, siendo la obra de éste último, en realidad, una rigurosa recensión a la obra citada de Niederländer a través de una cuidadosa exégesis de textos que, debemos recalcar, nos resulta de especial interés porque no hace sino confirmar la clasicidad de la regla de la responsabilidad limitada al enriquecimiento obtenido en diversos campos del Derecho romano.

En particular, Schulz¹⁰⁵⁹ y Levy¹⁰⁶⁰ ven el origen, o al menos, el antecedente de la responsabilidad pervenire en la legislación republicana en materia de crimen de repetundis¹⁰⁶¹.

A este respecto señala Schulz que la actio por el id quod pervenit más antigua y por nosotros conocida pertenece al procedimiento "de repetundis": "la lex Servilia (justo antes del

¹⁰⁵³Der Edikstitel "Quod metus causa gestum erit", Greifswald, 1932, p. 158 ss. Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischen und geltenden Recht, Berlin, 1952. Recensión a Niederländer (Die Bereicherungshaftung im klassischen Recht), IURA, V, 1954, p. 262 ss.

¹⁰⁵⁴H. Siber. Römisches Privatrecht. Darmstadt, 1968, p. 222 ss.

¹⁰⁵⁵M. Kaser. Das Römische Privatrecht, I², München. 1971, p. 600. Recensión a Maier. Prätorische Bereicherungsklagen. Kritische Vierteljahresschrift, vol 37, 1935.

¹⁰⁵⁶A. S. Hartkamp. Der Zwang im römische Privatrecht. Amsterdam, 1971.

¹⁰⁵⁷P. Voci, Risarcimento e pena... Milano, 1937. También en S.D.H.I., 20, 1954, p. 358 SS. (Recensión a Niederländer).

¹⁰⁵⁸M. Talamanca. In tema di azioni de arricchimento. Archivio Giuridico. 1955, I, p. 33 ss.

¹⁰⁵⁹Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 1 ss.

¹⁰⁶⁰Privatstrafe... op. cit., p. 89.

¹⁰⁶¹supra p. 298 ss.

643) y la siguiente *lex Cornelia* (673), así como la *lex Iulia* (695) ordenaban una especie de procedimiento posterior al proceso de *repetundis* (*quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae*) por virtud del cual si el condenado (aclaramos, por el procedimiento penal principal) se demuestra incapaz de pagar, entonces se hace responsable de la cantidad debida a aquel en cuyas manos ha ido a parar el dinero extorsionado (*ad quos pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit, pervenerit*)¹⁰⁶².

¹⁰⁶²Schulz. Die actiones in id quod pervenit... op. cit. p. 1: el autor cita en este sentido a Mommsen (Römisches Strafrecht & 731,732 = Le Droit Pénal Romain op. cit., III, & 731,732, p. 32-33) el cual destaca, a este respecto, las fuentes siguientes: Cicerón, *pro Cluentio* 41, 116; Cicerón, *pro Rabirio Postumo*, 4,8 ("Iubet *lex Iulia* *persequi ab eis ad quos ea pecunia quam is ceperit qui damnatus sit pervenerit*"..., y 13,37; Cicerón, *Ad familiares*, 8,8,3. Mommsen, distingue según que se actúe contra el heredero, lo que admite que se pueda hacer a través de la propia *actio* de *repetundis* porque -Mommsen- tiene la naturaleza de una *condictio* o contra un tercero por las sumas que le hayan llegado procedentes del crimen, y en todo caso, dada la insolvencia del mismo, ante el propio jurado ante el que se sustanció el proceso principal, a través, no de un *proprium iudicium* sino de una *appendicula causae iudicatae*.

Por su parte Schulz añade a las anteriores fuentes, Cicerón, de *lege agraria*, 2 & 59, en el que se dice que: *aurum, argentum ex praeda, ex manibiis, ex coronario ad quoscumque pervenit neque relatum est in publicum neque in monumento consumptum, id profiteri apud Xviros et ad eos referre (lex) iubet*. Y termina Schulz su cita diciendo que la *lex Acilia*, sin embargo, no contiene, a diferencia de la anterior, una acción contra terceros.

Maier (Prätorische Bereincherungsklagen op. cit., p. 156-157) rechaza que el origen de la responsabilidad *pervenire* deba buscarse en las leyes de *repetundarum*. Por un lado pone de relieve que, con arreglo a estas leyes, para poder actuar contra el tercero que de buena fe adquirió el valor patrimonial que fue obtenido por extorsión es necesario que medie una sentencia condenatoria y sólo por un procedimiento posterior particular, mientras, como sabemos, la acción contra el heredero en las acciones penales privadas por el "*id quod ad eum pervenit*" se ejercita, precisamente, cuando el causante muere antes de la *litis contestatio*.

Kaser en la *recensión* que hace a la obra citada de Maier, en *Krit. Vierteljahresschrift*, op. cit. p. 88), sigue en esto a Maier, y añade que la cláusula *pervenit* designaba en esas leyes no la medida de la responsabilidad sino la persona del responsable para un procedimiento posterior ya que se presuponia

Por otro lado Levy¹⁰⁶³ parte también de este origen o, según se mire, antecedente, y señala que "como sabemos est certissima iuris regula que ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere: esta regla jurídica se rompe verosímilmente desde el Derecho público que deriva de las leyes de repetundis, tal vez influido por el Derecho de la conditio furtiva desde el comienzo del Principado, gradualmente se abre camino la idea de que el heredero no debe obtener del delito de su causante, ciertamente, ningún perjuicio, pero tampoco, ninguna ganancia". Esta idea-Levy- se refleja a lo largo de una evolución que se recoge en diversos fragmentos de Labeo, en el Edicto, y que llega hasta el siglo II d. C.

D) Las fuentes.

que ya había sido juzgado el delincuente. Precisamente el heredero del delincuente no era responsable con esta cláusula sino que era sometido a una verdadera persecución penal en la que valían los mismos postulados que en la responsabilidad del autor del crimen. De todos modos-Kaser- esta responsabilidad del heredero había caído en el olvido ya al principio de la época imperial".

Por otro lado, Maier, que como veremos más adelante, no encuadra la responsabilidad pervenire dentro del sistema de normas de la conditio sino que la hace derivar de la cláusula restitutoria, es decir, tampoco ve posible hacer derivar el que se denomina "su sistema de responsabilidad restituere" (derivado de la cláusula restitutoria de las acciones arbitrarias) de aquellas leyes porque entiende que, seguramente aplicando principios de Derecho penal, que el tercero, en el caso del crimen repetundarum, no queda libre de responsabilidad por pérdida fortuita de la cosa a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad pervenire.

¹⁰⁶³Privatstrafe... op. cit., p. 89 ss.

Concretamente podemos referir, siguiendo la exposición de Schulz¹⁰⁶⁴ y de Maier¹⁰⁶⁵, la siguiente relación de textos de los que, en su conjunto, se puede inducir que la responsabilidad pervenire o locupletior factus est del heredero por razón del delito del causante puede, razonablemente, estimarse como clásica:

1) D. 25,2,3,4 (Paul. 7 ad Sab.), respecto a la actio rerum amotarum:

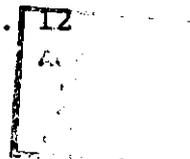
Si filias familias res amoverit, Mela Fulcinius auct de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia "de dote" agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat, sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere; Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

2) D. 4,3,26 (Gai. 4 ed. prov.) y D. 4,3,27 (Paul. 11 ed.) relativos a la actio de dolo:

In heredem eatanus daturum se eam actionem Proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum

¹⁰⁶⁴Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 2 ss.

¹⁰⁶⁵Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 12



hereditas venerit.

dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit.

3) D. 39,4,4,pr. (Paul. 52 ed.), dentro del edicto relativo a los publicanos:

Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait, in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem.

4) D. 39,1,20,8 (Ulp. 71 ed.) respecto al interdictum demolitorium:

Plane si quaeritur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est Labeonem existimasse, in id quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quo minus perveniret. nonnulli putant in factum esse dandam quam interdictum, quod verum est.

5) D. 42,8,6,12 (Ulp. 66 ed.), respecto a la acción pauliana:

Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo nos sit, ignorante domino, ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. et ait Labeo hactenus eum teneri ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur vel si quid in rem eius versus est. eadem in filio

familias probanda sunt. sed si dominus scit, suo nomine convenietur.

6) D. 15,1,3,12 (Ulp. 29 ed.), respecto a la responsabilidad del padre por razón del delito cometido por un hijo.

Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an vero in patrem vel in dominium de peculio danda est, quaeritur. et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. Nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio.

6) D. 43,1,4 (Paul. 67 ed.), respecto a los interdictos anuales:

Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum cum quo agitur pervenit, post annum iudicium dandum, Sabinus respondit.

7) D. 26,9,3 (Pap. 20 quaest.):

Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet: quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. quare

merito Sabinus tributoria actione pupillum
conveniendum ex dolo tutoris existimavit...

8) D. 42,8,11 (Ven. Sat. 6 ad Interd.) respecto al
interdicto fraudatorio:

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem
pervenit.

9) D. 26,8,1 (Ulp. 1 ad Sab.) y D. 3,5,3,4 (Gai. ed.
prov.) que aluden a un rescripto de Antonino Pío respecto a la
responsabilidad del pupilo por negocios realizados sin la
autorización del tutor:

...Et cum quidam auctoritatem accommodaret
pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet,
divus Pius Antoninus rescripsit iure pupilam non
teneri, sed in quantum locupletior facta est,
dandam actionem...

Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum
divii Pii etiam conveniri potest in id quod factus
est locupletior: agendo autem compensationem eius,
quod gessit patitur.

9) Lex Iulia et Papia Popea: Señala Schulz¹⁰⁶⁶ que en
esta ley el objeto de la cláusula pervenire no es otro que fijar
el importe de la reclamación: el marido que con el consentimiento
de su esposa ha liberado un esclavo dotal está obligado, en caso

¹⁰⁶⁶Die actiones in id quod pervenit.... op. cit., p. 10.

de disolución del matrimonio, al pago o a la devolución de todos los beneficios que le hubiere alcanzado por razón de su derecho de patronato. Así resulta de D. 24,3,64,pr.; 6; 7; 10 (Ulp. ad leg. Iuliam et Papiam):

Si vero negotium gerens mulieris non invitae maritus dotalem servum voluntate eius manumiserit, debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit.

Dabit autem, ut ait lex, quod ad eum pervenit. pervenisse accipimus, sive iam exegit, sive exigere potest, quia actio ei delata est.

Adicitur in lege, ut et, si dolo malo aliquid factum sit, quo minus ad eum perveniat, teneatur.

Quod ait lex: QUANTA PECUNIA ERIT, TANTAM PECUNIAM DATO...

10) En el caso del fideicomiso universal el término *pervenire* también aparece en el sentido de determinar el importe de la reclamación y no con una función limitativa de la responsabilidad del demandado, lo que se evidencia por la fórmula que se emplea en el testamento para ordenar tal opción: "a te peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit...restituas." Lo mismo se formulaba respecto del legado universal y en la *stipulatio emptae hereditatis*: D. 31,41,1 (Iavol. 7 epist.).

11) El *Senatusconsultum Iuventianum* que fija para el poseedor de buena fe de la herencia una medida de responsabilidad *pervenire*. Así en D. 5,3,20,6,b) (Ulp. 15 ed.) que recoge el texto de dicho SC. se dice:

pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent...restituere debere.

Y el fragmento 12 añade lo siguiente:

Haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est: eos qui se heredes existimassent. ceterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum...

Maier añade, junto a lo apuntado por Schulz, las siguientes fuentes clásicas y republicanas en las que se menciona una responsabilidad *pervenire*. Así, según Maier tenemos lo siguiente¹⁰⁶⁷:

12) El proyecto de la *lex agraria servilia* (a. 64 a. C.) preveía la siguiente disposición¹⁰⁶⁸:

quod ad quemque pervenit pervenerit ex

¹⁰⁶⁷Continuamos con la misma enumeración iniciada anteriormente.

¹⁰⁶⁸Cicerón, de *lege agraria* 1,4,12

praeda..., quod... neque in aerarium relatum sit, id ad decemviros referri.

13) La ley municipal de Malaca¹⁰⁶⁹ establecía que:

quae pecunia publica... ad se in suo magistratu pervenerit... in diebus XXX proximis, quibus ea pecunia ad eum pervenerit, in publicum municipum eius municipi eam referto.

14) La caución del concejo municipal de Tarento reza como sigue¹⁰⁷⁰:

quae pecunia publica... ad se in suo magistratu pervenerit, eam pecuniam... salvam recte esse futuram.

15) En el caso de compra de una herencia el comprador estipulaba del siguiente modo al hacer la compra¹⁰⁷¹:

quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat.

¹⁰⁶⁹supra p. 315

¹⁰⁷⁰Lex Tarent. 10 ss., 17.

¹⁰⁷¹Gai. 2, 252; D. 45, 1, 50, 1; D. 50, 16, 97; D. 15, 1, 37, pr.; D. 18, 4, 2, 3.

16) El edicto de los ediles curules¹⁰⁷² y-Maier siguiendo a Lenel¹⁰⁷³ -posiblemente también la actio redhibitoria proponían entre otras cosas:

sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem...restituatur (pervenit ad A A...restituatur).

17) El vendedor cuando el esclavo vendido, es objeto de la actio redhibitoria, podía pedir una caución, la cual era tanto materialmente, como en la fórmula, semejante a la relativa al comprador de una herencia¹⁰⁷⁴.

si quid ex eo quod egerit (sc. servi nomine), ad eum pervenerit dolove malo eius factum sit, quo minus perveniret.

18) El edicto "si is qui testamento liber esse iussus" (Lenel & 135) castigaba a la persona liberada por testamento de la siguiente forma¹⁰⁷⁵:

si dolo malo eius factum esse dicetur, quo minus ex his (testatoris) bonis ad heredem aliquid

¹⁰⁷²D. 21,1,1,1.

¹⁰⁷³EP³. p. 559.

¹⁰⁷⁴D. 21,1,21,2.

¹⁰⁷⁵D. 47,4,1,pr.

perveniret.

19) El edicto fabiano establece lo siguiente a tenor de D. 38,5,1,pr. (Ulp. 44 ed.):

Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur, sive testamento facto sive intestato libertus decesserit, quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.

20) Por último, Maier nos ofrece también la siguiente fuente literaria que se refiere a la definición que Cicerón da de la hereditas (Cic. Top. 29):

pecunia quae morte alicuius ad exemplum pervenit iure¹⁰⁷⁶.

21) Por otro lado, Voci¹⁰⁷⁷ después del examen que hace de los diversos textos en los que aparece la responsabilidad pervenit del heredero por delito del causante, considera que la prueba de que estamos ante un criterio de responsabilidad clásico viene dada por un fragmento que está fuera de las sedes materiae de las acciones penales. Voci acepta al respecto la interpretación que del fragmento da Maier y rechaza la de

¹⁰⁷⁶Cfr. con D. 48,22,3.

¹⁰⁷⁷Risarcimento e pena... op. cit., p. 203.

aquellos autores que dan el texto por interpolado¹⁰⁷⁸. El texto es el contenido en D. 40,13,2 (Marcel. Digest. 24):

Servum quis per vim a Titio accepit et testamento liberum esse iussit: quamquam solvendo decesserit, non erit ille liber: alioquin fraudabitur Titius, qui non procedente quidem libertate cum herede eius agere potest. at si ad libertatem servus pervenerit, nullam actionem habiturus est, quia nihil videbitur heres ex defuncti dolo consecutus.

Señala Voci que, por lo tanto, sólo se ejercita la acción contra el heredero si realmente ha llegado algo a su patrimonio y no, en cualquier caso, por el *simplum*.

Por último, desarrollamos el siguiente argumento de Levy y Rotondi, respectivamente¹⁰⁷⁹, en favor del carácter clásico, o, al menos, prejustiniano, de la responsabilidad pervenire frente a la idea de Albertario de que el heredero

¹⁰⁷⁸Beseler. (Tijdschrift II, p. 52; cit. Voci) considera interpolado el fragmento desde alioquin en adelante. Longo (Contributi alla dottrina del dolo op. cit. p. 121) sigue la tesis de Beseler.

¹⁰⁷⁹Levy. Privatstrafe... op. cit., p. 112, n. 6 señala que "dass aber Tribonian der Schöpfer des Emblems sei, ist wegen Inst. 4,3,9 und 4,12,1 sehr unwahrscheinlich". Cfr. también, p. 135 ss.

Por otro lado Rotondi (Dalla Lex Aquilia al art'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche Storico-Dogmatiche. Rivista del Diritto commerciale, vol. 14, 1916. p. 964 ss.) también se refiere al despropósito de I. 4,3,9 en relación con la *actio ex lege Aquilia*, el cual obedece a un deseo de los compiladores de adecuar, de una vez por todas, la estructura de la acción a su verdadera función indemnizatoria.

En conclusión: las cláusulas que determinan la responsabilidad del heredero por el *id quod pervenit*, o por el *locupletior factus est*, son, necesariamente, prejustinianas.

responde por el *simplum* en el Derecho clásico: en D. 47,8,2,27, relativo a la *actio vi bonorum raptorum*, y en D. 9,2,23,8, relativo a la *actio ex lege Aquilia*, después de reafirmarse en dichos textos la intransmisibilidad pasiva de esas acciones por ser penales, se utilizan casi las mismas palabras para aludir a una responsabilidad del heredero por el enriquecimiento obtenido en virtud del delito del causante. Sin embargo, nos encontramos ante acciones que Justiniano engloba en I. 4,4,3,9¹⁰⁸⁰, de acuerdo con el dogma de la *natura actionis*, dentro de la categoría de las acciones mixtas (penales y reipersecutorias); y no se puede dudar de que la categoría de las acciones mixtas, en virtud de las cuales, se distingue resarcimiento (*res-simplum*) y pena (lo que excede de aquello) son una invención justiniana que aparece así configurada en las Instituciones de Justiniano. Pues bien, he aquí la contradicción: si Justiniano establece en I. 4,4,19 que en dichas acciones el heredero responde por la *res* (es decir, transmisibilidad ilimitada) no vemos como puede decirse en D. 47,8,2,27 y en D. 9,2,23,8 que el heredero puede o debe responder por razón del enriquecimiento obtenido (*locupletior*). Además, D. 47,8,2,27¹⁰⁸¹ parece un texto que recoge genuinamente la opinión de Ulpiano, a pesar de que pueda estar formalmente retocado por los compiladores.

Estamos pues ante una contradicción evidente que no

¹⁰⁸⁰*Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur, poena autem tripli est. Sed et legis Aquiliae actio de damno iniuriae mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum est et si in simplum quisque agit...*

Cfr. también, I. 4,3,9 respecto de la *actio ex lege Aquilia* e I. 4,2,pr. respecto a la *actio vi bonorum raptorum*.

¹⁰⁸¹infra p. 702

puede sino dejar traslucir el carácter, en cualquier caso prejustiniano, de la responsabilidad *pervenit* o *locupletior factus est*.

De todos los textos que hemos ido viendo a lo largo de las páginas anteriores, se puede sacar una primera conclusión: puede ocurrir que más de uno de los recogidos en el Digesto haya sido objeto de una interpolación que afecte al contenido del mismo, pero, de la consideración de todos los textos arriba reseñados, no puede negarse un fondo clásico básico que nos permite admitir la clasicidad de un criterio de responsabilidad determinado, en ciertas áreas del Derecho romano, por la medida de lo que ha llegado al patrimonio de alguien, o bien, de su enriquecimiento en función de un punto temporal determinado.

E) Epoca en que aparecen las acciones in id quod ad eum pervenit.

Respecto a la época en la que aparecen las acciones dirigidas a la restitución de *quod ad eum pervenit* contra el heredero del que cometió el delito, Schulz¹⁰⁸² dice que no cabe que fuesen anteriores a Labeo que es el jurista que introduce la acción contra el heredero del publicano que "*vi ademerit*" (D. 34,4,4,pr.), y que el principio general según el cual el heredero debía de responder en caso de enriquecimiento a costa del delito

¹⁰⁸²Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 4.

del causante aparece posteriormente. Por otro lado Maier¹⁰⁸³ señala que estas acciones fueron reconocidas en el tiempo de Juliano como muy tarde: "la mención de Casio en D. 42,8,11 es según Girard y Arnò, lo mismo que la mención de Sabino en D. 4,3,29, según Pernice, y finalmente la mención de Labeo en D. 39,1,20,8 y en los fragmentos que tratan de la acción tributaria son, según Levy, una muestra del primer reconocimiento de la responsabilidad por enriquecimiento por parte de estos juristas". Lenel¹⁰⁸⁴ haciendo referencia al *interdictum unde vi* que es anual y, por lo tanto, transcurrido el año, el Pretor concedía una *actio in factum* por el *id quod pervenit*, retrocede hasta mediados del siglo I a.C. en vista de la fecha de la referencia de Cicerón a la cláusula "in hoc anno" del *interdictum unde vi* (pro Tullio), 72 o 73 a.C. Maier sin negar este punto recuerda que las acciones pretorias en las que básicamente se da el problema de las acciones *in factum* por el i.q.p., es decir, la *actio de dolo* y la *actio metus*, nacen a finales de la República, luego, no puede pensarse en las acciones *pervenit adversus heredem* sino al menos en una época posterior.

¹⁰⁸³Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 85-86.

¹⁰⁸⁴EP³. p. 466

F) Descripción de las medidas de responsabilidad "pervenire" y "locupletior factus est".

Nos referimos ahora, de un modo general, al contenido y caracteres que presentan las medidas o criterios clásicos de responsabilidad *pervenire* y *locupletior factus est* dirigidos a la restitución de un enriquecimiento injusto o sin causa.

Niederländer¹⁰⁸⁵ recoge y resume en su monografía la doctrina anterior sobre la materia y analiza, en sus diferentes e importantes matices, estas medidas de responsabilidad clásica en diferentes ámbitos del Derecho romano, como son las donaciones entre cónyuges, los negocios realizados por el pupilo sin la autorización del tutor, la responsabilidad del pupilo *ex dolo tutoris* (es decir, tanto si se trata de un negocio realizado por el propio tutor por cuenta del pupilo, como en el caso de que sea el pupilo el que realice el negocio pero con la autorización dolosa del tutor), como la responsabilidad del poseedor de buena fe de una herencia en virtud del *SC Iuventianum*, así como, desde luego, las acciones pretorias de enriquecimiento contra el heredero derivadas de los delitos cometidos por el causante o, *post annum*, contra el mismo autor del delito. Niederländer concluye su estudio considerando el origen clásico de la responsabilidad *locupletior factus est*, que, sin embargo-Niederländer- se circunscribe a normas particulares en materia de negocios realizados por la mujer o el pupilo sin el consentimiento, en ambos casos, del tutor. Por lo tanto, ve el origen de este tipo

¹⁰⁸⁵Die Bereicherungshaftung... op. cit.

de responsabilidad en el Derecho de tutela y como una ampliación del régimen de responsabilidad de las mujeres y pupilos con arreglo al *ius civile* en el que, para estos supuestos, no estaban sujetos a responsabilidad. Posteriormente al ir desapareciendo la tutela de las mujeres la responsabilidad *locupletior factus est* se extendió a las donaciones entre esposos; pero Niederländer indica que esto ocurrió en época ya tardía y como resultado de la atenuación de la regla que prohibía las donaciones entre cónyuges. Por lo que hace a la responsabilidad *pervenire del heredero por delito de su causante* Niederländer¹⁰⁸⁶ afirma la clasicidad de dicha medida de responsabilidad que derivaría, según dicho autor, en tiempos del Principado, tal y como veremos más adelante, de las acciones de *in rem verso*.

Talamanca¹⁰⁸⁷ en la crítica que le hace a Niederländer, y por lo que a nosotros nos interesa, se refiere a los supuestos de responsabilidad del pupilo *ex dolo tutoris* y concluye que "ya en los comienzos de la jurisprudencia clásica Sabino¹⁰⁸⁸ admitía la responsabilidad del pupilo en los límites del enriquecimiento. Más tarde Aristón, seguido de Pomponio¹⁰⁸⁹, afirmó el principio de que donde faltase la ventaja patrimonial del pupilo era, él mismo tenido, pero con los límites de la acción de regreso contra el tutor, criterio que fue aceptado

¹⁰⁸⁶Die Bereicherungshaftung... op. cit., p. 145 ss.

¹⁰⁸⁷In tema di azioni di arricchimento op. cit.

¹⁰⁸⁸D. 26,9,3. (Pap. 20 quaest.)

¹⁰⁸⁹D. 26,7,61 (Pomp. 20 epist.), D. 26,9,1 (Pomp. 29 Sab.), D. 14,4,3,1 (Ulp. 28 ed.), D. 15,1,21,1 (Ulp. 29 ed.).

también por Ulpiano¹⁰⁹⁰. Por lo demás Talamanca rechaza la reconstrucción que hace Niederländer de la responsabilidad in quantum locupletior factum est de las mujeres sometidas a tutela por actos realizados sin la autorización del tutor¹⁰⁹¹, pero en el sentido de que considera que la responsabilidad de las mujeres, aún sometidas a tutela, ya debió de estar plenamente admitida en la época del Principado. Y, respecto a los negocios realizados por el pupilo sin la autorización del tutor, indica, frente a Niederländer¹⁰⁹², que en el Derecho clásico no sólo respondía el pupilo en el límite de su enriquecimiento en determinados negocios causales sino también con carácter general, tanto para los negocios causales como para los formales¹⁰⁹³.

De cualquier forma, sea con un carácter estrictamente particular, o más general, lo cierto es que ambos autores coinciden en que aparece en el Derecho clásico una medida de la responsabilidad por el enriquecimiento, en caso de producirse un enriquecimiento injusto o sin causa.

Por otro lado, Von Lübtow, en la recensión que realiza a la monografía de Niederländer, admite la clasicidad de la limitación de la responsabilidad al locupletior factus est al tiempo de la litis contestatio respecto a los supuestos de

¹⁰⁹⁰Talamanca. In tema di azioni di arricchimento... op. cit., p. 74.

¹⁰⁹¹Lo que suponía para Niederländer un agravamiento de la responsabilidad de la mujer, respecto a lo que sucedía en el ius civile, según el cual, dicha responsabilidad en tal caso, sería inexistente.

¹⁰⁹²Bereicherungshaftung... op. cit., p. 89 ss.

¹⁰⁹³Talamanca. In tema di azioni di arricchimento. op. cit., p. 51 ss.

donaciones a la mujer o entre esposos, o a la responsabilidad del pupilo tanto *ex dolo tutoris* como por negocios realizados por él mismo sin la autorización del tutor¹⁰⁹⁴. También en este sentido, aunque naturalmente con matices particulares, se manifiesta Gay¹⁰⁹⁵.

Ahora bien, por lo que hace al campo de las acciones pretorias de enriquecimiento nos encontramos con la necesidad de determinar, en primer lugar, cuál es el alcance de esa responsabilidad del heredero, e incluso, del propio autor del delito, *post annum*, de acuerdo con las expresiones "*id quod ad eum pervenit*" y "*locupletior factus est*".

Ambas expresiones se utilizan, en principio, indistintamente en las fuentes, pero en realidad, si hacemos un estudio más detallado, vemos que se pueden apreciar diferencias significativas. Así, tal y como pone de relieve Niederländer¹⁰⁹⁶, las expresiones *locupletior factus est* e *id quod pervenit* pueden darse de forma indistinta en un determinado campo del Derecho romano para indicar una medida de responsabilidad que viene determinanda por el enriquecimiento o por la adquisición de algún elemento patrimonial, o bien, afirmarse la prioridad de alguna de estas expresiones en algún campo del Derecho o, incluso, que una de las dos, se dé de forma

¹⁰⁹⁴IURA, 5, op. cit. p. 262 ss. Si bien no cree que la medida de responsabilidad *locupletior* se hiciese valer por medio de *condictiones* sino a través de acciones *in factum* por el *locupletior factus est*, las cuales serían sustituidas por *condictiones* en la *Compilación*.

¹⁰⁹⁵L. Gay. A propos d'études récentes; *condictio et actions prétoriens d'enrichissement*. *Revue Historique de Droit Française et étranger*, 34, 1956. p. 327 ss.

¹⁰⁹⁶Die Bereicherungshaftung... op. cit., p. 145 ss.

prácticamente exclusiva en alguno de ellos.

Concretamente, siguiendo a Niederländer¹⁰⁹⁷, vemos que "locupletior factus est" es la única expresión que aparece en relación con la responsabilidad de la esposa por donaciones recibidas del marido y respecto de los negocios jurídicos realizados por el pupilo sine tutoris auctoritate.

Por otro lado, en la responsabilidad del pupilo por comportamiento doloso del tutor se encuentran ambos giros, pero los fragmentos con locupletior -Niederländer- apenas si son auténticos¹⁰⁹⁸.

Añade Niederländer que en las acciones pretorias de enriquecimiento contra el heredero por el delito del causante es

¹⁰⁹⁷Die Bereicherungsklagen... op. cit., p. 145.

¹⁰⁹⁸Niederländer alude al carácter interpolado con el que aparecería la expresión locupletior en D. 26,9,3; en D. 44,4,4,23; en D. 4,3,15,pr.; y en D. 19,1,13,7. Por otro lado afirma (op. cit. p. 129 ss.) que, en un principio, en el Derecho clásico el pupilo responde sólo si el tutor es solvente y, por lo tanto, puede ejercitar la correspondiente acción de regreso, o cuando el tutor prestó las oportunas garantías, y sólo en una época posterior- época de los severos- y siguiendo una dirección ya apuntada por Sabino, se consolida la posibilidad de que el pupilo responda en caso de insolvencia del tutor por el enriquecimiento obtenido (D. 26,9,3). Por el contrario, Talamanca (In tema di azioni di arricchimento. op. cit. p. 66 ss.) afirma, en función de D. 26,9,3, así como de D. 14,4,3,1 y de D. 15,1,21,1 op. cit. p. 71 ss.), aún sin negar ciertas interpolaciones más formales que materiales de dichos textos, que ambos tipos de responsabilidad del pupilo ex dolo tutoris fueron coetáneos en el Derecho romano clásico y que a partir del siglo II d. C. su común utilización sería concurrente en todo caso (op. cit., p. 74).

Constatamos aquí también que Longo (Contributi alla dottrina del dolo op. cit., p. 135-136) siguiendo a Albertario (Rend. Ist. Lomb. 1913. p. 340 ss. [Studi IV,2 p. 289 ss.]) considera interpolados D. 14,4,3,1; 7,5; 8; 9,2; D. 15,1,1,4; 3,2; 21,1; 30,6-7; 31. Nosotros no podemos negar los claros indicios de interpolación que presentan alguno de estos textos, si bien, como ya se ha visto anteriormente, ambos autores parten del principio de que el criterio de la responsabilidad por el enriquecimiento no puede ser clásico.

dominante la formulación *pervenit* y en las acciones postanuales contra el autor del delito pretorio sólo aparece en un fragmento el giro *locupletior* mientras en los demás aparece *pervenit*.

La pregunta que nos hacemos a continuación se refiere a si el significado de ambas expresiones es o no el mismo, y en este sentido, debemos distinguir según que circunscribamos la cuestión o no al campo de las acciones pretorias de enriquecimiento.

La respuesta a esa pregunta no puede partir de un principio de general aplicación. Si nos limitamos al campo de estas acciones pretorias sí podemos decir que el uso que se hace de ambas expresiones es indiferente de toda distinción ontológica, aunque, no obstante, en esta materia predomina claramente el empleo de la expresión *pervenit*. Levy¹⁰⁹⁹, al abordar esta cuestión, señala que la relación de ambas expresiones, por lo que a las acciones de enriquecimiento contra el heredero del delincuente fallecido se refiere, está en el hecho de que *id quod pervenit* es la forma de expresión del *album* y que se emplea en los textos en los que los comentarios (de los juristas) se hallan inmediatamente unidos al edicto. Por consiguiente, señala Levy, la expresión tiene casi un significado técnico. Mientras tanto, cuando los juristas emplean *locupletior* desean casi siempre aclarar el concepto *pervenit* y representarlo

¹⁰⁹⁹Privatstrafe... op. cit. p. 93, n. 5. Levy cita en el mismo sentido a Mitteis. I 109. N. 34. También Schulz (Die acciones in id quod pervenit... op. cit. p. 12) subraya que las acciones contra el heredero y el titular de la patria potestad del que cometió el delito se denominan siempre acciones *in id quod pervenit* y los juristas que las mencionan con otras designaciones no técnicas ponen mucho cuidado al escoger expresiones que puedan parecerse al *id quod pervenit*, lo que ha llegado a sus manos.

plásticamente.

Siber¹¹⁰⁰ considera, sin duda alguna, en virtud de la comparación derivada de la aplicación práctica que tiene la expresión *locupletior* en otros campos del Derecho romano, en los que se alude, con dicho término, al enriquecimiento realmente obtenido en el momento de la *litis contestatio* y no al valor de lo adquirido al momento en que se produce la entrada patrimonial en cuestión, que están interpolados los textos en los que aparece el término *locupletior* en relación con las acciones pretorias de enriquecimiento contra el heredero en virtud de un delito de su causante: no serían pues clásicos los textos en los que aparece la expresión *locupletior* referida a estas acciones contra el heredero¹¹⁰¹.

Sin embargo, creemos que no puede sostenerse el carácter interpolado o la existencia de un glosema, en todos estos textos, y menos por este simple motivo. Pensamos que, por el contrario, hay que volver al principio y afirmar que aún cuando el término *pervenit* predomina en este campo, ni puede

¹¹⁰⁰Grundriss des Schuldrechts, 1935. Römisches Privatrecht, op. cit., p. 222, 237. En el mismo sentido, Von Lübtow Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltenden Recht. Berlin, 1952, p. 22.

¹¹⁰¹Así señala el carácter interpolado de D. 4,3,28 (Röm. PrivR. op. cit. p. 236) cuando en su parte final dice que el propio autor del dolo responde *post annum, in quantum locupletior factus est*. Siguiendo en puridad la tesis de Siber no se comprende que el heredero que responde en la medida *pervenit* pueda quedar sujeto a un grado de responsabilidad mayor que el del autor del delito, *post annum*.

En realidad la tesis de Siber corre paralela a la de Von Lübtow (IURA, 1954 op. cit. p. 283) respecto a este punto.

verse en ello una diferencia de significado con *locupletior*¹¹⁰², ni que en el Derecho justinianeo se modificase el criterio de responsabilidad *pervenire* mezclándolo con el del mero enriquecimiento al tiempo de la *litis contestatio*.

La cuestión que plantea Siber es en realidad muy compleja. Schulz aborda este tema con unos puntos de vista que podrán ser objeto de crítica pero que, a nuestro juicio, no han sido superados. Así, en un breve resumen de su tesis, vemos que sostiene¹¹⁰³ que tras el pensamiento de la jurisprudencia clásica de que debe restituirse todo enriquecimiento patrimonial injustamente obtenido a costa de otro (que se expresa en la responsabilidad determinada por el *id quod ad eum pervenit* o por el *locupletior factus est*) se encuentra una influencia de la filosofía griega, particularmente de la Moral a Nicómaco de Aristóteles¹¹⁰⁴; en la cual se distingue, por un lado, lo que es la distribución de la riqueza entre los individuos de una comunidad, que debe hacerse en función de su valía y cualidades personales (siguiendo con ello una proporción geométrica¹¹⁰⁵),

¹¹⁰²Añadimos que al menos esto ocurre así en este campo del Derecho romano, lo que equivale a decir que no hay de por sí una diferencia de significado entre ambos términos.

¹¹⁰³Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 19.

¹¹⁰⁴*Ethica Nicomachea*. Libro V: Teoría de la justicia. Capítulo II. Distinción que debe hacerse entre la justicia o la injusticia y la virtud o el vicio, especies de justicia. Capítulo III. Primera especie de justicia. Capítulo IV. Segunda especie de justicia.

¹¹⁰⁵En el sentido de que si tomamos por ejemplo, al ciudadano A y al ciudadano B, ambos de igual valía personal y de iguales méritos, ambos entonces han de estar con respecto a los patrimonios X e Y en posición de igualdad y formando, por lo tanto, entre A, B, X, Y, una proporción geométrica que viene determinada por un cuadrado de lados iguales, es decir, proporcionales, recíprocamente, entre sí: "La justicia está en

y, por otro lado, la justicia que debe presidir las relaciones de tipo contractual o delictual entre particulares en la que debe darse una igualdad aritmética entre lo que da el que realiza el acto jurídico de que se trate y el que lo soporta o recibe, de tal forma que "importa poco, en efecto, que sea un hombre distinguido el que haya despojado a un ciudadano oscuro o que sea un ciudadano oscuro el que ha despojado a un hombre de distinción; importa muy poco que sea un hombre distinguido o un hombre oscuro el que haya cometido adulterio; la ley sólo mira a la naturaleza de los delitos y trata a los hombres como completamente iguales. Sólo se cuida de averiguar si el uno ha sido culpable, si el otro ha sido víctima; si el uno ha cometido el daño, y si el otro lo ha sufrido (...). Provecho y pérdida o sufrimiento deben entenderse, aquél como lo más, ésta como lo menos en sentido contrario. Lo más en el bien, y lo menos en el mal son el provecho; y lo contrario es la pérdida o el sufrimiento. Lo igual que ocupa el medio entre uno y otro es lo que llamamos lo justo; y, en resumen, lo justo, que tiene por objeto reparar los daños, es la media entre la pérdida o el sufrimiento del uno y el provecho del otro". En consecuencia, consideramos la consecuencia lógica de que cuando nos separemos en un situación dada de esa igualdad surge el deber de restituir de una u otra manera el enriquecimiento injustamente obtenido a costa de otro.

Dice Schulz¹¹⁰⁶ que "conociendo el sentimiento de la jurisprudencia romana por la filosofía griega es muy improbable la igualdad" (Aristóteles).

¹¹⁰⁶Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 22-23.

que la teoría del Derecho de Aristóteles hubiera permanecido desconocida por los romanos. Tal vez no es ninguna casualidad que el fragmento más antiguo que incluye la "no disminución patrimonial", el *μείον κακόν* de Aristóteles, en el concepto de enriquecimiento, procede de Labeo (D. 15,3,7,4; Ulp. ed. 29)¹¹⁰⁷ y este fragmento ha encontrado en Iavoleno una defensa profunda (D. 24,1,50,pr., Iavol. epist. 13; D. 12,4,10, Iavol., 1 ex Plaut.). Ambos juristas son seguidores decididos de la filosofía peripatética. Tal vez se entienda desde Aristóteles la frase pronunciada por Pomponio que ha sido tan discutida:

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem (D. 50,17,206, Pomp. 9 ex variis lect.)¹¹⁰⁸

Esta generalidad-sigue la cita textual de Schulz- no procede del Derecho romano sino de la filosofía aristotélica (...) Aristóteles parece haber influido directamente en esta enseñanza, y en particular, de haber dado a la jurisprudencia de la primera época imperial el concepto de enriquecimiento determinado por "quatenus locupletior factus est = quatenus pervenit".

¹¹⁰⁷Idem ait (Labeo), et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominium pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

¹¹⁰⁸Ver también D. 12,6,14 y D. 23,3,6,2.

Señala luego Schulz que, posteriormente, la jurisprudencia clásica del siglo II (d. C.) desarrolla la idea de la responsabilidad *pervenire*, pero en el sentido de determinar el enriquecimiento realmente obtenido en un punto temporal determinado, el cual puede ser el de la *litis contestatio* o el de la sentencia posterior.

Nosotros debemos constatar que esta nueva medida no aparece como un principio general en el Derecho romano sino que se va conformando sólo para determinadas áreas del mismo en función de principios de justicia material. La clave se encuentra en la consideración que se haga del llamado valor de subrogación: puede ocurrir que en un momento dado alguien reciba un elemento patrimonial sin que medie para ello una justa causa, pero, transcurrido un tiempo, cuando se formule la correspondiente demanda, puede haber sucedido que haya disminuido ese valor, bien por el consumo o uso que se ha hecho de la cosa en cuestión o, sencillamente, porque la cosa se haya vendido al cabo de un tiempo y, en consecuencia, el valor de subrogación de la misma, medido en dinero, sea inferior al valor inicial. Por último, cabe también que la cosa recibida en su día se haya perdido o destruido por caso fortuito. Esta última consideración quedaba dentro de los principios generales del Derecho de obligaciones y, en particular, de la *condictio*, dado que el deudor queda exento de responsabilidad por pérdida de la cosa específica (*condictio rei*) por caso fortuito, salvo naturalmente, en el supuesto de *condictio furtiva* porque aquí rige el principio de que *fur est semper in mora*. Pero, insistimos, la clave se encuentra en la consideración del valor de subrogación en caso

de venta o sustitución de la cosa o consumo de la misma; es decir, si se tiene en cuenta, o no, este valor de subrogación como sustituto del valor inicial recibido, o lo que es lo mismo, si se ha de determinar, o no, el enriquecimiento real del interesado en el momento de la l.c.

Schulz¹¹⁰⁹ indica también que esta nueva y evolucionada medida de responsabilidad "id quod locupletior factus est" (entendemos la expresión en un sentido restringido aludiendo con ella a la medida del enriquecimiento propiamente dicha, por lo tanto, que tiene en cuenta ese valor de subrogación) se abre camino por primera vez en relación con las donaciones entre cónyuges (D. 24,1,28,3), si bien, el propio Schulz observa la singularidad que presenta este ámbito sometido a reglas particulares. Por otro lado-Schulz- las decisiones sobre la subrogación del precio de compra no pasan más atrás de la época de Adriano (D. 5,3,18,pr., Ulp. 15 ed.; 25,11, Ulp. 15 ed.)¹¹¹⁰ y en este sentido, indica el autor alemán¹¹¹¹ "que no

¹¹⁰⁹Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 24.

¹¹¹⁰Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.

Consultis senatus (SC Iuventianum, Adriano) bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adificiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua abuti putant, non praestabunt. nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. plane si...[remuneraciones] acceperunt, dicendum est eatanus

es impensable que haya sido Juliano quien haya instituido la facultad de subrogación del *pretium* en sentido amplio". Señala que la idea de la subrogación parece ser común en la época de Adriano para las acciones de enriquecimiento, aún cuando el único fragmento- Schulz- que nos ha llegado acerca de ello procede de Celso (D. 12,6,26,12, Ulp. 26 ed.).

Queda claro, en virtud de los fragmentos citados arriba, que el tema de la consideración o no del valor de subrogación aparece vinculado en gran medida con el de la buena o mala fe con que actúe el enriquecido, aunque, como veremos, esto vale sólo como un principio general en los diversos campos del Derecho romano que, sin embargo, admite excepciones tan importantes como es la constituida en materia de responsabilidad del heredero por el delito del causante, tal y como se verá más adelante. Pero, de todos modos, de acuerdo con este principio, de aplicación general, en el caso de fideicomiso universal, para que se tenga en cuenta el valor de subrogación por venta de cosas de la herencia por parte del fiduciario se requiere que actúe en interés del fideicomisario¹¹¹²; y, sobre todo, respecto al poseedor de buena fe de una herencia, el *Senatusconsultum Iuventianum*, (D. 5,3,22; 23,pr.-1; precitado de una oratio Divii Adriani (D. 5,3,40,pr.) establece una norma, que debió a nuestro juicio extenderse en general a otros campos del Derecho romano en los que se produce un enriquecimiento sin justa causa, y en

locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.

¹¹¹¹Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 25-26.

¹¹¹²Die actiones in id quod pervenit.... op. cit., p. 26; D. 36,1,22,3; D. 31,89,7.

virtud de la cual, se ha de tener en cuenta el valor de subrogación (es decir el enriquecimiento real fijado en el momento de la *litis contestatio*), pero sólo para el poseedor de buena y no de mala fe de una herencia a la hora de que efectúe la restitución de la misma al heredero: así, se debió aplicar también en materia de donaciones entre cónyuges (D. 24,1,7), de la *actio rerum amotarum* (D. 25,2,3,4), de la responsabilidad del pupilo *ex dolo tutoris*¹¹¹³, de los negocios realizados por el pupilo sin la autoridad del tutor¹¹¹⁴.

Añade Schulz¹¹¹⁵ que el nuevo concepto de enriquecimiento penetró tanto en el campo de las acciones *id quod pervenit* = *locupletior factus est*, como en el campo de las *condictiones*. Para las primeras cita, D. 5,3,23,pr., para la *condictio indebiti*, cita D. 12,6,26; 65. No obstante, respecto a estas últimas, surge el problema de considerar, ya en el Derecho clásico, una *condictio* con una *intentio* y una *condemnatio* relativa a un *incertum*, puesto que debe limitarse la reclamación

¹¹¹³Con respecto a este punto. Cfr. p. 630

¹¹¹⁴Sobre este punto Talamanca (In tema di azioni di arricchimento op. cit., p. 51 ss.) que defiende la clasicidad de la responsabilidad *locupletior factus est* del pupilo en toda clase de negocios realizados por él *sine auctoritate tutoris*: El autor cita en particular C. 7,26,9 (texto que somete a exégesis en p. 56), así como el texto que califica de fundamental de D. 26,8,1,pr. (Paul. 1 ad Sab.) en el que se cita un rescripto de Adriano en el que se sienta la responsabilidad por enriquecimiento del pupilo: "*se tamen auctore ab eo stipulari non potest. et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, divus Pius Antoninus rescripsit, iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem...*" Por el contrario, Niederländer (Die Bereicherungshhaftung... op. cit. p. 171) se mostraba más crítico al respecto diciendo que tal responsabilidad del pupilo *in quantum locupletior factus est* sólo aparece por virtud de diversas constituciones del siglo IV.

¹¹¹⁵Die actiones in id quod pervenit... op. cit., p. 36.

al enriquecimiento realmente considerado en un punto temporal determinado. Así Schulz¹¹¹⁶ no cree que sea posible la

¹¹¹⁶op. cit. p. 39-40. En este mismo sentido, Von Lübtow, IURA, 5, 1954, p. 262 ss. que señala que la responsabilidad locupletior supone tener en cuenta el consumo o subrogaciones realizadas antes de la l.c. con lo que no sería factible que el adquirente pudiese realizar un dari oportere de aquello mismo que recibió en su día. Von Lübtow extiende esta consideración a la responsabilidad pervenit del heredero por delito del causante.

También sigue esta línea de pensamiento Talamanca (In tema di azioni di arricchimento... op. cit., p. 50-51) que, respecto a la posible aplicación de la condictio a la donación entre esposos, señala que no es posible pensar en una condictio certi rei con una condemnatio con una taxatio in quantum locupletior factus est. Pero además, como vimos que indica también Von Lübtow, en la condictio se puede repetir sólo lo que se considera transferido y ello es incompatible con los gastos, ventas, consumos etc... que haya podido realizar el cónyuge donatario antes de la l.c. Talamanca termina diciendo que considerar una condictio por la medida del enriquecimiento es contrario a los principios técnico-formularios de la condictio, pero que, entonces, se abre el problema de la naturaleza de la acción civil que incertum petitur en estos casos. (op. cit. p. 51).

No obstante, aún siendo conscientes de que no podemos profundizar en este punto, constatamos que Kaser (röm. Privatrecht..., I², op. cit. p. 592 ss.) después de señalar, dentro de los fundamentos de la condictio certae creditae pecuniae o certae rei romana que las demandas por medio de la condictio se refieren al valor patrimonial recibido en su día (datio) y no a la consideración del enriquecimiento actual (p. 598) -tal y como ocurre, por lo demás, con la responsabilidad pervenit contra el heredero del autor del delito en la que se considera un punto temporal anterior, es decir el de la adquisición de la herencia, como veremos más adelante- vemos que, luego, dicho autor entiende que a lo largo del Derecho clásico se va admitiendo la posibilidad de condiciones por un incertum (p. 598), y dentro de ellas, por el enriquecimiento indebidamente obtenido por alguien (locupletior factus est), como es el caso de las donaciones entre esposos cuando no fuera posible ejercitar una acción reivindicatoria: en tal supuesto debía limitarse la condemnatio al enriquecimiento realmente existente al tiempo de la l.c.. Kaser concluye diciendo que estos casos hacen suponer que ya en el Derecho clásico se conocía una condictio que podía dar causa a una acción por un incertum. Y añade "que, desde luego, el nombre de condictio incerti sólo se usa técnicamente a partir de la época postclásica. Pero puede pensarse en una acción con una fórmula quidquid paret Nm. N. Ao Ao dare facere oportet, si se acepta que fuera individualizada a través de una praescriptio que le determine la situación que la sirve de base" (p. 599-600).

Más concretamente en Formeln mit "intentio incerta" "actio ex stipulatu" und "condictio" (Labeo, 22, 1976. p. 7 ss. esp. 24-25) aborda el tema con más profundidad y afirma que la condictio

existencia en el Derecho clásico de condiciones dirigidas por el *quantum locupletior factus est* sino que indica que la determinación del importe de la condena se dejaría al juez; ahora bien, en este sentido señala que "en las condiciones la fórmula debe seguir colocada sobre la *res ipsa*, la extensión de aquellas, *quod venit restitutionem*, la define el *iudex* sin instrucción especial en la fórmula. También Celso parece indicarlo en D. 12,6,26,12 cuando señala que "...et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, pose condici, quanti operas essem condicturus..."

Resumiendo lo que hasta aquí hemos visto, tenemos que, para hacer frente a diversos supuestos de enriquecimiento injusto, aparecen a lo largo del Derecho clásico, presumiblemente en distinto tiempo, dos medidas de responsabilidad, y que, por otro lado, se dan dos expresiones distintas, utilizadas

incerti era una realidad en la época de Adriano. En dicho artículo Kaser partiendo de las tesis de Wolf entiende que de Gai. 4,131 y de Gai. 4,137 puede deducirse la presencia en el Derecho clásico de una *condictio incerti*.

En general sobre la *condictio* confróntese, F. Schwartz, Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht, Münster\Köln, Böhlau, 1952. Asimismo destacamos el amplio resumen y comentario que de esta obra hace E.-H. Kaden. Das Schrifttum der Jahre 1950-1953 zur römischen Bereicherungslehre. Z.S.S., 1954, p. 555 ss. Asimismo, A. Watson. The law of obligations in the later Roman Republic. Oxford, 1965. Por último, también G. Astuti, Arricchimento (azioni di). Premessa storica. E. d D., III, p. 52 ss. donde se realiza un análisis conciso, y, a nuestro juicio, certero, de la cuestión recogiendo una completa bibliografía al respecto.

promiscuamente por las fuentes, en los diversos campos del Derecho romano. No obstante, de la simple contemplación de las fuentes que se han ido considerando, hemos de concluir que se aprecia una vía de diferenciación que viene dada por el empleo, si no exclusivo, al menos prioritario, de la expresión *locupletior factus est* respecto a los supuestos en los que se tiene en cuenta el enriquecimiento realmente obtenido por la persona en cuestión al tiempo de la l.c. o, incluso, de la sentencia¹¹¹⁷ (donaciones entre cónyuges, responsabilidad del pupilo, posesión de herencia de buena fe, *condictio indebiti*, fideicomiso univeral cuando el fiduciario actúa en interés del fideicomisario) y, por otro lado, por el empleo de la expresión *id quod pervenit* en un campo en el que quedó intacta la primitiva idea romana de la responsabilidad por enriquecimiento que nace, como vimos, según Schulz, en el siglo I d. C., y en virtud de la cual, el adquirente del valor patrimonial en cuestión se reponsabiliza por el valor inicial que a él ha llegado, con independencia de todo valor de subrogación, salvo que la cosa en cuestión se haya perdido por caso fortuito: este es el régimen clásico, y también justiniano, de la responsabilidad del heredero por razón del delito de su causante, tal y como resulta de D. 4,2,17 y D. 4,2,18, los cuales son textos colocados en la *sedes materiae* de la *actio metus*, que junto con la *actio de dolo*, son las acciones penales pretorias dónde se plantea básicamente la problemática relativa a la responsabilidad *id quod pervenit* del heredero por delito del causante¹¹¹⁸. En este sentido,

¹¹¹⁷Schulz. op. cit., p. 35, n.1

¹¹¹⁸infra p. 644

creemos que tiene razón Maier cuando dice que son fragmentos que tienen un alcance general y, por el contrario, no vemos la razón de la interpolación de D. 4,2,17 aducida por Albertario y Longo cuando, precisamente, este texto está definiendo una responsabilidad *pervenire* cuya clasicidad se reafirma implícitamente en aquellos fragmentos de la Compilación en los que la comisión de Justiniano rechaza la tendencia postclásica y bizantina de equiparar la responsabilidad hereditaria derivada del dolo contractual a la derivada del delito del causante. En efecto, contra esa tendencia, que - Rotondi- fue, sin embargo, asumida por Teófilo¹¹¹⁹, reacciona la comisión de Triboniano, y fruto de ello es D. 50,17,157,2¹¹²⁰, que es un texto evidentemente justiniano pero que responde a un renovado afán clasicista.

Además la conservación de la responsabilidad *pervenire* para el campo de la responsabilidad hereditaria por delitos del causante se separa de la tendencia general postclásica y bizantina de considerar el enriquecimiento, en sentido propio, es decir, tomando como punto temporal del mismo el de la l.c., (*locupletior factus est*) como medida y límite de la responsabilidad para los supuestos de enriquecimiento injusto, tal y como puede resultar de la tesis de Siber y de Von Lübtow,

¹¹¹⁹De ahí resulta que se diga en I. 4,12,1, "...aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit..."

¹¹²⁰In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerut, non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte qua heres est.

conforme lo señalado más arriba¹¹²¹. En este sentido, resulta sorprendentemente (dicho esto con todas las precauciones) que el régimen de responsabilidad *pervenire* que aparece en estos fragmentos se acerca, en su aplicación práctica, a la idea de la responsabilidad *in simplum* que Albertario proponía para las acciones *in factum* contra el heredero.

Por otro lado están los textos contenidos en D. 4,2,17 (Paul 1 Quaest.) y D. 4,2,18 (Jul. 64 Digest.):

Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumpserit id quod pervenit, an desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse? et, si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem eius omnimodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? et "melius est omnimodo competere" in heredem heredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua actio esse coepit: alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit quod ad eum pervenit teneri¹¹²².

¹¹²¹supra p. 632

¹¹²²Longo (Contributo alla dottrina del dolo op. cit., p. 119) siguiendo a Albertario tacha el texto como interpolado aduciendo para ello, además de los correpondientes indicios formales, el texto contenido en Bas. 10,2,17, que, en realidad, a nuestro juicio, no hace sino reafirmar el contenido de la responsabilidad *pervenire*: "Sed et si heres, quod ad eum pervenit, consumpsit, nihilo minus et ipse et heredes eius, etsi nihil ad eos pervenit, perpetuo tenetur". Por lo tanto, se entiende que basta con que algún elemento patrimonial llegase al

Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore[m] dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent¹¹²³.

heredero para que, en virtud de ello, responda dicho heredero aunque luego ese elemento sea gastado o consumido por el mismo. Los herederos de éste serán también responsables aunque nada a ellos haya alcanzado, o lo que es lo mismo, adquieren una herencia gravada con la obligatio que recibió el causante de estos últimos.

Nos encontramos pues muy alejados del pretendido ideal bizantino de la limitación de responsabilidad del heredero en función del enriquecimiento realmente obtenido. Por lo tanto, la hipótesis de que un precepto como el contenido en D. 4,2,17 y reafirmado en las Basílicas sea de por sí una invención justiniana es, de por sí, criticable.

¹¹²³Palingenesia Lenel I, p. 472. (Iuliani Digestorum, LXIV: ad legem Aeliam Sentiam, 2). El hecho de que este fragmento esté tomado, como recoge la Palingenesia, de otro ámbito diferente al de las acciones penales privadas no puede tampoco servir de argumento válido contra la clasicidad del contenido de la primera parte del fragmento porque, aún cuando estemos ante un añadido justiniano éste no pretendería otra cosa que apoyar o explicar escolásticamente el régimen de la reponsabilidad pervenire que se expresa al principio del fragmento.

De todos modos Siber (Römisches Privatrecht... op. cit., p. 222, 237) y Von Lübtow (Beiträge... op. cit., p. 22 ; IURA, p. 283) tachan el texto por interpolado pero en el sentido de que se fija una responsabilidad locupletior factus est diferente de la genuina y clásica reponsabilidad pervenire.

Nosotros, y en esto seguimos a las tesis de Maier, no creemos que esa sea la interpretación correcta o, al menos, creemos que no puede dársele más valor que el de una hipótesis más a la hora de interpretar el texto, puesto que se puede

Con arreglo a estos dos textos queda fijado pues el alcance de la responsabilidad *id quod pervenit* del heredero por delito del causante: responde sólo de lo que llegó a su patrimonio en el momento del fallecimiento del causante¹¹²⁴, queda exento de responsabilidad en caso de pérdida fortuita de la cosa, pero responde igual (según el valor al tiempo de adquisición) en el caso de gasto, consumo, permuta o destrucción voluntaria de la cosa o, también, de venta de la misma, cualquiera que sea su precio¹¹²⁵.

también sostener que el fragmento no está aludiendo a la expresión *locupletior* en un sentido técnico, diferente de la expresión *pervenit*, sino que los compiladores colocan este fragmento para aclarar y completar el fragmento anterior explicando que, a diferencia de lo que ocurre cuando el objeto llegado a poder del heredero se pierda por caso fortuito, en los demás casos, es decir, en el de consumo o venta o gasto del objeto, se entiende que existe, de cualquier forma, un enriquecimiento del heredero y que, por lo tanto, ha de responder por el *id quod ad eum pervenit* de conformidad con lo dispuesto en el fragmento anterior.

¹¹²⁴Así, D. 50,17,127 (Paul. 20 ad ed.), dice escuetamente: "*Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti*".

¹¹²⁵El heredero actúa de buena fe, al menos inicial, pero ello no puede, desde luego, perjudicar al que sufrió el delito, por lo que, si el heredero vende lo que obtuvo de su causante y obtuvo un precio inferior de venta sobre el valor inicial de la cosa, es el heredero el que ha de soportar esa pérdida patrimonial, pero si ocurre lo contrario, si el precio es superior, no debe tampoco restituir más que la parte del precio equivalente al valor inicial. Insistimos en lo ya dicho antes: no se toma en cuenta el valor de subrogación. Otra cosa sería si se vendiese una cosa después de la interposición de la demanda. Aquí, por aplicación de las reglas relativas al ejercicio de la *rei vindicatio* contra el poseedor de buena fe, el heredero debe responder por el precio superior logrado dado que se entiende que es un fruto de la cosa.

Por otro lado, esto nos haría ver con cautela la inclusión del rescripto que aparece en D. 4,2,18 con indudables fines escolásticos: en rigor se refiere a un tema- la restitución de una herencia poseída de buena fe, en el que -infra- si se tiene en cuenta el valor de subrogación (así el precio de venta de las cosas de la herencia). Siber (op. cit. p. 237) entendió en este sentido que los justinianos confunden, respecto del heredero que

Esta concepción de la responsabilidad *pervenire* nos hace ver que en la práctica, en la mayor parte de las veces, la responsabilidad del heredero sería por el *simplum* del valor patrimonial de la cosa en cuestión. La diferencia fundamental viene dada porque el heredero en la responsabilidad *pervenire* no responde si la cosa se perdió antes de fallecer el causante: estamos pues ante una aplicación práctica de las reglas de la *condictio*.

Por otro lado, respecto al propio autor del delito, la responsabilidad *pervenire* coincide en la práctica con el *simplum* porque, sencillamente, no puede alegar la pérdida fortuita de la cosa respondiendo por ello, en todo caso, según el valor de la misma al tiempo de la comisión del delito. Sin embargo, a nuestro juicio, habrá de devolver el importe de los frutos que obtuvo de la cosa aún antes de la l.c. porque ha actuado de mala fe y, entre ellos, el precio obtenido por la venta de la cosa cuando es superior a su valor inicial porque resulta como un fruto de la cosa. De este modo, en este caso específico, se tendrá en cuenta el enriquecimiento realmente obtenido al tiempo de la l.c.

Creemos pues que la responsabilidad *pervenit* es clásica

responde por delitos del causante, la responsabilidad *pervenire* con la medida del enriquecimiento del mismo según el valor de subrogación.

Ahora bien, si leemos atentamente el texto, vemos que la mención del *rescripto* se limita a ejemplificar sobre un tema ontológico y no cuantitativo, casi más filosófico que jurídico: si se opera la venta de una cosa, su permuta por otra, o su transformación en otra de distinta especie, si luego esta nueva cosa se pierde, ya no cabe apelar a la pérdida de la misma por caso fortuito porque se entiende que por la transformación o cambio operado se produce una transmisión del riesgo sobre el heredero que realizó tal acto, y, cuyo efecto está en que desde entonces ha de responder del valor inicial de la cosa primitiva en el momento de la adquisición de la herencia del causante (D. 4,2,17).

y que a través de la acción *in factum* dada por el pretor persigue la restitución de un objeto bien determinado: lo que llegó al heredero por el delito del causante según el valor de adquisición al tiempo del fallecimiento de éste.

G) Responsabilidad "pervenire" y "condictio".

Ahora nos planteamos otra cuestión: la naturaleza que presenta la responsabilidad *pervenit*; es decir, si debemos enmarcar esta responsabilidad dentro del régimen jurídico de la *condictio*, ante lo que las acciones pretorias de enriquecimiento participarían desde un punto de vista material de la naturaleza de las condiciones (Levy), o si se debe acudir a otro régimen distinto para explicar este tipo de responsabilidad. Así, Maier acude a lo que llama el sistema *restituere*, o *Niederländer* que hace derivar las acciones de enriquecimiento pretorias de las acciones de *in rem verso*.

Levy, ve el fundamento de la responsabilidad *pervenit* en el Derecho de las condiciones, concretamente¹¹²⁶, en la *condictio furtiva*, y en las leyes de *repetundis*; y así, considera que las acciones *pervenit* contra el heredero del que delinquiró participan de la naturaleza de la *condictio*¹¹²⁷. Además, como

¹¹²⁶Privatstrafe... op. cit., p. 89 ss.

¹¹²⁷Privatstrafe...op. cit., p. 97-98: "War sie vorher Strafklage und mit allen den Rechtsfolgen ausgestattet, die einer solchen eigentümlich sind, so wurde sie durch Kondemnationsworte, "quod ad eum pervenit" mit einem Schlage zu einer wahrhaften *condictio ex iniusta causa*; man könnte sich versucht fühlen".

vimos anteriormente, y como recalca también Levy, la responsabilidad *pervenire* contra el heredero del delincuente se rige por las reglas de la *condictio certae rei*, ya que sólo se atiende al valor de adquisición de la cosa por el heredero (salvo perecimiento por caso fortuito) y no al posible valor de subrogación que es donde aparecería un *incertum* que habría que determinar. Así, indica Levy¹¹²⁸ que la responsabilidad *pervenire*, si bien tiene en cuenta a la persona del demandado (es decir, ésta sólo se hace responsable de lo que efectivamente llegó a su poder), en la práctica, muchas veces coincide con la función de la *condictio* que es la mera restitución de un valor patrimonial, o, dicho de otro modo, el simple resarcimiento del daño. Ahora bien, matiza Levy, esto no ocurre así, necesariamente, como punto de partida.

No obstante, añadimos que surge un problema importante si tenemos en cuenta que la *condemnatio* de la *actio in factum adversus heredem* por el *id quod ad eum pervenit* es una *condemnatio* dirigida también en algunos casos por un *incertum* (es decir, lo que efectivamente llegó al heredero *ex dolo defuncti*) que se ha de determinar por el juez cuando pronuncie sentencia¹¹²⁹. Si obviamos tal dificultad, no habrá entonces dificultad en admitir que las acciones en las que se persigue la restitución del enriquecimiento obtenido por el heredero sean,

También en *Konkurrenz*. 2,1,161, n 1, Levy sigue en ello la tesis de Pernice. *Labeo*, 3, 236, y, en *Labeo*, II 1, 201. (cit. de Levy). En este último pasaje dice respecto estas acciones que tienen el "charakter einer *condictio*".

¹¹²⁸Privatstrafe... op. cit., p. 107-108.

¹¹²⁹Sobre este punto supra p. 640

de hecho, materialmente hablando, verdaderas condiciones. Levy¹¹³⁰, a este respecto, recalca que D. 25,2,26 (Gai. 4 ed. prov.) diga que "rerum amotarum actio condictio est". Y en este sentido, como vimos, no debe olvidarse que Kaser¹¹³¹, recogiendo la literatura anterior sobre el tema, aún cuando separa las acciones pretorias de enriquecimiento de las condiciones (en tanto que acciones ex iure civile) señala que ya en el Derecho clásico se dan condiciones por un incertum.

Por otro lado, Maier¹¹³² rechaza que las acciones por el id quod ad eum pervenit se encuadren dentro del sistema de las condiciones. Por el contrario señala que se deben colocar junto

¹¹³⁰Privatstrafe... op. cit., p. 114 ss. Levy considera que la actio rerum amotarum se configura como una actio in factum dirigida, al igual que las acciones contra el heredero por delito del causante, a obtener la restitución de un enriquecimiento injusto. Sobre esta acción ver capítulo quinto p. 477 ss.

¹¹³¹supra p. 640.

¹¹³²En particular Maier (Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p.159) recoge el pensamiento de Levy en virtud del cual la diferencia entre acciones i.i.q.p. y la condictio y la razón por la que el pretor creó un sistema propio de acciones por el enriquecimiento es sólomente un hecho histórico casual; a la vista del dogma arraigado de la intransmisibilidad de las acciones penales no se podía esperar del iudex la confirmación de una intentio por un dare oportere contra el heredero.

Por el contrario-Maier- una condictio de Derecho público (entendemos en el sentido de comicial, de ius civile, "volksrechtliche condictio") contra el heredero no puede considerarse desde la categoría de los delitos pretorios. ¿Pero hubiera sido posible incluso contra el autor?. En el caso de una expulsión por la fuerza de una finca el lesionado hubiera podido solicitar con la condictio el dare de cosas propias tal como por lo demás sólo es posible en la condictio furtiva; pero, sigue Maier, para el dolus o el metus <la cuestión se plantearía> respecto de la causa de su prestación de Derecho civil <con arreglo al ius civile la causa de la adquisición sería legítima, por ejemplo una compraventa> y por lo tanto la regla relativa a un dare oportere no tiene lugar aquí: "bei dolus und metus aber wäre die causa seiner Leistung in Ordnung und deshalb in der Regel für ein dare oportere kein Raum gewesen.". Y añade Maier que tampoco cree que la condictio de Derecho civil haya servido de modelo a las acciones i.i.q.p.

a la cláusula restitutoria o arbitraria (dentro de lo que llama sistema restituere) que se da en determinadas acciones, como es, por ejemplo, el caso de la acción reivindicatoria: mediante las acciones dirigidas al *id quod pervenit* se trata de obtener la restitución de un objeto que llegó a poder del heredero o de su valor. Concretamente indica que "la responsabilidad *pervenit* del heredero no es más que la continuación rectilínea de la responsabilidad de restitución del causante"¹¹³³. Además, Maier considera que la cláusula *dumtaxat* o *quod ad eum pervenit* debe figurar no sólo en la *condemnatio* sino también, al igual que toda cláusula arbitraria, en la *intentio* de la fórmula, y que mediante este añadido se hace posible que el heredero restituya, no lo que tiene en el momento de la *litis contestatio*, sino lo que obtuvo en un momento anterior a la misma, concretamente, el del fallecimiento del autor del delito¹¹³⁴. Ahora bien, si las acciones por el *quod pervenit* se construyen como una derivación de la cláusula arbitraria se nos plantea entonces si la propias acciones *pervenit* puedan llevar cláusula arbitraria a fin de hacer posible la devolución del mismo objeto recibido por el heredero en virtud del delito¹¹³⁵.

¹¹³³Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 16.

¹¹³⁴Maier. op. cit., p. 166.

¹¹³⁵Maier (op. cit. p. 159-160) considera que las acciones *pervenit* pueden llevar cláusula arbitraria. Lenel lo admite sólo para el caso del interdicto *unde vi*. (EP³. p. 114, EP³. p. 111). Por otro lado, Von Lübtow (IURA, 1954, op. cit., p. 283-284) desarrolla el, por lo demás, muy escueto enunciado de Maier sobre este tema indicando, de acuerdo con Maier, que sin la cláusula restitutoria la acción *pervenit* sería una mera reclamación de dinero. No obstante, debemos precisar en el sentido de que esto sería así en el procedimiento formulario, no en la *cognitio extra ordinem* donde tal cláusula carecería de sentido.

Kaser¹¹³⁶, que por lo demás se muestra en general elogioso hacia el estudio de Maier critica aquí su tesis y rechaza que la responsabilidad *pervenire* se pueda encajar dentro del llamado sistema *restituere*. Kaser indica que "el autor parte aquí del supuesto de que la responsabilidad "*in id quod ad eum pervenit*" es una sencilla forma de la responsabilidad por "*restituere*". Pero, frente a ello, niega que pueda realizarse tal identificación o equiparación y el argumento decisivo para ello está en que la cláusula *restitutoria* alude a la posición del demandante que, además, prefiere obtener la cosa en cuestión antes que la condena pecuniaria correspondiente, mientras que en la responsabilidad *pervenit* se atiende a la persona del demandado, que, siendo el heredero del delincuente, sólo responde de aquello que efectivamente llegó a su poder en virtud de la herencia¹¹³⁷. En este sentido Kaser se inclina por la tesis de Levy.

Niederländer¹¹³⁸ rechaza por su parte la tesis de Levy alegando para ello la contradicción que a su juicio supone el que Levy califique a las acciones *pervenit* como *conditiones* y que luego, al mismo tiempo, el autor austriaco nos muestre que las acciones *pervenit* no se forman independientemente, o según el

¹¹³⁶Kaser. Kr. Vierteljahresschrift. 27. 1935, op. cit., p. 74 ss. esp. 88 ss. [cit de nieder Die Bereicherungshaftung... op. cit. p. 151. N. 27 y 28).]

¹¹³⁷De hecho Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 107-108) ya apuntó esta idea cuando señalaba que las acciones de ejecución de sentencia o de restitución de una cosa (así una reivindicatio con cláusula arbitraria) están presididas exclusivamente por el interés del demandante respecto al *quantum* y al cómo de la pretensión.

¹¹³⁸Die Bereicherungshaftung... op. cit., p. 151-152.

modelo de la *condictio*, sino que son las propias acciones penales que se dirigían contra el delincuente pero transformadas¹¹³⁹. Además-Niederländer¹¹⁴⁰-en las fuentes se contempla la posibilidad de que la responsabilidad *pervenit* se anticipe a un momento anterior al fallecimiento del causante . Así en D. 4,2,20 (Ulp. 11 ed.) se dice lo siguiente:

Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse. idem et si ipsius qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum. "id est si debitor liberatus est".

El texto alude a la determinación del *quantum* de la reclamación en la acción *pervenit*, el cual se fija al tiempo de la *litis contestatio* en función de lo que realmente llegó a poder del heredero y que no se haya perdido por caso fortuito, tal y como señalan D. 4,2,17 y 18 (vistos más arriba). Esta determinación del *quantum* naturalmente ha de hacerse en el momento de la l.c., y el texto nos dice que se incluyen aquellos elementos patrimoniales que ya antes del fallecimiento del causante se sabe que van a entrar en la masa de la herencia, como es el caso de la liberación de un deudor mediando *metus*. Aquí

¹¹³⁹LLama la atención sobre la contradicción que supone que Levy tome como modelo de las acciones *pervenit* a la *condictio* y que, sin embargo, luego considera que dichas acciones son en realidad las propias acciones penales transformadas para ser dirigidas contra los herederos del delincuente.

¹¹⁴⁰Die Bereicherungshaftung... op. cit., p. 150.

pues, según Niederländer, se retrotaería la responsabilidad *pervenit* a un momento anterior al que se fijaría en todo caso si, realmente, la reponsabilidad *pervenit* se encuadrase dentro del sistema de las condiciones, es decir, al momento del fallecimiento del causante¹¹⁴¹.

Por otro lado, Niederländer¹¹⁴² considera, como hipótesis de trabajo, que la responsabilidad *pervenit* se coloca junto a las acciones de *in rem verso* y, por lo tanto, ve a las acciones *pervenit* como una derivación de las acciones de *in rem verso*. En particular señala que "el pensamiento de hacer responsable al heredero del delincuente por el aumento patrimonial adquirido por el delito puede haber sido producido por consideraciones prácticas: el heredero no debe alcanzar ni daño ni beneficio en virtud del delito y no pueden influir ni el consumo ni la disminución de valor (de lo recibido) en la responsabilidad de su persona, al contrario de lo que ocurre con el pupilo. La determinación más exacta de aquello que *quod pervenit* podía haber sido desarrollada a partir de este principio. ¿Pero por qué no debía utilizarse para la construcción de la fórmula los conocimientos ya alcanzados con la

¹¹⁴¹No obstante, no estamos de acuerdo con Niederländer. En este caso el argumento utilizado se vuelve en realidad contra él porque en puridad no es que se retrotaiga el deber de restituir a un momento anterior al del fallecimiento sino que estamos ante un supuesto en el que ya antes de ese momento se sabe que un elemento patrimonial va a ingresar necesariamente en la masa de la herencia cuando fallezca el autor, en este caso, del *metus*.

A nuestro juicio se trata de un fragmento que contiene una norma general relativa a la determinación cuantitativa de la responsabilidad *pervenit*.

Sobre este fragmento tenemos también Von Lübtow, IURA, 1954, op. cit., p. 286.

¹¹⁴²op. cit., p. 152-153.

responsabilidad versus"?.

Talamanca¹¹⁴³, en la crítica que la hace a *Niederländer*, rechaza que las acciones de enriquecimiento contra la mujer o el pupilo deriven de las acciones de *in rem verso*. Esta hipótesis de *Niederländer* estaría carente de todo fundamento. Sin embargo, Talamanca no alude propiamente a las acciones de enriquecimiento contra el heredero por razón de lo recibido del delito del causante.

No obstante, en realidad la tesis de que la responsabilidad *pervenit* se debe fundar en una derivación de las acciones *in rem verso* que se dan contra el *pater* o *dominus* por negocios realizados por personas sujetos a su potestad en cuanto que aquel se haya enriquecido de los mismos, ya había sido mantenida por Betti a principios de siglo¹¹⁴⁴. A este respecto, señaló este autor la analogía entre las acciones de *in rem verso* y las acciones *pervenit* que-Betti -se muestra también en la utilización de que hacen las fuentes de los términos *pervenit* y *locupletior* en las acciones *in rem verso*: así se citan D. 15,3,3,10; D. 15,3,5,3; D. 15,3,6; D. 15,3,7,4; D. 15,1,9,8; D. 4,4,24,3; D. 14,3,17,4. Y concretamente Betti¹¹⁴⁵ llama la atención sobre la similitud que presentan la redacción de D. 4,3,26 (responsabilidad *pervenit* del heredero en el delito de dolo) y D. 14,5,1 a propósito de la *actio* de *in rem verso*.

¹¹⁴³In tema di azioni... op. cit., p. 40 ss.

¹¹⁴⁴Betti. Responsabilità nossale o peculiare, e responsabilità del pater (dominus) ne'limiti dell'arricchimento in diritto romano classico. Atti Accademia delle Scienze di Torino, 51, 1915-1916. p. 1363-1367.

¹¹⁴⁵Responsabilità nossale...op. cit., p. 1367.

Por último, nos limitamos a dejar constancia de las opiniones anteriores sobre la naturaleza de la responsabilidad pervenit pero, no obstante, no dejamos pasar por alto el hecho de que las reglas por las que se rige dicha responsabilidad son las tomadas de la conditio.

3) La cláusula justiniana in id quod ad eum pervenit.

Ahora entramos en un punto esencial: el hecho de que la responsabilidad pervenit sea clásica, no quiere decir que la cláusula "in id (de eo) quod ad eum pervenit", cuando ésta aparece en el Digesto de Justiniano para afirmar la transmisibilidad de la propia acción penal privada en la medida del enriquecimiento del heredero o de un tercero (D. 4,2,16,2; D. 4,3,17,1; D. 4,3,15,2; D. 42,5,10; D. 47,8,2,27; D. 47,9,4,2; nos remitimos también a los textos relativos a los interdictos)¹¹⁴⁶, no sea, o no pueda ser en su caso, producto de una interpolación. Se trata en estos textos de limitar la responsabilidad del heredero, o de un tercero, cuando la propia acción penal se dirige contra ellos.

En realidad estamos aludiendo con ello a la naturaleza y función que desempeñan realmente en el Derecho justiniano las acciones penales privadas (así la actio de dolo o la actio metus), en virtud de la cual, la propia acción penal puede dirigirse contra el heredero con una función nitidamente reipersecutoria, cumpliéndose así, de este modo, un hito importante en una evolución jurídica de siglos que conduce hacia la construcción del concepto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual hecha valer no sólo por acciones reipersecutorias sino también por acciones penales, es decir, penales privadas¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁶Capítulo sexto. 5).

¹¹⁴⁷Capítulo primero de la tesis.

Por otro lado, de entre los textos enumerados anteriormente, D. 47,9,4,2 presenta una clara apariencia de ser mero añadido triboniano, como una frase estereotipada colocada al final del fragmento para delimitar la responsabilidad del heredero en las acciones penales a las que se refiere. Lo mismo, aunque con mayores dudas, puede decirse de D. 42,5,10 que limita también en este sentido la responsabilidad del heredero; sin embargo, aquí los compiladores podían haber incluido, sin más, este breve texto que contiene el fragmento-"nisi quatenus ad eum pervenit"- dentro del fragmento anterior en el que se realiza el comentario de los dos edictos pretorios relativos a las correspondientes acciones. En definitiva, resulta sorprendente que la frase en cuestión aparezca separada del fragmento anterior, con lo que, o se está dejando entrever la veracidad de la opinión de Paulo respecto a estas acciones (piénsese en las discusiones jurisprudenciales al respecto sobre otras acciones¹¹⁴⁸), o bien, los compiladores nos están dando deliberadamente una pista sobre sus intenciones interpolacionistas; si bien, tampoco puede descartarse que estamos ante una frase sacada de contexto y colocada en este lugar como consecuencia de las prisas con las que actuaba la comisión justiniana.

Nosotros entendemos que todas estas consideraciones no afectan, frente a las tesis de Albertario, a la clasicidad de la responsabilidad *pervenit*, tal y como ella resulta del propio D. 4,2,17, así como del conjunto de las fuentes referidas en el

¹¹⁴⁸Así, por ejemplo, la opinión particular de Juliano, contraria a la de otros juristas respecto a la acción contra el *iudex qui litem suam fecerit*. p. 436 ss.

número 3)-D, de este capítulo, y de todo lo visto hasta aquí. Otra cosa es la cuestión relativa al medio utilizado en el Derecho clásico y justiniano para hacer frente a esa responsabilidad. Se plantea entonces la cuestión fundamental de si esa responsabilidad *pervenire* se hacía valer en el Derecho clásico con la propia acción penal privada o una acción reipersecutoria distinta. Lo vamos a ver a continuación.

4) Las acciones pretorias de enriquecimiento contra el heredero del autor del delito .

A) Estado de la cuestión.

La tesis comunmente seguida por la doctrina romanista desde De Francisci es considerar que la responsabilidad del heredero (y del propio autor post annum) por delito del causante se hace valer a través de una *actio in factum* diferente de la acción penal y que la reclamación se dirige a obtener la restitución de "*id quod ad eum pervenit*".

A lo largo del capítulo quinto se ha ido exponiendo cual es el estado de la cuestión con referencia a las diferentes acciones penales en particular. Con arreglo a ello podemos sintetizar las bases de esta doctrina general de la siguiente forma:

La propia Compilación de Justiniano en D. 47,1,1,pr., establece como regla del *ius civile*¹¹⁴⁹ la de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas. Así también en las Instituciones de Justiniano, 4,12,1 que siguen en ello a Gai. 4,112.

Por otro lado vemos que en el mismo Digesto (D. 47,8,2,27) se dice con respecto de la *actio vi bonorum raptorum* que "*haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur. adversus heredes autem vel ceteros successores non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur...*". Incluso refuerza aún más la tesis

¹¹⁴⁹supra p. 361 ss.

general el hecho de que este fragmento -"ceterisque successoribus"-esté retocado por los compiladores. Por otra parte aparecen prácticamente las mismas palabras para referir la intransmisibilidad pasiva de la actio ex lege Aquilia (D. 9,2,23,8), cuando sabemos, además, la dificultad de que el heredero pueda obtener un beneficio de la comisión de ese delito.

Por último, la regulación que de los interdictos se contiene en la Compilación de Justiniano resulta un fuerte apoyo para la tesis común respecto a la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales, puesto que en época justiniana, de acuerdo con I. 4,15, los interdictos se configuran desde un punto de vista procesal como verdaderas acciones que llevan el nombre del interdicto clásico que se corresponde con el objeto de la pretensión material respectiva, y así, desde este punto de vista justiniano, nos encontramos con que, realmente, no tiene sentido que el Digesto mencione la existencia de acciones *in factum*¹¹⁵⁰ contra el heredero de aquel que no acató la orden interdictal, o que, en cualquier caso, se enriqueció de la situación fáctica en la que se encontraba su causante, y tampoco, la subsistencia en el Digesto de acciones *in factum* contra el demandado en el interdicto cuando éste es anual: D. 43,1,4; D. 42,8,10,24; D. 43,24,15,3; C. 8,4,2¹¹⁵¹.

Longo¹¹⁵² incluye a este respecto tres textos que consideramos de especial importancia: C. 4,49,17; F. Vat. 312;

¹¹⁵⁰Capítulo sexto. 5). Supra p. 567 ss.

¹¹⁵¹Cfr. los textos en las páginas indicadas en la nota anterior.

¹¹⁵²Contributi alla dottrina del dolo... op. cit., p. 128.

D. 43,17,1,4¹¹⁵³. Dicho autor afirma que es innegable que los tres textos prevén que la restitución de la posesión se obtiene tanto con un interdicto como con la acción *in factum* postannual.

Por otro lado, nos llama especialmente la atención F. Vat. 312, que recoge un rescrito de Diocleciano y Maximiano del año 293, donde se dice que si alguien ha sido expulsado violentamente del fundo que posee, y no ha transcurrido un año desde entonces, el gobernador provincial otorga un interdicto de restituir la posesión; pero, si ha transcurrido ese plazo, el gobernador provincial "*ad formulam promissam, quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata, iudicem praeses provinciae sententiam ferre curabit*".

Maier¹¹⁵⁴ entiende que bajo la expresión "*ad formulam promissam*" se está aludiendo a una *actio in rem* por la que se hace valer una *petitio* relativa al derecho real que el expulsado

¹¹⁵³C. 4,49,17: *Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes nullam vobis adversus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. igitur ad instar interdicti seu actionis promissae experiendum esse perspicitis.*

F. Vat. 312: *Succesoris donatoris perfectam donationem non permittitur, cum imperfectam perseverans volutas per doli mali replicationem confirmet. Unde aditus praeses provinciae si de possessione te pulsum animadvertit nec annus excessit, ex interdicto unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum est, ad formulam promissam, quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestiones facti examinata, iudicem praeses provinciae sententiam fere curabit.*

D. 43,17,1,4: *...ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio aut interdicto...*

¹¹⁵⁴Prätorische Bereicherungsklagen op. cit., p. 68 ss.

afirme tener sobre el fundo provincial en cuestión. Longo¹¹⁵⁵, considera que con esa expresión se alude a la *actio in factum post annum*, que, de acuerdo con las tesis de Albertario, entiende que se da por el *simplum* contra el autor de la violencia¹¹⁵⁶. Desde luego, si hacemos concordar este texto con D. 43,16,1,pr., D. 43,4,1 y C. 8,4,2, vemos que el *interdictum unde vi* era anual, y si a esto añadimos el tenor literal de F. Vat. 312, concluimos que el fragmento puede aludir a una *actio in factum* por la que el magistrado atiende la reclamación del desposeído una vez que transcurrió el plazo en el que pudo solicitar el interdicto. Después de ese plazo sólo cabía una *actio in factum* por el *id quod ad eum pervenit*, como resulta claramente de C. 8,4,2¹¹⁵⁷.

Ahora bien, el texto también puede entenderse en el sentido de que, "transcurrido el plazo del año, el gobernador provincial se cuidará de que el juez dicte sentencia de acuerdo con una fórmula previamente anunciada como si se dijera que la donación no ha tenido fuerza alguna, después de examinar la cuestión de hecho"¹¹⁵⁸.

En definitiva, vemos que la subsistencia en la regulación de los interdictos que hace el Digesto (seguramente por un afán clasicista de Justiniano y, posiblemente, del cuidado con que operaron los compiladores) de acciones *in factum* por el

¹¹⁵⁵Contributi alla dottrina del dolo. op. cit., p. 128 ss.

¹¹⁵⁶No obstante, como hemos visto más arriba, la reponsabilidad *pervenire* y la responsabilidad *in simplum*, vendría a coincidir, en cualquier caso, cuando se dirige contra el propio autor de la violencia.

¹¹⁵⁷De esta manera parece entenderlo Brasiello. Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 118.

¹¹⁵⁸Fragmentos Vaticanos. Trad. A. Castresana. Madrid, 1988.

id quod pervenit, sirve de apoyo para la opinión común de que las acciones contra el heredero por delito del causante debían de ser también en el Derecho clásico acciones in factum por el id quod ad eum pervenit.

Todo lo visto hasta ahora es cierto, pero, no obstante, aparecen también puntos oscuros sobre los cuales debemos arrojar alguna luz.

En primer término vemos que la cuestión de la concesión por el Pretor de acciones in factum por el id quod pervenit queda prácticamente limitada al ius honorarium. En efecto, si acudimos a los cuatro delicta ex iure civile recogidos en las Instituciones de Gayo vemos que no se dan dichas acciones in factum.

Así, la responsabilidad del heredero por delito del causante se hace valer en el furtum a través de la codictio ex causa furtiva, la cual es perfectamente transmisible contra éste; por otro lado, no cabe ningún enriquecimiento por parte del heredero en el caso de iniuria; y tenemos también la dificultad de admitir ese enriquecimiento en el damnum, salvo, prácticamente, en hipótesis de escuela (el homicidio de esclavo ajeno instituido heredero cometido por el sustituto de la herencia¹¹⁵⁹, la venta de las pieles del animal muerto que, por otra parte, puede calificarse también como hurto). Por último, tenemos la actio vi bonorum raptorum, la cual, es mencionada expresamente en Gai. 4,111 como una acción pretoria en la que el Pretor imita al ius civile y, concretamente, a la actio furti.

¹¹⁵⁹Maier. Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 27-28.

Desde esta perspectiva se entiende D. 47,8,2,27¹¹⁶⁰ que recoge la opinión de Ulpiano en la que estima que no es necesario una acción especial para hacer responder al heredero de lo obtenido por el delito de su causante sino que basta -"sufficere"- con la propia *condictio* de la *actio furti*, que es la acción de la que derivó la acción de la rapina.

Por otro lado Maier¹¹⁶¹ parece circunscribir la regla de la intransmisibilidad de las acciones penales privadas en el Derecho clásico a las acciones penales *ex iure civile* dejando fuera de la misma a las acciones penales pretorias, alegando para ello tanto el tenor literal de D. 47,1,1,pr. en el que se dice que dicha regla es de Derecho civil¹¹⁶², como también, que Gai. 4,112 al sentar la "*certissima iuris regula*" en virtud de la cual la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas se refiriese, justamente, a los cuatro delitos tipificados por el *ius civile* de la República. En este sentido podemos añadir también el tenor de I. 4,12,1, en el que se nos refiere la "*certissima iuris regula*" de que "*ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere*" precisamente a los cuatro *delicta* del *ius civile* (*actio furti*, *iniuriarum vi bonorum raptorum*, *damni iniuriae*). Desde luego que estos cuatro delitos son citados a título de ejemplo ("*veluti*") y que en realidad I. 4,12,1 es una transcripción o adaptación de Gai. 4,112, pero, también es cierto que al hablar de la intransmisibilidad de las

¹¹⁶⁰infra p. 702

¹¹⁶¹Prätorische... op. cit., p. 7-9.

¹¹⁶²supra p. 361 ss.

acciones penales privadas se alude expresamente sólo a acciones *ex iure civile*.

Ahora bien, si la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales, tal y como aparece en las fuentes, según Maier, se circunscribiría a los *delicta ex iure civile*, tampoco se vería entonces la necesidad de que se den acciones *in factum* diferenciadas de las acciones penales para hacer frente a la responsabilidad del heredero por el delito del causante en el campo de los delitos pretorios. Y es en este sentido en el que aparecen las mayores dudas, precisamente, en el terreno en el cual se centra básicamente la problemática de la intransmisibilidad pasiva de las propias acciones penales privadas: la *actio de dolo* y la *actio metus*.

En realidad a la hora de abordar esta cuestión nos encontramos con una dificultad inicial cuya constatación tiene una gran importancia: se trata de la evidencia de que no se puede dirigir contra el heredero una acción que persigue un castigo por un delito cometido (intransmisibilidad pasiva de una acción penal) y, lo que es mismo, la evidencia de la intransmisibilidad de la propia *obligatio ex delicto* originada por el delito cometido por el causante. Pero vemos que, al mismo tiempo, el heredero tiene a su cargo la *obligatio* (D. 4,2,17), la cual grava la herencia, de restituir aquellos valores patrimoniales que tienen como causa inmediata la adquisición de la herencia pero que, en última instancia, están originados en el delito del causante, en tanto que suponen un enriquecimiento indebido. Aparece pues aquí el tema de la paulatina transformación de la naturaleza y función de las acciones penales privadas a lo largo

del Derecho clásico, el cual fue objeto de estudio en el capítulo primero de la tesis, viéndose allí que quedó, como reducto final (junto a la cumulatividad subjetiva) de la estructura penal de las acciones penales privadas, la regla de la intransmisibilidad pasiva de las mismas en el marco de un proceso de progresiva despenalización de dichas acciones.

Ahora bien, si entendemos que al menos en el Derecho clásico, en la acción penal dirigida a hacer valer la obligatio ex delicto no cabe más que pena y no resarcimiento¹¹⁶³, ¿cómo podría hablarse de una responsabilidad de tipo patrimonial, contenida en la obligatio ex delicto, que se transmitiese contra el heredero y se hiciese valer con la propia acción penal?

Esta dificultad de tipo técnico, junto al sacrosanto (a la vez que conquista histórica) principio del ius civile de la personalidad de pena (clave en todo Derecho penal que se precie de tal) pudo pesar a la hora de que en un campo como es el de los delitos pretorios los clásicos no optasen por utilizar la propia acción penal¹¹⁶⁴ para dirigirla contra el heredero por el id quod pervenit. No obstante, insistimos, aparecen serias dudas respecto a los dos delitos pretorios básicos: la actio de dolo y la actio metus.

Betti¹¹⁶⁵, seguramente en función de estos

¹¹⁶³De lo contrario tenemos que admitir la clasicidad de las acciones cualitativamente mixtas, es decir, que al mismo tiempo cumplan una función penal y reipersecutoria.

¹¹⁶⁴Piénsese en la actio metus que se dirige ella misma por el *simplum* contra el tercero de buena fe para obtener la restitución de lo que le llegó. D. 4,2,15.

¹¹⁶⁵Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede in nome proprio o quale avente causa. Rendiconti Reale Ist. Lombardo di Scienze e Lettere. Milano, 1916. p. 231-232.

razonamientos anteriores, aporta la siguiente tesis. En concreto señaló que "deve però notarsi, quanto alla responsabilità penale ex delicto, che ad essa va talvolta concomitante una responsabilità patrimoniale affatto indipendentemente: ad alcune azioni penali, come la a. vi bonorum raptorum o la a. rerum amotarum (a nostro avviso) va, parallela la condictio ex causa furtiva. Ora tale responsabilità non penale, pur ricollegantesi al delictum, è naturalmente trasmissibile all'erede (Paul. 13,1,5).- Spesso poi la responsabilità penale del difunto viene sostituita, surogata, nella persona dell'erede, da una responsabilità non hereditaria (ex persona defuncti) bensì distinta (ex persona propria) e puramente patrimoniale, limitata all id quid ad eum pervenit ex delicto defuncti. La quale responsabilità si fa valere o con un actio in factum distinta (Gai. 4,2,19; D. 4,3,26) o con la medesima actio ex delicto volta però a scopo divergente dal suo proprio, come utilis (per analogia Proc. Paul. D. 25,2,3,4¹¹⁶⁶)".

Betti señala también otros supuestos en los que surge originariamente en el heredero una responsabilidad de tipo patrimonial en virtud de que se se coloca en el mismo lugar del

¹¹⁶⁶No nos olvidamos de la importancia que tiene esta opinión de Betti a propósito de la posible utilización de acciones utilies contra el heredero derivadas de las acciones penales correspondientes. No obstante, como subraya Levy (op. cit. p. 96-97) llama la atención de que en las fuentes nunca aparezca la terminología de acciones utilies para referirse a las acciones pervenit o locupletior contra el heredero. Dicho autor opina que lo que hay detrás es la intención de los clásicos por separar la acción contra el heredero respecto de la acción penal contra el causante, por lo que, aún cuando la segunda contenga básicamente la fórmula ligeramente transformada de la primera, se recalque que es una actio in factum, es decir por el hecho, creada por el Pretor ante una realidad distinta al delito como es la responsabilidad patrimonial derivado de él.

causante: así tenemos el poseedor que pasa a retener la misma cosa que su causante, de tal modo que, aunque no puede heredar ninguna obligación o responsabilidad de aquel a través de la *successio in ius*, sin embargo, en tanto en cuanto detenta también la cosa, se coloca en la misma posición fáctica que aquel, y así, ha de responder de lo obtenido de su causante, es decir, de la propia cosa que "*ad eum pervenit*" con los frutos y accesiones derivadas de ella. (D. 6,1,52; D. 10,4,12,6)¹¹⁶⁷.

Esta tesis de Betti es rechazada por Longo¹¹⁶⁸. Sin embargo, y seguramente siguiendo una vía independiente, esa tesis es implícitamente mantenida también por Levy¹¹⁶⁹ cuando se plantea la duda que aparece cuando se dice que la conexión jurídico material existente entre la acción penal primitiva y la acción de enriquecimiento se mantiene bajo el título de una responsabilidad limitada del heredero (al enriquecimiento) por una culpa delictual. En particular establece que "no se encuentra en las fuentes una explicación que designe como transmitida la *obligatio* o *actio in factum* o que resalte la sucesión; y cuando se dice del heredero, en contraposición del heredero del

¹¹⁶⁷También Betti (Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede... op. cit. p. 232) hace referencia a algunas acciones *in personam* pero que *ex re veniunt* o *nascuntur*: la a. *aquae pluviae arcendae*, la a. *communi dividundo*, la a. *familiae aerciscundae*. In esse l'erede non risponde, a rigore, in qualità di erede, bensì quale proprietario del *fundus unde aqua nocet*, quale comproprietario di cosa singola, quale coerede: tutte posizioni giuridiche, queste, per le quali il rapporto di successione ereditaria è propriamente soltanto pregiudiziale, non costitutivo come nella responsabilità ereditaria *ex contractu*.

¹¹⁶⁸Contributi alla dottrina del dolo op. cit., p. 133 ss. En particular alude a la que considera segura interpolación de algunos de los textos sobre los que Betti asienta su tesis. Así, por ejemplo, de D. 10,4,12, en su parte final.

¹¹⁶⁹Privatstrafe... op. cit. p. 98-99.

heredero, el "hereditariam suscepit obligationem" (D. 4,2,17), que él "debebit in factum actionem suscipere", con esto se señala una idea que resalta que la actio in factum nace originariamente en su persona. Sólo desde esta idea-sigue Levy- se puede aunar la regla que da Ulpiano para el caso de pluralidad de herederos (D. 43,16,9,pr.). Si la responsabilidad surge (en este caso) según fundamentos de Derecho hereditario entonces los nomina deben dividirse entre los herederos según la parte proporcional a la cuota de cada uno. Pero, justamente, Ulpiano lo niega expresamente. Para Ulpiano lo decisivo es acudir a lo que realmente ha obtenido cada uno de ellos: el coheredero responde del todo cuando el objeto obtenido ex delicto del causante le haya llegado por entero a él; y en suma, de lo contrario, cuando a él mismo nada le haya llegado".

B) ¿Transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones de dolo y metus causa?.

B. 1) Introducción.

Nos referimos a la actio de dolo y a la actio metus. En los títulos 4,2 y 4,3 del Digesto se contienen sendas secuencias de textos relativos, respectivamente, a la transmisibilidad hereditaria de la actio metus y de la actio de dolo¹¹⁷⁰.

¹¹⁷⁰Los textos en cuestión se encuentran en el capítulo quinto cuando tratamos, respectivamente, de la actio de dolo y (continúa...)

Son textos recogidos ya en el capítulo quinto en el que se exponían las diferentes tesis que la doctrina romanista ha ido aportando a lo largo de este siglo respecto a las diferentes acciones penales privadas¹¹⁷¹. Ahora se trata de intentar entrar en el fondo de la cuestión para arrojar alguna luz sobre una cuestión fundamental de nuestra tesis: si se puede racionalmente llegar a pensar, a tenor de las fuentes que han llegado hasta nosotros, que en alguna de estas dos acciones llegó a admitirse o considerarse en el Derecho romano clásico (sobre todo desde

¹¹⁷⁰(...continuación)
de la *actio metus*. No obstante hacemos aquí la relación de los mismos:

D. 4,2,16,2 (Ulp. 11 ed.): *haec actio heredi "ceterisque successoribus" datur, quoniam habet persecutionem. 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. 4,2,17 y D. 4,2,18 serán transcritos más adelante.

D. 4,2,19 (Gai. 4 ed. prov.): *Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intelligendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere.*

D. 4,2,20 será transcrito más adelante.

D. 4,3,13 (Ulp. 11 ed.): *Heredibus tamen harum personarum, item adversus heredes de dolo actio erit danda.*

D. 4,3,17,1 (Ulp. 11 ed.): *Haec actio in heredem et "ceteros successores" datur dumtaxat de eo, quo ad eos pervenit.*

D. 4,3,26 (Gai. 4 ed. prov.): *In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eos pervenerit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.*

D. 4,3,27 (Paul. 11 ed.): *dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit.*

D. 4,3,28 (Gai. 4 ed. prov.): *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. 4,3,29 (Paul. 11 ed.) *Sabinus putat calculi rationi potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum dari oportere.*

D. 4,3,30 (Ulp. 11 ed.) *Neque causae cognitio in heredis persona erit necessaria.*

¹¹⁷¹supra p. 483

mediados del siglo II d.C.) la transmisibilidad de la propia acción penal contra los herederos del causante del delito por el "id quod pervenit".

En primer lugar, llama la atención la interrelación que, en cuanto a su procedencia, se da en dichos textos del Digesto a tenor de la Palingenesia de Lenel. En efecto, tal y como subraya Longo¹¹⁷², recogiendo también a Albertario, D. 4,3,17,1 ("haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit") se situaba originariamente junto a D. 4,3,15,3, donde se dice que "in hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit". Ambos textos proceden del comentario 11 de Ulpiano al edicto¹¹⁷³ y parece que se están refiriendo no a una actio in factum sino a la propia actio de dolo que se utilizaría, según esto, contra el heredero para sacar de él el lucro obtenido de su causante. Al mismo tiempo, D. 4,3,26 (Gai. 4 ed. prov.) dice que "in heredem eatenus daturum se eam

¹¹⁷²Contributi alla dottrina del dolo. op. cit., p. 91. Ahora bien, Longo, siguiendo en ello a Albertario, utiliza este argumento en el sentido contrario al nuestro.

¹¹⁷³Lenel, Palingenesia, II, p. 470.

Reproducimos la reconstrucción que hace Lenel del comentario 11 de Ulpiano en lo que se refiere a la fórmula de la actio de dolo:

[ad formulam]

393. In hac actione designare oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse. (4,3) 15 & 3.

394. Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res praestiterit, puto adhuc ceteros liberari. (4,3) 17 pr.

395. Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit. (4,3) 17 & 1.

396. Neque causae cognitio in heredis persona erit necessaria. (4,3) 30.

actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit". Y en D. 4,2,16,2 (Gai. 4 ed. prov.) se establece que "haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. in heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non inmerito...

Albertario, y con él Longo, tal y como vimos en el capítulo quinto¹¹⁷⁴, parten del hecho de que en el Derecho clásico las acciones penales son pasivamente intransmisibles (baste recordar Gai. 4,112), para evidenciar que, por tanto, todos los textos arriba reseñados en los que se refiere que la propia acción (haec actio, eam actione) se dirige contra los herederos son, por sí mismos, una patente demostración de la intervención de los compiladores que los interpolaron para hacer que las propias acciones penales se pudiesen dirigir contra los herederos en la medida de su enriquecimiento.

Como vimos, también otros autores que han estudiado a fondo este tema han considerado estas cadenas de textos relativas a la transmisibilidad hereditaria de la actio de dolo y de la actio metus como fruto de la interpolación. Así tenemos a Beseler, Siber, De Francisci, Voci, o a Brasiello. No obstante, cada uno de estos autores aportan matices diferentes a la hora de analizar dichos textos, lo que, a su vez, se traduce en diferentes interpretaciones en cuanto a la medida en que los consideran interpolados. De todos modos, tanto De Francisci como Voci o Brasiello¹¹⁷⁵, como, en definitiva, la generalidad de la

¹¹⁷⁴supra p. 485 ss.

¹¹⁷⁵supra p. 486 ss.

doctrina actual siguen a Albertario en cuanto a considerar que, puesto que las acciones penales eran pasivamente intransmisibles en el Derecho clásico, el término [eam] de D. 4,3,26 y la expresión [haec actio] de D. 4,2,16,2, son producto de la interpolación; si bien, al mismo tiempo, frente a Albertario, coinciden en considerar que, originariamente, debieron darse acciones in factum pretorias por el id quod pervenit del heredero.

Además aparece un dato objetivo que viene dado por el hecho de que tanto respecto a la actio de dolo como respecto de la actio metus se citan dos edictos especiales del procónsul¹¹⁷⁶, que darían lugar en el Edicto provincial a las respectivas cláusulas edictales, las cuales establecen sendas acciones contra el heredero por el delito del causante: D. 4,3,26 para la actio de dolo, como hemos visto más arriba, y D. 4,2,19 para la actio metus. Es fácil pensar que el procónsul debió actuar siempre de acuerdo con las directrices que emanasen del edicto del Pretor urbano y que, por lo tanto, debió darse en el mismo una cláusula de ese tenor:

Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem
proconsul, quatenus ad eum pervenerit,
intellegendum est ad perpetuo dandam actionem
pertinere.

A tenor de D. 4,3,26 y D. 4,2,19 resulta pues la

¹¹⁷⁶Gayo, al parecer, era un provincial que escribía desde Siria o Líbano.

existencia de acciones específicamente creadas dentro de las respectivas rúbricas edictales para actuar contra el heredero por el delito del causante. Otra cosa será ya la fórmula correspondiente a las mismas que, prácticamente, se comparte con las de las propias acciones penales transformadas al respecto¹¹⁷⁷.

No obstante, nos creemos con el deber de añadir que el tenor literal de los textos, y especialmente D. 4,3,26¹¹⁷⁸, nos dice que la propia acción penal se dirige contra los herederos en la medida del enriquecimiento obtenido por estos.

¹¹⁷⁷infra 5)- A. p. 692 ss.

¹¹⁷⁸Fragmento que junto a D. 4,2,19, procede del comentario 4 de Gayo al edicto provincial.

A este respecto nos llama la atención el hecho de que ambos textos sean, prácticamente, los únicos del Digesto relativos a la responsabilidad del heredero por delitos del causante que no proceden de los comentarios de Ulpiano al edicto.

Siber (Römisches Privatrecht op. cit., p. 222, p. 237) y Von Lübtow (IURA, 1954, op. cit., p. 282, 287) ven, no obstante, una posible interpolación en la parte final del texto de acuerdo con sus tesis sobre el acercamiento en las fuentes justinianas de la medida de responsabilidad pervenit al enriquecimiento realmente existente al tiempo de la litis contestatio, es decir a la medida locupletior factus est. Así consideran D. 4,3,26 realmente genuino salvo en su parte final que, por lo demás no impide que se afirme la clasicidad del resto. Así, la frase final "quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit" sería un añadido justiniano fruto de la paráfrasis del texto clásico que, por otro lado, se acomodaría perfectamente con- Siber, Von Lübtow- el añadido final justiniano al fragmento contenido en D. 4,3,28: "...Cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio". Esta frase se refiere a la responsabilidad post annum del propio autor del delito.

B. 2) La actio de dolo.

Desde luego, creemos que no cabe dudar que la cadena de fragmentos que aparecen desde D. 4,3,26 hasta D. 4,3,30, (actio de dolo), así como la relación de textos construida desde D. 4,2,16,2 hasta D. 4,20 (actio metus), en las que se contiene, en ambos casos, la materia relativa a la duración de dichas acciones, como su transmisibilidad hereditaria, constituyen de por sí, un indicio formal en favor de la intervención de fondo de los compiladores. Además, como vimos en el capítulo quinto¹¹⁷⁹, D. 4,2,16,2 y D. 4,3,28, presentan claros signos de interpolación.

Sin embargo, ha habido al menos un autor que ha defendido la posible transmisibilidad pasiva de las propias acciones de dolo y metus en el id quod pervenit en el Derecho clásico. Se trata de Maier¹¹⁸⁰, que, prácticamente, dedica una monografía a este empeño. Así, apunta para ello, además del tenor literal de dichos textos, la falta de argumentos concluyentes en favor de la tesis de la interpolación de los mismos (al menos de todos ellos) que vaya más allá de meras adaptaciones de tipo formal.

En particular señala, en primer término, que en el curso del Digesto la mención de la responsabilidad de los

¹¹⁷⁹supra p. 484 ss. y p. 496 ss.

¹¹⁸⁰Maier. Prätorische Bereicherungsklagen. op. cit.

No obstante debemos matizar: en realidad Maier sigue la tesis de Levy que veremos más adelante de entender que la acción contra el heredero responde a un edicto del Pretor que contiene la fórmula de la acción penal transformada para que se dirija contra el heredero *dumtaxat id quod pervenit*.

herederos por razón del delito del causante, junto a la transmisibilidad activa de la acción y su perpetuidad, se suele incluir por los compiladores al final del comentario al edicto correspondiente, mientras que aquí se incluye una norma relativa a la transmisibilidad de la propia acción penal (*dumtaxat de eo quod ad eos pervenit*), entre otros, en dos fragmentos de Ulpiano situados, según Maier¹¹⁸¹, al final del comentario de la fórmula (D. 4,2,16,2 y D. 4,3,17,1). Este autor añade que "la palabra *haec* empleada por Ulpiano muestra más claramente que la palabra

¹¹⁸¹Maier (*Prätorische Bereicherungsklagen...op. cit.*, p. 38) tampoco lo explica con claridad. Es lógico pensar que en este punto sigue, respecto a D. 4,3,17,1 a la Palingenesia de Lenel (*Palingenesia*, II, p. 470) en la que se incluye dicho texto dentro del comentario de Ulpiano a la fórmula de la *actio doli*:

[ad formulam]

393. In hac actione designari oportet, cuius dolo malo factum sit, quamvis in metu non sit necesse. (4,3) 15&3.

394. Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari. (4,3) 17,pr.

395. Haec actio in heredem et ceteros succesores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit. (4,3) 17&1.

Neque causae cognitio in heredis persona erit necessaria. (4,3) 30.

Sin embargo, Lenel no incluye ningún texto relativo al ejercicio de la acción contra los herederos en el comentario 11 de Ulpiano por lo que hace a la fórmula de la *actio metus*. No obstante, Lenel incluye el fragmento contenido en D. 4,2,16,2 dentro de un grupo de textos relativos a la *actio metus* que figuran bajo el título de *addimenta* (*Palingenesia*, II, p. 465, n. 382.) con lo que, bien podría ocurrir que Maier fuese más allá de las dudas de Lenel, que no sabría a dónde referirlos, es decir, si al comentario del edicto o al de la fórmula, para colocar D. 4,2,16,2, claramente, en el comentario de la fórmula. De ahí que entendamos que cuando Maier dice que Ulpiano se refiere al tema del ejercicio de la acción contra el heredero en el comentario de la fórmula deduzcamos que se alude a D. 4,2,16,2.

eam empleada por Gayo la presencia de una fórmula o de una cláusula del Edicto recogida ex profeso, para la exposición del jurista¹¹⁸².

En segundo lugar, se destaca el texto contenido en D. 4,3,27: "dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit".

Maier¹¹⁸³ nos dice que "la antigua y correcta exposición de dolus malus ya no es familiar a las gentes de Justiniano. Tan decisiva como se muestra esta expresión en las leyes republicanas, en las fórmulas, en los edictos, e, incluso, en las Instituciones de Gayo, queda comprimida en los mandatos imperiales al uso de dolus. A los gramáticos de la época del Principado les resultaba una expresión anticuada y se esfuerzan por aclararla. En las constituciones desaparece dolus malus por completo después de Diocleciano y reaparecen sólo en la época de Justiniano. Pero sería equivocado deducir de ello-sigue Maier-que la historicidad de Justiniano también aquí habría despertado un muerto, ya que, sin contar la rúbrica de dolo malo, la cual procede de C. Th. 2,15, la expresión dolus malus se encuentra sólo 5 veces en Justiniano contra 14 veces dolus simplemente. Respecto de las constituciones con dolus malus, se ha tomado palabra por palabra del edicto de pretiis, C. 2,3,29. Por otro lado, en C. 5,13,7, se encuentra esa expresión en una referencia al estado del Derecho clásico, y en C. 6,49,7,1,b se hace referencia a una cuestión discutida en la época clásica: la dependencia estilística del patrón está clara en los tres casos.

¹¹⁸²Maier además subraya la semejanza de D. 4,3,17,1 con D. 42,8,10,24, que refiere una actio in factum post annum en materia de interdicto fraudatorio.

¹¹⁸³Maier. op. cit., p. 18 ss.

En las Instituciones, *dolus malus* se encuentra, a tenor del vocabulario trabajado por Longo, en tres partidas probablemente tribonianas: en I. 4,18,6 y 7 que es una repetición, casi palabra por palabra, de dos leyes republicanas y en I. 4,6,30, donde se informa acerca del *rescriptum divi Marci*. Por lo tanto sólo queda un único fragmento con *dolus malus* que provenga de la época de Justiniano y que no se puede reconducir inmediatamente a una fuente clásica: C. 4,21,21,2."

Sin embargo el propio Maier advierte que de ello no debe deducirse que en fragmentos interpolados no pueda aparecer de ningún modo la expresión *dolus malus*.

Por otro lado, resulta más importante el estudio que hace dicho autor acerca de la partícula "ve" que añadida al término *dolo* cumple la función de una conjunción disyuntiva. Señala Maier "que el uso de esta partícula en la lengua y literatura latina había concluido varios siglos antes de Justiniano. La misma, conectaba originariamente frases enteras y sólo encontraba aún un lugar en giros determinados y típicos; tan sólo conectaba aún partes de frases individuales cuando se juntaba a una conjunción o a un pronombre (*quive*, *quidve*, *nive...*, etc). Para el resto de supuestos se encontraba desplazada por *aut* o *vel* y sólo aparece en el lenguaje jurídico y administrativo de la época clásica, tal y como resulta de un mirada al *Index* de Fuentes prejustinianas de Bruns. Así, en el *Gaius* de Verona leemos 170 veces "ve"; en el *Gaius* de Autum, 3; en el epítome sólo 2 veces. En las leyes y demás fuentes que ha juntado Bruns esta es 12 veces más frecuente que *vel*. En el *Theodosianus* la relación es prácticamente la contraria. En el

Codex de Justiniano "ve" se encuentra más de 160 veces contra 20 veces vel, y de los 160 fragmentos sólo 3 recaen en constituciones de Justiniano y 5 sobre rúbricas de títulos".

El autor alemán concluye constatando que la falta completa de "ve" en los textos justinianeos mientras que "vel" aparece entre dos y tres mil veces a lo largo de la Compilación. Y Maier¹¹⁸⁴ destaca por último que cuando la gente de Justiniano trabaja independientemente a partir de un texto no escribe "ve" ni "dolo malo". Además, añadimos nosotros, parece que si hubiesen querido interpolar sin más no hubiesen necesitado más que incluir estos fragmentos como formando parte de los anteriores en el Digesto.

De todo ello creemos que se puede concluir afirmando, en principio, la clasicidad del giro pauliano.

Sin embargo Lenel¹¹⁸⁵ señala respecto a D. 4,3,27 que el hecho de que los compiladores aludan a otro jurista en cuanto a estas palabras, cuando el mismo, inmediatamente antes, ha referido el contenido del edicto, hace que la articulación en el edicto de estas palabras sea sospechosa. También aduce para ello la analogía con el edicto relativo a la actio metus.

Por otro lado, surge la objeción elemental de que los compiladores hayan tomado esta frase (aún genuina) que aparece en D. 4,3,27 de un contexto originario distinto y que haya sido llevada, por lo tanto, al lugar que les convenía.

Maier¹¹⁸⁶ nos muestra al respecto como esta frase

¹¹⁸⁴op. cit., p. 21

¹¹⁸⁵EP³. p. 114, n. 16.

¹¹⁸⁶op. cit., p. 22-23.

aparece casi en idénticos términos y con el mismo significado en los tres fragmentos siguientes: en el ya referido D. 4,3,27, en D. 43,16,2 y en D. 25,2,4. Y aún más, nos dice, en cuanto a D. 4,3,27 (Paul. 11 ed.), que Paulo en el comentario 11 al edicto sólo se refiere a la *actio metus* y a la *actio de dolo*¹¹⁸⁷. Así, si el texto no fue tomado del comentario relativo al edicto de la *actio de dolo*, lo fue entonces al edicto de la *actio metus*, con lo que Maier - "der gewinn für unsere Untersuchung wäre ganz derselbe". El segundo fragmento, D. 43,16,2 (Paul. 65 ed.) proviene del comentario al interdicto *unde vi*¹¹⁸⁸. En tercer lugar D. 25,2,4 (Pomp. 16 Sab.) es un texto referido a la *actio rerum amotarum* que Maier relaciona con D. 50,16,171 (Pomp. 16

¹¹⁸⁷En este sentido, Lenel (*Palingenesia*, II, p. 459) incluye las siguientes rúbricas dentro del comentario 11 de Ulpiano al edicto:

- de in integrum restitutionibus.
- quod metus causa gestum erit.
- de dolo malo.
- de minoribus XXV annis.

Por lo tanto, se incluyen dentro del mismo, además de un comentario a las dos acciones en cuestión, otro relativo a la *restitutio in integrum*.

Por otro lado, nos llama también la atención el siguiente fragmento tomado también del comentario 11 de Paulo al edicto a propósito de la *actio de dolo*. (D. 4,3,12): "ne ex dolo suo lucretur".

¹¹⁸⁸EP³. p. 460. Por otro lado, Lenel (*Palingenesia*, I, p. 1082) supuso también que el texto contenido en D. 43,16,2, (Ulp. 65 ed.) procedería del comentario de Paulo al interdicto *unde vi*, y es más, que iría dentro de un texto en el que se aludiría, precisamente, a la responsabilidad *pervenit* del heredero del que realizó la ocupación violenta:

[Ex causa huius interdicti in heredis competit in factum actio in id quod ad eos pervenit] dolove malo eorum factum est, quo minus perveniret.
(43,16) 2.

Sab.)¹¹⁸⁹.

Los estudios de Maier apuntan pues a la posibilidad de que, de acuerdo con el tenor literal de las secuencias de textos relativas a la actio de dolo y a la actio metus, pueda afirmarse la transmisibilidad de dichas acciones- en el sentido matizado anteriormente- contra el heredero por el quod pervenit en el Derecho clásico.

Desde luego, respecto a la actio de dolo, tal y como vimos en el capítulo quinto¹¹⁹⁰, resulta que pese a tener naturaleza penal, por provenir de un delito, es subsidiaria, ejercitable sólo por el *simplum* y arbitraria.

Por otro lado, también en relación con esta acción tomamos en consideración el fragmento contenido en D. 4,3,15 (Ulp. 11 ed.) en el que se establecen tres supuestos concretos en los que se afirma el ejercicio de la propia acción de dolo contra un tercero que se enriqueció por el dolo cometido por otra persona:

Sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur.

Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt?. sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res

¹¹⁸⁹Así dicha cláusula, aparte de que sería también utilizada en textos clásicos con otro significado o finalidad, vemos que fue ciertamente empleada por los juristas clásicos en el campo de las acciones pretorias de enriquecimiento.

¹¹⁹⁰Capítulo quinto. 5)- B, 2.

eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.

Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.

In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse¹¹⁹¹.

Se puede constatar aquí la función más reipersecutoria que penal que cumple la actio de dolo ya que se dirige contra el pupilo o el magistrado municipal o el representado por el procurador, por lo que ha llegado a su poder, en virtud de una actuación dolosa ajena.

Por otro lado, no creemos que pueda verse en este fragmento huellas claras de interpolación, sino que, por el contrario, en el mismo se utiliza escrupulosamente la terminología clásica cuando se dice "datur acciones" o "de dolo

¹¹⁹¹Index interpolationum. I, p. 50. Albertario (Responsabilità fino al limite del'arricchimento nelle azioni pretorie... op. cit. Rend. Ist. Lomb. 1913, p. 460 [= Studi IV,2, p. 303 ss.]. La responsabilità del pupillo fino al limite del suo arricchimento... op. cit. Rend. Ist. Lomb. 1913, p. 576-577. [= Studi IV,2, p. 321 ss. Longo, (Contributi alla dottrina del dolo. op. cit., p. 109 ss. Debe observarse que Albertario, a tenor de la exégesis interpolacionista que hace, no niega que se dé la acción de dolo contra el pupilo ex dolo tutoris, o contra los decuriones o, finalmente, contra el dominus ex dolo procuratoris, sino que lo que niega-de acuerdo con su tesis- es la limitación de la responsabilidad in quantum locupletior factus est.

tenetur"; además, en él aparece la expresión actio de dolo en lugar de la, al parecer, justiniana actio doli¹¹⁹². Sin embargo, frente a lo anterior, está claro que siempre podrá decirse que el fragmento está interpolado si tomamos como punto de partida el principio de la intransmisibilidad pasiva de la propia acción penal en el Derecho clásico o, como hace Albertario, de considerar que la medida de responsabilidad por el enriquecimiento es justiniana o, al menos, de Derecho postclásico.

Ahora bien, la tesis de que la actio de dolo era en sí misma pasivamente transmisible contra el heredero por el *id quod pervenit* también presenta serias dificultades aparte de las que puedan resultar de los indicios o huellas de interpolación vistos más arriba.

En este sentido, Longo¹¹⁹³ refiriéndose a D. 4,3,28, indica que la propia actio de dolo no puede darse contra el heredero con carácter perpetuo tal y como aparece en el texto, sencillamente, porque es una acción pretoria penal, y por lo

¹¹⁹²A. D'Ors. Derecho Privado Romano. op. cit., p. 436. n.1.

¹¹⁹³Contributi alla dottrina del dolo. op. cit., p. 102. Ahora bien, añadimos nosotros, también desde otros postulados puede defenderse que una acción, como la de dolo, que cumple una función más reparatoria (y además siendo subsidiaria) que penal podría dirigirse contra el heredero por el *quod ad eum pervenit* sin sujeción a plazo cumpliendo aquí, en consecuencia, una función enteramente reipersecutoria (*rei persecutionem continere*). Las tesis aportadas parten pues de principios previos en ambos casos.

El texto contenido en D. 4,3,28 es el siguiente: "Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. at si res tibi tradita sit, siquidem 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".

tanto, anual, mientras que, al mismo tiempo, llama la atención sobre el hecho de que el propio texto establezca, *post annum*, una *actio in factum* perpetua contra el mismo autor del hecho por aquello en que se hizo más rico (*quod locupletior esset*)¹¹⁹⁴. De todos modos, añadimos nosotros, esta objeción parte también de postulados previos para negar que la propia acción pueda darse contra el heredero, y en este sentido nos llama la atención también la correspondencia del texto con D. 4,2,19 (Gai. 4 ed. prov.) que nos refiere el edicto del magistrado provincial respecto a la *actio metus* contra el heredero y dice expresamente que "*intellegendum est, ad perpetuam dandam actionem pertinere*".

Por último, Lenel niega que respecto a la *actio de dolo* se propusiese en el *album* del Pretor una acción *adversus heredem* con una *condemnatio* por el "*quanti ea res erit quod ad eum pervenit*": "In Album war sie wahrscheinlich nicht proponiert"¹¹⁹⁵. Sin embargo, señala también al respecto, que una *actio in factum adversus heredem* por el delito de dolo cometido por su causante debía ser, no otra cosa, que una *actio ex dolo defuncti*¹¹⁹⁶. ¿Qué entiende Lenel por *actio ex dolo*

¹¹⁹⁴Como vimos más arriba Siber y Von Lübtow consideran que estamos en este punto concreto (D. 4,3,26 i.f. y D. 4,3,28 i.f.) ante una intervención justiniana para acercar la medida de responsabilidad *pervenire* a la medida *locupletior factus est*. *Infra* p...

¹¹⁹⁵EP³. p. 115. Pensamos que quizá Lenel mantiene esta tesis porque una valoración por el *quantum ea res erit*, es decir, por el valor futuro de la cosa al tiempo de la sentencia, supone tener en cuenta el valor de subrogación de aquello que *ad heredem pervenit* en el momento del fallecimiento del causante, lo cual está en contradicción con el concepto mismo de la responsabilidad *pervenire*.

¹¹⁹⁶Lenel EP³. p. 114 n. 16 i. f. "Aber diese *actio in factum* konnte doch kaum etwas anderes sein, als eine *actio de dolo defuncti*".

defuncti? ¿La propia actio de dolo pero con una mínima modificación en la fórmula que permita dirigir la acción contra el heredero?. Y además, el propio Lenel afirma, de acuerdo con el comentario que hace de D. 44,7,35,pr. (en el que se alude precisamente a la actio doli), que debió existir (se entiende que en el edicto perpetuo adrianeo) una cláusula general por la que se establecía la responsabilidad limitada de los herederos respecto de las acciones ex delicto.

B. 3) La actio metus.

Por lo que hace a la actio metus, que también nace a finales de la República, en virtud de la fórmula octaviana¹¹⁹⁷, vemos que aparece en el Digesto (D. 4,2,14,3; D. 4,3,15,3) como una acción in rem scripta que puede, por tanto, ejercitarse contra el tercero de buena fe para obtener la restitución de lo que ha obtenido. Schulz y Lenel, entre otros¹¹⁹⁸, han mantenido que la configuración de la acción como una actio in rem scripta es justiniana; concretamente Lenel indica que si bien la fórmula de la acción (en virtud de su carácter impersonal) no permitía conocer quien era el autor de la extorsión, con lo que podría adecuarse perfectamente el concepto de la la actio metus como actio in rem scripta, este concepto-Lenel-sin embargo, no es

¹¹⁹⁷supra p. 490 ss.

¹¹⁹⁸ Schulz (Roman Classical Law. Oxford, 1969, p. 601.; Z.S.S., 43, p. 246 ss.; Lenel (EP.³, p. 112); A. S. Hartkamp (Der Zwang im römischen Privatrecht. Amsterdam, 1971, p. 201 ss.) contiene una amplia bibliografía con síntesis de las respectivas opiniones.

clásico sino que se remonta a Justiniano, tal y como demuestra Schulz. Añade Lenel, que Justiniano traspasó los fundamentos de la *restitutio in integrum propter metum* a la *actio in quadruplum*. Lenel concluye diciendo "que es posible que la fórmula clásica designara claramente a N° N° como extorsionador (tal vez con las palabras *qui metum adhiberit* después de N° N°); también es posible que se dejara a la interpretación la limitación de la responsabilidad al extorsionador. D.(4,3) 15,3 es interpolado".

Pero otros autores, como Girard¹¹⁹⁹, Maier¹²⁰⁰, o, más recientemente Hartkamp, en su monografía sobre esta acción¹²⁰¹, han sostenido la clasicidad de la *actio metus* como *actio in rem scripta*, lo que arranca del carácter impersonal de la fórmula de la acción y que da lugar a que la propia acción, con función restitutoria, se pueda extender contra el tercero que se ha enriquecido, incluso de buena fe, a causa del delito. El problema que se plantea es entonces el siguiente: ¿cómo es

¹¹⁹⁹Así lo entiende Girard, Manuel...⁶ 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 anulación de las diversas situaciones jurídicas nacidas del acto realizado bajo 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 quadripli est actio, sed si res restituitur*".

¹²⁰⁰En Prätorische Bereicherungsklagen realiza un amplio estudio acerca de la *actio quod metus causa* y, especialmente, de su carácter como *actio in rem scripta*. p. 91 ss.

¹²⁰¹A. S. Hartkamp. Der Zwang im römischen Privatrecht. op. cit.

posible que se niegue que la propia acción penal sea pasivamente intransmisible y, al mismo tiempo, se afirme que la acción misma se puede dirigir contra el tercer adquirente de buena fe?.

Maier entiende que la configuración de la *actio metus* como una *actio in rem scripta* obedece a la interpretación que hace la jurisprudencia de la fórmula de la *actio* que era impersonal. Esto sólo ocurriría a partir del siglo II d.C. y en particular, Maier dice que el efecto de la acción sobre terceros se encuentra primero en Viviano y Pedius, y que sólo se puso en práctica como derecho reconocido por Marcelo y Paulo. Ahora bien, a la pregunta anterior de por qué, entonces, se desarrolla también para esta acción penal una acción pretoria de enriquecimiento contra el heredero del que ejerció la coacción, Maier señala que cuando se decidió utilizar las posibilidades de la formulación impersonal de la *actio metus* ya existía en el Edicto, y en la práctica judicial, desde hacía tiempo, la fórmula relativa a los herederos por el *id quod pervenit*. Dicha fórmula contra el heredero se mantiene a pesar del ejercicio de la acción penal contra terceros en virtud del método conservativo de los juristas romanos.

Hartkamp¹²⁰² no está de acuerdo con esta tesis y resalta que no hay ninguna razón para diferenciar la responsabilidad del tercero respecto a la responsabilidad del heredero. Añade que la responsabilidad *pervenire* era desconocida al tiempo de la fórmula octaviana (a. 80 a.C.) y que, por otra parte, la legislación de *repetundis* contenía una reponsabilidad

¹²⁰² Der Zwang im röm. Privatrecht. op. cit., p. 257 ss.

de tipo penal contra el heredero¹²⁰³ con lo que para la *actio quod metus causa* vale lo mismo en un tiempo tan temprano. "Justamente-Hartkamp¹²⁰⁴ - se preparó una acción de enriquecimiento particular contra el heres, en todo caso, después de que la *actio quod metus causa* reemplazase a la fórmula octaviana, ya que la acción de enriquecimiento fue deducida a partir de la adición formal *in id quod pervenit* a la *actio metus causa*. No se ve sin más a qué circunstancias se deba su procedencia. Es un hecho sin embargo que ya al principio de la época clásica la acción de enriquecimiento contra el heres gozaba en el círculo de los juristas de una popularidad particular y lo probable es que los juristas hubieren creado la *actio in id quod pervenit* contra el heredero del coaccionador para normalizar la reponsabilidad de éste último con la de los herederos en los demás delitos pretorios".

Pero el autor holandés no considera que la introducción de la *actio pervenit* contra el heredero del que realizó la coacción sea meramente formal porque la responsabilidad que resulta de la extensión de la *actio metus* y la que resulta de esta acción *pervenit* se miden con arreglo a principios diversos. Así, para el primer caso, el tercero responde sólo de lo que en el momento de la l.c. esté en su poder mientras que la responsabilidad *pervenit* del heredero es más dura ya que responde de lo que llegó a su patrimonio en el momento del fallecimiento

¹²⁰³En tanto en cuanto que la propia acción penal se dirigía contra el heredero y debía de responder de lo que a él llegó incluso en el caso de pérdida por caso fortuito. Pero es un punto muy oscuro ante el silencio de las fuentes. *infra* p. 298 ss.

¹²⁰⁴*op. cit.*, p. 258-259.

del causante salvo pérdida posterior por caso fortuito¹²⁰⁵. Es más, la utilidad, e incluso, la necesidad práctica de estas acciones pervenit contra el heredero, concurrentes con la posibilidad de ejercicio de la propia actio metus contra terceros se evidencia en el siguiente caso práctico que Hartkamp nos propone¹²⁰⁶:

Si A entrega algo bajo coacción a B y éste vende lo obtenido por dicha coacción a C y resulta que la cosa se pierde por fuerza mayor; si luego muere B y deja el valor obtenido por la venta a su heredero X, en tal caso, no podría dirigir la propia actio metus, en tanto que actio in rem scripta, contra el tercero C (D. 4,2,14,5), pero sí podría ejercitar una actio in factum in id quod ad heredem pervenit contra X por razón del valor patrimonial (el precio de la venta de la cosa) que ha llegado a su patrimonio por la herencia.

Por otro lado, D'Ors¹²⁰⁷ sigue la tesis de que la actio metus no se dirige en realidad contra la coacción sino contra el hecho de que se retenga indebidamente, ya por el

¹²⁰⁵ Respecto a esto último, en realidad Hartkamp (op. cit., p. 259) entiende que en la responsabilidad pervenit la pérdida fortuita de la cosa no libera al heredero sino que sólo lo libera los supuestos de fuerza mayor. El autor holandés seguramente sigue en ello a Siber (Römisches Recht... op. cit., p. 221) que, de acuerdo con D. 4,2,17 y D. 50,17,127 (sufficit semel pervenisse) entiende que el heredero no se libera por pérdida fortuita de la cosa, lo que, por otro lado, va a suponer hacerlo responder por el *simpulum* en, prácticamente, todos los casos. Nosotros nos mantenemos, de acuerdo con lo visto más arriba en que, de acuerdo con D. 4,2,18, en relación con D. 4,2,17, el heredero no responde por pérdida fortuita de la cosa estando en su poder. Otra cosa es la distinción que se dé en cada caso concreto entre casus fortuitus y vis maior.

¹²⁰⁶ op. cit., p. 259-260.

¹²⁰⁷ El comentario de Ulpiano a los edictos del "metus". op. cit., p. 281-282. supra p. 494

coaccionador, ya por un tercer adquirente, lo obtenido *metus causa*, con lo que la acción resulta ejercitable pues contra terceros y además arbitraria. La acción, en este sentido, resulta también *reipersecutoria*, además de penal, y, como desarrollo de estos argumentos, D'Ors, en virtud de D. 4,2,16,2, D. 4,2,19 y D. 4,2,20, atiende a la contradicción que supone que una acción pueda dirigirse contra el adquirente de buena fe y en cambio, sólo pueda dirigirse contra el heredero del coaccionador por *id quod pervenit*, dado que estamos ante una acción penal.

D'Ors, a partir de D. 4,2,19 (Gai. 4 ed. prov.)¹²⁰⁸, infiere que el sentido de este texto no es el de que la acción contra el heredero sea perpetua, sino "que la acción especial contra el heredero es la acción postanual de que habla Ulpiano en frag. 14 & 1: *post annum vero in simplum actionem pollicetur*. Es decir, la acción post-anual y perpetua, que es el *simplum* contra el que adquirió *intervivos* lo que perdió el demandante, puede darse contra el heredero del adquirente *in id quod ad eum pervenerit*. Queda excluido así el heredero que retiene lo perdido por el demandante si la acción se dirige contra él *intra annum*: en este caso, la acción sigue siendo al *quadruplum*, a no ser que ese heredero restituya"¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸Reproducimos una vez más el texto: "*Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere*".

¹²⁰⁹D'Ors. op. cit., p. 282.

5) Naturaleza y función de las acciones pretorias in factum in id quod ad eum pervenit.

A) La tesis de Levy

Respecto a las acciones que venimos considerando, pero con un alcance más general para abarcar a todas las acciones penales pretorias, nos referimos a las tesis de Levy¹²¹⁰ que, por nuestra parte, consideramos lo más acertado a la verdad histórica: cuando se habla de la responsabilidad *pervenire* del heredero estamos ante acciones *in factum adversus heredem in id quod ad eum pervenit*. Estas acciones fueron propuestas por el Pretor a través de edictos que se suceden a los edictos por los que se crearon las respectivas acciones. Posteriormente dichos edictos quedaron incluidos como cláusulas edictales en el Edicto Perpetuo dentro de la rúbrica correspondiente, tal y como resulta de la reconstrucción de Lenel. Ahora bien, dichas cláusulas relativas a los herederos recogían fórmulas que no podían ser sino las mismas de las acciones penales matrices, habida cuenta el conservadurismo jurídico formal y la economía de medios procesales con que actuaban los los romanos. No obstante, esas fórmulas de las acciones matrices serían transformadas por el simple añadido al final de la *condemnatio* de una frase que vendría a decir así: "*in heredem datur dumtaxat quid ad eum pervenit*". Estamos pues ante una acción distinta, hija de la

¹²¹⁰Privatstrafe... op. cit., p. 88 ss.

acción penal, pero, prácticamente, con la misma fórmula que ésta¹²¹¹. Así, Levy¹²¹² dice que la *actio in factum adversus heredem*, resulta del simple añadido respecto de la acción penal principal de una *taxatio* en la *condemnatio*: un "in heredem (post annum) iudicium dabo in id quod ad eum pervenit"¹²¹³. La acción nueva, es decir la acción penal transformada tiene- Levy- la naturaleza de una *condictio ob iniustam causam*, como ya vimos más arriba¹²¹⁴; Así, cita en este sentido D. 25,2,26 con D. 4,3,29¹²¹⁵. Ahora bien, Levy respecto a la *actio in factum* contra el heredero declara: "also nicht: *actio in factum* oder

¹²¹¹Añadimos nosotros que en F. Vat. 312 (supra. p. 662) se hace referencia a la *actio* que da el gobernador provincial transcurrido el año de ejercicio de interdicto *unde vi* con las siguientes palabras: "*ad formulam promissam*". Por lo tanto se utiliza la expresión fórmula para hacer referencia a la *actio in factum* misma. Según esto, ¿cómo separar la *actio de dolo* o la *actio metus* de sus respectivas acciones *in factum adversus heredem* que comparten con ella la misma fórmula transformada?. ¿Podía hablarse de la fórmula o *actio de dolo* o *metus* contra el heredero por el *quid ad eum pervenit*? Habría que ver, y no nos es posible, si la expresión utilizada en F. Vat. 312 obedece a un lenguaje técnico jurídico clásico o, por el contrario, vulgar, como se corresponde con la época en la que se elaboran los *Fragmenta Vaticana*, es decir, primera mitad del siglo IV. d. C.

¹²¹²Privatstrafe... op. cit., p. 97

¹²¹³Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 93-94). Por su parte, Maier (Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 87) indica como texto más probable de ese añadido el siguiente: "in heredem (post annum) iudicium dabo dumtaxat, o, de eo quod ad eum pervenit". Dicho texto se conservaría intacto en la *actio in factum* postanual del *interdictum unde vi*. (D. 43,16,1,pr.). Añadimos que en realidad el texto en cuestión no recoge la palabra "dumtaxat" sino únicamente "de eo". Quizá Maier estuviese pensando en D. 4,3,17,1 en el que, dentro del comentario a la fórmula de la *actio de dolo*, se dice que se da la acción contra el heredero *dumtaxat de eo quo ad eos pervenit*.

¹²¹⁴supra p. 648

¹²¹⁵En este último fragmento, la nueva acción contra el heredero no es penal ni infamante porque-Sabino- "*calculi rationi potius quam maleficii heredem conveniri*".

Umformung der ursprünglichen Klage, sondern actio in factum durch Umformung der ursprünglichen Klagen. Der Form nach bleib die actio mit einer geringfügigen Abweichung dieselbe"¹²¹⁶. La acción penal, según esto, no se transmite sino que se transforma a través de la actio in factum.

Por último Maier¹²¹⁷, al igual que Levy, se plantea la cuestión de la siguiente forma: en el caso de las acciones pervenit contra el heredero, ¿estamos ante una actio in factum pretoria independiente de la acción penal o ante la propia acción principal transformada?. En favor de la segunda solución cita como argumento a D. 4,2,19 y a Cod. Her. Wis. 2,1, juntamente con C. 4,17,1. A este respecto señala que "la acción contra el heredero tiene en común con la acción principal: el supuesto al que ambas se refieren, las palabras¹²¹⁸, que en ambos casos se refieren a la misma situación (v. gr. dolo malo factum esse), y su fórmula (con una mínima modificación)".

Maier¹²¹⁹ considera también la existencia de un edicto especial respecto a la responsabilidad "dumtaxat de eo quod ad eum pervenit" relativo al heredero, tanto en la acción de dolo (D. 4,3,26), como en la actio metus (D. 4,2,19). Del mismo modo considera la existencia de un edicto especial para la actio in factum post annum en el interdicto unde vi y en el fraudatorio. Por lo demás ve como imposible de verificar la posible existencia

¹²¹⁶Levy, op. cit., p. 97.

¹²¹⁷op. cit., p. 88-89.

¹²¹⁸Se entiende las que contienen la demonstratio y la intentio de la fórmula.

¹²¹⁹op. cit., p. 84-85.

de un edicto particular contra los herederos en el caso de la acción de calumnia y en la acción contra el publicano "qui vi ademerit", y, por último, en el interdicto demolitorio. Para los demás casos de acciones *in factum* que se recogen en el Digesto no piensa que hubiese existido un edicto particular que hubiera dado lugar a una específica cláusula edictal.

Nosotros añadimos que esta compleja realidad jurídica representada por las acciones *in factum i.i.q.p.*, se encuadraba perfectamente con el proceso formulario y en el ambiente jurídico de los primeros siglos del Principado, pero, tras Adriano, y, sobre todo, con la progresiva implantación de la *cognitio extraordinem*, la distinción entre (v. gr.) una *actio de dolo* matriz y una *actio in factum ex dolo defuncti* no podría por menos, creemos nosotros, que verse como un simple y rígido formalismo jurídico (detrás del cual se encontraba, sin embargo, el dogma de la personalidad de la pena¹²²⁰), teniendo en cuenta además la profunda evolución que van experimentando en el Derecho clásico la naturaleza y función de las acciones penales en un largo camino hacia la construcción del concepto de la responsabilidad civil extracontractual. Incluso es posible aventurar que Justiniano, llevado de un afán classicista, haya recogido en el Digesto textos sustancialmente genuinos en los que se hace mención de las acciones *in factum* contra el heredero o, después del año, contra el autor del delito, al igual que ocurre en

¹²²⁰Así Gayo, como vimos en el capítulo quinto p. exclama en Gai. IV,112, utilizando, quizá por razones escolásticas una expresión muy poco habitual y más propia del lenguaje de las constituciones imperiales: "*certissima iuris regula est*" al referirse al principio de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales.

materia de interdictos.

B) C. Herm. Wis. 2,1 y C. 4,17,1.

Precisamente para conocer cual es el estado de la cuestión en un punto temporal, a nuestro juicio clave, concretamente a finales de la época clásica o principios de lo que ya se puede calificar como Derecho postclásico, tenemos que estudiar dos textos que recogen un rescripto de Diocleciano tomado, al parecer, del Código Hermogeniano. En dichos textos se aborda la transmisibilidad de las acciones penales privadas según que haya tenido lugar o no la *litis contestatio*: se trata de C. 4,17,1 y un fragmento de la *Lex Romana Wisigothorum* que recoge una constitución recopilada en el Código Hermogeniano: *Cod. Herm. Wis. 2,1*. Hay que destacar además la analogía que presenta este texto con C. 4,17,1¹²²¹ lo que ha dado pie a pensar que los compiladores lo tomaron a la hora de redactar dicho fragmento del Código. Los textos son los siguientes:

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. (C. 4,17,1; Diocleciano y Maximiano, a. 294-305).

¹²²¹Longo. Contributi alla dottrina del dolo... op. cit., p. 115

Licet litem contestationem defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam in quantum ad eos pervenerit teneri, ne scelere ditentur alieno certissimi iuris est. (Cod. Herm. Wis. 2,1).

A tenor de estos textos se fija la litis contestatio como punto temporal decisivo para determinar si la acción penal se transmite o no contra el heredero en caso de fallecimiento del demandado durante el proceso. Sin embargo, se aprecia la diferencia fundamental de que mientras en el fragmento del Código de Justiniano se dice que si el reo muere antes de la litis contestatio, el heredero resulta demandado en la medida de lo que obtuvieron del causante (in quantum ad eos pervenit, conveniri), con lo que parece que se está aludiendo al ejercicio de la propia acción penal contra el heredero pero en esa medida, mientras que, por el contrario, en la Lex Romana Wisigothorum, parece que se alude a que en tal supuesto cabe contra los herederos una acción particular dirigida a restituir lo que obtuvieron de su causante (quantum ad eos pervenit teneri)¹²²².

C. 4,17,1 ha planteado serias dudas en la doctrina. Brasiello¹²²³ considera que la constitución de Diocleciano se refiriría exclusivamente al supuesto de vis y que, lo demás sería

¹²²²Habría que preguntarse una vez más: ¿acción diferente o una acción con la misma fórmula que la anterior pero transformada, es decir, una acción adversus heredem ex dolo defuncti.

¹²²³Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 123 ss.

una generalización compilatoria. Además ve un paralelismo entre esta constitución y la recogida en C. 8,4,2, también relativa a a un supuesto de vis. Por otro lado, Maier¹²²⁴ considera que este fragmento presenta un buen número de indicios de interpolación pero que, a pesar de ello, la genuinidad del mismo resulta de su correspondencia con Cod. Herm. Wis. 2,1 en donde se recogería el rescripto original de Diocleciano. Así, Maier indica que la rúbrica del Código de Justiniano procedía del Código Hermogeniano y que en éste debía de haber, específicamente en dicha rúbrica, varios rescriptos de Diocleciano que se referían a esta materia. Como consecuencia de ello los compiladores extractaron varios rescriptos de Diocleciano que figuraban en esa rúbrica del Hermogeniano, y de ellos tomaron, como resultado, C. 4,17,1.

Albertario (y también Longo)¹²²⁵, de acuerdo con su tesis por la rechaza que la medida de responsabilidad *pervenit o locupletior factus est* sean clásicas, considera que en realidad C. 4,17,1 y Cod. Herm. Wis. 2,1 fueron redactados por una misma mano. Señala Albertario que la constitución que se recoge en C. 4,17,1 habría llegado a los compiladores ya alterada y que las dos constituciones fueron entonces modificadas a través del Código Hermogeniano. Dicha alteración no surgiría-Albertario- en la primera edición del Código Hermogeniano "fatta in epoca ancor troppo vicina alla data delle costituzioni dioclezianee, ma alterate invece successivamente nella edizione assai piú tarda,

¹²²⁴Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit., p. 46 ss.

¹²²⁵Albertario. Nota sulle azioni penali... B.I.D.R., 1914, op. cit., p. 127. Longo. Contributo alla dottrina del dolo... op. cit., p. 115 ss.

quando nel Codice Ermogeniano vennero inseriti i sette recritti di Valentiniano degli anni 364-365".

Por último resulta muy importante la opinión de Rotondi¹²²⁶ al respecto: señala que C. 4,17,1 es fruto de una constitución originaria de Diocleciano más otra constitución del Código Hermogeniano que no se ha conservado. Por otro lado Rotondi alude al cambio de rúbrica que se produce en el Código de Justiniano¹²²⁷ respecto del Código Hermogeniano y en ello ve -en línea con las tesis de Albertario- que los justinianeos quieren estalecer como medida de responsabilidad el *id quod pervenit*. Sin embargo, lo más importante está en el hecho de que este autor a la hora de enjuiciar el contenido de C. 4,17,1, aporta la hipótesis de que esta constitución podría representar el resultado de una especie de "contaminatio" procedente de elementos traídos de la constitución que precedía en el Código Hermogeniano a aquella de la que se tomó C. 4,17,1. No obstante, y esto es lo más importante, el propio Rotondi concluye diciendo que "essere preferibile pensare che in Diocleziano (da cui le costituzioni in esame provengano) siansi affermati i primi spunti della dottrina che poi domminerà nella compilazione".

¹²²⁶Scritti Giuridici, 2, p. 389. (cit. de Longo).

¹²²⁷C. 4,17,1 es la única constitución incluida en el título 17 lo que, sin duda, refuerza la importancia del texto: la rúbrica del título, a la que alude Rotondi es: *ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur*.

C) ¿Por qué la jurisprudencia ideó las acciones in factum in id quod ad eum pervenit como medio para hacer responder al heredero ex dolo defuncti?.

La actio in factum contra el heredero, aunque lleve la misma fórmula, aún transformada, que la acción principal cumple una función nítidamente reipersecutoria y no penal. Ahora bien, la pregunta que nos hacemos a continuación se ha de referir a la naturaleza de dicha acción y a por qué el Derecho romano clásico no optó por otras vías para hacer frente al problema de la restitución de lo alcanzado por el heredero ex dolo defuncti o también, a lo obtenido por el autor del delito, post annum.

La primera cuestión relativa a la naturaleza de la actio in factum in heredem in id quod ad eum pervenit se debe contestar en función de lo visto más arriba cuando tratamos acerca de la naturaleza de la responsabilidad pervenire. Allí consideramos, siguiendo la tesis de Levy, que la responsabilidad pervenire se rige por las reglas de la condictio.

Ahora bien, si entonces, como vimos, el Derecho romano, en parte por razones dogmáticas y en parte por razones históricas, es decir, razones de conservadurismo jurídico formal, no consideró la extensión de la propia acción penal contra el heredero del delincuente, por qué entonces, no consideró tampoco la extensión para estos supuestos de la condictio del ius civile, en tanto en cuanto que ésta era la naturaleza de la reponsabilidad pervenit, en lugar de prever acciones in factum para estos supuestos.

Respecto a esto último debemos partir del hecho de que en el campo de los delicta del ius civile no había lugar a un enriquecimiento del heredero del delincuente más que en el *furtum* y en la rapina. La posibilidad de tal enriquecimiento en el *damnum* era tan limitada que ello justificó sin duda que no surgiese una *condictio ex lege aquilia* paralela a la *condictio furtiva*¹²²⁸. Por último no había posibilidad de enriquecimiento, salvo quizá en algún caso muy excepcional, en el delito de iniuria.

Surge pues en la República la *condictio ex causa furtiva* para aquellos supuestos de hurto en los que la víctima no va a poder reivindicar la misma cosa robada por ser un hurto de dinero u otras cosa fungibles o bien, cuando el ladrón haya vendido o consumido o perdido la cosa robada. El común denominador de todos estos casos es el reconocimiento que hace el ius civile de que el ladrón ha adquirido la propiedad de las cosas fungibles, o bien, que ante la imposibilidad de restituir la misma cosa robada el ladrón ha de entregar (*dare oportere*) un valor patrimonial de su propiedad equivalente al que entró ilícitamente en su poder¹²²⁹. Como vemos, estamos ante los principios de la responsabilidad *pervenire* contra el heredero que ha recibido un elemento patrimonial *ex dolo defuncti*.

¹²²⁸Posiblemente por ello los supuestos excepcionales de enriquecimiento del daño aquiliano contemplados escolásticamente a partir de la época clásica debieron ser resueltos por los magistrados a través de acciones *in factum* por razón del enriquecimiento obtenido. Tal y como vimos más arriba el único supuesto debió ser el del homicidio del esclavo instituido heredero cometido por el que fue nombrado sustituto de la herencia.

¹²²⁹A. D'Ors. The odium furum of Gaius 4,4 op. cit.

La *condictio ex causa furtiva* se ejercita entonces también contra el heredero del ladrón (D. 13,1,5) por lo que llegó a adquirir de este en virtud de la herencia, salvo que luego lo adquirido se pierda por caso fortuito ya que, no debemos olvidar, que el heredero se presume que actúa de buena fe. Por otro lado no se tiene en cuenta el posible valor de subrogación ni tampoco el enriquecimiento real del heredero puesto que este ha de realizar un *dare* que se corresponde con el valor que adquirió por la herencia y que provenía del hurto cometido por el causante.

Respecto a la rapina tenemos un texto fundamental que es D. 47,8,2,27 (Ulp. 56 ed.) ya citado anteriormente:

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 eos pervenit, quia putavit sufficere conditionem.

En dicho fragmento, después de afirmarse que la *actio vi bonorum raptorum* misma no se da contra los herederos porque es penal, se plantea si debe darse entonces contra ellos una específica acción para privarles del lucro obtenido o, simplemente, basta que el Pretor de contra ellos la *condictio* (se entiende *ex causa furtiva*): Ulpiano opina en el fragmento que

basta con que se de la *condictio*.

Es un texto que ha suscitado importantes dudas en la doctrina. Ya nos referimos al mismo en el capítulo quinto¹²³⁰. Ahora nos basta recordar que Albertario y Longo piensan que es un fragmento interpolado, De Francisci consideró como producto de un glosema la segunda parte del texto. Por el contrario, Maier¹²³¹, Levy¹²³², Niederländer¹²³³, Von Lübtow¹²³⁴, entre otros, consideran la genuinidad, al menos esencial, del fragmento, el cual recogería, por lo tanto, la opinión de Ulpiano; y es de destacar que esta es la posición también de Brasiello¹²³⁵ haciendo incapié en el hecho de que en D. 47,8,4,16 Ulpiano se remita precisamente a esta opinión.

Nosotros no pensamos que haya base suficiente para

¹²³⁰Supra p. 433 y ss., dentro de la *actio vi bonorum raptorum*.

¹²³¹Prätorische Bereicherungsklagen... op. cit. p. 26-27.

¹²³²Levy (Privatstrafe... op. cit., p. 101-102) relaciona el texto con las dudas de si podría darse la *condictio furtiva* en esta acción: "si se niega esto debería darse, según acuerdo general, la *actio vi bonorum raptorum in id quod ad eum pervenit* pero contra el heredero del ladrón y esperar al edicto correspondiente respecto a aquella cuestión. En caso de que se estimase la posibilidad de utilizar la *condictio furtiva* contra el heredero bastaba esta contra el heredero de ésta: y esta era la opinión de Ulpiano al igual que respecto al *furtum*". Añade que Proculus debía de tener la misma opinión en D. 21,1,43,5.

¹²³³Die Bereicherungshaftung... op. cit., p. 146.

¹²³⁴IURA, 1954. op. cit., p. 280. Si bien, considera que el texto está retocado por los compiladores en el sentido de que originariamente se plantearía en él o el ejercicio de la *condictio furtiva* contra el heredero del que cometió el delito o el ejercicio de una *actio in factum in id quod ad heredem pervenit*, y no de la propia acción penal en la medida del enriquecimiento real del heredero al tiempo de la *litis contestatio*.

¹²³⁵Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 109-110.

negar la clasicidad del texto salvo desde postulados predeterminados. A tenor del mismo se plantea la duda de si ha de dirigirse la acción contra el heredero (entendemos que se refiere a la *actio in factum adversus heredem*)¹²³⁶ por lo que al mismo "*locupletior factus est*", o bien, se daría contra él la *condictio furtiva*.

Las dudas expresadas por el texto son altamente significativas de la forma tan recelosa con la que se verían tales extensiones de la *condictio* al campo de las acciones penales pretorias. Tal extensión no podría producirse de un modo general para hacer frente a la responsabilidad patrimonial del heredero en los delitos pretorios en general porque en el Derecho clásico no existe una *condictio generalis* sino que, desde las leyes republicanas la *condictio* se va abriendo camino a medida que se va tipificando y reconociendo por el Derecho romano para diversos supuestos de la vida jurídica¹²³⁷: así surge la

¹²³⁶Sobre este punto, Brasiello. Corso di Diritto romano. Atto illecito... op. cit., p. 109-110.

¹²³⁷Sobre la progresiva generalización de la *condictio* como instrumento jurídico destinado a restituir el enriquecimiento injusto o sin causa: G. Astuti (E. d. D. III, p. 52 ss.) que recoge además una completa bibliografía sobre este tema. Particularmente destaca la equivalencia entre *condictio* como instrumento procesal y el *id quod pervenit* como objeto de la misma frente a la medida *locupletior factus est propria*, por ejemplo, de las acciones de *in rem verso*.

El autor destaca también la desaparición de la distinción entre *ius civile* y *ius honorarium* y la aparición, a estos efectos, del sistema de la *cognitio extraordinem*: "Di fatto, scomparsa la differenza tra azioni dirette e utili, l'arricchimento iniquo, prima perseguitato con azioni utili, veniva ad essere ormai colpito anch'esso da azione, al par di quello ingiustificato. Pertanto, l'obbligazione di restituere, che prima esisteva solo per l'acquisto sorge ora anche per l'acquisto iniquo. O meglio, la differenza tra acquisto ingiustificato ed iniquo scompare, poiché anche l'acquisto iniquo è assorbito nella categoria dell'ingiustificato.

(continúa...)

condictio certae rei, la condictio ex causa furtiva, y luego, la condictio indebiti, y progresivamente, otros supuestos de condictio hasta llegar-siguiendo en esto a Kaser¹²³⁸- a admitirse ya en el Derecho clásico-no desde luego en el siglo I d.C.-condictiones por un incertum (lo que supone ir pasando de una condictio dirigida a recuperar un valor patrimonial a través de una datio, a perseguir un enriquecimiento patrimonial injusta o inicuaamente obtenido) y, al final del proceso, a la concepción en el Derecho justiniano de la condictio entendida como acción general de reclamación de un enriquecimiento injustamente obtenido.

En este sentido señala Levy¹²³⁹ con respecto a la época en la que nacen las acciones in factum adversus heredem, es decir hacia el siglo I d.C., que no había todavía calado en la conciencia general la existencia de una condictio ob iniustam causam, y es más, que con arreglo a los principios de la condictio, no podía esperarse que un iudex aceptase para hacer valer la responsabilidad patrimonial del heredero del delincuente

¹²³⁷(...continuación)

Il frutto conclusivo di questo sviluppo è offerto dal sistema della compilazione giustiniana, ove in numerosi testi troviamo concessa la condictio indebiti, in relazione ad ipotesi che nel diritto classico avrebbero dato luogo alla concessione di remedi di natura pretoria, ed ove finalmente si perviene a porre le basi d'una dottrina generale delle azioni contro l'ingiustificato arricchimento, inteso ormai in nuovo senso, con riferimento al principio di equità naturale consacrato da Giustiniano nel tit. de div. regulis iuris antiq.: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores".

También, en general para este tema, Kaser. Das Römische Privatrecht... I², op. cit. p. 592 ss.

¹²³⁸supra p. 640

¹²³⁹op. cit., p. 92-93.

una reclamación en cuya intentio figurase contra este heredero un "quidquid paret...dare facere oportere".

Ahora bien, en el delito de rapina se da una semejanza esencial con el hurto: a falta de la rei vindicatio la víctima del delito siempre puede reclamar la restitución de ese valor patrimonial cuya detentación adquirió el delincuente sin que medie ningún título jurídico para ello, sino sólo a través de un acto ilícito. El ladrón debe pues "dare" aquello que sin embargo, por ser una cosa fungible no puede ser reivindicado ya que el ladrón se ha hecho propietario, por ejemplo, del dinero robado; o bien debe "dare" el valor inicial de la cosa específica que desapareció luego, por pérdida, gasto o consumo. La semejanza es pues, completa respecto al furtum. Por lo tanto también, en ambos casos, la condictio furtiva es transmisible, como toda acción reipersecutoria, contra el heredero, o ejercitable directamente contra él.

Esta prioridad que, a tenor de D. 47,8,2,27, parece dar el Derecho romano a la condictio respecto de las acciones pretorias de enriquecimiento, es decir, que no se ejercitarán estas últimas cuando exista realmente la posibilidad de ejercicio de la condictio; lo cual queda patente a propósito de la acción de calumnia (acción penal y anual), cuando, en D. 3,6,5, se dice que una vez transcurrido el año, cuando competa la condictio, no es necesario dar la actio in factum. Así, tal y como vimos en el capítulo quinto respecto a la acción contra los calumniadores¹²⁴⁰ cuando alguien da dinero para evitar que

¹²⁴⁰Supra p. 467 y ss. Añadimos aquí que el otro supuesto previsto por D. 3,6,3,1 se refiere al caso en el que alguien (A) (continúa...)

alguién le demande en juicio y, de cualquier modo, éste ha ejercitado la demanda (D. 3,6,3,2), el demandado tiene la acción penal contra el que recibió el dinero, y además, puede reclamar por medio de la *condictio* (*condictio ob turpem causam*) la restitución del mismo. Ahora bien, la segunda parte de D. 3,6,5,1, hace concurrir alternativa y no cumulativamente el ejercicio de la *condictio* con la acción penal. El texto, una de dos, o refleja un estadio de evolución jurídica de las acciones penales privadas hacia una función decididamente indemnizatoria o debemos entender que está interpolado por Justiniano que, incluso, podría recoger al respecto una opinión genuina, pero aislada o sacada de contexto, de Ulpiano. De cualquier forma se recalca al final del fragmento la prioridad de la *condictio* sobre la *actio in factum post annum* (acción pretoria y reipersecutoria)¹²⁴¹.

Por último, Von Lübtow¹²⁴² concibe las acciones pretorias contra el heredero por el *id quod pervenit* como verdaderas "condiciones pretorias" siguiendo en esto a Levy. Así no ve la posibilidad de que en caso de coacción o de dolo (que son, añadimos, meros ilícitos pretorios) se pueda dirigir una

¹²⁴⁰(...continuación)
da dinero a otro (B) para que demande a un tercero (C). En tal caso C tiene la acción de calumnia contra B pero A no tiene a su vez la posibilidad de de ejecutar una *condictio* sobre B porque en tal caso hay una concurrencia de causas torpes tanto para A como para B y entonces la solución por la que opta el Derecho es que es mejor causa la del que posee.

¹²⁴¹Sobre los problemas que plantea la frase "*post annum simpli in factum actio competit*" tomada de D. 3,6,1,pr. infra cap. (Levy, Privatstrafe... op. cit., p. 110, que considera el texto, en lo que se refiere a la expresión "simpli" interpolado).

¹²⁴²IURA, 1954, op. cit., p. 280 ss.

condictio ex iure civile contra el heredero que, si bien no ha recibido estrictamente una datio de su causante, ha adquirido un valor patrimonial de él por medio de una causa civilis que justifica la adquisición de ese valor, aunque, desde le punto de vista del la justicia y la equidad, el Derecho pretorio no considere que el heredero pueda retener un elemento patrimonial derivado, mediatamente, de un delito del causante¹²⁴³.

Ante este hecho, Von Lübtow¹²⁴⁴ entiende que en el tiempo en el que se plantea la necesidad de dirigir acciones contra el heredero del autor de un delito de coacción o de dolo (es decir, en el siglo I d. C.) por el id quod pervenit cabían dos posibles soluciones: 1) Cambiar la fórmula normal de la condictio por medio de la ficción de que en estos supuestos se había producido una datio, es decir, configurar una condictio utilis contra el heredero. 2) Tranformar externamente la actio por medio de una formula in factum concepta.

"Tomemos-Von Lübtow- por ejemplo la acción pervenit en el delito metus. Con la ayuda de una ficción de la datio no se podrá esperar <la aceptación> por parte del juez <de la> la afirmación de una intentio: si paret dare oportere contra el heredero, ya que, puesto que la datio ya se daba, no podía ser fingida. Esta datio, como ya se ha demostrado era razón suficiente para la retención¹²⁴⁵. Por lo tanto, sólo quedaba por emplear una actio in factum, y ésta se acomodaba por razones de economía procesal a la acción penal principal".

¹²⁴³En este sentido también Maier, supra n. 1132.

¹²⁴⁴op. cit., p. 282-283.

¹²⁴⁵En efecto, por existir causa civilis para ello.

Dicho en otras palabras, la *condictio ex iure civile* no podía dirigirse, ni siquiera de una forma útil, contra una persona (el heredero) que había recibido un elemento patrimonial en virtud de una *causa civilis* como es la sucesión hereditaria mediando anteriormente un negocio jurídico traslativo de dominio que era, desde el punto de vista del formalismo del *ius civile*, perfectamente válido y eficaz. Otra cosa distinta es si hubiese mediado una *restitutio in integrum*, en virtud de la cual, las diversas situaciones jurídicas creadas a partir del acto ilícito hubiesen vuelto a su estado primitivo. Ahora bien, de no mediar tal medida radical¹²⁴⁶, el Pretor no tendría a su alcance otro remedio que el de actuar él mismo en virtud de su poder jurisdiccional a través de la correspondiente *actio in factum*: en ese momento histórico considerado (siglo I d. C.) el Pretor no pudo hacer uso de la *condictio ex iure civile*.

En definitiva, concluimos diciendo que, puesto que estamos ante delitos pretorios creados a través de los correspondientes edictos, la vía normal, para hacer frente a la reponsabilidad patrimonial del heredero era la de acciones *in factum* creadas también por el Pretor e insertas en las

¹²⁴⁶También cabría suponer, llegado el caso, el ejercicio de una acción tal como una acción reivindicatoria ficticia contra el heredero para el caso de que se conserve el elemento patrimonial que adquirió el causante por virtud del negocio viciado de su causante (Von Lübtow, IURA, 1954, op. cit. p. 283-284). Ahora bien, en primer lugar, debemos constatar que en este caso estaríamos ante una acción pretoria ficticia, y en segundo lugar, el ejercicio de esta acción no sería posible en caso de que hubiese vendido, gastado o perdido voluntariamente el objeto en cuestión. Piénsese que la *condictio ex causa furtiva* tiene en ello una de sus motivaciones. Entonces, si no cabe el ejercicio de una *condictio* no habría más solución que la de una específica acción pretoria por el *id quod pervenit*, es decir, lo que es lo mismo, una acción pretoria pero a la medida de una *condictio*.

correspondientes cláusulas edictales. Era pues no sólo la solución que se acomoda mejor al sistema de fuentes del Derecho romano de finales de la República y primeros tiempos del Principado, que es cuando se adopta, sino también, la más práctica dado el poder jurisdiccional del Pretor y las exigencias de justicia material que guían su conducta.

CAPITULO VIII:

DE LA OBLIGATIO EX DELICTO

ROMANA A LA RESPONSABILIDAD

CIVIL ACTUAL

1) Introducción.

Tal y como hemos visto en capítulos anteriores, el Ordenamiento jurídico puede reaccionar ante la comisión de un acto ilícito de dos posibles formas: o bien obliga al autor del ilícito a reparar o compensar de algún modo los daños y perjuicios ocasionados por dicho acto (u omisión), o bien, el Ordenamiento va más lejos: cuando el acto u omisión es de tal entidad que resulta especialmente reprobable para la comunidad, el Derecho reacciona de una forma "desproporcionada" respecto a la consideración del equivalente del valor de la lesión¹²⁴⁷ en el sentido de que además de imponer la indemnización correspondiente impone una pena (aflictiva y/o pecuniaria) que, aunque vinculada a la entidad del daño patrimonial y/o moral,

¹²⁴⁷ Es decir, la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante (id quod interest), o también, la compensación por el daño moral estimado.

No obstante, debemos precisar que hablar de equivalencias en tema de daños morales resulta difícil y controvertido. No faltan incluso autores que defienden hoy en día una naturaleza de pena privada para la llamada indemnización por daños morales. Nosotros negamos este carácter penal: estamos en el ámbito de la responsabilidad civil en la que se trata de indemnizar por unos daños constituidos por el dolor físico y moral y por el honor del lesionado. Ahora bien, en rigor, no hay una equivalencia económica entre daño moral e indemnización exigida por el mismo, lo que hay en realidad es compensación por el dolor sufrido (no se comprenden aquí los llamados daños morales impropios, tales como disminución de expectativas de trabajo o pérdida de ganancias futuras por razón de la lesión sufrida); en este sentido F. Carnelutti (Lezioni di diritto processuale civile, I, Padova, 1926. rist. Modena. 1976. p. 106 ss.) considera que al no haber equivalencia entre el valor del daño moral y el posible valor de indemnización del mismo (a diferencia de lo que ocurre en el campo de los daños patrimoniales) no cabe resarcimiento, pero, por el contrario, sí es posible la compensación pecuniaria por esos daños. (Cfr. también E. Gómez Orbaneja. La acción civil de delito. Revista de Derecho Privado. p. 201 ss.).

transciende del mismo para atender a la conducta punible del delincuente.

Todas estas consideraciones son realmente obvias y este *modus operandi*, de la más elemental lógica jurídica, se da desde los albores de la Historia y en los más diversos pueblos de la Humanidad.

Así en las sociedades primitivas el Derecho penal aparece constituido fundamentalmente por normas consuetudinarias directamente emanadas de los principios que integran la convicción jurídica de los pueblos (lo que serían los *mores maiorum* de los romanos) y que comunmente vienen a distinguir una esfera de interés comunitario, es decir, en la que se comprenden aquellos ilícitos que significan atentados que ponen en peligro o afectan, de uno u otro modo a la comunidad en su conjunto¹²⁴⁸, y, por otro lado, la esfera de los delitos entre los particulares que quedarían al arbitrio de la venganza del lesionado o de sus familiares salvo que se llegue a alcanzar una compensación

¹²⁴⁸El autor de un ilícito de esta naturaleza quedaba excluido de la comunidad que resulta así depurada del crimen cometido y se aleja, de este modo, de la ira de las fuerzas de lo desconocido: es la declaración de "homo sacer" que puede ser muerto por cualquiera (salvo exilio a otra comunidad política) unido a la prohibición general de prestar ayuda a la persona en cuestión: interdicto de aqua et ignis (infra p.); lo mismo ocurre con la "friedlosigkeit" germánica que, a su vez, va a inspirar a la "pérdida de la paz", ya sea de la ciudad o del reino, que estará vigente en los Fueros medievales españoles. Señalamos a este respecto a José Orlandis (Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media, A.H.D.E., 16, 1945, p. 111 ss. Consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media, A.H.D.E., 18, 1947, p. 61 ss. Dicho autor cita de forma reiterada en estos artículos a E. de Hinojosa (El elemento germánico en el Derecho español. Madrid, 1915) el cual indica "que la pérdida de la paz típica ofrece dos aspectos: uno, negativo, consistente en la privación de todo derecho, ya sea del ciudadano, económico, etc., y otro, positivo, la obligación general de perseguir al delincuente e incluso de darle muerte". (Consecuencias del delito... op. cit. p. 125).

oportuna que evite la consumación de la venganza que, por lo demás, muy pronto, en los diferentes pueblos y culturas de la más remota antigüedad va a ser reglada por las diferentes comunidades con arreglo a unos principios de proporcionalidad retributiva: es decir, la Ley del Tali6n.

Si se compara someramente, el Derecho penal de pueblos tan diversos como es el caso de Asiria o Babilonia, el de la Grecia de los poemas hom6ricos, el contenido en el Derecho germánico o en el romano (especialmente hasta el Derecho clásico) e incluso, mucho más cercano en el tiempo, los Derechos forales de inspiración germánica de los reinos medievales, vemos que aparece claramente la distinción entre esas dos esferas de Derecho penal público y privado.

2) Vía criminal y vía ordinaria de responsabilidad en el Derecho romano.

La Historia del Derecho romano nos muestra que la comunidad política, a través de los correspondientes órganos jurisdiccionales¹²⁴⁹, asume la competencia general de conocer y castigar los crimina que atentan contra la misma, pero, y esto es lo que importa, desterrando progresivamente, mediante la aplicación de principios de lógica jurídica, tanto situaciones de venganza más o menos discriminada, como sería en el caso de homicidio, como también, esquemas mágico-religiosos en la valoración del crimen y en el castigo del delincuente, siendo sustituidos por un conocimiento de los hechos por medio de pruebas contrastadas y, respectivamente, por penas proporcionadas a los delitos cometidos.

Por otro lado, en la esfera de los delitos que atentan contra intereses fundamentalmente particulares, la venganza del ofendido o de su grupo se sustituye progresivamente por la concepción de los delicta privata que dan lugar a penas

¹²⁴⁹En el primer capítulo vimos que, en un primer momento los quaestores parricidii y los duoviri perduellionis; pero, especialmente, desde finales de la República, los tribunales permanentes de las quaestiones perpetuae, creados, cada uno, por una ley específica y para conocer inquisitivamente sobre un crimen determinado para el que se tipifica la correspondiente pena. Por último, a partir del Derecho clásico tardío, en el criminaliter agere del procedimiento cognitório, los jueces que, en un lenguaje actual, llamamos de carrera, conocen y sentencian acerca de los crimina graduando las penas en función de las circunstancias de los hechos dentro del marco de discrecionalidad previsto por el Derecho positivo tipificador de crimina y de penas, y ello con arreglo a un principio inquisitivo y con posibilidad de recurso al superior jerárquico; es decir, prácticamente, como en nuestros días.

pecuniarias previstas en el el Derecho romano¹²⁵⁰. No obstante, los supuestos más graves serán paulatinamente absorbidos por la esfera del Derecho penal público a partir de la aparición de las quaestiones perpetuae y, sobre todo, en el ámbito de la cognitio extra ordinem. Al mismo tiempo, y como corolario a lo anterior, a lo largo del capítulo primero se analizó el proceso jurídico de despenalización de los delicta privata, en tanto que comienzo de un largo cauce de pensamiento jurídico que, a lo largo de los siglos, va a dar lugar a lo que en nuestros días se entiende por responsabilidad civil derivada de delitos, faltas, o actos u omisiones en que intervenga culaquier género de culpa o negligencia, o incluso, por simple atribución de un riesgo¹²⁵¹.

Como señas de identidad que nos indican que estamos en el comienzo de este cauce podemos indicar la existencia, ya en el Derecho romano clásico, de delitos pretorios tales como el supuesto de effusum et deiectum en el que el habitante de una casa responde de los daños ocasionados por los objetos arrojados desde ella, no sólo por él mismo, sino por las personas a su cargo, e incluso, de cualquiera que habite en dicha casa: es decir, responde no sólo por su dolo o culpa sino que su responsabilidad llega a difuminarse en la atribución al mismo del riesgo de que alguien ocasione un daño por arrojar o verter objetos desde la casa que habita: estamos ante lo que los

¹²⁵⁰Un caso especial tanto en el Derecho romano como en el Derecho penal y civil español actual es el delito de injurias: ¿cómo valorar pecuniariamente el daño moral producido por un insulto?. La respuesta dada en los Ordenamientos jurídicos actuales coincide con la que resulta del edicto del Pretor en el sentido de que debe hacerse una valoración equitativa de la indemnización compensatoria de esa injuria moral.

¹²⁵¹Responsabilidad objetiva.

justinianeos califican un quasi delito, es decir, como una responsabilidad derivada de un daño extracontractual injustamente causado y cuya reparación se considera que debe ser asumida por el que habita la casa aunque no concurra en él verdaderamente, ni dolo ni culpa lata.

También debemos recordar la vertiente procesal de este proceso de despenalización de las acciones penales privadas, refiriéndonos con ello a la dualidad de cauces procesales existentes en el seno de la *cognitio extra ordinem*, ya que las acciones derivadas de los *delicta privata*, tales como, a título de ejemplo, el *furtum* o la *iniuria*, podían sustanciarse alternativamente, a elección del actor, tanto por la vía del *civiliter agere* como por la vía del *criminaliter agere*¹²⁵² cumpliendo en el primer caso la respectiva acción penal, en realidad, una función fundamentalmente reparatoria del daño¹²⁵³.

Sin embargo, en este proceso de despenalización de los *delicta privata* romanos que, a su vez, como dijimos, sirve de fuente de lo que hoy en día es el ámbito de la responsabilidad civil por delitos o faltas y por actos u omisiones ilícitas no penadas por la ley, tiene un valor paradigmático el *damnum iniuria datum*, es decir, el daño aquiliano o *ex lege Aquilia*. No vamos a entrar aquí en los complejos problemas que resultan del origen y evolución de este delito a lo largo del Derecho romano puesto que nos encontramos en el capítulo final de la Tesis en

¹²⁵²infra. Cfr. D. 47,2,93; D. 47,1,3; D. 48,1,4; D. 48,2,15; C. 9,31,1.

¹²⁵³Más adelante veremos la enorme trascendencia que esta construcción jurídico procesal romana tuvo para el reconocimiento por nuestro Sistema Jurídico español de la indemnización de daños morales.

el cual se toma el Derecho romano justinianeo como punto de partida y no de llegada de la evolución jurídica que se produce en este ámbito. Aquí se comprende el Derecho romano tal y como resulta del *Corpus iuris civilis*, como un elemento de referencia que se pretende poner en relación con el Derecho medieval o moderno y con el Derecho civil y penal que resulta de nuestros códigos. Con arreglo a ello, vemos que dicho Derecho romano que se contiene en el *Corpus* configura la *actio ex lege Aquilia* como una acción general de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante; es decir, *id quod interest*) ocasionados dolosa o culposamente¹²⁵⁴, por acción u omisión¹²⁵⁵

¹²⁵⁴El Derecho justinianeo hace responder al que causa el daño extracontractual hasta la culpa levisima. "In lege Aquilia et levisima culpa venit" (D. 9,2,44,pr.). Se trata de una configuración conceptual de la culpa en función con a la intencionalidad psicológica del causante del daño realizada por los justinianos.

Rotondi (Dalla Lex Aquilia.... op. cit., p. 953 ss.) entendió que los juristas clásicos concibieron el término de culpa, casi indistintamente con el de dolo, en el sentido de imputabilidad: hay culpa cuando el daño injustamente causado es, en cualquier caso, imputable al que ha de repararlo. (*damnas esto*). Sin embargo, S. Schipani (Lex Aquilia culpa responsabilità. Copanello, junio 1990, op. cit. p. 129 ss.), de acuerdo con las más modernas investigaciones, va más lejos, y establece que ya la jurisprudencia republicana configura el concepto de culpa, no, desde luego, en una graduación en función con la mayor o menor diligencia puesta en práctica por el autor de los daños, sino en el sentido de que con dicho término se alude a una conducta reprochable de acuerdo con lo que era de esperar para ese momento y lugar y esa situación determinada según un patrón de conducta exigible en cada momento. Y el término se pone en relación por la jurisprudencia clásica con *iniuria*, con el que se alude a que esa conducta que provoca el daño, y que es reprochable en sí, además, carece de toda justificación. Schipani admite, en consecuencia, a través de la exégesis de textos que realiza, la claridad de fragmentos del *Digesto*, a tenor de los cuales, se expresa la opinión de juristas, incluso desde finales de la República, por la que resulta aplicable la *Lex Aquilia* para conductas en las que, realmente, no había una intención de causar ese daño, aunque luego, el mismo se ocasionase por un comportamiento reprochable del sujeto que lo ha causado. Así, en D. 9,2,52,2; D. 9,2,31; D.

(continúa...)

sobre un elemento patrimonial ajeno.

Pero el dato más significativo es la configuración justiniana de la *actio ex lege Aquilia* como una *actio mixta* en consonancia con el dogma justiniano de la *natura actionis*. A tenor de Gai. 4,112, de I. 4,12,1 y de D. 9,2,23,8, dicha acción aparece como de naturaleza penal con el corolario consiguiente de la aplicación de la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de la misma, salvo, en cuanto a esto último, en lo que respecta al *id quod ad heredem pervenit*. Sin embargo asistimos al mismo tiempo, como ya se indicó en el lugar correspondiente¹²⁵⁶, a la contradicción de que en I. 4,3,9 se

¹²⁵⁴(...continuación)
9,2,27,22; D. 9,2,39,pr.

Por otro lado, aparece en el Derecho romano justiniano la construcción de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en la que se imputa al dominus (así el colono o el contratista) una responsabilidad por culpa aquiliana en la medida en que la no vigilancia o la mala elección de los siervos que realizaron la acción dañina motiva el deber de indemnizar el daño causado. Se trata de una construcción jurídica que arranca de la noción de la responsabilidad noxal propia del Derecho penal romano.

¹²⁵⁵Rotondi (Dalla lege aquilia... op. cit. p. 946 ss.) En el caso de que el daño fuese ocasionado por una omisión (por ejemplo, dejar morir de hambre a un caballo ajeno) los pretores concedían en el Derecho clásico acciones *in factum ad exemplum legis Aquilia*. Otra cosa era cuando el daño se causaba por una acción de alguien, realizada directamente sobre el objeto ajeno (*corpori*) pero sin que llegase a realizarse por medio de un contacto físico sobre el mismo, es decir, *corpore* (por ejemplo, el dar voces que espantan un rebaño para que se precipite por un barranco o el persuadir a un esclavo ajeno para que baje por un pozo para conseguir que se caiga y ahogue) en cuyo caso el Pretor concedía acciones útiles derivadas de la *actio ex lege Aquilia*.

Los justinianos comprenden estas situaciones dentro de la *actio ex lege Aquilia*, si bien, configuran una *actio in factum generalis* para todos aquellos supuestos de reclamación de indemnización de daños y perjuicios que no pueda hacerse valer a través de la acción aquiliana. Dicha acción se sitúa junto a la llamada *actio in factum civilis* o también, *actio praescriptis verbis*, relativas a los contratos innominados basados en una relación bilateral sinalagmática.

¹²⁵⁶supra p. 622

califique la acción como penal en la medida en que la condena puede ser superior a la estimación del daño materialmente producido, lo que puede ocurrir bien por la litiscrescencia del duplo derivada de la *infitiatio* del demandado, o bien, por la mayor valoración de la lesión de acuerdo con las normas resultantes de los capítulos primero y tercero de la antigua ley *Aquilia*¹²⁵⁷. Por lo tanto, *sensu contrario*, resulta que la acción no es penal sino *reipersecutoria* en la parte de la *condemnatio* que no exceda de la estimación de los daños y perjuicios con relación al valor que actualmente tenía el objeto dañado, lo que, en realidad, implica que se esté confundiendo un supuesto de *poena procesal* derivada de la *infitiatio* del demandado con la naturaleza penal que los clásicos dan a esta acción (aún cuando, desde luego, cumplierse normalmente en la práctica una mera función indemnizatoria del daño injustamente causado) por derivar de un hecho delictivo¹²⁵⁸. No es de extrañar que, a renglón seguido, se de en I. 4,9,3, como justificación de la "*certissima iuris regula*" *gayana*¹²⁵⁹ de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de esta acción penal lo siguiente:

¹²⁵⁷*His autem verbis legis: "quanti in eo anno plurimi fuerit" illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer et pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit; sed quanti in eo anno plurimi fuerit. qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris....*

¹²⁵⁸No olvidemos que en Gai. 4,112 se incluye expresamente a la *actio ex lege Aquilia* entre las *ex maleficiis poenales actiones*.

¹²⁵⁹Gai. 4,112.

...ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur (I. 4,3,9 i.f.).

Es decir, que la acción no se da contra el heredero, como se transmitiría, si nunca fuese estimado el litigio más allá del daño¹²⁶⁰.

Por otro lado, la actio ex lege Aquilia, tal y como queda definitivamente configurada en el Digesto, comprende también la lesión de un hombre libre por lo que hace a los gastos de curación y enfermedad (daño emergente) como también al lucro dejado de obtener por pérdida de trabajo debido a la lesión eventualmente sufrida (lucro cesante)¹²⁶¹.

Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non

¹²⁶⁰ Señala Rotondi (Dalla "Lex Aquilia" ... op. cit., p. 966) al respecto que "l'imbarazzo dei giustiniani riesce più evidente se si pensa che l'applicazione logica di questi concetti dovrebbe portare a negare il carattere penale e, per conseguenza, ad ammettere la trasmissibilità passiva nei casi in cui l'azione è in simplum e la stima non va oltre il valore attulæ: a ciò porterebbe la dichiarazione finale del § 9 I. 4, 3, "ideoque...aestimaretur". La quale dichiarazione ha imbarazzato anche gli interpreti odierni che, per ribellarsi a questa conseguenza che la logica imporrebbe, ma a cui le fonti si oppongono, ne hanno dovuto torcere in vario modo il significato. Ma tutto questo garbuglio non è che la conseguenza dell'aver i bizantini perduto di vista il concetto classico di pena e d'azione penale".

¹²⁶¹ Cfr. A. González. Reflexiones sobre el problema de las lesiones de un hombre libre. St. Iglesias. 1980. p. 773 ss.

recipiat¹²⁶², sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus (D. 9,1,3; Gai. ed. prov. 7).

Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit. (D. 9,1,4; Paul. 22 ed.)

Dicho precepto pone de relieve la extensión de la actio ex lege Aquilia e este supuesto de daños corporales causados a un hombre libre en el curso del Derecho clásico, en forma de acciones útiles.

Por último Rotondi¹²⁶³ destaca en esta línea de despenalización de la actio ex lege Aquilia que "in uno scoliaste assai tardo, ma che in materia di delitti ha fornito ai Basilici larga copia di materiali, l'Agioteodorita, troviamo addirittura alterato, in omaggio a questa tendenza, il quadruplice schema dei

¹²⁶²La culpa aquiliana, tal y como llegaron a concebirla los romanos comprendía efectivamente los daños patrimoniales y, como mucho, los llamados morales impropios (pérdida de trabajo y similares) por virtud del principio subrayado, y que tanta transcendencia ha tenido tanto en la recepción del Derecho romano como en los códigos civiles de especial tradición romanista. En definitiva, la culpa aquiliana no comprendía la indemnización por daños morales. Sobre este punto hemos de destacar la obra de Federico de Castro y Bravo. La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Civil, 1956, p. 449 ss., especialmente p. 451 ss.

No obstante, como veremos, la respuesta romanista a las exigencias de justicia material sentidas por las sociedad actual iba a venir de la mano de otra acción penal privada romana, tal y como veremos más adelante: la actio iniuriarum y su relación con la actio ex lege Aquilia.

¹²⁶³Dalla "Lex Aquilia"... op. cit., p. 964.

delitti privati: Γνωσκέ, ότι (διωτικὰ ἀμαρτήματα εἰσι ταῦτα.
δόλος, ὕβρις, ἀρπαγή καὶ κλοπή (es decir, dolus, iniuria, rapina
et furtum). Il *damnum iniuria*, che pure ancor Basilici figura fra
i *delicta*, anzi con una collocazione sistematicamente migliore,
è qui senz'altro messo da parte".

3) Los principios jurídicos del Derecho penal germánico.

La desaparición del Imperio romano de Occidente significa en el campo del Derecho penal (a pesar del fructífero legado que dejaron en España los cultos y romanizados visigodos¹²⁶⁴) una vuelta a estadios jurídicos comparables con el más arcaico Derecho penal romano: así, tenemos la vuelta a la autotutela como instrumento principal de defensa de los propios

¹²⁶⁴Así tenemos, desde luego, la *Lex Romana Wisigothrum* (Breviario de Alarico) promulgada en Francia en el año 506 por Alarico II como compendio de iura y leges de época clásico-tardía y postclásica, respecto a la cual, destacamos aquí la *interpretatio visigótica*, seguramente realizada por galo-romanos, la cual, en cualquier caso, demuestra la existencia de una línea de continuidad histórica y jurídica entre el mundo romano y el medieval en el Occidente europeo. Ahora bien, junto a ello, los reyes visigodos pronto publicarán leyes de ámbito general en las que el elemento germánico y el romano se entrecruzan en una mezcla que será el germen de lo que durante siglos ha sido la tradición jurídica española. En este sentido, el elemento romanista se destaca en el *Liber iudiciorum* o *Liber iudicium*, promulgado por Recesvinto (653-672). Señala Tomás y Valiente (Manual de Historia del Derecho español, Madrid, 1990, p. 104-105) que "en el *Liber* predomina la influencia de la tradición jurídica romana; ya sabemos que las leyes antiguas, sobre todo las no enmendadas, estaban muy romanizadas; además, el título primero del libro IV contiene unos textos de las Sentencias de Paulo sobre los grados de parentesco, que están tomados del Breviario; por último, en la legislación posterior a Leovigildo <568-586> se observa una nueva recepción romanista procedente sobre todo de la compilación de Justiniano. No obstante, en esta legislación se conservan también instituciones de cuño germánico".

"El *Liber*, fue traducido privadamente en primer lugar al gallego y luego, oficialmente, al castellano, quizá todavía bajo el reinado de Fernando III, con el nombre de *Fuero Juzgo*, denominación que desde entonces sustituirá a la latina". (Tomás y Valiente, Manual de Historia del Derecho español, op. cit., p. 162). Por otro lado el *Liber*, junto a las influencias de las Decretales del Papa Gregorio IX, también influye en gran medida en el *Fuero Real*, el cual fue promulgado por Alfonso X hacia el año 1255. (Tomás y Valiente, op. cit. p. 163-164).

intereses en el Derecho penal, o, lo que es lo mismo, la máxima vigencia de la venganza para los delitos entre particulares, que, de acuerdo con el principio antropológico-jurídico común a los más diversos pueblos y culturas de la Ley del Tali6n, suponía el derecho de "vengar la sangre" derramada en caso de homicidio voluntario u otros cr6menes graves. Este derecho de venganza se basa en la "inimicitia" que se declaraba solemnemente a trav6s del procedimiento del "desafio"¹²⁶⁵ que hacia la v6ctima del delito, o sus parientes, en presencia de los jueces y del Concejo de la ciudad, y que tenia como funci6n b6sica concretar en las personas de los culpables del delito la situaci6n de "inimicitia" y, por lo tanto, determinar las personas, fundamentalmente el culpable, real o presunto¹²⁶⁶, sobre el que iba a recaer la

¹²⁶⁵A menos que el delincuente fuese apresado "in fraganti", por la v6ctima o sus parientes, en cuyo caso la venganza podia efectuarse de modo sumario.

¹²⁶⁶Cabia la presentaci6n de pruebas en uno u otro sentido, incluso la del "combate judicial". No obstante, se puede afirmar que se produce una p6rdida de aplicaci6n pr6ctica del principio jur6dico b6sico en todo Derecho penal moderno constituido por la idea de la personalidad de la pena, de la que deriva, a su vez, la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales. Y esto no s6lo por la arbitraria determinaci6n que resultaba del culpable del delito a trav6s de procedimientos como el "desafio" o el de las "ordalias" (del alem6n Urteil) o juicios de Dios, sino porque las penas previstas en los fueros medievales no se circunscribían en todos los casos a la persona del culpable, ya lo fuese real o meramente supuesto, sino que se extendían muchas veces m6s all6 de esta persona, lo que implicaba realmente el retrotaernos a un estadio jur6dico anterior al de la consolidaci6n de la civitas romana que fija, como eje central de su Derecho penal, el de la personalidad de la pena ("Constitutio civilis est". D. 47,1,1,pr.). As6 (J. Orlandis. Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media. A.H.D.E., 16, 1945, p. 155) nos refiere que "las noticias de las fuentes revelan que el delito de uno de los miembros de tales comunidades <la comunidad familiar y la municipal> origin6 con mucha frecuencia el nacimiento de una responsabilidad que alcanzaba subsidiariamente a los dem6s componentes de ellas. El principio de responsabilidad por delitos ajenos aparece (continúa...)

venganza a menos que mediase una composición pecuniaria que satisfaga a la víctima, o a sus parientes, de la afrenta sufrida con lo que se llegaba entonces a la situación de "reconciliación".

Por otro lado, los fueros de inspiración germánica establecían, de acuerdo con una larga y pura tradición jurídica germánica¹²⁶⁷ en este punto, todo un listado de penas

¹²⁶⁶(...continuación)

ampliamente reconocido, aunque a través de los textos puedan seguirse las alternativas que sufrió en su aplicación, y la diversidad de criterios imperantes en los distintos ordenamientos jurídicos locales. Pero debe advertirse que las consecuencias de aquella responsabilidad que afectaba a familiares y vecinos ceñíase, por lo general, a un campo simplemente económico". No obstante, Orlandis, cita también a Hinojosa (El elemento germánico...op. cit. p. 156) que aporta también algunos testimonios de que la venganza se extiende también a los parientes del autor de un delito de "sangre". Lo cierto es que, como señala A. López-Amo Marín (El Derecho Penal español en la Baja Edad Media. A.H.D.E., 27, 1956. p. 345) una Ordenanza de Juan II de Castilla reconoce el Derecho de matar al que "fuere dado por enemigo", y, el mismo autor, refiriéndose en concreto a Cataluña, alude a una constitución de Fernando el Católico, del año 1503, cofirmada por Carlos V, en 1537, en la que se trata de poner freno a la venganza de sangre no sólo contra el autor del crimen sino también contra "els fills, germans, oncles, nebots, consinsgermans o altres parents o amics", para terminar con esta "consetut dampanada", este "abus de malvada consetut". Y esto a pesar, de que, el sistema penal legal de la Cataluña de la Baja Edad Media no contemplaba la legitimidad de ningún supuesto de venganza de sàgre.

¹²⁶⁷Recogemos, a este respecto, la magistral visión de estos hechos que nos da E. Gibbon (The Decline and Fall of the Roman Empire II, New York (The Modern Librerly). reimp. ed. anast. Cap. 38. p. 405 ss.) a través de las siguientes líneas escritas a finales del siglo XVIII: "Cuando la justicia reclama la muerte del asesino, cada ciudadano confía que las leyes, los magistrados y la comunidad son los guardianes de su seguridad. Pero en la sociedad disuelta de los germanos, la venganza siempre era honorable y a menudo resultaba meritoria: el guerrero independiente castigaba, o se vengaba, con su misma mano de las injurias recibidas; y sólo debía temer el resentimiento de los hijos y parientes del enemigo que él había sacrificado a su pasión egoísta. El magistrado, consciente de su debilidad, trataba no de castigar sino de reconciliar y quedaba satisfecho si podía convencer u obligar a las partes en la contienda a pagar (continúa...)

pecuniarias para los diversos delitos entre particulares, especificándose, dentro de la "poena" respectiva, la parte que va impuesta como multa por el delito cometido en favor de la

¹²⁶⁷(...continuación)

la moderada multa que había fijado como precio de la sangre vertida.

El feroz espíritu de los francos no se hubiera avenido a un castigo más severo, y ya que dicha ferocidad desdeñaba estas medidas ineficaces, cuando la riqueza de las Galias corrompió sus maneras simples, la paz pública fue constantemente violada por actos delictivos intempestivos y deliberados. En un gobierno justo se aplican las mismas penas tanto si se trata del asesinato de un campesino como de un príncipe.

Los francos, en cambio, establecieron una falta de igualdad nacional en sus procedimientos criminales, su último insulto y abuso en la conquista de las Galias.

En los momentos serenos de su legislación pronunciaron solemnemente que la vida de un romano era de menos valor que la de un bárbaro. El "antrustion", un nombre que expresaba la más alta dignidad entre los francos, era apreciado por la suma de 600 piezas de oro, mientras que un noble provincial, que fuera admitido a la mesa del rey podía legalmente ser asesinado al precio de 300 piezas. Para un franco ordinario bastaban 200 piezas, y un romano más modesto estaba expuesto al peligro de una mera compensación de 100 o incluso 50 piezas de oro (...) Con el tiempo las maneras de los francos se volvieron menos feroces y sus leyes fueron más severas. En el reinado de Carlomagno el asesinato se castigaba universalmente con la muerte (...) Las profesiones civiles y militares- separadas desde el reinado de Constantino- fueron reunidas nuevamente por los bárbaros, de tal manera, que el mismo dignatario dentro de su distrito asumía el mando de las tropas y ejercía la administración de justicia.

Como eran feroces e iletrados no estaban calificados para ejercer las funciones de juez y debido a su ruda ignorancia estaban obligados a adoptar métodos de justicia muy simples. La parte acusada podía justificar su inocencia presentando al tribunal un número de testigos amigos que le proclamaban inocente. Según el tipo de acusación el número de "compurgadores" se multiplicaba: se necesitaban 75 para disculpar la acusación de incendiario o asesino y para la castidad de una reina, 300 nobles votaron para exculparla. Debido a la frecuencia de los perjurios los magistrados empezaron a cambiar estos juicios por experimentos con el fuego y el agua, llamados juicios de Dios. Luego siguieron los combates medievales en el seno de un pueblo guerrero que no concebía que un valiente fuera culpable y un cobarde inocente. Tanto en el procedimiento penal como en el civil el demandante o acusador estaba dispuesto a un reto mortal con un antagonista que carecía de pruebas legales. El éxito del combate quedaba ratificado por Dios, el juez y el pueblo". Termina Gibbon diciendo: "al final de diez siglos no quedó del todo extinguido el reino de la violencia. La Ley, que ahora favorece a los ricos, entonces favorecía a los fuertes".

villa o reino respectivo donde se cometió el mismo, de la parte que va destinada como compensación en favor de la víctima y/o sus parientes¹²⁶⁸.

¹²⁶⁸J. Orlandis (Consecuencias del delito en la la Alta Edad Media. A.H.D.E., 18, 1948. p. 88) indica que "acostumbran los fueros a imponer al "inimicus" una sanción económica global que denominan en general, "homicidio", dentro del cual se distinguen las cuotas correspondientes a la autoridad pública y a la parte ofendida. Son el equivalente español del "Friedensgeld" y el "Wergeld" de los Derechos germánicos, con los que presentan notables analogías, y, ante todo, la de no sustraer al autor a la venganza de sus enemigos, cuya amistad deberá recuperar en un segundo tiempo, muchas veces mediante el pago de una composición".

Orlandis cita luego, a título de ejemplo, el dato puesto de relieve por Hinojosa (El elemento germánico... op. cit. p. 44) que señala que la pena pecuniaria en Castilla y León fue de 500 sueldos para el homicidio de nobles y 300 para el del simple libre, desapareciendo esa diferencia en las ciudades ante la tendencia a la igualdad jurídica que en ellas prevalece.

4) La recepción del Derecho romano en la Baja Edad Media: Las Partidas.

En la Baja Edad Media se produce, por un lado, un lento fortalecimiento del poder central de los reyes, preludio de lo que será el nacimiento de los Estados modernos europeos en el siglo XVI; y, en el plano jurídico, como sabemos, tiene lugar el fenómeno de la recepción del Derecho romano justinianeo a través, fundamentalmente, de las nacientes Universidades europeas. El Derecho romano se convierte así en el Derecho común de los estudiantes universitarios europeos, y, por lo tanto, en un Derecho común al pensamiento jurídico que en los siglos venideros se genera en nuestro Continente: a través de la formación romanista de jueces, notarios, príncipes, funcionarios de las distintos reinos y ciudades europeas, abogados, etc... este Derecho de élites va penetrando, de una u otra manera, en los distintos Ordenamientos mezclándose, de distinta forma, con elementos jurídicos germánicos y autóctonos de cada uno de ellos, y constituyendo, junto también al Derecho canónico, un patrimonio jurídico común europeo.

Este nuevo estado de cosas se traduce en el el campo del Derecho penal en dos direcciones¹²⁶⁹: por un lado se atribuye a la autoridad pública la jurisdicción en el conocimiento de los crímenes y en el castigo de los

¹²⁶⁹A. López-Amo Marín. El Derecho penal español de la Baja Edad Media. op. cit. p. 554-555.

delincuentes¹²⁷⁰ y, por otro, por la aplicación del procedimiento inquisitivo¹²⁷¹.

Pero hay que destacar especialmente la obra de las Partidas¹²⁷² elaborada, al parecer, bajo el reinado de Alfonso X, y que supone la recepción al Derecho castellano de una síntesis comentada del Derecho romano justiniano¹²⁷³.

¹²⁷⁰ A. López-Amo Marín (El Derecho penal español de la Baja Edad Media, op. cit. p. 555) indica al respecto que "el sistema de la venganza y de las composiciones producía una frecuente situación de impunidad que refleja, para cortarla, el Ordenamiento de Alcalá: "por esto se atreven los hombres a matar a otro; por ende mandamos, que qualquier que matare a otro, ... que muera por ello".

Por otro lado, Hinojosa (El elemento germánico del Derecho español..., op. cit. p. 69. n.1) señala que la venganza de sangre fue sustituida por penas corporales en 1510 por primera vez en una constitución del rey Fernando el Católico recogida en los Fori civitatis Turolensis (Valencia, 1565).

¹²⁷¹ "...Porque la verdad de los malos fechos, que los omes fazen, se puede saber por los judgadores en tres maneras: assi como por acusación, o por denunciación, o por oficio del judgador faziendo ende pesquisa..." (Prólogo de la Partida VII; cit. de A. López-Amo Marín, p. 555).

¹²⁷² Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, Glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S.M. Tomo III. Madrid, Oficina de Benito Cano, 1789.

¹²⁷³ En torno al origen, fecha y función a que estaba destinada esta obra existen problemas sometidos a discusión. En este sentido: Tomás y Valiente. Manual de Historia del Derecho español, op. cit. p. 239 ss.). "La composición de las Partidas pudo deberse- Tomás y Valiente, p. 240- al intento de Alfonso X de preparar "un proyecto legislativo universal ligado al Imperio" <se refiere a la aspiración de Alfonso X a la Corona del Sacro Imperio Romano Germánico>. Precisamente con este fin el Derecho que en ellas se recoge no es el de Castilla, sino el romano, canónico y feudal: el "ius commune". Al fracasar el "fecho del Imperio", las Partidas se mantendrían en Castilla como obra doctrinal y culta, pero no porque esta fuese su finalidad doctrinal".

"Sin embargo (op. cit. p. 242) (como hizo ver Don Rafael Altamira) el prestigio creciente que adquirieron debió influir para que ya en el reinado de Alfonso XI algunas leyes de las Partidas se aplicasen, introduciéndose de tal modo en la práctica de los tribunales. Las Cortes de Segovia de 1347 protestaron contra este fenómeno que no debía agradar a los castellanos por
(continúa...)

Así, en materia de delicta privata romana vemos que el título IX de la "Setena Partida" se ocupa del delito de iniuria. La ley 31 y siguientes, como veremos más adelante, servirá de base, al Tribunal Supremo español para abrir en 1912 la puerta de lo que hoy entendemos por responsabilidad civil por daños morales. En efecto, las Partidas, toman la distinción romanista en virtud de la cual el ofendido por una injuria podía optar entre ejercitar la *actio iniuriarum* por la vía del *criminaliter agere* (vía penal) o reclamar la oportuna compensación pecuniaria por la ofensa en cuestión a través de la vía del *civiliter agere* (vía civil)¹²⁷⁴.

En materia de intransmisibilidad hereditaria de la acción, la Ley XXIII de dicho título recoge fielmente la

¹²⁷³(...continuación)

lo que significaba de penetración de un Derecho, el romano-canónico ajeno a su tradición.

Ahora bien; en una ley del Ordenamiento de Alcalá de 1348 Alfonso XI otorgó valor de Derecho supletorio a las Partidas. Desde entonces han estado vigentes hasta bien entrado el siglo XIX".

Debemos añadir que el Ordenamiento de Alcalá estableció el siguiente orden de prelación de fuentes: 1) El Derecho real castellano. 2) Los Fueros municipales. 3) Las Partidas. Este orden fue confirmado esencialmente por la Nueva Recopilación de 1567 y por la Novísima Recopilación de 1805.

Así pues, la vigencia de las Partidas llega hasta la codificación en la que, como máxima expresión de la tradición jurídica española, influye ampliamente en la redacción del Código Civil.

¹²⁷⁴D. 47,1,3: *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 eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit.*

D. 47,10,7,6: *Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci civiliter agi, Imperator noster rescripsit.*

D. 47,10,7,7: *Atroce[m] iniuriam quasi contumeliosiore[m] et maiore[m] accipimus.*

Cfr. también D. 48,1,4; D. 48,2,15; C. 9,31,3, ya citados anteriormente.

intransmisibilidad activa y pasiva, salvo que que haya tenido lugar ya la litis contestatio¹²⁷⁵. A continuación, sobre esas premisas romanas, el texto presupone contestada la lid en dos supuestos concretos, con lo que se persigue que los herederos puedan ejercitar la acción, ya que en ellos el causante no pudo materialmente contestar la lid. Veamos la glosa de Gregorio López (año 1555):

Actiones in quibus cadit vindicta, non transeunt ad haeredes; nec cótra eos, nisi lis fuisset contestata cú defuncto, hoc tñ fassit, ubi iniuria facta fuit infirmo: & ex illa infirmitate mortuus fit: aut si fit iniuriatus post morté. Item licet ex delicto defuncti non agatur post mortem: fassit ubi fuit lis contestata cum defuncto. Glosa de

¹²⁷⁵Herederero ninguno non ha poder de demandar emienda, de la deshonra, nin del tuerto que lo ouiesse fecho en su vida, a aql cuyo herederero es: fueras ende si el finado ouiesse ya començado a demandar en juyzio ante que muriesse, e fuesse ya començado el pleyto por respuesta. Ca estonce bien puede el herederero entrar en la demanda, en aquel lugar do lo dexo el finado, e seguir el pleyto fasta que den sentencia sobre el: e aquellos que el tuerto, o la defonrra al finado fizieró, tenudos son de responder a su herederero, tambien como farian a el mismo si fuese biuo. Mas si en su vida non ouiesse començado el pleyto assi como sobre dicho es, estonce sus heredereros non lo podrian demandar: porque las demandas atales en que cae vengança cópena, non pasan a los heredereros si non fuessen en vida demandadas de aquel de quien heredaron: fueras ende si la desonrra le fuesse fecha alasazon que estava cuytado de la enfermedad de que murio, o despues que fue finado, assi como de suso diximos. Otrosi dezimos que si aquel que ouiesse fecho el tuerto, o la desonrra se muriesse ante q fiziesse emienda dello, que estonce non lo pueden demandar a sus heredereros: fueras ende si lo ouiesse començado a demandar en su vida del, e fuesse ya començado el pleyto por respuesta. Ca estonce los sus heredereros tenudos son de entrar, eseguir el pleyto, en aquel lugar do estava quando fino aquel de quien heredaron: e si fuessen vencidos deven fazer emiédá en lugar de aquel cuyos heredereros son.

Gregorio López a la Ley XXIII, nota pr.).

Por otro lado en el título XIII se hace una regulación "De los robos" en la que se recoge el régimen jurídico relativo al delito de la rapina¹²⁷⁶. En materia de transmisibilidad pasiva de la acción se distingue lo que en nuestro lenguaje jurídico entendemos por responsabilidad civil del heredero que, de acuerdo con los artículos 101 y siguientes del Código Penal, obliga al heredero a restituir lo que ha recibido por consecuencia del delito. Atiéndase al dato de que las Partidas toman aquí la estereotipada frase de Derecho romano de "id quod ad eum pervenit". La terminología y el espíritu de la norma es esencialmente romano:

Ley II. Quien puede acusar, e demandar el robo,
Quel puede demandar la cosa robada que la tiene é
su poder ala fazó q gela roban, quier sea señor
della, o la tenga de otro en razó de guarda, o de
encomiéda, oa peños. Otrosi dezimos q los herederos
del robado, puedé fazer dessa misma demáda q
podria fazer aql de qué heredaró antes q finasse
fuera éde en razó dela pena q es puesta cótra los
robadores. Ca ellos nó son tenutos a pechat la
pena del robo si primeraméte nó fue demandado é
juyzio por demáda, e por respuesta a aqllos de

¹²⁷⁶Ley I, nota h que reproduce, prácticamente, el texto en castellano de la Ley I: "Est rapina alienarum rerú depredatio, & fit palam, & est triplex. Vna, quam faciút homines in guerra, alia quam quis facit alteri de suis bonis, vi per cú possessis. Tertia quç sit in incéidio, velnaufragio. hoc dicit".

quíé ellos

heredá, como qer q seá siépre tenutos de pechar la cosa robada, o la estimació della'...

Glosa de Gregorio López. Nota a: Quia tenentur in eo quod ad eos pervenit (...) & adverte, quia sufficit semel pervenisse¹²⁷⁷, ut in.l. quod diximus...quod metus causa (...) & si non perveniat ex raptu, vel occasione rapinae aliquid in haeredes, q teneant ad restitutioné rei rapte vi eius aestimationem cum gñaliter loquatur, & quia dictus.(...) dicit dari condictione furtivam, quae dat contra haeredem, & si nihil ad eú pervenit l. in condictione. et. l. si pro fure...

Por otro lado en la Ley III se distingue entre una pena civil y otra criminal: la civil se corresponde con el importe de la poena romana relativa a la vi bonorum raptorum (rapina) que era del cuádruplo del valor estimado de la cosa. Ahora bien, en el texto se recoge, naturalmente, la concepción justiniana que contempla esta acción como una acción mixta que persigue res (responsabilidad civil) y además, poena (el triple del valor de la cosa, responsabilidad penal):

Contra los robadores es puesta pena en dos maneras. La primera es pecho: ca el que roba la

¹²⁷⁷De D. 47,8,2,27. Es un texto muy importante para nuestra tesis. Supra 702 ss.

cosa es tenuto dela tornar con tres tanto, demas de quanto podria valer la cosa robada (actione ponali ad rem & triplú. Nota pr., a la Ley) (...) La otra manera de pena es en razó de escarmiento...

A continuación, el título XIV se ocupa del delito de hurto ("de furtis") realizándose la correspondiente recepción del Derecho romano justiniano al respecto. Así, en la Ley II de dicho título se distingue entre el *furtum manifestum* y el *nec manifestum*¹²⁷⁸.

Como se vió anteriormane para el caso de los robos, se distingue entre una responsabilidad penal ocasionada por el delito, de una responsabilidad civil derivada del mismo¹²⁷⁹ y que obliga a restituir la cosa hurtada o a indemnizar su valor. Dicha responsabilidad civil se hace valer también contra los herederos del ladrón, claro está, siempre que les haya llegado la cosa hurtada o su valor. Así tenemos la Ley XX:

La cosa furtada, o la estimacion della pueden demandar aquellos a quien fue fecho el furto, e

¹²⁷⁸Glosa de Gregorio López al respecto: Est duplex *manifestum*. s. ut *cum fur cum furto deprehenditur antequam illud portet ad locum ad quem portare destinavit, aut si in domo causa furandi aut alio loco deprehenditur, sive à domino sive ab alio. Item non manifestum cum praedicto modo nó deprehenditur, antequam occulter rem furatam. h.d.*

¹²⁷⁹Claro está que utilizamos un lenguaje producto de la dogmática jurídica moderna que no aparece para nada en las Partidas.

sus herederos, a los ladrones, e a los herederos dellos: mas la pena que deven pechar por razón del furto non deve ser demádada a los herderos de los furtadores, fueras ende sí en vida de aquellos que furtaron la cosa fuesse començado el pleyto sobre ella por demanda, e por respuesta. Ca estonce bien serian tenudos de la pechar. Otrosi dezimos que los ladrones, e los herederos dellos deven tornar la cosa furtada có los esquilmos que pudiera llevar su señor, e aú có todos los daños, e los menoscabos que le vinieron por razón de aquella cosa que la furtaron (...) e si por aventura la cosa furtada se muriesse, o se perdiessse, siempre son tenudos los ladrones o sus herederos, de pechar por ella tanta quantia, quáta mas pudiera valer desde el día que la furtaró fasta el día que la començaron a demandar. Pero si los ladrones, o sus herederos si quisieren tornar la cosa furtada a aquel cuya era, o a sus herederos, si la non quisiessen rescibir, e despues dello se muriesse, o se perdiessse sin culpa dellos, non serian tenudos de pechar la estimacion della, comoquier que la pena pueden demandar al ladron en su vida...

Glosa de Gregorio López: Nota pr.

De *Condictio furtiva datur ad rem furatam, & damna ob furtum obvenientia, & fructus quos dominus*

percipere potuerat, & ista etiam datur haeredibus
& contra haeredes, & aestimatur res quáti
plurimivsq; ad tempus petitionis valuit: non autem
ad poenam nisi lis contestata, & interitio rei
aut perditio non liberat eos, sed si fuit agens in
moram recipiendi rem à fure vel haerede non
tenetur postea de ea sine eius culpa perierit...

El texto recoge mezclados una serie de normas y principios de raíz romana: lo que nos importa es la fijación de la regla de la transmisibilidad pasiva de la *condictio furtiva* dirigida a la indemnización del valor de la cosa robada; en cuanto a la estimación del valor de dicho objeto vemos que se ha de realizar antes de la *litis contestatio*, es decir, se hace según el valor de la cosa robada al tiempo del ejercicio de la acción, lo que, normalmente, viene casi a coincidir casi con el momento del hurto¹²⁸⁰. Se destaca también que en la nota aclaratoria se alude al momento de la sentencia con los términos "ad poenam". Ello nos sugiere la sustanciación, en un mismo proceso de la responsabilidad civil y de la penal (*ad poenam*), es decir, de la acumulación de la petición de indemnización y de pena para el ladrón en el procedimiento penal. La última parte alude al principio romano de "*fur semper in moram est*", por virtud del cual el ladrón responde de la pérdida fortuita de la cosa robada (a través de la *condictio*), salvo en el caso que aquí se recoge, en el cual se produce una situación de mora in

¹²⁸⁰Dicho momento de valoración responde a las reglas generales de la *condictio* romana y de la responsabilidad *pervenire*, tal y como se vió en el capítulo séptimo. 3)- F y G.

recipiendi por parte del actor, en cuyo caso el ladrón, o su heredero, "no tenetur posteà ea si sine eius culpa perierit". Por otro lado, la dualidad que se da en el procedimiento romano de la *cognitio extra ordinem* entre el *civiliter agere* y el *criminaliter agere* también llega al campo de la *actio furti*, tal y como aparece ésta en las Partidas. Así se recibe en el ámbito medieval el proceso de progresiva despenalización de las acciones penales privadas romanas, puesto que, en la ley XVIII, el actor puede optar entre reclamar las penas pecuniarias propias de la *actio furti* (el duplo o del cuadruplo del valor de lo robado) o reclamar una pena corporal-aflictiva. Además, en ambos casos, el actor puede reclamar, además de la pena, respectivamente, pecuniaria o corporal, la restitución de la cosa hurtada por la *reivindicatio*, o bien, llegado el caso, el pago de su estimación a través de la *condictio furtiva*.

Nota pr.: *Poena furti pecuniaria, est quadruplum si furtum est manifestum: & si furtum nos est manifestum, est duplum in quo simplum non computatur (...)* si vero ad poenam corporalem agit contra furem...

... eodem libello posse agi cótra furé, ad restitutionem rei, & ad poná dupli vel quadripli: & sic possit agir rei persecutoria & actione furti eodem libello...

Pero, a continuación, en la anotación "e" de la glosa a la Ley, relativa al fragmento de la Ley XVIII, en el que se

dice "... otrosi deven los judgadores quando les fuere demádado en juycio, escarmentar los furtadores publicamente có feridas e verguença...", se apunta lo siguiente: "Nota hic poenam furti: cum agitur criminaliter contrá furem".

Nos referimos a continuación al daño aquiliano:

El delito de *damnum iniuria datum* se recoge en las Partidas en el título XV de la Setena Partida. La Ley I de dicho título nos da una definición genérica del daño aquiliano.

Ley I. Que cosa es daño: e quantas maneras son del.

Daño es^c empeoramiento o menoscabo, o destruymiento q ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro^d. E son del tres maneras. La primera es quando se empeora la cosa por algúa otra ql mezclá, o por otro mal ql fazé. La segunda, quando se mégua por razón del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo¹²⁸¹.

Así pues, resulta de esta definición jurídica que

¹²⁸¹Glosa de Gregorio López, n. c 7,15,1 *Damnum est perditio, vel deterioriatio rei, vel personae alterius culpa proveniens...*

Las fuentes romanas se palpan en el hecho de que la comisión alfonsina quiso distinguir tres clases de daños, aunque la distinción no obedece al objeto dañado, como ocurría en la *Lex Aquilia*, sino a la forma de producirse el daño, lo vemos así en la glosa de Gregorio López a la Ley: "...& est triplex. Unum est cum sit deterioriatio per mixturam, vel aliter Aliud, cum sit diminutio. Tertium, cum sit rei tota lis destructio. h.d.

dentro del concepto de daño se comprende tanto la lesión a objetos como a personas, y que para que haya deber de indemnizar ha de mediar culpa por parte del autor del mismo. En la nota "c" a la misma ley se añade algo esencial, plenamente conforme con la tradición romanista: el daño aquiliano ha de producir, necesariamente, una lesión patrimonial, aunque ese daño recaiga directamente en una persona¹²⁸², no comprendiéndose, por lo tanto, el daño puramente moral¹²⁸³.

Por otro lado, en dicha nota "c" se aclara que dentro del daño no se comprenda más que el daño emergente y no el lucro cesante (*id quod interest*). Así se dice que "*damnum dicitur sentire, qui patitur diminutionem patrimonii, nó qui perdit lucrum non radicatum...*" Sin embargo, el *damnum iniuria datum*, tal y como aparece en las fuentes justinianeas, recoge tanto el daño emergente como el lucro cesante¹²⁸⁴.

Lo cierto es que la delimitación conceptual de daño, en el sentido estricto de daño emergente, que resulta de la nota "c" a ley I penetra en la tradición jurídica española. Sólomente hay que recordar que el Código Penal, que reguló con anterioridad al Código Civil el tema de la responsabilidad civil derivada de

¹²⁸²Son los llamados por la actual doctrina civilista y penalista, daños morales impropios, o en sentido impropio; es decir, los gastos de curación de la lesión o enfermedad ocasionada por el daño corporal y, también, el cómputo de las ganancias dejadas de percibir no sólo durante el periodo de curación sino también, por el trabajo que en el futuro deje de realizar por las secuelas de la lesión.

¹²⁸³El daño puramente moral da lugar al *pretium doloris*, es decir, la compensación económica por el dolor físico y psíquico ocasionado por la lesión, y la estimación pecuniaria de la deshonra sufrida.

¹²⁸⁴Tal y como vimos más arriba en D. 9,1,3. *Supra* p. 721

delitos y faltas, distingue en el artículo 105 entre daños y perjuicios. Se trata de una cuestión debatida por la doctrina civilista y penalista española: ¿en la distinción entre daños y perjuicios se alude a la diferencia entre daño emergente, es decir, daño en sentido estricto, y lo que es lucro cesante o, más bien, a la más o menos directa causalidad entre el acto u omisión relativo y la correspondiente lesión patrimonial derivada de aquel?.

Ahora bien, el propio texto de las Partidas, en la ley VI, b, recoge claramente, como vemos a continuación, dentro del ámbito de los daños, el supuesto de lucro cesante por el fallecimiento de un hombre libre debido a las heridas ocasionadas por un tercero.

Por otro lado, en la nota "d" de la glosa a la Ley se alude al requisito del dolo o culpa en los siguientes términos:

Exigitur dolus vel culpa, ut hęc actio locum habeat...

Además, en dicha nota se aclara el carácter extracontractual del daño aquiliano en los siguientes términos:

"...ad legem Aquiliam. unde propter damnum procedens ex contractu non datur actio legis Aquiliae..."

Vemos pues como se va desarrollando toda una dogmática jurídica en torno al daño aquiliano que resulta esencial en el

el ámbito de la tradición jurídica española (así, los artículos 1902 ss. del Código Civil), la cual arranca, a su vez, de la obra que ya en este sentido hicieron los compiladores justinianos respecto de las fuentes romanas clásicas.

En cuanto al daño a personas, la Ley VI, letra b, antes citada, recoge la regla romana de comprender la indemnización por muerte de un hombre libre, pero, en cuanto a la pérdida del trabajo que la muerte le ocasiona, siendo una lesión patrimonial que afecta, en este sentido, al heredero y parientes más allegados del fallecido. Así, no aparece la indemnización del daño moral que ocasiona en el propio fallecido la muerte ni tampoco la lesión moral que se le ocasiona a los parientes del difunto¹²⁸⁵. Como veremos luego, la indemnización por causa de muerte es un tema objeto de fecundos debates y discusiones en el seno de la actual doctrina civilista española. En particular, las Partidas dicen al respecto:

...E si por aventura aquella cosa q cayesse,
firiesse a algúd ome libe^b, estonce tenuto seria de

¹²⁸⁵Federico de Castro y Bravo (La indemnización por causa de muerte... op. cit., p. 453 y n. 13) señala respecto a la *cummunis opinio* de la doctrina romanista europea de los siglos que preceden a la época de la codificación que "respecto de la acción aquiliana, la doctrina sigue también la dirección propuesta por Accursio. El homicida responde civilmente por los daños patrimoniales indirectamente causados, y los herederos de la víctima pueden, por ellos ("ad interesse"), ejercitar contra aquel la acción civil "in factum" <es decir, aclaramos nosotros, derivada de la actio in factum generalis establecida por los justinianos para cualquier indemnización de daños y perjuicios cuando no sea posible la utilización de la actio ex lege Aquilia, y que es paralela a la actio in factum civilis, también llamada actio praescriptis verbis establecida para los contratos innominados. Supra >; pero limitada a los gastos hechos para curación y por los trabajos (operae) que el difunto dejara de hacer, según su oficio".

le pechar todas las despensas que fuesen fechas por razon de guarescer aquella ferida, e los menoscabos que rescibio el ferido en las lauores, que pudiera fazer, si era menestral...

Nota b. Glosa de Gregorio López: Ome libre:....& mortuo libero homine percusso agere potest pater, vel eius haeres pro operibus quae iste potuisset exercere toto tpe vitae fuit: & habebit respect familiae quáto tpe potuisset vivere (...) & maximè in paréntibus senibus, viventibus ex operis filij.

Ciertamente, el daño aquiliano contemplado en el artículo 1902 del Código Civil, que deriva históricamente de la Lex Aquilia, que, tal y como vemos, se reinterpreta en las Partidas, no comprende más que indemnización por daños patrimoniales. Sin embargo, la indemnización de daños morales se abrirá camino también, como veremos, tomando como punto de partida la tradición jurídica romanista, a través de la recepción en las Partidas del régimen jurídico romano de la actio iniuriarum.

Por lo demás, la Ley XVI recoge la pena procesal de la condena por el duplo del valor del daño causado para el caso de que el reo resulte condenado en juicio después de negar en el proceso la autoría del delito (infitiatio)¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶Nota pr.: Negans dedisse damnum, si contra eum per testes probetur, condemnabitur in damno duplicato...

Por otro lado en la Ley XVII, nota pr., se añade: Confessus se damnum dedisse tenetur, licet alius re vera dedit...

Por otro lado, la acción derivada del daño aquiliano, pese a cumplir una función decididamente indemnizatoria, aparece todavía vinculada al ámbito de lo que hoy entendemos por responsabilidad penal, sin duda, por la recepción de la "certissima iuris regula" romana de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales privadas (Gai. 4,112; I. 4,12,1). Así, mientras en la Ley II, nota pr., que traduce textualmente al latín el texto castellano, se dice que "emendam dáni potest petere dominus deterioratae rei, aut eius heres", por otro lado, en la Ley III se establece lo siguiente:

...Otrosi dezimos, q los herederos de aquellos que fiziessen daño en las cosas de otros, nó son tenudos de fazer emienda del daño despues de la muerte de aquellos cuyos herederos son: fueras ende si en su vida de aquellos que lo fizieron fuesse començado pleyto por respuesta sobre la emienda. Ca estóce tenudos serian delo fazer si fuesen del pleyto vencidos¹²⁸⁷. Otrosi dezimos, que maguer el pleyto non fuesse començado por respuesta, assi como sobre dicho es: que si los herederos ouieron alguna pro del daño, que fizieron aquellos de quié heredaron, que lo deuen pechar en tanta quantia, quanta fue el pro que les vino dello, a los q rescibieron el daño, o asus herederos...

¹²⁸⁷Es decir, la acción penal se transmite pasivamente después de que haya tenido lugar la litis contestatio.

Como aclaración del origen y sentido de esta Ley tenemos la nota pr. de la misma:

...et de dáno dato non tenetur haeres nisi lis fuerit cum damnatore contestata, aut in eoqd ad heredé pervenit...¹²⁸⁸.

Para terminar nuestro paso por las Partidas tenemos que el título XVI se refiere al delito de dolo bajo la rúbrica de "los engaños malos, e buenos, e de los baratadores".

En la Ley I de dicho título se distingue, de acuerdo con el Derecho romano, entre el dolo bueno y el dolo malo y, por otro lado, en la Ley III se diferencia entre el dolo contractual, es decir, el que se refiere al incumplimiento intencional de la obligaciones que nacen del contrato con respecto del dolo extracontractual, el cual queda dentro del ámbito del delito del dolo¹²⁸⁹.

¹²⁸⁸La Ley alfonsina recoge fielmente el Derecho romano justinianeo en cuanto a la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales privadas, salvo en el quatenus ad heredem pervenit. Incluso, podría casi decirse que dicha recepción obedece aquí a un prurito romanista porque, ¿cómo es posible un pervenire de un beneficio por parte del heredero del autor de un daño material a un tercero?. Los compiladores castellanos recogen el precepto del Digesto (D. 9,2,23,8) que, según parece, obedece, como vimos, a varias hipótesis de escuela prejustinianeas. En definitiva, no hay que olvidar que el Derecho contenido en las Partidas es también un Derecho escolástico elaborado por y para universitarios.

¹²⁸⁹El que rescibio el engaño, o sus herederos pueden demandar emienda del, qrellandose deláte del judgador del lugar e prouando el engaño que le es fecho. Otrosi dezimos^b que si el engaño es fecho en razon de vendida, o de compra, o de cambio, o fobre algun otro pleyto, o postura que los omes fagan entre si, tenudos son los herederos del engañador de endereçar a fazer emienda del, tambien como aql de quien heredaron. Mas si el
(continúa...)

En efecto, en la nota pr. a la Ley III, se sintetiza el espíritu romano de dicha Ley de la forma siguiente:

Actio de dolo super contractibus comisso, datur
dolum passo, & eius haeredi, & contra haeredem...

Es decir, estamos ante una acción de tipo civil nacida del contrato correspondiente y ejercitable tanto por el heredero como contra el heredero del que incumple dolosamente el contrato. Así también, en la nota b de dicha ley se dice que "et si sit contractus stricti iuris, dum modo competat actio praescritis verbis, vel alia ex contractu descendes ad purgatum dolum, ut declarat Bartolo.

Por el contrario, respecto al dolo que tenga lugar fuera del ámbito contractual se conserva la tradición romanista de mantenerlo, al menos formalmente en el ámbito de las acciones penales privadas independientemente de su función claramente indemnizatoria. Ley III, nota pr. dice lo siguiente:

...si veró super alijs committatur, non datur
contra heredem, nisi quaetenus eius hereditati
acrevit, ppter dolum.

¹²⁸⁹(...continuación)
engaño non fuesse fecho sobre tal pleyto como alguno destes sobre dichos, o sobre otros que les semejassen, mas en otra alguna manera, en que cayesse maldad de que non ouiesse nombre señalado: assi como adelante se demuestra, estóce los herederos del que lo fiziesse, non serian tenutos de fazer enmienda del. Fueran ende en tanto quanto se acrescento lo que ellos heredaron por razon del engaño, e non en mas...

El texto se corresponde claramente con el contenido en D. 4,3,26¹²⁹⁰. La acción resulta pues ejercitable contra el heredero del que cometió la conducta dolosa pero sólo en lo que le alcanzó del delito que cometió el causante.

Dentro de la tradición romanista la Ley IV no permite que la acción de dolo se pueda ejercitar contra los padres o abuelos puesto que la *actio doli* es una acción infamante.

Por último, la Ley XII alude a la pena que "merecen los que fazen los engaños, e los que los ayudan e los encubran"¹²⁹¹

¹²⁹⁰supra p. 672

¹²⁹¹Las pena se refiere en general a los diversos supuestos de dolo extracontractual. Debe advertirse que en las Leyes de este Título se tipifican, a título de ejemplo (... "Por exemplo non podría ome contar en quátas maneras fazé los omes engaños los vnos a los otros: pero fablaremos de algunos dellos..." Ley VII) una serie de engaños o fraudes constitutivos de *dolus malus*. Dichos casos (Leyes VIII-XI) aluden fundamentalmente al dolo precontractual, es decir al que se produce en el proceso de formación del consentimiento y que va a dar lugar a que el contrayente acepte la celebración de un contrato y, además, con arreglo a determinadas condiciones contractuales. Por lo tanto dicho dolo precontractual (*culpa in contrahendo*) se engloba dentro del delito de dolo y se persigue tanto "civilis" como "criminalibus" con arreglo a esta Ley XII de la que estamos tratando.

Por otro lado, Ricardo de Angel Yagüez (Tratado de Responsabilidad civil. Madrid, 1993. p. 74 ss.) recuerda al respecto que uno de los máximos exponentes de la Pandectística (R. Ihering) "argumentaba-R. de Angel Yagüez. op. cit. p. 75- que el concepto de "nulidad del contrato" no implica la ausencia absoluta de efectos, sino solamente la de los efectos relativos a su ejecución o cumplimiento. Por lo tanto, advertía Ihering, la nulidad no excluye la obligación de reparar el daño.

Sigue diciendo el autor que citamos que "la alternativa en la calificación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual se proyecta también en la doctrina española, si bien, como apuntan Asúa Gonzalez y García Rubio, la corriente mayoritaria es la que incluye en el marco de la responsabilidad extracontractual".

En efecto la doctrina y la jurisprudencia civil española, según lo visto, mayoritariamente, configura la responsabilidad precontractual dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual basándose en el principio jurídico de "alterum non laedere".

(continúa...)

y establece que dicha pena se deja al arbitrio del juez en función de la naturaleza del engaño y de las circunstancias concurrentes en el caso, de tal manera que cabe tanto una pena pecuniaria, pero a favor, de acuerdo con principios de Derecho penal germánico¹²⁹², de la Cámara Real, como la pena de "escarmiento"¹²⁹³. A este respecto es especialmente interesante la nota "c" a dicha Ley; en dicha nota se alude al principio romano de la posibilidad de ejercitar las acciones penales privadas-y así la *actio doli-civiliter* o *criminaliter*, y que se corresponde con la frase de la Ley "...e porende mandamos que todo judgador q ouiere de dar sentencia de pena...", con lo que, parece, se nos da la posibilidad de admitir que el demandante, a tenor de la Ley XII pudiese optar entre reclamar sólo la

¹²⁹¹(...continuación)

Siguiendo a R. de Angel Yagüez, op. cit. p. 77-78, tenemos en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1988, en la que se dice: "todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa in contrahendo que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere* que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenederlo el juzgador infringió el artículo 1902 aplicable de conformidad con lo que son los hechos probados..."

¹²⁹²supra p. 724 ss.

¹²⁹³La Ley XII dice así:

Porque los engaños de q fablamos en las leyes deste titulo nó son yguales, nin los omes que los fazen, e los que los reciben no son de vna manera: porende non podemos poner pena cierta en los escarmientos q deuen recibir los q los fazen. E porende mandamos que todo judgador que ouiere a dar sentencia de pena^c de escarmiento sobre qualquier de los engaños sobredichos en las leyes deste titulo, o de otros semejantes destes, que sea apercebido en catar qual ome es el que fizo el engaño, e el q lo recibio: e otrosi qual es engaño, e en q tiempo fue fecho: e todas estas cosas catadas deue poner pena de escarmiento, o de pecho para la camara del Rey al engañador, qual entendiere q la meresce, segun su aluedrio.

indemnización correspondiente por el engaño sufrido, o bien, además, de reclamar la imposición de una pena, o que, al menos, esta posibilidad fuese admisible para los engaños no tipificados especialmente como delictivos por las leyes en general. En cualquier caso, la nota dice así:

c. De Pena. Ná vbicúq: pótagi civilit dedolo
ibidem pót agi criminalit, crimine
stellionatus.1.et.1.3.poena.ss.de crimi.stellio.

En definitiva, nos encontramos, una vez más con la herencia histórica del proceso de despenalización de las acciones penales privadas, las cuales, pueden ejercitarse, via civiliter agere, para reclamar la correspondiente indemnización.

5) La responsabilidad civil hoy.

Ahora bien, el paso definitivo hacia lo que hoy llamamos indemnización por responsabilidad civil¹²⁹⁴ viene dado en España de la mano de la codificación del Siglo XIX.

En el Ordenamiento jurídico español el núcleo básico de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, de la obligación¹²⁹⁵ de indemnizar los daños y

¹²⁹⁴A este respecto A. De Cupis (Il danno. Teoria generale de la responsabilità civile, I, Milano, 1979. p. 35 ss. esp. p. 42,44) delimita la categoría "responsabilidad civil" frente a "responsabilidad penal" por razón del interés jurídico prevalentemente protegido en cada caso por el Ordenamiento. Cuando es un interés prevalentemente público (cita el autor, por ejemplo, la integridad del Estado) o cuando es a la vez, del mismo modo, un interés público y privado (un hurto) el Ordenamiento reacciona jurídicamente mediante la imposición de una pena que, como en el segundo caso citado, puede ir concursalmente con la responsabilidad civil que atiende al interés prevalentemente privado. En cambio, cuando el interés jurídico protegido es prevalentemente privado, sin perjuicio de que siempre queda un interés público, incluso de que los contratos se cumplan entre los particulares, la reacción jurídica está entonces exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad civil. Así, una lesión patrimonial leve derivada de un descuido poco importante de un tercero.

¹²⁹⁵Se trata de una auténtica obligatio ex lege. El término de responsabilidad civiles elaborado por la doctrina de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

En este sentido S. Schipani (Lex aquilia culpa responsabilità. Copanello, junio 1990. op. cit. p. 159 ss.) pone de relieve que no existió en la lengua latina el término "responsabilias" pero sí que se da respondeo que es compuesto de spondeo y se refiere al acto de comprometerse, de dar la palabra a través de una promesa. De ahí pasó al lenguaje vulgar romano en el sentido de responder a una pregunta. Así tenemos los responsa de los jurisconsultos de la República y, luego, de los principes a través de rescriptos. Sin embargo-Schipani- el término "responsable" toma carta de naturaleza en el lenguaje propio de la Revolución Francesa, que, a su vez, lo toma del lenguaje político y parlamentario inglés. En efecto, desde el siglo XIV se tienen testimonios escritos de la expresión inglesa "respond" o "respond" a su vez, derivada de la recepción del (continúa...)

perjuicios derivado de delitos o faltas tipificados por la Ley (art. 19 ss. y 101 y ss. del Código Penal), así como los daños que se causen por acciones u omisiones, no tipificadas como tales delitos o faltas, pero en las que, en cualquier caso, intervenga culpa o negligencia (art. 1902 ss. del Código Civil, en relación con la clasificación de las obligaciones del art. 1089 del Código Civil.

Así, tenemos la siguiente relación de normas:

Art. 19 CP.: Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también

¹²⁹⁵(...continuación)

latín como lengua culta en toda Europa-también en Inglaterra- y, a partir del Siglo XVII, "responsability" alude a rendir cuentas, a ser moralmente imputable, pero en un terreno parlamentario. En el lenguaje de la Revolución francesa se alude a la *responsabilité* de los funcionarios en el ejercicio del cargo. Dicho término aparece en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y es consagrado en 1798 por el Diccionario de la Academia Francesa definiéndolo así "obligation légale (el subrayado es nuestro) de *répondre de ses actions, d'être garant de quelque chose (...) s'applique aux Ministres, aux hommes publics...*". Posteriormente pasa esta expresión al Código de Napoleón.

Por otro lado, no han faltado autores que rechazan el término de responsabilidad cuando se alude a la responsabilidad civil. Así tenemos a M. Fernández Martín-Granizo. ¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?. (notas sobre su naturaleza jurídica). Anuario de Derecho Civil. Enero-Marzo, 1965, p. 663 ss.). El problema surge respecto de la responsabilidad objetiva, por ejemplo un daño causado fortuitamente por un fallo mecánico producido en un automóvil ¿Por qué ha de responder el automovilista?. Realmente no estamos ante un problema de responsabilidad sino de atribución de riesgos. Niega que en tal caso se pueda hablar de responsabilidad sino que se ha de decir que estamos ante una obligación legal de indemnizar, deuda indemnizatoria.

Por último, respecto a la jurisprudencia civil, simplemente recordamos que el término *obligatio ex delicto* aparece, para referir la responsabilidad civil, por ejemplo, en la STS 18-X-1988.

civilmente.

Art. 101 CP.: La responsabilidad establecida en el capítulo II, título II, de este libro, comprende:

1. La restitución.
2. La reparación del daño causado.
3. La indemnización de perjuicios.

Art. 105 CP: La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable.

La acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.

Art. 1902 CC.: El que por acción o omisión causa a daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Art. 1903 CC.: La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Art. 1089 CC.: Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Vemos pues que el art. 1089 CC recoge esencialmente, a través del Código de Napoleón, la clasificación justiniana de las Fuentes de las obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual se encuadra dentro de "los actos u omisiones

ilícitos (delitos y faltas) o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (cuasi delitos)".

De acuerdo con el art. 1902 del CC., la responsabilidad civil extracontractual se basa, de acuerdo con la tradición romanista que arranca de la regulación del *damnum iniuria datum* de la *Lex Aquilia* que se realiza en el Derecho romano justinianeo, en la existencia de un daño patrimonial injustamente causado interviniendo culpa o negligencia.

El elemento del que parte la noción de responsabilidad civil es el daño; de ahí, que no quepa hacer una distinción conceptual entre la responsabilidad civil derivada de delitos o faltas (ámbito penal), de la derivada del artículo 1902 CC, en tanto en cuanto que para la responsabilidad civil no se toma como punto de referencia el delito o falta productor del daño sino la consecuencia dañosa que hay que indemnizar o reparar al igual que ocurre en el ámbito civil.

Por lo que hace al requisito del dolo o culpa para que haya lugar al deber de indemnizar, es evidente que, aparte de la tradición romanista que en él se refleja, dicho requisito obedece a una concepción más individualista y moralista de la sociedad que llevaba a configurar el deber de reparar el daño extracontractual como algo intrínsecamente ligado a la idea de la injusticia y culpabilidad del mismo. Nuestra época, ligada a maquinismo industrial y tecnológico, a la cultura de masas, a la articulación de grandes cadenas de producción y consumo, supone, como consecuencia lógica, la sustitución progresiva de la culpa aquiliana por el deber de asumir el riesgo de lesión que se origina para la sociedad por parte del que lo causa. Es decir,

entramos en el campo de la responsabilidad objetiva, en los ámbitos en los que la ley la establece, la cual implica la atribución del riesgo de que se produzca la lesión del interés de un tercero por consecuencia, incluso, de un caso fortuito, en virtud de la puesta en marcha de una actividad generadora de ese riesgo: así se establece, por ejemplo, en la Ley de Circulación de vehículos a motor.

No obstante, todo lo anterior no impide considerar la validez en nuestro tiempo de la regla por virtud de la cual el que dolosa o culposamente causa un daño ajeno debe de reparar ese daño. Que la responsabilidad civil se extienda a otros supuestos en los que no hay tal culpa o que, mediante el sistema de seguros obligatorios o, incluso, de impuestos, se produzca una socialización de la responsabilidad extracontractual (puesto que la indemnización por hecho propio, aún interviniendo culpa, repercute sobre terceros) no desvirtúa la vigencia de ese núcleo esencial de la responsabilidad civil extracontractual que es el configurado por la idea de culpa aquiliana¹²⁹⁶. Piénsese en las Compañías de Seguros que excluyen la indemnización por daños a terceros en el caso de accidente causado dolosamente o, por ejemplo, en estado de embriaguez¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶Confróntese en este sentido a L. Díez-Picazo. La responsabilidad civil hoy. Anuario de Derecho Civil. Enero-Marzo, 1965. p. 727 ss.

¹²⁹⁷Ocurre también que la "idea" de la responsabilidad por riesgo no es tampoco de nuestro tiempo. Si analizamos la actio de effussis et deiectis (Capítulo quinto p..) -compárese al respecto la regulación contenida en D. 9,3, con el artículo 1910 del CP (Cfr. R. de Angel Yagüez. Tratado de responsabilidad civil. Madrid, 1993, p. 628 ss.) Es cierto que, de acuerdo con D. 9,3,4, se atribuye la culpa de lo que se arroje a la calle, no al propietario de la casa, sino al habitante de la misma, pero
(continúa...)

Además, aunque el tema es muy discutido en el seno de la actual doctrina civilista española, creemos, siguiendo en ello a De Angel Yagüez, que intenta una posición de síntesis al respecto, que, por razones de equidad, la intervención de dolo o culpa grave no puede dejar de influir en la determinación del indemnización que se ha de pagar en cada caso concreto.

Por lo que hace a los caracteres de la responsabilidad civil, Pantaleón viene a rechazar tajantemente, aunque no aluda en realidad al Derecho Romano, que la responsabilidad civil pueda tener una función equiparable a la de las acciones penales privadas en dicho Ordenamiento, cuya estructura y función, como vimos¹²⁹⁸, van evolucionando a lo largo de la Historia del Derecho Romano desde el desempeño de una función penal-vindictiva hacia una función compensatoria o indemnizatoria del daño ocasionado por el ilícito en cuestión¹²⁹⁹.

¹²⁹⁷(...continuación)
también lo es que éste debe responder de los actos de las personas que están bajo su potestad y, llegado el caso, de un tercero que se encuentre en la casa. Pero, aún más, en D. 9,3, también se regula la *actio de positis et suspensis* en la que se pena con diez sueldos al habitante de la casa que, simplemente, tenga colocados objetos en el tejado o en la pared o en otras partes del edificio que, según el criterio, en buena medida discrecional del juez (y del Pretor que concedió acción) y previa denuncia de un particular. ¿Podría afirmarse que en todos y cada uno de los casos en los que el juez sentenció contra el demandado había realmente culpa por su parte o, en alguno de ellos, estaríamos, realmente, ante una responsabilidad objetiva, de asumir pecuniariamente el riesgo de caída del objeto colocado o colgado?. No lo sabemos, pero lo cierto es que los justinianos colocaron ambas acciones en un mismo título del Digesto y en las Instituciones dentro de los *cuasidelitos*.

¹²⁹⁸Capítulo primero

¹²⁹⁹En este sentido ya Savigny (*Obbligazioni...* II, op. cit. p. 302) señalaba que las acciones penales privadas romanas no eran trasladables al Derecho alemán de su tiempo, salvo, precisaba, respecto de la *actio iniuriarum*.

Efectivamente, en nuestro Ordenamiento jurídico se da una neta separación entre el campo de la responsabilidad penal relativo a delitos y faltas cuya comisión da lugar a penas de diverso tipo, incluyéndose también las penas pecuniarias, es decir, multas, y, por otro lado, el campo de la responsabilidad civil que no mira al castigo del autor del daño sino a la reparación de la lesión ocasionada¹³⁰⁰.

¹³⁰⁰En el Derecho anglosajón existe la figura de los "daños punitivos" (punitive damages). que, siguiendo a De Angel Yagüez. Tratado de Responsabilidad Civil. op. cit. p. 62-63) que "en rigor no se trata de una genuina indemnización (en el sentido amplio de reparación o compensación por el daño sufrido por la víctima), sino de una condena que va más allá de la finalidad reparadora que es propia de la sanción del ilícito civil".

En el Common Law inglés se distinguen tres tipos de situaciones:

- "El comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios.

- Las situaciones en que el demandado ha actuado a sabiendas para conseguir un provecho que excede a la reparación susceptible de atribuirse al demandante. Esto es particularmente frecuente en los asuntos de difamación por escrito (libel).

- Las situaciones en las que los daños y perjuicios "ejemplarizantes", están expresamente previstos en la ley. Por ejemplo, en la ley inglesa, las disposiciones sobre copyright (o derecho de autor).

Añade De Angel Yagüez que en Inglaterra los "daños punitivos" (o ejemplares) fueron suprimidos a partir del caso Rookes v. Barnard -esta categoría penal venía siendo criticada por la doctrina de ese país ya que suponía conceder una discrecionalidad al juez en materia penal que podía suponer una violación del principio de nullum crimen sine lege- excepto en la hipótesis de actos de los funcionarios que fuesen calificables de opresivos, arbitrarios e inconstitucionales y en la que el demandado pretendió obtener un provecho de su acción". Es decir, que queda vigente salvo en el primer caso.

Por otro lado en Estados Unidos también existe la figura de los "daños punitivos", aún cuando "está siendo objeto de serias objeciones por juristas norteamericanos como consecuencia del exorbitante crecimiento de la cuantía de las indemnizaciones en aquel país, sobre todos en casos de "daños a la persona", tanto físico como morales".

En cualquier caso, añadimos nosotros, no deja de admirarnos las coincidencias entre la actio iniuriarum romana, que daba lugar a una poena pecuniaria estimada por el propio demandante, salvo en los casos de injuria grave en que el importe lo determinaba el Pretor para evitar abusos, y los punitive damages (continúa...)

Así, escribe Pantaleón¹³⁰¹ al inicio del Comentario: "Conviene comenzar reflexionando sobre la función que nuestro Derecho asigna a las normas de la responsabilidad extracontractual.

Aquél a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño, puede sentirse tan "castigado" como aquél a quien se impone una multa o una pena privada; y la "amenaza" de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2ª. 18-X-79). b) Es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable (art. 105 CP.). c) Es asegurable. d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte (STS 2ª. 8-X-84)¹³⁰². e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable (STS 2ª. 6-II-82), ni es materia reservada a Ley Orgánica (STS 2ª. 28-X-86)".

¹³⁰⁰(...continuación)

del actual Derecho norteamericano, sólo que en éste, por lo que hemos leído, no existe un pretor o magistrado equivalente que impida dichos abusos en la reclamaciones de las correspondientes indemnizaciones.

¹³⁰¹F. Pantaleón. Comentario al Art. 1902. Comentario del MCódigo Civil. II. Ministerio de Justicia. p. 1971 ss.

¹³⁰²Es decir, añadimos, la pretensión relativa a la responsabilidad civil ha de plantearla el Ministerio Fiscal juntamente con la solicitud de pena correspondiente salvo que medie renuncia a la misma por parte de la víctima del delito.

No obstante, la cuestión no ha sido pacífica en el campo de la doctrina y jurisprudencia española. Especialmente, respecto a la indemnización por daños morales precisa Pantaleón¹³⁰³ que "es criticable la línea jurisprudencial (STS 21-I-57, 7-II-62 y 23-X-78) que atribuye a la indemnización de tales daños, junto a la compensatoria, una función punitiva. Si puede atribuirsele una función de "satisfacción" para el dañado por lo que el dañante le ha hecho. Así como aceptar que dicha indemnización debe ser relativamente mayor en caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante, y menor relativamente en el caso de culpa levisima o de responsabilidad sin culpa porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo, la repercusión psíquica negativa que el evento lesivo tenga sobre el dañado: no se trata de una graduación de la responsabilidad según la mayor o menor gravedad de la conducta del dañante, sino según la mayor o menor gravedad de la lesión que dicha conducta reporta al dañado..."¹³⁰⁴.

¹³⁰³Comentario al Art. 1902 CC. op. cit. p. 1971.

¹³⁰⁴Sin embargo, la relación que tiene la graduación de la culpa con respecto a la determinación del importe de la indemnización es un tema complejo. Si aceptamos dicha relación, ¿esto supone tanto como aceptar una especie de "coloración penal" de la, por otra parte, como señala Pantaleón, normativa, función civil de la responsabilidad extracontractual?. ¿Obedecería dicha relación simplemente a una necesidad de equidad, la cual no haría más que matizar, en sus justos términos, esa función civil que el Ordenamiento jurídico establece para la responsabilidad extracontractual?. Pantaleón desvincula aquí la graduación de la culpa con la valoración de la indemnización que se ha de efectuar para ponerla en relación con el daño mismo sufrido; dicho daño sí que es graduable desde una metodología jurídica civilista a efectos de la determinación del importe de la indemnización. En este mismo sentido Francisco de Asís García Serrano (El daño moral en la jurisprudencia civil. Anuario de Derecho Civil. Julio-Septiembre, 1963. p. 836) apunta respecto a esta cuestión lo siguiente: "Permitaseme decir que la repercusión psíquica que
(continúa...)"

Por otro lado, de entre las características que configuran la función civil de la responsabilidad extracontractual (y por ende de las acciones dirigidas a obtener las correspondientes indemnizaciones), está la de la transmisibilidad hereditaria del deber de satisfacer dichas indemnizaciones una vez que hayan sido fijadas judicialmente y, por lo tanto, la transmisibilidad de las acciones dirigidas a su obtención. Así, vimos más arriba el art. 105 CP.

Respecto a este punto F. de Asís García Serrano¹³⁰⁵ al rechazar "el pretendido carácter punitivo de la indemnización por el dolor" (daños morales) señala que "los preceptos contenidos en los artículos 1903 a 1906 del Código Civil se oponen a la admisibilidad de la función punitiva del dinero del dolor ya que, de otra forma, se vulneraría el principio, tan arraigado en nuestro Derecho¹³⁰⁶, de la personalidad de la pena. En el artículo 1903, porque la cantidad se exige a las personas que deben responder de los actos de otra, siendo así que el artículo 1904 no obliga, sino que faculta a aquéllos a repetir de éstos lo que hubieren satisfecho".

En efecto, el principio de personalidad de la pena se

¹³⁰⁴(...continuación)

el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto "más ilícito" sea el ataque. Es lógico pensar que la difamación dolosa producirá en quien la sufre un quebranto mayor que la que pudiera derivar del simple malentendido. Si esto es así parece razonable sostener que la indemnización, en aquel caso, habrá de ser necesariamente mayor que en éste".

En cualquier caso estamos ante un punto complejo, debatido por la doctrina civilista, y en el cual no vamos a entrar.

¹³⁰⁵El daño moral en la jurisprudencia civil. op. cit., p. 835.

¹³⁰⁶Liber Iudiciorum (IV,I y IV,II,1); Fuero Real (IV,5,9); y las Partidas. Setena Partida, XXXI, IX).

manifiesta en el campo de las acciones penales privadas romanas en el carácter noxal de las mismas. El paterfamilias o dominus puede optar entre hacerse cargo de la responsabilidad en que incurrió el sometido a su potestad, o bien, puede entregarlo noxalmente a la víctima del daño. Es el principio romano de la personalidad de la pena¹³⁰⁷ expresado por Gayo en Gai. 4,77, cuando dice que "omnes autem noxales actiones caput secuntur". Sin embargo, sabemos que el largo y lento proceso de adecuación de la estructura de las acciones penales privadas romanas a su verdadera función indemnizatoria culmina en el Derecho romano justinianeo, y, por lo que hace al carácter noxal de las acciones, éste se restringe en la medida que el paterfamilias se hace siempre responsable de los delicta privata cometidos por sus hijos, sin que quepa, respecto de éstos, la antigua noxae deditio. También se hace derivar de la noxae deditio la llamada culpa in eligendo¹³⁰⁸ o in vigilando que, como vimos, en el Derecho romano justinianeo hace responder al contratista directamente, sin posibilidad de entrega noxal, del daño aquiliano realizado por sus dependientes.

¹³⁰⁷ Dicho principio, repetimos una vez más, es la clave de la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales.

¹³⁰⁸ supra n. 1254

6) La indemnización por daños morales: una aportación del Derecho romano a la sociedad actual.

En el campo de los daños morales se plantean hoy en día serios problemas respecto a la indemnización por daños morales. Desde luego, en caso de muerte de una persona derivada de las heridas sufridas en un momento temporal anterior, el *pretium doloris*, puede ser reclamado por el heredero de la víctima, *iure hereditatis*, juntamente con la reclamación por los sufrimientos que se le han originado al mismo heredero directamente (fundamentalmente si es un pariente allegado), que se ejercita *iure proprio*. Ahora bien, ¿Qué ocurre si el causante fallece en el mismo instante en que se produce la agresión (o accidente) de un tercero?. Estamos ante un tema polémico por parte de la doctrina y jurisprudencia civil y penal¹³⁰⁹, si bien, puede

¹³⁰⁹Sobre este punto debemos mencionar especilamente el artículo de F. Pantaleón Prieto. (Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte. Anuario de Derecho Civil, 1983, II (Octubre-Diciembre) en donde se aborda con profundidad la problemática relativa a la transmisibilidad hereditaria activa en materia de indemnización por causa de muerte. El método utilizado es el de configurar un diálogo entre dos juristas (Primus) y (Secundus) en el que se manifiestan, encontradas, diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia. La conclusión es que el tema sigue abierto.

Nosotros añadimos que, lo que que en este artículo es ficción, quizá fuese, de alguna manera, realidad en el siglo I a.C.: en efecto, en el capítulo quinto, a propósito de la *actio furti*, vimos que parece que Cicerón nos trascribe la discusión entre jurisconsultos de la época en torno a la transmisibilidad activa de la *actio furti*, pero no ya *iure domini*, sino también *iure hereditatis*. Dicha discusión -siguiendo la tesis al respecto de De Visscher y de Lavaggi-marca el punto de partida histórico de la regla general de la transmisibilidad hereditaria activa de la acciones penales privadas romanas, en tanto en cuanto las mismas, *rei persecutionem continent*, tal y como dijeron los justinianeos, exceptuándose, no obstante, de ello, las acciones (continúa...)

admitirse que hoy en día se acepta que la muerte en sí de la persona es un daño moral que da derecho a la correspondiente compensación pecuniaria para el heredero de la víctima y no ya, *iure proprio*, por los sufrimientos padecidos por los familiares y allegados, sino *iure hereditatis*.

Por lo que hace al Derecho romano, es cierto que el daño aquiliano no comprendió el supuesto de la indemnización a los herederos de la víctima por razón del fallecimiento de la misma ocasionada por una agresión de un tercero. En este sentido el cuerpo y la vida de un hombre libre, en cuanto tales, carecía de toda posible valoración distinta de lo que son los gastos de curación (daño emergente) y del lucro cesante por las pérdida de trabajo (*operae*) ocasionada por la lesión (D. 9,1,3)¹³¹⁰. Así tenemos el principio "*nulla corporis aestimatio fieri potest*" (D. 9,3,1,5) el cual se enmarca en el seno de la *actio de effussis et deiectis* para el caso de que como consecuencia de los objetos arrojados o vertidos de una casa fallezca un hombre libre:

Sed cum homo liber perit, damni aestimatio non

¹³⁰⁹ (...continuación)

vindictam spirantes, como es el caso de la *actio iniuriarum*; así, esta última, de gran transcendencia para el tema que venimos desarrollando, sólo podría ejercerse por los herederos *iure proprio*.

Sobre los problemas derivados de la indemnización por causa de muerte nos referimos también, a título indicativo, con mención de la bibliografía allí citada, a Federico de Castro y Bravo. La indemnización por causa de muerte. op. cit.; F. de Asís García Serrano. El daño moral en la jurisprudencia civil. op. cit. R. de Angel Yagüez. Tratado de responsabilidad civil. op. cit. p. 675 ss. Jaime Santos Briz. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. 3ª edición. Madrid, 1981. p. 300 ss.

¹³¹⁰ *supra* p. 721

fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.

Ahora bien, dicho precepto debemos ponerlo en relación con D. 9,3,5,5:

...Quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum duntaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis; dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingit...

Vemos pues que se debe matizar en sus justos términos el principio romano, tantas veces invocado, porque no es exacto afirmar que la acción, en caso de fallecimiento de hombre libre, no pueda ejercitarse por el heredero sino que no puede ejercitarse, iure hereditatis, pero sí que puede hacerse, iure proprio, por parte de parientes y allegados. Ahora, si es así para dichos parientes y allegados, precisamente por ser esta la *conditio sine qua non* para poder ejercer la acción, la función que cumple para ellos es compensatoria de la lesión moral sufrida y no por las rentas dejadas de percibir de su causante fallecido porque para ello ya existía la *actio legis Aquiliae utilis* correspondiente. ¿Pero entonces, qué función sino la compensatoria por el fallecimiento de la víctima tendría el

ejercicio de la acción?. Por supuesto que estamos ante una acción popular que puede ser ejercitada por cualquiera, pero también, que en el Derecho romano del Digesto, de acuerdo con el texto referido, la acción ha de darse "potissimum" al que le interesa o al que es pariente del difunto por afinidad o por cognición.

Ahora bien, llegados a este punto, hay que decir que donde el Derecho romano juega el papel de verdadero antecedente básico de la tradición jurídica española en el campo de daños morales no es, desde luego, en el campo de la *actio ex lege Aquilia*, ni de esta acción de *effusum et deictum*, sino en el ámbito de la *actio iniuriarum*.

En este sentido, al trata sobre la *actio iniuriarum* en particular, vimos que se admitió al menos en el Derecho romano justiniano¹³¹¹ la posibilidad de que los herederos ejerciten la *actio iniuriarum* por razón de las injurias u ofensas vertidas por un tercero contra el cadáver antes de su enterramiento, dando lugar así a la polémica romanista de si puede entenderse como un supuesto de personificación jurídica de la herencia yacente realizada al menos por el Derecho romano justiniano.

Pero la importancia de la *actio iniuriarum* como antecedente de la responsabilidad civil por daños morales resulta de la división del procedimiento de la *cognitio extra ordinem* en dos vías: el *criminaliter agere* y el *civiliter agere*. El ejercicio de la acción a través de la segunda vía, en contraposición con la primera, supone la persecución de una poena

¹³¹¹No entramos en este capítulo de recepción en toda la compleja problemática interpolacionista. El Derecho romano justiniano es aquí punto de partida y no de llegada. Se trata de la recepción del Derecho romano a nuestros Ordenamientos jurídicos.

pecuniaria fijada según criterios de justicia y equidad y que, aún siendo la acción estrictamente penal, intransmisible incluso activamente, atiende en realidad a una función compensatoria del daño moral sufrido por la víctima.

Así lo entendieron las Partidas, y sobre todo, la STS que abrió la brecha a la progresiva admisión en nuestro Ordenamiento jurídico de la obligación de indemnizar por daños morales.

Ni el CP. en su redacción originaria, ni el CC. recogían la idea de los daños morales. Es más el CC. influido por el ambiente liberal que es inmanente a la codificación del siglo XIX restringe la responsabilidad civil al daño aquiliano que, de acuerdo con los principios que lo informan es exclusivamente patrimonial. Ni se indemnizan los daños morales ni los causados por riesgo objetivo.

En efecto, la Sentencia de 6 de Diciembre de 1912, abre la vía a la indemnización de los daños morales (aunque en esta sentencia todavía se aluda a ellos en el sentido de daños morales impropios, es decir, la repercusión que la deshonra pueda ocasionar, a la postre, en las expectativas de matrimonio o profesionales de una mujer), siendo seguida dicha sentencia, posteriormente, por toda una línea jurisprudencial posterior que avala ya el reconocimiento de la indemnización por daños morales propios (dolor físico, dolor psíquico, deshonra).

La sentencia a la que aludimos atiende a los principios generales del Derecho español: siguiendo a De Castro¹³¹² y a De

¹³¹²Los llamados derechos de la personalidad. Anuario de Derecho civil. Separata, 1951. p. 35 ss.

Asís García Serrano¹³¹³ vemos que la sentencia, reconociendo la inexistencia en el Código Civil de un precepto que amparando la esfera moral de la persona sancione las lesiones a la misma, entiende que, al acordar la reparación, "no confunde las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase, en disposición abstracta o de carácter general, algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de la equidad que son máximas elementales de la Justicia universal se limita, como intérprete de la ley, a explicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes (subryado en la Sentencia), que definen el daño en sus diversas manifestaciones".

Estos principios preexistentes a que alude la Sentencia, son los contenidos en la ley 21 del título IX de la partida séptima¹³¹⁴ que, pese a estar expresamente derogadas por

¹³¹³El daño moral en la jurisprudencia civil. op. cit., p. 820.

¹³¹⁴Partidas, 7,9,21:

Cierta pena, nin certa emiêda non podemos establecer en razon delas emiendas q devé fazer los vnos alos otros por los tuertos, e las desonrras que son fechas entre ellos: porque en vna desonrra mesma non puede venir ygual pena, nin ygual emienda, por razon del departamento que diximos enla ley ante desta que auian: porqlas personas, e los fechos dellas no son contados por yguales. E comoquier que las pusimos alos que fazen malas cantigas, o rymas, o dyctados malos: o a quien desonrra a los enfermos, o los muertos: porque cierta pena nó podimos poner acada vna delas otras desonrras por las razones de suso dichas, tenemos por bien, e mádamos q cualquier q reciba tuerto, o desonrra que pueda demandar emienda della en una destas dos maneras, qual mas quisiere. La primera que faga el que lo desonrrro emiêda de pecho de dineros. La otra es una manera de acusacion, pidiendo que el que le fizo al tuerto que sea escarmétado por ello, segun aluedrio del judgador. E la una destas maneras se tuelle por la otra: porque de un yerro nó deue
(continúa...)

el Código Civil "es ley cuya aplicación ha sido tradicional en España". El Tribunal-dice De Castro-no las considera vigentes; se refiere a ellas porque manifiestan principios vivos en el Derecho español que sirven para interpretar y completar las leyes. Son los principios generales del Derecho que han de aplicar los Tribunales, en defecto de ley o de costumbre, por mandato del artículo sexto del Código Civil"¹³¹⁵.

Así, poco después, de acuerdo con la línea jurisprudencial del TS. que se abre camino a partir de entonces, la reforma del CP. de 1928 recoge la indemnización por daños morales. En la redacción actual, como vimos, aparece expresamente mencionada en el art. 104 CP.

¹³¹⁴(...continuación)
ome recibir dos penas porende.....

Glosa de Gregorio López. Nota pr.:

Ubi pro iniuria certa, poena determinata non invenitur apposita, estimabitur arbitrio iudicis: & si iniuriatus vult ad aestimationem pecuniariam agere, iudex interrogabit eum pro quanto noluisse in iuriam illam sustinuisse: & si temperate respondet faciat eum super aestimatione iurare quam expressit, & in aestimatione sic iuriata condemnet: sed si videtur ei q immoderatam expressit quátitatem temperet eam ante iuramentum. Si verò ad poenam criminalem iniurianti infligendam velit agere: tunc iudex potest iniuriantem pecunialiter, vel corporaliter arbitrariè punire...

¹³¹⁵Los llamados derechos de la personalidad op. cit. p. 36.

CONCLUSIONES

1ª) El principio de la personalidad de la pena en el Derecho romano.

Hoy en día es una opinión comunmente admitida la que considera que las acciones penales no se transmiten contra los herederos en el Derecho romano, incluso podría decirse, casi desde la fundación de la ciudad hasta la época de Justiniano.

Nosotros hemos constatado efectivamente dicha *communis opinio*: Dionisio de Halicarnaso¹ contrapone la antigua costumbre de los romanos, observada a lo largo del tiempo, de no castigar a los hijos y descendientes por los crímenes de sus padres "ni siquiera si son hijos de tiranos, parricidas o traidores, siendo éstos los más graves crímenes entre los romanos", a diferencia- añade- de lo que pensaban algunos griegos que estimaban que debía hacerse lo contrario porque la naturaleza- se piensa- no permite que de padres virtuosos nazcan hijos malvados o viceversa. En cualquier caso el texto alude, a la presencia entre los romanos, desde muy pronto, de una mentalidad jurídica racional en la que la pena por un acto ilícito se entiende que se ha de circunscribir al autor del hecho en virtud del principio de personalidad de la pena.

Igualmente Cicerón² contrapone lo que es el mundo de los dioses en el que castiga a hijos y descendientes por los hechos de sus padres o abuelos al mundo de la *civitas* en la que

¹Dion. Hal. 8,80

²De natura deorum 3,38,90.

es impensable que una ley establezca un precepto de esta naturaleza; y no hay que olvidar que Cicerón declara también que "nihil indignius esse quam eum qui culpa careat supplicio non carere³."

Ahora bien, cabe plantearse si dicho principio de personalidad de la pena se configura en la civitas republicana (tesis de Bonfante), o hay indicios de que fuese consustancial a los mores maiorum del pueblo romano, ab urbe condita (tesis de Kaser). Se trata de una cuestión que arranca a su vez del modo de entender el mecanismo de la noxae deditio entre las gentes que poblaban el Lacio en la época de la formación de la ciudad: dicho mecanismo⁴, operaría entonces como un medio de individualizar y circunscribir el castigo mediante la entrega del autor del ilícito a los miembros de la gens del ofendido (responsabilidad penal) a menos que el jefe del grupo a que pertenece el autor del hecho asuma la defensa del mismo y pague una composición pecuniaria que satisfaga a la víctima de aquel delito.

Sin embargo, ante la penuria de la fuentes sólo se puede afirmar que el principio de la personalidad de la pena⁵, base de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales, está firmemente asentado en el Ordenamiento jurídico de la civitas romana, al menos desde las XII Tablas, y aún antes, si se tiene en cuenta la ley atribuida al rey Numa en virtud de la

³De inventione 2,33.

⁴El cual constituye la base del carácter noxal de las acciones penales privadas en el Derecho romano.

⁵Entendiendo por pena aquella forma de reacción del Ordenamiento jurídico que va más allá de la mera indemnización o resarcimiento por el daño causado, imponiéndose de tal modo un castigo al autor del hecho.

cual sólo puede castigarse con la pena de muerte el homicidio doloso mientras que el homicidio culposo se castiga sólo con una pena pecuniaria: si esto es así, cuánto más resultarían, a mi juicio, exentos los hijos por el homicidio cometido por su padre puesto que ellos son absolutamente inocentes de ese crimen.

Respecto a la transmisibilidad pasiva de las acciones penales tenemos tres fuentes jurídicas esenciales: Gai. 4,112, fragmento en el que Gayo califica de "certissima iuris regula"⁶ la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas. Dicho precepto es reproducido casi textualmente en I. J. 4,12,1. Asimismo en D. 47,1,1,pr. (Ulp. 41 Sab.), que es el precepto por el que comienza la regulación de los delicta privata, Ulpiano afirma de manera expresa que es un principio de Derecho civil que los herederos no respondan ante las acciones penales, ni tampoco los demás sucesores. "Civilis constitutio est..."⁷.

Por otro lado, la cuestión relativa a la intransmisibilidad activa de las acciones penales se circunscribe, como veremos, a las acciones penales privadas donde la acción podría ejercitarse en los primeros tiempos sólo por la propia víctima del delito. No cabría tampoco, en consecuencia, la iniciación de un procedimiento por accusatio o delatio nominis como ocurría en los procesos públicos, salvo que estuviésemos en una acción penal popular ejercitable por cualquier ciudadano.

Ahora bien, al abordar el Derecho penal romano deben

⁶La formulación de dicho principio así expresado aparece únicamente en el citado fragmento de Gayo.

⁷Dicha frase ha planteado serias dudas en el seno de la doctrina romanística. Nos remitimos a p. 352.

distinguirse dos campos diferenciados: el Derecho penal público y el Derecho penal privado. A este respecto, en el capítulo segundo de la Tesis se hace un estudio, lo más completo posible, de los términos "delictum" y "crimen". La cuestión de fondo es importante: se trata de la correspondencia entre los términos y los conceptos jurídicos por un lado y las respectivas categorías jurídicas por otro. El término "delictum" alude al ilícito penal encuadrable en el Derecho penal privado mientras que en "crimen" nos movemos en el campo del Derecho penal público.

2ª) Origen, estructura y función de las acciones penales privadas en el Derecho romano.

En el capítulo primero de la tesis estudiamos el origen, estructura y función de las acciones penales privadas donde estamos en un ámbito privatístico: un hurto realizado por el hijo de un vecino, un objeto arrojado descuidadamente a la vía pública y que lesiona a alguien, los golpes dados a un esclavo ajeno, o los versos injuriosos contra un ciudadano determinado. En estos supuestos el Poder Público de la civitas se limitó a atraer para sí el conocimiento de los hechos a través del procedimiento judicial privado, que se inicia sólo a instancia del lesionado, debiendo comparecer las partes en litigio ante el Pretor que da, en su caso, la correspondiente acción y habiéndose de juzgar los hechos por uno o varios ciudadanos que son nombrados al efecto jueces. La pena consistía siempre en una suma de dinero.

Sin embargo, los profundos cambios sociales experimentados por la Comunidad política romana a lo largo de la República, los cuales derivan de su expansión territorial hasta configurarse en una Comunidad política europea y mediterránea, hace que, en ese ámbito complejo, los delitos privados, en sus formas más graves y amenazadoras para la paz social y el orden público, sean progresivamente absorbidos, en un principio, por las *quaestiones perpetuae*, y luego, por la *cognitio extraordinem*, y dentro de ella, en la vía del *criminaliter agere*.

La conclusión a que se llega es que las acciones penales privadas, que nacen de los delitos de la misma naturaleza, van a cumplir progresivamente una función más civilística que penal, más dirigida a obtener una indemnización reparadora, en sentido amplio, de la lesión producida por el delito. Ahora bien, debemos matizar:

En primer lugar vimos que es objeto de polémica doctrinal si las acciones penales privadas tal y como resulta del régimen jurídico de las XII Tablas tenían ya entonces una función propiamente civilística, de composición, de arreglo económico indemnizatorio por la lesión producida (Betti), o si en aquella época la *poena pecuniaria* objeto de esas acciones aparecía como un mero subrogado, es decir, un sustitutivo de la venganza que aplacase la ira del lesionado cumpliendo una función penal retributiva. (De Visscher, Lavaggi).

En segundo lugar, las fuentes nos muestran la existencia de una peculiar estructura penal que caracteriza a las acciones penales privadas, es decir, las que derivan de un ilícito penal privado, respecto de las acciones reipersecutorias:

así la característica de la intransmisibilidad pasiva y activa a los herederos, la concurrencia cumulativa con las acciones reipersecutorias y, al mismo tiempo, alternativa, con las acciones penales públicas, o la cumulatividad subjetiva. Todo ello pone de manifiesto una naturaleza y función punitiva de dichas acciones nacidas de un ilícito penal.

No obstante, D. 44,7,35,pr. (Paul 1 ed.)⁶, en relación con Gai. 4,6-9 nos pone de relieve, tomando partido por la línea doctrinal de Levy, Kaser, Albanese y Vacca, entre otros autores, que en la época del Principado la jurisprudencia no había configurado todavía las categorías jurídicas relativas, respectivamente, a las acciones penales y a las acciones reipersecutorias derivadas de obligaciones: no existía una nítida clasificación que separase a las acciones penales de las acciones reipersecutorias sino que se aludía a acciones que cumplieran una función penal o una función reipersecutoria, o bien, que siendo penales por derivar de un ilícito penal llevaban insita en la *condemnatio* de la fórmula también una función reipersecutoria, lo cual se expresaba en muchas ocasiones con la cláusula "*quoniam rei persecutionem continent*", tan querida luego por Triboniano.

De ahí, a nuestro juicio, la dificultad con la que se encuentra Gayo al exponer el sistema casiano contenido en D. 44,7,35,pr. en el ámbito de un manual de Instituciones de *ius civile*, Gai. 4,6-9, (tesis de Albanese), o simplemente, al campo

⁶In 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...(Paul. 1 ed.). Un estudio sobre el mismo se encuentra en p. 62 ss.

de un tratado sobre las acciones in personam que se realizaría en dicho fragmento (tesis de Vacca, que consideramos más acertada en este punto).

De acuerdo con estas consideraciones podemos preguntarnos, qué ocurriría entonces, por ejemplo, con la actio ex lege Aquilia, y vemos que Gayo, en dicho fragmento, nos dice que esta acción persigue res y poena⁹, y además, en el mismo fragmento, la incluye entre acciones de diversa naturaleza que llevan aparejada la pena procesal del duplo en caso de infitatio del demandado, por lo que esto último, no puede sino provocar nuestra perplejidad. También ha de tenerse en cuenta que la acción aquiliana concurría en el Derecho clásico de modo alternativo y no cumulativamente con las acciones derivadas de los contratos de buena fe. Asimismo, a propósito de la actio vi bonorum raptorum, el mismo Gayo nos refiere que sólo según la opinión de algunos autores persigue sólo poena y no res¹⁰. Vimos que la jurisprudencia del Principado discutió hasta Juliano sobre la naturaleza penal de esta acción.

En este marco, la desaparición, en general para las acciones penales privadas, de la característica de la intransmisibilidad hereditaria activa de las mismas es especialmente significativo; sin embargo, la actio iniuriarum¹¹, así como algunas otras acciones, mantiene este carácter fruto de

⁹Ahora, en Gai. 4,112 se la incluye expresamente entre las acciones penales.

¹⁰Gai. 4,8.

¹¹No obstante siempre podían los familiares ejercitar esta acción en función de que la ofensa al fallecido les alcance también a ellos; es decir, iure proprio y no iure hereditatis.

una concepción penal de las mismas. La explicación de este fenómeno se encuentra en el hecho de que ese pequeño grupo de acciones penales¹² no deriva de una lesión patrimonial sino meramente moral, en definitiva, de una ofensa exclusivamente afectiva en relación con la persona que la sufre. Por el contrario vemos como Cicerón¹³ nos refiere una discusión entre juristas en la que, parece que se plantea la posible transmisibilidad hereditaria activa de la *actio furti*, pero no ya *iure domini*¹⁴ sino *iure hereditatis*, es decir, aún en el caso de que el objeto en cuestión lo hubiese recuperado ya el heredero con anterioridad al ejercicio de la acción; pero, en tanto en cuanto la *actio furti*, por el duplo o el cuádruplo, tiene insita en la *condemnatio* además de la función penal una función reipersecutorio, económicamente valorable y de la que sería injusto privar al heredero de la víctima del delito del hurto, la acción se transmite a los herederos *iure hereditatis* "*quoniam rei persecutionem continent*".

3ª) La *obligatio ex delicto* como creación de la jurisprudencia clásica.

La jurisprudencia clásica concibe la idea de la *obligatio ex delicto*, lo cual nos llevó, aunque con un carácter naturalmente general e introductorio, a tocar en el capítulo

¹²Las llamadas acciones *vindictam spirantes*

¹³*ad familiares* 7,22.

¹⁴Que, *sensu contrario*, se entiende que ya sería admitida.

segundo el tema complejo y debatido del origen de la obligatio romana y de la propia obligatio ex delicto. Creemos que la obligatio romana nace propiamente con la legis actio per iudicis arbitrive postulationem, la cual presupone un vinculum iuris nacido de una sponsio, frente al carácter de vinculación realmente material que tenía el nexum; si bien, en la época de las XII Tablas subsiste el problema de la responsabilidad personal del deudor verificable a través de la manus iniectio procesal. Dicho obstáculo desaparece con posterioridad al transformarse por obra del Pretor esa responsabilidad personal en exclusivamente patrimonial.

Creemos igualmente que el concepto jurídico de "obligatio ex delicto" es tardío. Además de las argumentaciones de De Visscher en este sentido, podemos constatar que el verbo obligare aludiendo a una especie de vinculación material derivada de un hecho ilícito aparece por primera vez en las fuentes jurídicas en la lex Rubria de Gallia Cisalpina de mediados del siglo I a.C¹⁵. Ahora bien, en mi opinión, la idea en que se basa el concepto de la obligatio ex delicto, es decir, la existencia de un vínculo jurídico nacido ex lege entre el autor de un ilícito penal extracontractual (deudor de la poena) y el lesionado que ejercita la acción (acreedor de dicha poena), está ya presente en una época muy anterior a la Lex Rubria.

¹⁵Se trata ampliamente este punto en p. 206 ss. de la tesis.

4ª) Origen y fundamento de la transmisibilidad hereditaria de créditos y deudas derivadas de relaciones de tipo contractual en el Derecho romano.

En contraposición a la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales analizamos en el capítulo tercero, siguiendo sobre todo a Kaser y a Biondi, el origen y fundamento de la transmisibilidad hereditaria de las obligaciones derivadas de las relaciones de tipo contractual, las cuales son transmisibles *mortis causa* en el Derecho romano, al menos desde las XII Tablas, puesto que las fuentes nos refieren que en dicha legislación se disponía¹⁶ la división *ipso iure* de los *nomina* entre los coherederos. A mi juicio la razón de dicha transmisibilidad ha de buscarse en las necesidades del tráfico mercantil. Asimismo analizamos la tesis de Kaser en virtud de la cual la jurisprudencia pontifical hizo una interpretación extensiva de las normas relativas a los deberes del heredero respecto de los *sacra familiaria* en relación de las deudas de su causante. También constatamos las supervivencias, que llegan hasta el Derecho clásico, relativas a la intransmisibilidad hereditaria de las obligaciones nacidas de algunas relaciones jurídicas de tipo contractual lo que es un reflejo, según mi opinión, aparte de otras causas del fenómeno, del carácter personalísimo con que originariamente fue concebida la *obligatio romana*, fruto de la inseparabilidad que se da entre *actio* y *vinculum iuris* lo que implica, a su vez, una identidad de partes en la obligación.

¹⁶T. V,9

4ª) Efecto de la *litis contestatio* procesal sobre las acciones penales.

En el capítulo tercero también se aborda la cuestión de la transmisibilidad de la acción penal contra el heredero del demandado en aquellos supuestos en los que el fallecimiento de éste hubiese tenido lugar habiéndose ya realizado la *litis contestatio*. Esto nos llevó a considerar, siquiera brevemente, la naturaleza y efectos de la *litis contestatio*, así como algunos aspectos de especial interés en relación con la misma: en la *cognitio extra ordinem* también se vincula a un determinado momento procesal dicho efecto de la *litis contestatio* característico del proceso formulario, siendo éste un punto que no creemos que esté todavía plenamente clarificado; y, por otro lado, abordamos una cuestión particular: ¿los pretores llegaron a concebir la ficción, como pensaba Riccobono, de que se había producido la *litis contestatio* para hacer posible, en determinados casos, la transmisibilidad de la acción penal contra el heredero del reo fallecido anteriormente?. Lenel, por ejemplo, no lo creyó posible, y desde luego, consideramos que las fuentes aducidas por Riccobono son débiles.

5ª) La intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales en el Derecho Penal Público romano.

En el capítulo cuarto estudiamos la aplicación práctica del principio de la personalidad de la pena en el Derecho penal

público, es decir, respecto de los crimina: parece que al tratarse de ilícitos que afectan a la comunidad debería de haberse mantenido con mayor rigor dicho principio en este ámbito. Y sin embargo no es así, si bien, este debilitamiento en la vigencia práctica de dicho principio se circunscribe, fundamentalmente, a los crimina que atentan directamente contra la Comunidad política¹⁷, bien en el crimen maiestatis que suponía además de la pena correspondiente, primero la publicatio bonorum del condenado y luego, en la época imperial, la confiscación de todo o casi todo el patrimonio, la cual podía llevarse a cabo post mortem directamente contra los herederos (D. 48 2,20), como también en los crimina que supongan cualquier género de enriquecimiento ilícito de magistrados o funcionarios aprovechándose de sus respectivos cargos, en cuyo caso las penas, hasta la época de la cognitio extra ordinem, eran de contenido patrimonial; así en D. 48,2,20 se afirma la posibilidad de que la actio repetundarum se dirija directamente contra los herederos del que presuntamente cometió el ilícito y lo mismo ocurre respecto al crimen peculatus y al crimen de pecunia residuis, al igual que en la legislación municipal (lex malacitana).

Lo que en apariencia puede configurarse como un instrumento eficaz al servicio de la lucha contra la corrupción política es explicado por Mommsen en el sentido de que esas acciones, especialmente la actio repetundarum, fueron configuradas por la legislación de finales de la República para

¹⁷Es decir, interviene directamente lo que hoy denominamos el interés público legitimador del poder de actuación de la Administración. El problema surge cuando el Poder Público escapa del control de la ley votada por el pueblo, lo que ocurrió en Roma con la crisis de la República y la llegada del Principado.

desempeñar un papel más propio de verdaderas condictiones en las que lo que importaba a la clase dirigente de la política y la economía romana era que dichas acciones atendiesen sólo a la devolución de lo ilícitamente obtenido; mientras que, por su parte, Serrao, alude a un cambio de la función de estas acciones, paralelamente a lo que ocurría en las acciones penales privadas, viniendo a desempeñar en el Imperio un papel más civilístico, para la devolución de lo obtenido, al tiempo que aparecían las correspondientes penas aflictivas en el seno de la *cognitio extraordinem*.

También se limita la aplicación práctica del principio de personalidad de la pena respecto a la confiscación total o parcial del patrimonio que iba aparejada a la condena por determinados crímenes, sobre todo en materia fiscal, y que podía, en los casos más graves, dirigirse *post mortem* contra los herederos.

No obstante lo anterior, tenemos noticia de diversos rescriptos y de otras constituciones imperiales en las que periódicamente se recuerda la vigencia del principio de personalidad de la pena en el ámbito del Derecho fiscal y público en general.

6ª) La intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas.

A lo largo del capítulo quinto, después de exponer la

tesis de De Francisci que mantiene la intransmisibilidad hereditaria pasiva de todas las acciones penales privadas frente a algunas interpolaciones justinianeas en las que se afirma lo contrario, analizamos, de una manera particular, las diferentes acciones penales privadas en relación con las que hemos podido constatar el distinto régimen jurídico aplicable a la diferente función que desempeña realmente cada una de esas acciones en el tráfico jurídico. Así aparecen, a título de ejemplo, acciones penales pretorias que, sin embargo, son perpetuas y transmisibles activamente, o acciones que se dirigen por el *id quod interest* del actor y que, sin embargo, son pasivamente intransmisibles.

La conclusión que debe sacarse de este amplio capítulo no es otra, a mi juicio, que la de reafirmar empíricamente las observaciones que realizamos a propósito de D. 44,7,35,pr. (Paul 1 ed.): en el Derecho clásico no están aún configuradas las categorías jurídicas¹⁸, respectivamente, de acciones penales y reipersecutorias. Los pretores cuando crearon las correspondientes acciones operaban sobre la base de los principios consagrados en el Sistema Jurídico romano (así el principio de personalidad de la pena) procurando en cada caso atender las necesidades de justicia material. Y no sólo esto sino que constatamos también que en las fuentes afloran discusiones entre juristas clásicos sobre la naturaleza y función de determinadas acciones. En este sentido hemos analizado la actitud discordante de Juliano en

¹⁸Hay que esperar al concurso histórico de los dogmas: Justiniano clasificará las acciones en reipersecutorias, penales y mixtas, de acuerdo con el dogma de la *natura actionis*. La Revolución francesa consagrará, incluso en el Diccionario de la Academia Francesa, el término *responsabilité* al cual se anuda la actual responsabilidad civil.

relación con la acción contra el *iudex qui litem suam fecerit* respecto a otros juristas, que no es compartida por Ulpiano¹⁹, o el esquema casiano de D. 44,7,35,pr. (Paul 1 ed.) que no fue adoptado por la jurisprudencia clásica en general, o el hecho de que Gayo nos refiera implícitamente, a propósito de la *actio in factum contra quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur*, que esta acción penal cumple una función realmente reipersecutoria (D. 11,7,9; Gai. 25 ed. prov.). Sin embargo, existió a lo largo de la Historia del Derecho romano un límite infranqueable, un principio jurídico que cumplió una labor delimitadora en la práctica para determinar cuando, a pesar de todo, podemos decir que nos encontramos ante una acción que podemos identificar como penal: la intransmisibilidad pasiva de la acción penal, esto es, la *certissima iuris regula* de Gayo.

7ª) Transmisibilidad hereditaria o extensión de la legitimación activa y pasiva de los interdictos.

En el capítulo sexto nos ocupamos de los interdictos. Estamos en un ámbito diferente al de las acciones judiciales ya que no existe un crédito actuable por un acreedor contra un deudor, no hay pues un *vinculum iuris* reconocido y amparado por el Derecho romano sino sólo intereses considerados dignos de protección jurídica frente a la actuación (u omisión) de un tercero y la posibilidad, reconocida por el Ordenamiento jurídico, de defender esos intereses acudiendo al Pretor para que

¹⁹p. 436 ss.

éste, *causa cognita*, dicte el correspondiente interdicto contra el tercero en cuestión. Ahora bien, consideramos que, una vez concedido el interdicto, si el solicitante o destinatario del mismo fallece sin haberse ejercitado, y aún después, si la persona contra la que se dirige fallece sin haber obedecido dicho interdicto, se produce la extensión de la legitimidad, respectivamente, activa o pasiva del interdicto al heredero, pero, no en cuanto tal heredero (no hay verdadera transmisibilidad hereditaria) sino en tanto en cuanto dicho heredero se coloca en la misma posición jurídica o meramente fáctica que su causante, como sería el caso del poseedor de un inmueble.

Además, en relación con los interdictos se plantean cuestiones tales como la transmisibilidad hereditaria de la *actio ex interdicto*; la transformación justiniana de los interdictos en verdaderas acciones judiciales configurándose las mismas según el objeto del correspondiente interdicto clásico; la cuestión de la existencia, que ponemos en duda, de interdictos penales en el Derecho clásico; y, sobre todo, el reconocimiento de acciones *in factum* por el *id quod ad eum pervenit*, es decir, por el enriquecimiento obtenido, concedidas por los pretores, bien frente a la persona respecto de la que había prescrito la posibilidad de haber ejercitado un interdicto anual, por ejemplo el *interdictum unde vi*, o bien contra el heredero de dicha persona, en cualquier caso. Entendemos que este último es un tema muy importante que además nos sirve de apoyo para nuestras conclusiones sobre el origen clásico y el fundamento de las acciones de enriquecimiento pretorias.

9ª) La responsabilidad del heredero por el enriquecimiento obtenido en virtud del delito cometido por el causante.

Hemos visto que los herederos no deben responder por los delitos de los difuntos, pero, tampoco pueden enriquecerse en virtud de los mismos. Si el demandado fallece antes de la *litis contestatio*, ¿cómo se puede permitir ese enriquecimiento del heredero a costa, en última instancia, del delito del fallecido?. Es un tema fundamental que abordamos a lo largo del capítulo séptimo de la Tesis.

La víctima tiene derecho a ser reintegrada en su patrimonio. Ahora bien, normalmente el heredero actúa de buena fe y además nos encontramos con el hecho de que ha adquirido unos elementos patrimoniales que, en definitiva, ha obtenido por una causa *civilis* perfectamente válida, cual es, por derecho de herencia. La solución ofrecida por el Derecho romano está en la articulación de acciones pretorias para detraer ese enriquecimiento obtenido, determinándose éste por la medida de responsabilidad *pervenire*.

Albertario consideró que esta medida de responsabilidad era justiniana o, como mucho, postclásica y que en el Derecho clásico el Pretor concedería en algunos casos acciones *in factum* contra los herederos por el *simplum*, es decir, por el valor patrimonial producido por la lesión. Se apoya para ello en diversos textos, como es el caso de D. 44,7,35,pr. (Paul 1 ed.), o de D. 16,3,1,1 (Ulp. 30 ed.), que establece que en el supuesto de depósito necesario, la acción de depósito se dirige por el

simplum contra el heredero del depositario en caso de que sólo se hubiese dado dolo en el depositario porque, en el caso de que el dolo concorra asimismo en el heredero, responde también por el duplo.

Lo cierto es que el heredero ha de restituir un enriquecimiento obtenido por virtud de una herencia (*causa civilis*), pero que obedece, en último término, a un delito de su causante. Por otro lado, vemos que frente al principio jurídico romano de la personalidad de la pena, en los textos, sospechosos de interpolación, correspondientes a la *actio metus*, D. 4,2,19 (Gai. 4 ed. prov.) y a la *actio de dolo*, D. 4,3,26 (Gai. 4 ed. prov.) se establece nítidamente la transmisibilidad de dichas acciones en la medida del enriquecimiento del heredero. El problema se complica si tenemos en cuenta que la *actio de dolo* es arbitraria y, sobre todo, subsidiaria de cualquier otro remedio jurídico, además de dirigirse sólo por el **simplum** contra el autor del hecho doloso. Parece por tanto una contradicción el considerar a la *actio de dolo* al propio tiempo penal y subsidiaria. Por otra parte, la *actio metus* se configura como una *actio in rem scripta*, punto que ha sido objeto de múltiples discusiones hasta considerarse, incluso, que la acción cumplía una función más reipersecutoria que penal por entender que se dirigiría contra el adquirente que retiene indebidamente el objeto en cuestión, el cual podrá optar entre la restitución de la cosa o el pago de la pena, en virtud de la cláusula arbitraria.

Respecto a estos temas cabría plantear dos cuestiones diferentes:

a) La medida de la responsabilidad *pervenire*.

b) La naturaleza y función de las acciones pretorias de enriquecimiento contra el heredero.

En relación con la primera cuestión destacamos las aportaciones, entre otros autores, de Albertario, Schulz²⁰, Levy, Kaser, Maier, Niederländer, Von Lübtow, Talamanca, pronunciándose en favor de la clasicidad de dicha medida de responsabilidad, la cual dataría del siglo I. d.C., excepto Albertario que sigue un punto de vista diferente al de la opinión mayoritaria.

Además, en relación con la primera cuestión, se ha planteado en la doctrina la posible diferencia entre una medida de responsabilidad *pervenire* y una medida *locupletior factus est*. Entendemos, siguiendo sobre todo a quien, posiblemente, ha estudiado este tema con mayor profundidad (Niederländer) y con base en D. 4,2,17 (Paul. 1 quaest.) y D. 4,2,18 (Iul. 64 dig.), que son los dos fragmentos esenciales para abordar este tema²¹, que la medida de responsabilidad *pervenire* alude a la restitución del valor correspondiente al elemento patrimonial en el momento que entró en el patrimonio del heredero en virtud de la adquisición de la herencia. Esta sería la medida en la que el heredero se hace responsable por el enriquecimiento derivado, en

²⁰Llamamos la atención sobre la original tesis de Schulz que hace derivar la configuración jurisprudencial de la responsabilidad *pervenire* de la recepción por los juristas romanos del siglo I d.C. de los principios morales contenidos en "Moral a Nicómaco" de Aristóteles. p. 633 ss.

²¹Incluidos además por los compiladores en el título relativo a la *actio metus*, que es la primera acción privada penal regulada en el Digesto y respecto de la cual se debían plantear, a mi juicio, los mayores problemas respecto a las acciones pretorias de enriquecimiento.

último extremo, de un delito del causante. En consecuencia, de acuerdo con estos fragmentos (y otros concordantes) no se tendría en cuenta un posible valor de subrogación derivado de la venta de la cosa en cuestión por el heredero, ni el consumo o gasto de la misma, y sólo se atendería, en tanto que el heredero actúa de buena fe, a la pérdida de la cosa por *vis maior* o *casus* que si libera a dicho heredero.

Por otro lado la responsabilidad *locupletior factus* es más propia de otros campos como es la reponsabilidad del pupilo que actúa sin la *auctoritas tutoris*, o de dicha responsabilidad *ex dolo tutoris*, o de la donación entre cónyuges, o respecto al poseedor de buena fe de una herencia²². En estos casos, de acuerdo con las fuentes, vemos que se tiene en cuenta el enriquecimiento actual, bien en el momento de la *litis contestatio* o bien en el de la sentencia, es decir, el posible valor de subrogación, o el consumo o gasto realizado por el *reus*²³.

Levy contempla la responsabilidad *pervenire* sujeta a las reglas de la *condictio certae rei* o *certae creditae pecuniae*: el heredero ha de devolver lo que llegó a su patrimonio y según el valor que tenía en ese momento, salvo pérdida por caso fortuito porque, no olvidemos, se da la buena fe de dicho

²²D. 5,3,22 (Paul. 20 ed.); 23,pr.-1 (Ulp. 15 ed.).

²³Ahora bien, no quiere decir con ello que los términos *pervenire* y *locupletior* sean exclusivos, el primero de la esfera penal y el segundo de otras esferas como, por ejemplo, de la responsabilidad del pupilo que actúa sin la autorización de su tutor.

heredero²⁴.

Por el contrario Maier no acepta la inclusión del *pervenire* dentro de las reglas de la *condictio*. Para Maier la responsabilidad *pervenire*, que denomina *restituere*, derivaría de las cláusulas restitutorias configuradas en las acciones arbitrarias; así, por ejemplo, tomando el modelo de la *actio metus*. Kaser critica a su vez esta idea porque ese "sistema *restituere*" de Maier se articularía desde la perspectiva del demandante y no del heredero demandado que sólo debía responder²⁵ de lo que llegó a su poder en virtud de la herencia.

b) La otra cuestión importante es la relativa al modo de articularse en la práctica dicha medida de responsabilidad: ¿por qué los pretores y la jurisprudencia del Principado no optaron por hacer que la propia acción penal se dirigiese contra los herederos, eso sí, en la media del enriquecimiento que les alcanzó a ellos?, ¿por qué no una aplicación directa de la *condictio* a estos supuestos?

Respecto a esta segunda cuestión vimos que ya existía la *condictio ex causa furtiva* para el supuesto de hurto, la cual, aún con reservas, se extendió a la *actio vi bonorum raptorum* como nos indica Ulpiano en D. 47,8,2,27 (Ulp. 56 ed.). Por otro lado,

²⁴Pero entonces surgía el problema de que muchas veces no se sabe exactamente el valor que llegó en su día al patrimonio del heredero lo cual implicaría tanto como reconocer la posibilidad de una *condictio incerti* en el Derecho clásico. Sin embargo tanto Schulz (p. 641 de la tesis) como Kaser (nota 1116 de la tesis) proponen, respectivamente, soluciones para salvar este obstáculo. Kaser admite expresamente la existencia en el Derecho romano clásico de una *condictio incerti* desde la época de Juliano.

²⁵D. 4,2,17 (Paul. 1 quaest.).

no había prácticamente un enriquecimiento derivado del delito de daños ni tampoco de una iniuria física o moral. Por lo tanto las posibles acciones de enriquecimiento pretorio habían de circunscribirse, necesariamente, a los ilícitos pretorios, dentro de los cuales desempeñan el papel más importante el *dolus* y el *metus*. Por otro lado la *condictio* es una acción del Derecho civil y no del Derecho pretorio que además, en cualquier caso, se fue extendiendo a lo largo del Derecho clásico a distintos supuestos hasta convertirse con Justiniano en una acción general por razón de enriquecimiento injusto. Pero esto no era así en el siglo I d. C. que es la época en la que aparecen las acciones pretorias de enriquecimiento. Además, la *condictio* implicaba un reconocimiento de un *dare oportere*, es decir, de una adquisición de la propiedad fundada en una *causa civilis*. En este punto seguimos la opinión de Von Lübtow y de Maier, conforme a la cual vemos que sería difícil que un *iudex* aceptase una fórmula con un *dare oportere* del heredero cuando éste ha recibido un valor patrimonial que, a su vez, su causante adquirió por razón de un negocio jurídico formalmente válido desde el punto de vista del *ius civile*, si bien, viciado por dolo o coacción. La víctima de esos delitos no tendría más remedio que acudir al Pretor y éste decretaría una *restitutio in integrum* y la correspondiente acción in factum contra el heredero del que cometió el delito por el enriquecimiento obtenido.

Respecto de la cuestión relativa a la imposibilidad de ejercitar la propia acción penal contra el heredero hay que remontarse de nuevo al principio de personalidad de la pena que se traduce en la regla de la intransmisibilidad pasiva de las

acciones penales. Así lo vimos en Gayo²⁶. Ahora bien, no aceptamos, en este punto, la sugerente opinión mantenida, en diferentes ámbitos, por Maier y Riccobono, conforme a la cual la tesis de la intransmisibilidad se aplicaría en Gayo fundamentalmente a las acciones derivadas de los cuatro *delicta ex iure civile* citados en Gai. 4,112, pero no necesariamente para el resto de acciones penales. No obstante, es obligado añadir que las mayores dudas que se dan respecto a la cuestión de la transmisibilidad de la propia acción penal en la medida del enriquecimiento del heredero, se dan, precisamente, en dos acciones distintas a los cuatro *delicta ex iure civiles* expresamente mencionados por Gayo: así en la *actio metus* y en la *actio de dolo*, donde, aparte las dudas anteriormente indicadas sobre su naturaleza y función, se nos presentan, como ya dijimos, dos fragmentos, D. 4,2,19 (Gai. 4 ed. prov.) y D. 4,3,26 (Gai. 4 ed. prov.), en los que se afirma claramente la transmisibilidad de sendas acciones contra los herederos en la medida del enriquecimiento obtenido.

No obstante, en mi opinión dichos textos también nos sugieren que el Pretor concedió acciones específicas (*pollicetur actionem*) contra los herederos, es decir, acciones *in factum* por razón del enriquecimiento obtenido, que figurarían en la correspondiente cláusula edictal.

El análisis de la *actio metus* y de la *actio de dolo* en relación con la cuestión de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales nos ha llevado a las siguientes

²⁶Gai. 4,112. Por otro lado sabemos que la solución de otorgar específicas acciones *in factum* contra el heredero también se da, como vimos, en el campo de los interdictos.

conclusiones:

1- La discutible función penal de estas acciones, en atención a la evolución del Derecho romano clásico, sobre todo tomando en consideración, a mi juicio, los cambios que se producen en el siglo II d. C., de manera especial la codificación del edicto y la aparición de la *cognitio extra ordinem*.

2- Las fórmulas empleadas por el Pretor para las acciones *in factum* contra el heredero por el enriquecimiento obtenido serían prácticamente las mismas que las correspondientes a las respectivas acciones penales matrices salvo en el pequeño añadido recogido en la *condemnatio* que diría, a mi juicio, siguiendo a Levy, algo parecido a "*in heredem quod ad eum pervenit*". Prácticamente era la misma fórmula, de ahí que Levy²⁷ dijese que las acciones penales no se transmiten contra los herederos sino que se transforman, y de ahí también, por lo que, en mi opinión, Lenel²⁸ afirmase que la *actio* contra el heredero del que cometió el engaño o fraude objeto de una *actio de dolo* se califique, no simplemente, como una *actio in factum* sino como una *actio in factum ex dolo defuncti*. Ahora bien, a mi juicio en el seno de la *cognitio extra ordinem* no tendría sentido distinguir entre una acción incluida en la correspondiente cláusula edictal pero que luego participaba de la misma fórmula que la *actio de dolo* o la *actio metus* y la propia *actio de dolo* o la *actio metus*. La posible solución de Justiniano de hacer transmisibles pasivamente dichas acciones contra los herederos en la medida del enriquecimiento del heredero ya sería,

²⁷p. 693 de la tesis

²⁸p. 685 de la tesis.

seguramente, una regla aplicable en la práctica procesal de la *cognitio* pero, no olvidemos, teniendo en cuenta que la función real de estas acciones era más reipersecutoria que penal en la *actio de dolo* y mixta en la *actio metus*.

10ª) De la *obligatio ex delicto* a la responsabilidad civil actual. Especial referencia a los daños morales.

Para terminar, en el capítulo octavo intentamos poner de manifiesto que la idea actual de la responsabilidad civil extracontractual deriva de la *obligatio ex delicto* romana hasta tal punto que numerosas sentencias del TS a la hora de referirse a dicha responsabilidad civil utilizan la terminología de *obligatio ex delicto*²⁹. Ahora bien, nos encontramos ya en un campo exclusivamente reipersecutorio, no penal, de ahí que la responsabilidad civil, como destaca la doctrina al comentar el art. 1902 CC., es transmisible a los herederos a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal.

En este capítulo nos referimos exclusivamente al Derecho español y en él subrayamos el papel fundamental de las Partidas en la recepción del Derecho romano, siendo éstas el eslabón esencial, en este punto, por el que se produce el encaje del Derecho romano justinianeo dentro de lo que se denomina la tradición jurídica española.

²⁹Así la STS de 18 de Octubre de 1988. Por otro lado cabría matizar al respecto que la responsabilidad civil es heredera pero no identificable con la *obligatio ex delicto* romana, ya que en ésta aparece un componente penal esencial que no existe en la actual responsabilidad civil.

Por otro lado la responsabilidad civil tiene como núcleo básico de su régimen jurídico, tanto el Código Penal (responsabilidad civil derivada de delitos y faltas) como el Código Civil (art. 1902 y ss.).

El art. 1902 refleja fielmente el concepto de daño aquiliano en el que ha de darse, respectivamente, los elementos de acción u omisión injusta, daño y culpa. Hoy en día se han alzado voces que critican esta regulación del Código Civil: se alude a su bagaje romanista que estaba en consonancia-se dice-con una concepción individualista de la sociedad, propia de la época de la codificación, en la que se atiende al dato de la culpa de la persona que haya causado el daño³⁰. Parece que esta concepción estaría superada en las modernas sociedades urbanas donde la responsabilidad civil se socializa por la vía de los seguros obligatorios o voluntarios y aún más, por la asunción de dichos riesgos por la propia comunidad a través del sistema tributario, como ocurre ya, en gran medida, en algunos países, como es el caso de Nueva Zelanda. Sin embargo, hemos de concluir que ello no impide que se mantenga en pie el concepto de daño aquiliano como núcleo básico de la esfera de la responsabilidad civil. Ni el Estado ni las Compañías de Seguros pueden asumir todos los supuestos en los que surja la obligación de indemnizar por razón de responsabilidad civil, ni tampoco ello sería, creemos, moral y socialmente deseable. Así, por ejemplo, la tendencia de las Compañías de Seguros de no aceptar la asunción

³⁰Tampoco es del todo cierto. Así vimos que en la *actio de effussis et deictis* se aprecia la asunción de un riesgo objetivo por parte del dueño o habitante de la casa de la que se arrojen objetos a la vía pública.

de la indemnización por accidentes de tráfico cuando ha existido una culpa lata en el automovilista, al conducir éste, por ejemplo, bajo los efectos de bebidas alcohólicas. El dolo o culpa del causante del daño siguen presentes a la hora de determinar quién indemniza y, aunque este es un punto discutido por la doctrina civilista, por cuanto.

Por otro lado se ha criticado, además como influencia romanista, la configuración exclusivamente patrimonial del daño aquiliano en el Código Civil³¹. Esto es cierto, pero también lo es que la indemnización por daños morales fue acogida por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico a través de la labor de la jurisprudencia que, en la STS de 9 de diciembre de 1912, abre la brecha en este sentido invocando los principios generales que integran la tradición jurídica española para permitir una indemnización por daños morales en el caso concreto que se juzgaba: esta tradición jurídica española invocada por el Alto Tribunal no era otra que los preceptos contenidos en las Partidas³² recogiendo en ellas el pensamiento jurídico romano que veía en la *actio iniuriarum*, cuando se ejercita a través del *civiliter agere*, el instrumento jurídico para que la víctima de una ofensa moral (sea o no ocasionada por un daño físico) pudiese obtener una compensación económica por dicha lesión. La dirección jurisprudencial iniciada por esta sentencia se consolida poco después por nuevas sentencias en este sentido y, algunos años

³¹Dado que en el Derecho romano justinianeo la indemnización por lesiones a un hombre libre sólo comprendía los gastos de curación y el lucro cesante por los ingresos dejados de percibir en su trabajo, pero no, la compensación por el daño moral en sí.

³²Siete Partidas, 7,9,21.

después, se lleva a cabo la reforma del Código Penal para incluir en el concepto de responsabilidad civil derivada de delito o falta la indemnización por daños morales. Estamos pues, una vez más, ante una aportación importante del Derecho romano a la sociedad actual.

BIBLIOGRAFIA DE LA TESIS

Albanese, B.
Actio de servi corrupti. Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo, 27, 1959.
p. 5 ss.

Albanese, B.
Actio servi corrupti e actio arborum furtim causarum tra
condomini. Labeo, 5, 1959.

Albanese, B.
La sussidiarietà dell'actio de dolo. Ann. Semin. Giur. Univ.
Palermo, 28, 1961. p. 173 ss.

Albanese, B.
L'estensione dell'actio legis aquiliae al caso delle lesione
dell'uomo libero. Palermo, 1962. [Studi esegetici, 5].

Albanese, B.
Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo. Labeo, 9,
1963.

Albanese, B.
Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma.
Synteleia Arangio Ruiz. Napoli, 1964. p. 104 ss.

Albanese, B.
Actio de albo corrupto. Sulla responsabilità del dominus sciens
per i delitti del servo. B.I.D.R., 70, 1967.

Albanese, B.
Illecito (Storia). E. d D., 20, Milano, 1970.

Albanese, E.
Una congettura sul significato di "iniuria" in XII Tab. 8,4.
IURA, 31, 1980.

Albanese, B.
Una congettura sul significatio di "iniuria" in XII Tab. 8,4.
IURA, 31, 1980.

Albanese, B.
Furto, Introduzione storica. E.d D. XVIII. [Scrit. I, 1991. p.
139 ss.].

Albanese, B.
La nozione del "furtum" fino a Nerazio. Ann. Palermo, XXIII, 23,
1953. p. 5 ss. [= Scr. I, 1991, p. 2 ss.]

Albanese, B.
Damnum iniuria datum. N.N.D.I., V, p. 110-111. [= Scr. I, 1991.
p. 163 ss].

- Albertario, E.
L'uso classico e l'uso giustiniano di *extorquere*. Z.S.S., 32, 1911.
- Alberatio, E.
Variazioni di responsabilità nell'*actio depositi* derivanti di patto. B.I.D.R., 25, 1912.
- Albertario, E.
Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'*actio tributoria* e nell'*actio de peculio*. Rendiconti Ist. Lombardo, 1913 [= Studi Albertario, IV,2. p. 289 ss.].
- Albertario, E.
Le fonti dell'obbligazione e la genesi dell'art. 1097 CC. del Codice Civile. Riv. Diritto Comune, 1923, I, [Studi Albertario, III,1. p. 71 ss.]
- Albertario, E.
La responsabilità del *bonae fidei possessor* fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti. Studi Albertario, IV,2. p. 415 ss.
- Albertario, E.
Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse invece delle azioni penali contro l'erede. Rendiconti Istituto Lombardo, 1913 [= Studi Albertario, IV,2, p. 303 ss.].
- Albertario, E.
Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana. Studi Albertario, III,1. p. 95 ss.
- Albertario, E.
Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento del erede. B.I.D.R., 26, 1914. p. 90 ss. [= Studi Albertario, IV,2, p. 369 ss.].
- Albertario, E.
La responsabilità del *pupillo* fino al limite del suo arricchimento per il dolo del tutore. Rendiconti Ist. Lombardo, 1913 [Scritti, IV,2. p. 321 ss.].
- Albertario, E.
La responsabilità del *pupillo* derivante dal arricchimento per gli atti compiuti senza l'*auctoritas tutoris*. Rendiconti Ist. Lombardo, 1913 [= Studi Albertario, IV,2, p. 339 ss.].
- Albertario, E.
Responsabilità *post annum* e responsabilità degli eredi nell'*interdictum unde vi*. Rendiconti Ist. Lombardo, 1913 [= Studi Albertario, IV,2. p. 275 ss.].
- Albertario, E.
La *c.d. obligatio ex causa fideicommissi*. [Studi III,1. p. 43 ss.].

- Albertario, E.
 Lis contestata o controversia mota. Z.S.S., 35, 1914. Studi di diritto romano, IV,2, 1936, p. 263 ss.
- Albertario, E.
 Corso di diritto romano, le obbligazioni. Parte Gen. Milano, 1936.
- Albertario, E.
 Delictum e crimen. Milano, 1924. (= Studi di diritto romano, III,1. p. 141 ss.)
- Albertario, E.
 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.]
- Albertario, E.
 Maleficium. Studi Albertario, III,1. p. 197 ss.
- Albertario, E.
 La definizione dell'obbligazione romana. Studi III,1. p. 1 ss.
- Albertario, E.
 Maleficium. Studi in onore di Perozzi. Palermo, 1925 (= Studi di diritto romano, III, 1. p. 196 ss.)
- Albertario, E.
 La c.d. honoraria obligatio. Studi di diritto romano, III,1. p. 20 ss.
- Amelotti, M.
 Actiones perpetuae e actiones temporales nel processo formulare. S.D.H.I., 1956.
- Amelotti, M.
 La prescrizione delle azioni in diritto romano. Milano, 1958.
- Ankum, H.
 "Interdictum fraudatorium" et "restitutio in integrum ob fraudem" Synteleia Arangio-Ruiz, Napoli, 1964. p. 779 ss.
- Ankum, H.
 L'"actio de auctoritate" et la "restitutio in integrum" dans le droit romain classique. Essays University Utrecht. 1979. p. 1 ss.
- Ankum, H.
 Das Problem der "überholenden" Kausalität, bei der Anwendung der "lex Aquilia" im Klassischen römischen Recht. Festgabe Von Lübtow, 1980. p. 325 ss.
- Ankum, H.
 L'"actio de pauperie" et l'"actio legis aquiliae" dans le droit romain classique. St. Sanfilippo, 2, 1982. p. 16 ss.
- Ankum, H.

Actions by which we claim a thing (rem) and a penalty (poena) in Classical Roman Law. B.I.D.R., 85, 1982.

Ankum, H.

Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la Lex Aquilia: un fantôme florentin. Melanges Ellul. Paris, 1983. p. 71 ss.

Ankum, H.

Gaius, Theophilus and Tribonian and the Actiones mixtas. Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas, London, 1983. p. 4 ss.

Ankum, H.

Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4,2,9,5-6. Ueber die Abhilfe gegen "metus". Fest. Hübner. 1984. p. 3 ss.

Ankum, H.

El carácter jurídico de la actio legis Aquilia en el Derecho romano clásico. Revista jurídica de Asturias, 1987-1988.

Appleton, H.

Des interpolations dans les pandectes et les méthodes propres a les découvrir. ed. anast. Roma, 1967.

Arangio Ruiz, V.

Le genti e la città. Scritti Arangio Ruiz, I, Napoli, 1914. p. 521 ss.

Arangio Ruiz, V.

Istituzioni di diritto romano. Napoli, 1968.

Arangio Ruiz, V.

Historia del Derecho romano. Trad. Pelsmaker, Madrid, 1980.

Archi, M.

Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale. Scritti Ferrini, I, Milano, 1947, p. 1 ss.

Arnò, C.

L'elaborazione della teoria del furto nella scuola serviana. Scuola positiva, 32,1. [N.S. 4,1]. 1924. p. 447 ss.

Arnò, C.

Legis Aquiliae actio directa ero competit. B.I.D.R., 42, 1934.

Astuti, G.

Cessione (premessa storica). E.d D., VI.

Astuti, G.

Arricchimento (azioni di). Premessa storica. E.d D., III.

Avonzo, F.

Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. B.I.D.R., 49-50. 1956.

Balzarini, M.
Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano.
Pub. Fac. Giur. Univ. Padova, 54, 1969.

Balzarini, M.
In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico. B.I.D.R., 72, 1969.

Balzarini, M.
Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. Milano, 1972.

Balzarini, M.
Ancora sulla "Lex Cornelia de iniuriis" e sulla repressione di taluna modalità di difamazione. St. Iglesias, 1988. p. 579 ss.

Balzarini, M.
De iniuria extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica. Padova, 1983.

Balzarini, M.
Il furto manifesto tra pena pubblica e privata. ACOP. 5, 1992.

Baudry, F.
Damnum iniuria datum. D.S. 2,1. 1892.

Behrends, O.
Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der "lex Aquilia". Juristische Schulung, 1985. p. 878 ss.

Bekker, E. I.
Überschau des geschichtlichen Entwicklunganges der römischen Actionem. Z.Z.S., 15, 1884.

Bekker, E. I.
Streifragen aus dem Aktionen Prozessrecht, Z.Z.S., 24, 1903.

Beretta, P.
L'annualità delle azioni pretorie nel Diritto romano classico. R.I.S.G., 1948, 1949.

Berger, A.
Vi sono nei Digesti citazioni interpolate delle XII Tavole?. Studi Riccobono, I, Palermo, 1974, p. 585 ss.

Berger, A.
Interdictum. P. W., IX², p. 1069 ss.

Besanelli, G.
L'"iniuria" nel diritto penale del quarto e quinto secolo. AAC, 8, 1990. p. 651 ss.

Beseler, G.
Römanistische Studien. Z.S.S., 45, 1925.

Beseler, G.
Römanistische Studien. Cap. Noxal-klagen. Z.S.S., 46, 1926.

- Beseler, G.
Römanistische Studien. Z.S.S., 47, 1927.
- Beseler, G.
Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, IV, Leipzig.
1931.
- Beseler, G.
Römanistische Studien: Intentio in factum concepta?. Die
Fraudatorische Freilassung. T., 10, 1930.
- Beseler, G.
Zur Sachwertberechnung nach dem aquilischen Recht. Z.S.S., 50,
1930.
- Betancourt, F.
Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos.
A.H.D.E., 53, 1984.
- Betti, E.
Responsabilità nossale o peculiare, e responsabilità del pater
(dominus) ne'limite dell'arricchimento in diritto romano
classico. Atti delle Acc. delle Scienze di Torino, 51, 1915-1916.
p. 1363 ss.
- Betti, E.
Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede in nome
proprio o quale avente causa. Rendiconti Ist. Lombardo, Milano,
1916. p. 263 ss.
- Betti, E.
Sul valore dogmatico de la categoria "contrahere". B.I.D.R., 28,
1916.
- Betti, E.
Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla
responsabilità del venditore per vizio redibitorio. Riv. Dir.
Commerciale. 23,2, 1925.
- Betti, E.
Diritto romano, I. Padova, 1935.
- Betti, E.
In iure cessio hereditatis, successio in ius e titolo di heres.
Studi in onore di Siro Solazzi, 1948. p. 594 ss.
- Betti, E.
Teoria Generale delle Obbligazioni. I y II. Milano, 1953.
- Betti, E.
La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua
genesi. Milano, 1955.
- Betti, E.
Istituzioni di diritto romano, II, Padova, 1962.

- Betti, E.
Processo civile, N.N.D.I., XIII.
- Bignardi, A.
Actio, interdictum, arbores. Contributo allo studio dei rapporti dei vicinato. INDEX, 12, 1983-1984.
- Biondi, B.
Le "Actiones noxales" nel Diritto romano classico. Ann. del Sem. Giur. della Univ. Palermo, 10, 1925.
- Biondi, B.
Actiones noxales. Cortona, 1925.
- Biondi, B.
Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales. B.I.D.R., 36, 1928.
- Biondi, B.
Recensión a De Visscher: Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle. B.I.D.R., 53-54, 1948.
- Biondi, B.
Obbietto dell'antica "Hereditas". IURA, I, 1950.
- Biondi, B.
Diritto ereditario romano, Milano, 1954.
- Biondi, B.
Cessione di crediti e di altri diritti (Diritto romano). N.N.D.I., III.
- Biondi, B.
Noxa. N.N.D.I., XI.
- Biondi, B.
"Universitas" et "successio" (saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana). Studi in onore di Pietro De Francisci, IV, Milano, 1956. p. 17 ss.
- Biondi, B.
Istituzioni di diritto romano. Milano, 1965.
- Biondi, B.
Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis. Ristampa ed. anastática de 1912. Roma, 1970.
- Birks, P.
The problem of quasi delicto. Current Legal Problems, 22, 1969.
- Birks, P.
"Infamandi causa facta" in disguise. Acta juridica, 1978.
- Biscardi, A.
La litis contestatio nell'ordo iudiciorum. Siena, 1953.

- Biscardi, A.
Sur la litis contestatio du procès criminel. R.I.D.A., 7, 1960.
- Biscardi, A.
Actio oneris aversei. N.N.D.I., I¹.
- Biscardi, A.
Lezioni sul processo romano antico e classico. Torino, 1968.
- Biscardi, A.
La ley poetelia papiria y la transfiguración del concepto primordial del obligatio. Sem. Complutense. II. p. 1 ss.
- Biscardi, A.
Temas de Derecho Romano. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano. Barcelona, 1987.
- Biscardi, A.
La dottrina romana de la obligatio rei. Milano, 1991.
- Blanch, Juan Manuel.
Observaciones acerca de la poena privata. Rev. Der. Univ. Comp. Madrid, 1984.
- Blanch, Juan Manuel.
Nota a propósito de la acción de dolo y su carácter infamante. St. Iglesias, 1988. p. 1151 ss.
- Bodin, E.
Des effets du pacte de constitut. R.H.D., 12, 1866.
- Bonfante, P.
Historia del Derecho romano. Trad. Santa Cruz Teijeiro. Madrid, 1944.
- Bonfante, P.
Storia del Diritto romano, Milano, 1959.
- Bonfante, P.
Corso di diritto romano, I, Famiglia. Milano, rist. 1974.
- Bonfante, P.
Corso di diritto romano, VI, Suc. Milano, rist. 1974,
- Bonifacio, F.
Deposito (D. Romano). N.N.D.I., V.
- Bonifacio, F.
Litis Contestatio, N.N.D.I., IX.
- Bove, L.
Danno. (D. romano). N.N.D.I., V.
- Bove, L.
Actio fabiana. N.N.D.I., I¹.

Branca, G.
Sulla terminologia actio damni infecti. Studi Ratti, 1934. p. 159 ss.

Branca, G.
La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres. Studi Albertario, 1, 1953. p. 325 ss.

Branca, G.
Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli. Studi Volterra, 1, 1971. p. 99 ss.

Brasiello, U.
La repressione penale in Diritto romano. Napoli, 1932.

Brasiello, U.
Corso di Diritto romano. Atto illecito pena e resarcimento del danno. Milano, 1957.

Brasiello, U.
Processo penale. N.N.D.I., XIII.

Brasiello, U.
Peculatus. N.N.D.I.: Voz crimina: N.N.D.I., V.

Brasiello, U.
Actio de arboribus succisis. N.N.D.I., I¹.

Brasiello, U.
Crimina, N.N.D.I., V.

Brasiello, U.
Delicta, N.N.D.I., V.

Brasiello, U.
Furtum. N.N.D.I., VII.

Brasiello, U.
Rapina, N.N.D.I., XIV.

Brasiello, U.
Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale. Studi in onore E. Volterra, 4, 1971. p. 323 ss.

Brini, G.
Morale e diritto nel fr. 5,1 Dig. Servo corrupto, XI, 3. Rend. Accad. Bologna, 5, 1911-1912.

Bruna, F. J.
Lex Rubria, Studia Gaiana, V, Leiden, 1972.

Bruns, K. G.
Kleine Schriften, I. p. 221 ss.

Buckland, W.
L'intérêt dans l'actio furti en droit classique. N.R.H., 41,

1917.

Buonamici, F.

L'actio auctoritatis dell'antico diritto romano. Arch. Giur., 29, 1882.

Burdese, A.

Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica, B.I.D.R. 69, 1966.

Burdese, A.

Actio aquae pluviae arcendae. N.N.D.I., I'.

Burdese, A.

Manuale di Diritto pubblico romano. Torino, 1987.

Burillo, J.

Las fórmulas de la actio depositi. S.D.H.I., 11, 1962.

Cairus, F.

D. 39,3,3,pr.-1 and the "actio pluviae arcendae". Sodalitas A. Guarino, 1984. p. 2147 ss.

Calonge, A.

Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho clásico. Salamanca, 1968.

Cannata, C. A.

Quasi contratti e quasi delitti. (Storia). E.d D., XXXVIII.

Cannata, G.

Genesi e vicenda della colpa aquiliana. Labeo, 17, 1971.

Cannata, C. A.

Delitto e obbligazioni. ACOP, 5, 1992.

Cannata, C. A.

Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capito. S.D.H.I., 63, 1992.

Cantarella, E.

Studi sull'omicidio in diritto greco e romano. Milano, 1976.

Cardascia, G.

Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain. La responsabilité à travers les âges. Paris, 1989. p. 1 ss.

Carnelutti, F.

Lezioni di diritto processuale civile, I. Padova, 1926. rist. Modena, 1976.

Carrelli, O.

La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae. R.I.SC.G., 12, 1934.

- Carrelli, O.
 Il delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel Diritto romano. S.D.H.I., 5, 1939.
- Carrelli, O.
 La genesi del procedimento formulare. Milano, 1946.
- Cenderelli, A.
 Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum e D. 47,10,1,6-7. IURA, 15, 1964.
- Cenderelli, A.
 "Gerere negotium humanitatis". Sodalitas A. Guarino, 1984. p. 793 ss.
- Cervenca,
 Per la storia dell'editto quod metus causa (a proposito di D. 4,2,1,3. S.D.H.I., 31, 1965.
- Colacino, V.
 Actio de dolo. N.N.D.I., I¹.
- Coli, U.
 Parricidas esto. Scritti di diritto romano, 1973. p. 509 ss.
- Costa, E.
 Storia del diritto romano. De Romulo a Justiniano. Milano, Torino, Roma, 1911.
- Crook, J. A.
 "Lex Aquilia". Atheneum, 62, 1982.
- D'Ors, A.
 Las declaraciones jurídicas en Derecho romano. A.H.D.E., 34, 1964.
- D'Ors, A.
 The odium furum of Gaius 4,4. R.I.D.A., 12, 1965.
- D'Ors, A.
 El comentario de Ulpiano a los edictos del "metus". A.H.D.E., 52, 1982.
- D'Ors, A.
 Recensión a Kaser: Das altrömisches ius. A.H.D.E. 52, 1982.
- D'Ors, A.
 Derecho Privado Romano. Pamplona, 1986; 1991.
- D'Ors, A.
 Una explicación genética del sistema romano de obligaciones. Z.S.S., 109, 1992.
- D'Ors, X.
 El interdicto fraudatoiro en el Derecho clásico romano clásico. Roma-Madrid, 1974.

- Daube, D.
"Furtum proprium" und "furtum improprium". 1938. Coll. St. 1991.
p. 19 ss.
- Daube, D.
Cumulation in the actio doli. Law Quart. Rev. 55, 1939. p. 222
ss.
- Daube, D.
On the use of the Term "damnum". (1948). Coll. St. 1991. p. 3 ss.
- Daube, D.
Demolior as a Pasive. Classical Quart., 44, 1950. p. 119-120.
- Daube, D.
On the third chapter of the "Lex Aquilia" (1936). Coll. St. 1991.
p. 3 ss.
- Davilla, V.
Iniuria, N.N.D.I., VIII.
- De Angel Yagüez, R.
Tratado de responsabilidad civil. Madrid, 1993.
- De Asís García Serrano, F.
El daño moral en la jurisprudencia civil. Anuario de Derecho
Civil. 1963
- De Castro y Bravo, F.
La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la
jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Civil,
1956, I (Abril-Junio).
- De Cupis, A.
Il danno. Teoria Generale de la responsabilitá civile. Milano,
1979.
- De Dominicis, M. A.
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.
- De Dominicis, M.A.
Rapporti fra iudicium publicum e iudicium privatum dal diritto
classico a Giustiniano. Corso di diritto romano. Trieste, 1965.
(= Scritti Giufrè, 1. Milano, 1967).
- De Francischi, P.
Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità
passiva. Milano, 1912.
- De Francisici, P.
Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati.
1-2. 1913, 1916.

De Francisci, P.
La legittimazione attiva nell'azione funeraria. Ann. Fac. Giur. Perugia, 32, 1920. [Filangieri, 40, 1915. p. 14 ss.].

De Francisci, P.
Storia del Diritto romano. Roma, 1926.

De Martino, P.
Le origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio. S.D.H.I., 6, 1940.

De Martino, P.
La gens, lo stato e le classi in Roma antica. Diritto e Società nell'antica Roma, Biblioteca di Storia antica. 1979.

De Robertis, F.
La funzione della pena nel Diritto romano. Studi Solazzi, 1948, p. 169 ss.

De Robertis, F.
La legittimazione attiva nell'actio furti. I y II. Fac. Giur. Univ. Bari. [N.S. 10], 1950. [Scritti 3, 1987. p. 305 ss.].

De Robertis, F.
"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.

De Sarlo, L.
Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano. Riv. di dir. proc. civ. 14\ 1, 1937.

De Simone, E.
D. 47,10,1,6-7. Labeo, 12, 1966.

De Visscher, F.
Le fur manifestus. R.H.D., 1, 1922.

De Visscher, F.
Noxae et vindicta. Studi Bonfante, III, 2. 1928. p. 223 ss.

De Visscher, F.
Les origenes de la obligation "ex delicto". R.H.D., VIII, 1928.

De Visscher, F.
Le delit d'injuria commis per un esclave. Droit romain et droit alexandrin. R.H.D., IX, 1930.

De Visscher, F.
La formule parricidas esto. Etudes de droit romain, Paris, 1931.

De Visscher, F.
L'action noxale d'injures. Droit helénique et droit romain. T., 11, 1931-1932 [Etudes De Visscher, p. 327 ss.].

De Visscher, F.

Le Régime romain de la Noxalité. 1947.

De Visscher, F.

Il sistema romano della noxalità. IURA, 7, 1960.

Desjarneis, A.

Les deux formules des actions depositi et comodati.
R.H.D., 13, 1867.

Devilla, V.

Iniuria. N.N.D.I. VIII, 1965.

Di Paola, S.

La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica. Catania, 1947-1948. p. 5 ss.

Di Paola, S.

La genesi storica del delitto di iniuria. Ann. Semn. Giur. Univ. Catania. 1947-1948. p. 253 ss.

Dictionnaire étimologique de la Langue Latine. (Histoire des mots). Ernaut-Millet. Paris, 1967.

Diez-Picazo, L.

La responsabilidd civil hoy. Anuario de Derecho Civil, 17. Enero-Marzo 1965.

Donatuti, G.

Actio funeraria. St. dir. romano, 2, 1977. p. 641 ss.
[S.D.H.I., 8, 1942]

Ebert, U.

Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve. Heidelberg, 1968.

Ebert, U.

Vi metusve causa. Z.S.S., 86, 1969.

Eck, E.

Beitraf zur Lehre von den ädilizischen Klagen. Fest. Beseler, 1885. p. 159 ss.

Eggi, R.

Actio funeraria. N.N.D.I., I¹.

Esmein, A.

Courtes Etudes, I: L'intransmissibilité première des créances et des dettes. N.R.H.D., XI, 1887. p. 485 ss.

Esmein, A.

La nature originale de l'actio rei uxoriae. N.R.H., XVII, 1893. p. 145 ss.

Evans-Jones, R.

The "actio depositi" as a noxal action. B.I.D.R., 83, 1980.

- Evans-Jones, R.
The penal characteristics of the "actio depositi". S.D.H.I., 52, 1986.
- Evans-Jones, R.
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.
- Evans-Jones, R.
The measure of damages in the "actio depositi in factum". T., 55, 1987.
- Evans-Jones, R.
The action of the XII Tables "ex causa depositi". Labeo, 34, 1988.
- Falchi, G. L.
Una poco nota controversia tra sabiniani e proculeiani sulla legittimazione passiva all'actio noxalis furti. St. Sanfilippo, 5, 1984. p. 323 ss.
- Feenestra, R.
L'"actio legis Aquiliae utilis" en cas d'homicide chez les glossateurs. Essays Univ. Utrecht, 1979. p. 45 ss.
- Feenestra, R.
L'application de la loi Aquilia en cas d'homicide d'un homme libre, de l'époque classique à celle de Justinien. Mélanges Wubbe, 1993, p. 141 ss.
- Fernández de Buján, A.
Observaciones acerca de la ignominia e infamia en Derecho romano. Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo. Separata del vol. IV.
- Fernández de Buján, A.
El precio como elemento comercial en la compraventa romana. Madrid, 1993.
- Fernández Martín-Granizo, M.
¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?. (notas sobre su naturaleza jurídica). Anuario de Derecho Civil. 1965 (Enero-Marzo). p. 663 ss.
- Ferrini, C.
Manuale di Pandette (4). Milano, 1953.
- Ferrini, C.
Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale. reimp. ed. anastática. Roma, 1976.
- Fisatti, M.
Effusa et deiecta. N.D. 5, 1938.
- Fliniaux, A.
La notion d'interesse dans le *damnum iniuria datum*. R.H.D., VII, 1928.

- Fliniaux, A.
L'action de arboris succisis. Studi Bonfante, 1, 1930. p. 522 ss.
- Franciosi, G.
Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana. (a Cura G. Franciosi., I, Napoli, 1984. II, Napoli, 1988.
- Frezza, P.
Le forme federative e la struttura di rapporti internazionali nell'antico diritto romano. S.D.H.I., IV, 1938. V, 1939.
- Frezza, P.
La garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali. Padova, 1962.
- Fuenteseca, P.
Investigaciones de Derecho Procesal Romano. Salamanca, 1969.
- Fuenteseca, P.
Origen del concepto romano de obligación. (obligatio). Libro-Homenaje a Roca Sastre. (Separata Vol. I).
- Fuenteseca, P.
Derecho Privado Romano, Madrid, 1978.
- Fuenteseca, P.
Historia del Derecho romano. Madrid, 1987.
- Fuhrmann, H.
Poena. P. W. (Suppl. IX).
- Gaudemet, J.
Recensión a C. Gioffredi: Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane. S.D.H.I., 22, 1956. p. 382 ss.
- Gaudemet, J.
Le problème de la responsabilité penale dans l'antiquité. Studi in onore di E. Betti, 2, 1962. p. 483 ss..
- Gaudemet, J.
Des droit del'homme ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?. Labeo, 33, 1987.
- Gay, L.
A propos d'études récentes; condictio et actions prétoriens d'enrichissement. R.H.D., XXXIV, 1956.
- Giménez-Candela, T.
Sobre la "scientia dominini" y la acción de la ley Aquilia. IURA, 31, 1980.
- Giménez-Candela, T.
Los llamados quasi delitos. Madrid, 1990.
- Giménez-Candela, T.
El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal. Pamplona,

1981.

Gintowt, E.

Über den Charakter der Interdikte und der iudicia ex interdicto. Studi Albertario, 2, p. 235 ss.

Gioffredi, C.

Ius, lex, praetor. S.D.H.I., 13-14, 1947-48.

Gioffredi, C.

Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane. Roma, 1955.

Gioffredi, C.

Sulla convezione romana della pena. Studi in onore di E. Volterra 1971, II. p. 333 ss.

Gioffredi, C.

I principi del Diritto penale romano. Torino, 1970.

Giomaro, A. M.

A. in factum adversus argentarius. St. Urbinati, 45, 1976-1977. p. 55 ss.

Giomaro, A. M.

D. 4,2,14,11: Sul valore della clausula restitutiva nell'actio quod metus causa" e sull "officium iudicis". Atti Sem. Gardesiano, II, 1980.

Girard, P. F.

L'action auctoritatis. N.R.H., 6, 1882.

Girard, P. F.

Les "actiones noxales". N.R.H.D., XI y XII, 1887, 1888.

Girard, P. F.

Les jurés de l'action de injurries. Mél. Gerardin, 1907, p. 255 ss.

Girard, P. F.

L'auctoritas et l'action auctoritatis. Inventaire d'interpolations. Mélanges, 2, p. 153 ss.

Girard, P. F.

Manuel Elémentaire de Droit Romain. Paris, 1918°.

Gnoli, F.

Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio. St. Biscardi, 3, 1982. p. 205 ss.

Gómez Orbaneja, E.

La acción civil de delito. Revista de Derecho Privado, 33, Marzo, 1949, num. 384.

González, A.

Tres estudios romanísticos:

Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en Derecho romano clásico. Madrid, 1983.

González, A.

Reflexiones sobre el problema de las lesiones de un hombre libre. St. Iglesias, 1988. p. 773 ss.

Grosso, G.

Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano. Torino, 1948.

Grosso, G.

Lezioni de Storia del diritto romano. Torino, 1965.

Guarino, A.

La sussidiarietà dell'actio de dolo. Labeo, 8, 1962.

Giuffré, V.

La "repressione criminale" nell'esperienza romana. Napoli, 1993.

Guizzi, F.

N.N.D.I., IV.

Guizzi, F.

Constitutum debiti. N.N.D.I., IV.

Hackl, K.

Gaius 4,37 und die Formeln der "actio furti". Fest. Waldstein, 1992, p. 1275 ss.

Hartkamp, A. M.

Der Zwang in der klassischen römischen Recht. Amsterdam, 1971.

Hausmaniger, H.

Das Schadenersatzrecht der "lex Aquilia". Wien, 1980.

Hernández Tejero,

Sobre la represión del furtum. Información jurídica, 82, 1950. p. 317 ss.

Heumann-Seckel

Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. Graz, 1958.

Hidalgo, F.

La caustica del "furtum" en la jurisprudencia romana. Madrid, 1991.

Hinojosa, E.

El Elemento germánico en el Derecho español. Madrid, 1915.

Hitzig, H.F.

Delictum, P.W., IV². p. 2438 ss.

Hitzig, H.F.

Crimen, P.W., V². p. 1712 ss.

- Hoffmann, E.
Beitrag zur Lehre von der actio de effusis et deiectis. Arch. f. prakt. 6, 1859. p. 24 ss.
- Hölder, E.
Die litiscontestatio des Formulaprozess. Z.S.S., 24, 1903.
- Huvelin, P.
Études sur le furtum dans le très ancien Droit romain, I. (ed. anastática, Roma, 1968.
- Impallomeni, G.
Edictum aedilium curulium. N.N.D.I¹.
- Impallomeni, G.
L'editto edili curuli. Padova, 1955.
- Impallomeni, G.
Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico. Padova, 1958.
- Impallomeni, G.
Actio pauliana. P. W. Supp XII, 1970.
- Kaden, E. H.
Das Schriftum der Jahre 1950-1953 zur römischen Bereicherungslehre. Z.S.S., 71, 1954, p. 555 ss.
- Karlowa, O.
Römische Rechtgeschichte, II. Leipzig, 1901.
- Kaser, M.
Restituere als Prozessgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht. München, 1932.
- Kaser, M.
Recensión a Maier: Prätorische Bereicherungsklagen. Kritische Vierteljahresschrift, 27, 1935.
- Kaser, M.
Quanti ea res est. Studien zur Methode der litisästimation im klassischen römischen Recht. München, 1935.
- Kaser, M.
Der Inhalt der patria potestas. Z.S.S., 30, 1938.
- Kaser, M.
Das altrömische "ius". Göttingen. 1949
- Kaser, M.
Recensión a G. Lavaggi: Iniuria e obligatio ex delicto. IURA, 1, 1950.
- Kaser, M.
Zur altrömischen Hausgewalt. Z.S.S., 67, 1950.

- Kaser, M.
Neue Studien zum altrömischen Eigentum. Z.S.S., 68, 1951.
- Kaser, M.
Die altrömische Erbenhaftung. R.I.D.A., 1 [N. S.], 1952.
- Kaser, M.
Gaius und die Klassiker. Z.S.S., 70, 1953.
- Kaser, M.
Recensiones a D. Daube. Z.S.S., 74, 1957.
- Kaser, M.
Das römische Zivilprozessrecht. München, 1966.
- Kaser, M.
Oportere und ius civile. Z.S.S., 83, 1966.
- Kaser, M.
Noxae dedere oder noxae dare. Z.S.S., 87, 1970.
- Kaser, M.
Derecho privado romano. Trad. J. Santa Cruz Teijeiro. Madrid, 1968.
- Kaser, M.
Das römische Privatsrecht. I². München, 1971. II². München, 1975.
- Kaser, M.
Formeln mit "intentio incerta", "actio ex stipulatu" und "condictio". Labeo, 22, 1976.
- Kaser, M.
Die Rechtgrundale der "actio rei uxoriae". Ausgenähte Schriften, I, 1976. p. 343 ss. [= Mél. De Visscher, I= R.I.D.A., 2, 1949].
- Kaser, M.
Grenzfragen der aktivlegitimation zur "actio furti". Festgabe von Lübtow, 1980. p. 291 ss. [= Rechtsquelle, 1986. p. 215 ss.]
- Kaser, M.
Furtum pignoris und furtum fiduciae. Z.S.S. 99, 1982.
- Kaufmann, H.
Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae. Forsch. neueren Privatrechtsh. 5, 1958.
- Keller, F.L.
Der römische Zivilprozess und die Actionen. ed. anast. Stuttgart, 1966.
- Keller, F. L.
Litiscontestatio und Urteil nach classisches römisches Recht. ed. anast. Leipzig, 1969.
- Kniep, F.

Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare. Jena, 1966.

Korosêc, V.

Die Erbenhaftung nach römisches Recht. Leipzig, 1927.

Koschaker, P.

Recensión a Wlassak: Anklage und Streitbefzistung im Kriminalrecht der Römer. Z.S.S., 40, 1919.

Kreller, H.

Recensión a Maier, Prätorische Bereicherungsklagen. Z.S.S., 53, 1933.

Kübler, B.

Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und den übrigen Quellen der republicanischen Zeit. Z.S.S., 16, 1895.

Kunkel, W.

Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in Vorsullanischer Zeit. München, 1962.

Kupish, B.

In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentums übertragen im klassischen Recht. 1974.

Kurylowicz, M.

Paul D. 47,10,26 und die Tatbestände der römischen "iniuria". Labeo, 33, 1987.

La Penna, F.

D. 47,10,1,6-7. Iniuria post mortem testatoris e intrasmissibilità dell'actio iniuriarum. Testimonium Amicitiae. (H. a Pastori). Milano, 1992. p. 298 ss.

La Rosa, R.

La repressione del "furtum" in età arcaica. "Manus iniectio" e "duplione damnum decidere". Napoli. 1990.

Lateinisches etymologisches Wörterbuch.

Walde-Hoffmann, I, (4), Heidelberg, 1965.

Lauria, M.

Contractus, delictum, obligatio. S.D.H.I., 4, 1938.

Lauria, M.

Calumnia, N.N.D.I., 2, 1950.

Lauria, M.

Calumnia. N.N.D.I., II.

Lavaggi, G.

Iniuria e obligatio ex delicto. S.D.H.I., 13-14, 1947.

Lazzarini, S.

"Sepulchrum familiariae" e "ius mortuum inferendi". St. Biscardi, 5, 1984. p. 217 ss.

- Lemosse, M.
Les actiones pénales de vol dans l'ancien droit civil romain. Mélanges H. Lévy-Bruhl, 1959. p. 179 ss.[=Et. 1991. p. 73 ss.].
- Lenel, O.
Interpolationen jagd. Z.S.S., 45, 1925.
- Lenel, O.
Das Edictum Perpetuum³, Leipzig, 1927.
- Lenel, O.
Intentio in factum concepta?. Z.S.S., 48, 1928. p. 1 ss.
- Lenel, O.
Fingierte Litiskontestation?. Z.S.S., 48, 1928. p. 563 ss.
- Lévêque, P.
La sanction del'homicide en droit grec et hellénistique. Symposium, Akten der Ges. für Griech. und Hellen. Rechtsgechichte. California, 1989. Weimar, Köln, Wien, 1990.
- Levy, E.
Privatstrafe und Sachenersatz im klassischen römischen Recht. Berlin. 1915.
- Levy, E.
Die Konkurrenz der Actionen und Personen im klassischen römischen Recht. Berlin, I, 1918. II, 1922.
- Levy, E.
Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento. Besprochen, Levy. Z.S.S., 46, 1926.
- Levy, E.
Neue Bruchstücke aus der Institutionen des Gaius. Z.S.S., 54, 1934.
- Liebs, D.
Die klagenkonsumption des römischen Rechts. Z.S.S., 86, 1969.
- Loiou-Guille, B.
La perduellio: les procès d'Horace et de Rabirus. Latomus, 53,1. 1994.
- Longo, G.
L'origine della successione particolare. B.I.D.R., 14, 1902.
- Longo, G.
Contributi alla dottrina del dolo. Padova, 1937.
- Longo, G.
Il deposito. Milano, 1946.
- Longo, G.
La complicità nel diritto penale romano. B.I.D.R., 61, 1958.

- Longo, G.
Sul regimen giustiniano dell'actio de dolo. Pub. Fac. Giur. Catania, 53, 1965. p. 459 ss. [Studi G. Zingalli, 3].
- Longo, G.
I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis. Actio de positis et suspensis. St. Sanfilippo, 4, 1983. p. 399 ss.
- Longo, G.
Lex Aquilia de damno. N.N.D.I., IX.
- López-Amo Martín, A.
El Derecho Penal español en la Baja Edad Media. A.H.D.E., 27, 1956.
- Lozano y Corbi, E.
Popularidad y régimen de legitimación en la actio de effusis et deiectis. St. Biscardi, 5, 1984. p. 311 ss.
- Lozano y Corbi, E.
Competencia de los "recuperatores" en la "actio de sepulchro violato" y en otras acciones populares. St. Iglesias, 1988. p. 1487 ss.
- Luzzatto, G. I.
Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane. Milano, 1934.
- Luzzatto, G. I.
Sepolcro (D. romano) N.N.D.I., XVII.
- Macqueron, J.
Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia. Ann. Fac. Droit Aix, 43, p. 193 ss. [Etudes A. Dumas], 1950.
- Maeler, P.
Motuus redhibetur?. Z.S.S., 101, 1984.
- Magdelein, A.
Auctoritas rerum. R.I.D.A., 5, 1950. [Mélanges F. de Visscher, 4].
- Maier, G. H.
Prätorische Bereicherungsklagen. Berlin und Leipzig, 1932.
- Manfredini, A. D.
La difamazione verbale nel Diritto romano. Età repubblicana. Milano, 1979.
- Manfredini, A. D.
"Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis". ACOP. 5, 1992.
- Manfredini, A. D.
"Quod edictum autem praetorum de aestimandis inveniis". ACOP, 5,

1992.

Marchi, C. A.

Le definizioni romane dell'obbligazione. B.I.D.R., 29, 1916.

Marchi, C. A.

La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano. Milano, 1973.

Marrone, M.

"Tignum iunctum" e "inaedificatio". Labeo, 1991.

Masi, A.

Insolvenza dell'obligatio e sussidiarietà dell'actio de dolo. Studi Senesi, 74, 1962. p. 42 ss.

Masumeci, F.

Vicenda storica del "tignum iunctum". B.I.D.R., 81, 1978.

Mayer, H. D.

Die Strafklagenkonsumtion beim Repetundendelikt und die Rechtsregel "bis de eadem re ne sit actio". Z.S.S., 95, 1978.

Melillo, G.

Tignum iunctum . Napoli, 1964.

Memmer, M.

Der "schöne Kauf" des "guten sklaven". Z.S.S., 107, 1990.

Merwe, C. G. van der

Die actio pastu. T. 1973.

Mitteis, L.

Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1, Leipzig, 1908.

Miquel, J.

Derecho Privado Romano, Madrid, 1992.

Modrzejewski, J.

Ulpian et la nature des animaux. La filosofia greca e il diritto romano, I, 1976. p. 177 ss.

Mommsen, T.

Droit Pénal romain. Trad. J. Duquesne. Paris, 1907.

Mommsen, T.

Römische Strafrecht. Graz. reimp. 1955.

Monier, R.

Manuel élémentaire de droit romain. Paris, 1917. reimp. 1970.

Monier, R.

La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine. Bibl. hist. drit. [3]. 1930.

- Mozzillo, A.
Denuncia di nuova opera e di danno temuto. N.N.D.I., V.
- Muciaccia, G.
In tema di repressione delle opere infamanti. (Dio 55,27). St. Biscardi, 5, 1984. p. 61 ss.
- Müller, L.
Pauperies, P. W., Suppl. X, p. 521 ss.
- Murga, J.L.
Derecho romano clásico, II. El proceso. Zaragoza, 1993.
- Naber, M.
Ad noxales actiones. Mnemosyne, N. S., 1902, vol. 30. p. 169 ss. Melanges Gerardin, 1907.
- Nardi, E.
Recensión a L. Vacca, Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. IURA, 23.
- Nicolas, B.
Liability for animals in Roman Law. Acta Juridica, 1958. [= Memory of R.W. Lee].
- Nicoletti, A.
Dote (D. Romano). N.N.D.I., VI.
- Niederländer, H.
Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht. Weimar, 1953.
- Nocera, G.
Il binomio pubblico-privato nella storia del Diritto. Peruggia, 1983.
- Nörr, D.
"Causa Mortis". München, 1986.
- Orlandis, J.
Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media. A.H.D.E., 16, 1945.
- Orlandis, J.
Consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media. A.H.D.E., 18, 1947.
- Ortega Carrillo de Albornoz, A.
De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas. Málaga, 1988.
- Pampaloni, M.
La legge delle XII Tavole de tigno iuncto. Archivio Giuridico, 30, 1883.
- Pampaloni, M.

Ancora sopra la legge delle XII Tavole de "tigno iuncto".
Archivio Giuridico, 34, 1885.

Pampaloni, M.
Furto di possso e furto di uso. Studi Senesi, 10, 1893, p. 77
ss., 11, p. 1894, p. 145 ss.

Pampaloni, M.
Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24,1 Paulus III ad
Neratium e il requisito della furtività nell'actio de tigno
iuncto. Arch. Giur. 53, 1894, 1895 [Scritti di diritto romano,
I. Palermo, 1957, p. 217 ss.].

Pampaloni, M.
Sopra la condictio furtiva. Studi Senesi, 16, 1899. p. 218 ss.

Pampaloni, M.
Sopra alcuni azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti
utiles). Studi Senesi, 17, 1900. p. 149 ss. y p. 253 ss.

Pampaloni, M.
Studi sopra il delitto di furto, I: l'actio de tigno iuncto e il
delito di furto. B.I.D.R., 21, 1909.

Pantaleón, F.
Comentario al art. 1902. Comentario del Código Cicvil. Ministerio
de Justicia. p. 1971 ss..

Pantaleón, P.
Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte. Anuario de
Derecho Civil. 1983, II. (Octubre-Diciembre).

Paricio, J.
Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico.
Madrid, 1987.

Pastori, F.
Profilo dogmático e storico dell'obbligazione romana. Milano,
Varese, 1951.

Pastori, F.
Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano.
Corso. Milano, 1968-1969.

Pastori, F.
Elementi di diritto romano. Obbligazioni. Milano, 1991.

Pernice, A.
Zur Lehre von der Sachbeschädigungen. Weimar. 1867.

Pernice, A.
Labeo, II,2. (Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhundert der
Kaiserzeit), 1878, reimp. Tübingen, Darmstadt, 1963.

Perozzi, S.
Le obbligazioni romane. Bologna, 1903. Scritti, II. p. 313 ss.

- Perozzi, S.
Istituzioni di Diritto romano. I, Bologna, 1906. II, Roma, 1908.
- Perozzi, S.
Dalle obbligazioni da delitto a quelle da contratto. Memmoria
Accademia Bologna, 10, 1915-16.
- Peters, F.
Das patientam praestare im klassischen römischen Nachbarrecht.
S.D.H.I., 35, 1969.
- Pezzana, A.
D. 21,1,45. Contributi alla dottrina romana dell'actio
redhibitoria. R.I.SC.G., 88, 1951.
- Pólay, E.
Iniuria types in Roman Law. Budapest, 1986.
- Pólay, E.
Iniuria Tatbestände im archaischen Zeitalter der antiken rom.
Z.S.S. 101, 1984.
- Price, T.
The problem of causation in the Aquilian Action. Acta juridica,
1958 [= In memory of R. W. Lee].
- Pringsheim, F.
Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris. Z.S.S., 9,
1952.
- Pringsheim, F.
The decisive moment for Aedilician Liability. R.I.D.A., 1, 1952.
- Provera, G.
Actio de servo corrupto. N.N.D.I., I¹.
- Provera, G.
Actio de effusis et deiectis. N.N.D.I., I¹.
- Puchta, P.
Ueber die actio de tigno iuncto. Z. f. Civilrecht u. prozess, 11,
1838. p. 338 ss.
- Pugliese, G.
Actio e diritto subiettivo, Milano, 1939.
- Pugliese, G.
Processo privato e processo pubblico. Contributo
all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto
romano. Rivista di Diritto processuale. Vol. III,1, Padova, 1948.
p. 63 ss.
- Pugliese, G.
Apunti in tema di azzioni nossali. Scr. Carnelutti, II, 1950. p.
115 ss.

Pugliese, G.
Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità. Studi in memoria de Albertario, I. Milano, 1953. p. 233 ss.

Pugliese, G.
Recensión a Kunkel: Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit. München, 1962. B.I.D.R., 66, 1963.

Pugliese, G.
Cognitio. N.N.D.I., III.

Pugliese, G.
Istituzioni di Diritto Romano. Con la collaborazione di F. Sitzia y de L. Vacca. Torino, 1991.

Pugsley, D.
On the lex Aquilia and Culpa. T. 50, 1982.

Pugsley, D.
Furtum in the XII Tables. Irish Jurist. [N.S. 4], 1969.

Quadrato, R.
"Tignum iunctum ne solvito". (Delle XII Tavole a Giustiniano). Ann. Bari, s., II, III, 1966-1967. p. 10 ss.

Rasi, P.
L'actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella "glosa". Atti convegno ist. studi accursiani, 2, 1968. p. 723 ss.

Riccobono, S.
Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte. [fr. 18 & 2 D. 2,11 und fr. 37 D. 44,7]. Z.S.S., 47, 1927.

Riccobono, S.
Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24,1 Paulus III ad Neratium e il requisito della furtività nell'actio de tigno iuncto. Archivio Giuridico, 53, 1894. 54, 1895. [Scritti di Diritto romano, I. Palermo, 1957. p. 217 ss.].

Riccobono, S.
Quasi delitti. N.N.D.I., XIV.

Robbe, U.
Pauperies. N.N.D.I., XII.

Robbe, U.
L'actio de pauperie. R.I.S.G. (N.S. 7), 1932.

Rodger, A.
The Palingenesia of Paul's Commentary on the "actio aquae pluviae arcendae". Z.S.S., 105, 1988.

- Rodger, A.
Introducing "iniuria". T. 59, 1991.
- Rodríguez- Ennes, L.
Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feriis. IURA, 41, 1990.
- Rohle, R.
Zum Wortlaut des edikts "quod publicanus ademerit". T. 1978.
- Rotondi, G.
Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. R. SC.G., 45, 1908.
- Rotondi, G.
Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla tramissibilità delle azioni. Perugia, 1913.
- Rotondi, G.
Dalla lex Aquilia all'art. 1151 CC. Ricerche storico-dogmatiche. Rivista di diritto commerciale. 1916,1. [Scritti di diritto romano, II, Milano, 1922].
- Rotondi, G.
Le due formule classiche dell'actio depositi. Scritti, II, Milano 1922. p. 1 ss.
- Roussier, J.
Du concurs de l'action de constitut et l'action du contrat. R.H.D., XXXV, 1957.
- Roussier, J.
Remarques sur l'actio vi bonorum raptorum. R.H.D., XLI, 1963.
- Rozwadoski, W.
Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano. B.I.D.R., 76, 1973.
- Rudorff, A. F.
Ueber die Octavianische Formel. Z.G.R., 12, 1845.
- Sanders T. J.
Plato's Penal Code. Tradition, Controversy and Reform in Greek Penology. Oxford, 1991.
- Sanfilippo, C.
Il metus nei negozi giuridici. Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino, 7, 1934.
- Sanfilippo, C.
Accessione. N.N.D.I. I¹.
- Sanfilippo, C.
Gli atti illeciti. Pena e resarcimento. Corso di diritto romano. Catania, 1960.

- Sanfilippo, C.
Ancora un caso di "mandatum post mortem"-. Sodalitas, A. Guarino, 1984. p. 1047 ss.
- Santalucia, B.
Alle origini del processo penale romano. IURA, 25, 1984.
- Santalucia, B.
Note sulla repressione dei reati commune in età repubblicana. Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano. A cura di A. Burdese. Padova, 1988. p. 5 ss.
- Santalucia, B.
Diritto e processo nell'antica Roma. Milano, 1989.
- Santalucia, B.
Derecho penal romano. Madrid, 1990.
- Santoro, R.
Relación de síntesis. ACOP, 5, 1992.
- Santos Briz, J.
La responsabilidad civil. Derecho sustancial y Derecho procesal. Madrid, 1981.
- Sargenti, M.
Actio aquae pluviae arcendae, servitù, obbligazioni ambulatorie. Foro Padano, 5, 1950. p. 90 ss.
- Sargenti, M.
(Recensión a De Visscher: Le Régime romain de la Noxalité). IURA, 1, 1950.
- Sargenti, M.
Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano. Univ. Pavia. St. sc. giur. e soc., 31, 1950, p. 103 ss.; 32, 1951, p. 237 ss.
- Sargenti, M.
Osservazioni sulla responsabilità dell "exercitor navis" in Diritto romano. St. Albertario, I, 1953. p. 323 ss.
- Sargenti, M.
Sulle responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza. Studi de Francisci, 3, 1956, p. 347 ss.
- Sargenti, M.
Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio. Studi Betti, 4, 1962. p. 15 ss.
- Sargenti, M.
Recensión a Falchi: Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale. Labeo, 23, 1977.
- Savigny, F.C.
System des heutigen römischen Rechts. Berlin, 1849, reist.

Darmstadt, 1974.

Savigny, F. C.

Sistema de Derecho Romano. (trad. esp. J. Mesia, M. Polay).

Savigny, F. C.

Le obbligazioni, II. (trad. it. Pacchioni). Milano, Roma, Palermo, Napoli. 1915.

Scaduto, G.

Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente. Ann. Univ. Palermo, 8, 1921. p. 3 ss.

Scapini, N.

Violenza (D. Romano). N.N.D.I., XX.

Scherillo, G.

La trasmissibilità de la "stipulatio in faciendo". B.I.D.R., 36, 1928.

Scherillo, G.

Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Milano, 1937.

Schiavone, A.

Historiografía y crítica del Derecho. Madrid, 1982.

Schipani, S.

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.

Schipani, S.

Lex Aquilia, Culpa, Responsabilità. ACOP., 5, 1992.

Schulz, F.

Die actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factus est. Borna-Leipzig, 1905.

Schulz, F.

Sabinus-fragmente im Ulpianus Sabinus-comentar. Halle, 1906.

Schulz, F.

Die aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Z.S.S., 33, 1912.

Schulz, F.

Die Lehre von erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht. Z.S.S., 43, 1923.

Schulz, F.

Contraectio. Law. Quart. Rev. 57, 1947.

Schulz, F.

Classical Roman Law. Oxford, 1951.

- Schulz, F.
Derecho Romano Clásico. Trad. Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, 1960.
- Schwartz, F.
Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht. Münster, Köln, Böhlau, 1952.
- Scialoja, V.
Diritto ereditario romano. *Concetti fondamentali*, Roma, 1934.
- Scialoja, V.
Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos. (trad. esp. Buenos Aires, 1954).
- Segré, G.
Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano. Studi in onore di P. Bonfante, III, 3, p. 502 ss. [= Scritti vari di diritto romano. p. 249 ss.].
- Seidl, E.
Zur Vorgechichte der "*actio rerum amotarum*". Z.S.S., 92, 1975.
- Serafin, F.
Nuova interpretazione della L. x. D. de pecunia constituta. *Archivio Giuridico*, 7, 1871. p. 128 ss.
- Serrao, F.
Il frammento leidense di Paolo. Problemi di Diritto criminale romano. Milano, 1956.
- Serrao, F.
Sul danno da reato in diritto romano. *Archivio Giuridico*, 1956, II.
- Serrao, F.
Appunti sui patroni e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi *repetundarum*. Studi de Francisci, 2, 1956. p. 471 ss.
- Serrao, F.
Repetundae. N.N.D.I., XV.
- Serrao, F.
La responsabilità per fatto altrui in diritto romano. *Riv. Dir. nav.* 25, 1, 1965. p. 227 ss.
- Siber, H.
Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig, 1907.
- Siber, H.
Naturalis obligatio. Gedenksschr. Mitteis, 1926.
- Siber, H.
Grundriss des Schuldrechts, 1935.

Siber, H.
Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für
Nachlassschulden, Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae
Comparativae, 1, 1928. p. 896 ss.

Siber, H.
Römisches Recht in Grundzügen die Vorlesung. Darmstadt, 1968.

Siber, H.
Römisches Privatsrecht. Darmstadt, 1968.

Sitzia, F.
Tutela e curatela (D. romano). N.N.D.I., XX.

Sitzia, F.
Ricerche in tema di "actio aquae arcendae", dalle XII Tavole
all'epoca classica. Milano, 1977.

Sitzia, F.
Ricerche in tema di actio pluviae arcendae. B.I.D.R., 83, 1980.

Slapnicar, K.
Über die aktivlegitimation zur "actio legis Aquiliae" und "actio
de dolo" im Drei personenvehältnis. Bemerkungen zu Paul. D.
4,3,18,5. Festgabe Von Lübtow. 1980. p. 233 ss.

Solazzi, S.
La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano.³, II. Roma,
1903.

Solazzi, S.
Sull'actio rationibus distrahendis. Rendiconti Ist. Lombardo.,
50, 1917. [Scritti, I,2, p. 202 ss.]

Solazzi, S.
Sul consenso della filia all'actio rei uxoriae esercitata dal
padre. Rendiconti Ist. Lombardo, 1937. p. 26 ss.

Spitzl, T.
Lex Municipii Malacitani. München, 1984.

Stein, P.
The actio de effusis vel deiectis and the concept of quasi-
delict. Scots Law, in Int. and Comp. Law Quart. 4, 1955.

Stolmar, R.
Die formula der "actio utilis". Sindeligen, 1992.

Tafaro, S.
Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema
procesuale: l'actio ex cautione damni infecti. Iudex, 5, 1974-
1975.

Talamanca, M.
In tema di azioni di arricchimento. Archivio Giuridico, 1955, I.
p. 33 ss.

- Talamanca, M.
Azione revocatoria (D. romano). E.d D. IV.
- Talamanca, M.
Obbligazioni. E.d D., XIX.
- Talamanca, M.
Forme negoziali e illecito. Poteri, negotia e actiones nella
sperienza romana arcaica. Atti del convegno di Diritto romano.
Copanello, 12-15 de Mayo, 1982.
- Taubenschlag, R.
Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht.
Grünhuts Zeitschrift, 34, 1907. p. 683 ss.; 35, 1908. p. 129 ss.
- Thielmann, G.
Actio redhibitoria und zufälliger Untergang der Kaufsache. (Mit
Beiträgen zur Frage der Poenalität der ädilizischen klagen) Studi
Volterra, 2, 1971. p. 487 ss.
- Thielmann, G.
Actio redhibitoria und zufälliger Untergang der Kaufsache. Studi
Volterra, 2, 1971. p. 487 ss.
- Thielmann, G.
"Actio utilis und "actio in factum". Zu den Klagen im Umfeld der
actio lex Aquilia. St. Biscardi, 2, 1982. p. 295 ss.
- Thomas, J.
Furtum of documents, II. IURA, 20, 1965.
- Thomas, J.
Furtum of documents. R.I.D.A., 15, 1968 [IURA, 20, 1969]
- Thomas, J.
Furtum pignoris. T., 38, 1970.
- Thormann, E. A.
Auctoritas. IURA, 5, 1954.
- Thót.
La filosofía penal griega y romana. Biblioteca Derecho Penal
U.A.M.
- Tomás y Valiente, L..
Manual de Historia del Derecho español. Madrid, 1990.
- Tondo, S.
Leges regiae e paricidas. Firenze, 1973.
- Treggiani, S.
Quastions on women domestics in the Roman West. Scchiavitù,
manumissione. 1979.
- Triantphyllopoulos.
Griechische Parallelen zur "Lex Aquilia". Symposion 1985, 1989

Tumulescu, C. St.
R.I.D.A., 19, 1972.

Ubbelohde, A.
Commentario alle Pandette de Glück. (comt., trad. y notas de V. Pouchain. Milano, 1899.

Vacca, L.
Ricerche sulla rapina nel diritto romano, I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia. St. econ. giur. Univ. Cagliari, 45, 1965-1968. p. 519 ss.

Vacca, L.
Ricerche in tema di actio bonorum raptorum. Milano, 1971.

Vacca, L.
Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum. Pub. Fac. Giur. Univ. Cagliari, 12, 1972. p. 47 ss.

Vacca, L.
Delitti privati e azioni penali nel principato. Cagliari. A.N.R.W., 2, 1982.

Vacca, L.
Actiones poenales e actiones quibus rem persequimur, IURA, 1989.

Vacca, L.
L'editto di Lucullo. ACOP. 5, 1992.

Vacca, L.
Azioni penali "ex delicto". Pena e reintegrazione patrimoniale. Il problema della pena criminale. 1993. p. 195 ss.

Valditara, G.
Superamento dell'"aestimatio rei" nelle valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai "non dominum". Milano, 1992.

Valiño, E.
Acciones pretorias complementarias a la acción civil de la Ley Aquilia. Pamplona, 1973.

Valley, J.
Conjetures sur l'origine et les transformations du pacte de constitut. Rev. Gen. Droit. 15, 1891; 16, 1892; 17, 1893.

Venturini, C.
Studi sul "Crimen repetundarum" nell'età repubblicana. Milano, 1979.

Venturini, C.
Le pene private. Cap. I, Premessa romanistica. Collana della rivista "Responsabilità civile e previdenza". A cura di Busnelli i Scalfi. n°6. Milano, 1985.

Venturini, C.

Quaestio extra ordinem. S.D.H.I., 63, 1987.

Vigneron, R.

A propos de la legitimation pasive à l'"actio aquae pluviae arcendae". Sodalitas A. Guarino, 2, 1984. p. 804 ss.

Voci, P.

Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico. Milano, 1939.

Voci, P.

Diritto sacro romano in età arcaica. S.D.H.I., 19, 1953.

Voci, P.

Recensión a la monografía de Niederländer: Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. S.D.H.I., 20, 1954.

Voci, P.

Diritto ereditario romano, I, Introduzione e Parte generale. Milano, 1960.

Voci, P.

Actio rationibus distrahendis. St. Dir. Rom. I, 1985. p. 649 ss.

Voci, P.

L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico. St. d. rom., I, 1985. p. 19 ss.

Volterra, E.

Delinquere nelle fonti giuridiche romane. R.I.S.G., 5, 1930.

Volterra, E.

Flagitum nelle fonti giuridiche romane. Archivio Giuridico, 1934.

Volterra, E.

Processi penali contro i defunti in diritto romano. R.I.D.A., 3, 1949. [= Mélanges De Visscher].

Volterra, E.

Divorzio (Diritto romano). N.N.D.I., VI.

Volterra, E.

Iudicium de moribus. N.N.N.I., IX.

Volterra, E.

Mancipatio. N.N.D.I., X.

Von Lübtow, U.

Der Ediktstitel quod metus causa gestum erit. Greifswald, 1932.

Von Lübtow, U.

Zur aktiven Vererblichkeit von Straf- und Ersatzklagen. Z.S.S. 65, 1932.

Von Lübtow, U.

Beitrag zur Lehre von der *condictio* nach römischen und geltenden Recht. Berlin, 1952.

Von Lübtow, U.
Recensión de la monografía de Niederländer, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. IURA, 5, 1954.

Von Lübtow, U.
Untersuchungen zur *lex Aquilia de damno iniuria dato*. Berlin, 1970.

Von Lübtow, U.
Die aktionen im Umkreis der "*Lex Aquilia*". Abwehr gegen Gerg. Thielmann. *Labeo*, 30, 1984.

Wacke, A.
Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift. T., 43, 1975.

Wacke, A.
Sul concetto di "*dolus*" nell "*actio de dolo*". IURA, 28, 1977.

Watson, A.
Actio de dolo e actio in factum. Z.S.S. 78, 1961.

Watson, A.
Liability in the *actio de depositis ac suspensis*. *Mél. Meylan* 16, 1963. p. 379 ss.

Watson, A.
The law of obligations in the later Roman Republic. Oxford, 1965.

Watson, A.
The original meaning of *Pauperies*. R.I.D.A., 17, 1970.

Watson, A.
The Imperatives of the *Aedilician Edict*. T., 39, 1971.

Watson, A.
Tignum iunctum, the XII Tables and a lost word. R.I.D.A., 21, 1974.

Watson, A.
Personal injuries in XII Tables. T. 43, 1975.

Watson, A.
Seller's Liability for Defects: *Aedilician Edict* and *Praetorian Law*. IURA, 38, 1987.

Windscheid, B.
Die *actio* des römischen, Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf, 1856.

Windscheid, B.
Diritto di Pandette. (Trad. ital. Fadda y Bensa). Torino, 1930.

Wittmann, R.
Die Körperverletzung an Frein im klassischen römischen Recht.
IURA, 24, 1973.

Wittmann, R.
Die Entwicklungslinien der klassischen injurienklage. Z.S.S., 91,
1974.

Wlassak, M.
Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer, Wien,
1917.

Wlassak, M.
Anklage und Streitbefestigung., Abwehr gegen Philipp Lotmar. Wien,
1920.

Wlassak, M.
Die klassische Prozessformel, I. Wien, Leipzig, 1924.

Wlassak, M.
Die litiscontestation im Formularprozess. Festschrift Windscheid.
p. 69 ss.

Wolf, A.
Das "Iudicium de moribus" und sein Verhältnis zur "actio rei
uxoriae". Z.S.S., 54, 1934.

INDICE DE FUENTES

1) Fuentes literarias

A. Gellio

6,15,2	197
7(6),14	358
8,1,ind.	27
11,18,6,7	27
11,18,8	26
11,18,9	26
16,4,4	231
16,10,8	30
20,1,7	26
20,1,8	27
20,1,12	30
20,1,32	30

Appiano

Bellum Civilis 1,54	531
-------------------------------	-----

Asconio

Comentario 73 B)	318
in Pisonem 7	532

Catón

Cato 166 frag. Malc.	21
Cato. 165 frag. Malc.	19
Cato. 166 frag. Malc.	19
De re rustica, pr.	531

Cicerón

ad familiares 7,22	302, 390, 776
Ad familiares, 8,8,3	611
ad familiares 10,21,1	325
ad familiares 12,14,4	19
ad familiares 15,16,3	569
ad familiares 15,16,3	569
Brutus 1,15,3	21
Brutus 1,15,3	21
Brutus 34,131	448
Brutus 64,230	314
de divinatione 2,64	21
de divinatione 2,122	21
De inventione 2,33	770
De inventione 2,50,148-149	326
de inventione 2,69,110	21
de lege agraria 1,12	618
de lege agraria 2,59	611

de legibus 2,9,22	15
de legibus 2,19,47	231
De legibus 2,19,48	231
De legibus 2,21,52	231
de natura deorum 3,38,90	347, 354, 364, 769
de natura deorum 3,74	215
de officiis 1,42,151	46
De officiis 3,15,61	422
De officiis 3,17,71	510
Flaccus 97	21
in Pisonem 50	19
Laelius amicitiae 37	21
Laelius amicitiae 41	21
Philippicae, 2,23 & 56	532
Pro Caecina 12,35	407
pro Cluentio 103	315
pro Cluentio 41,116	611
pro Cluentio 74	315
pro Cluentio 77	315
pro Cluentio 89	315
pro Cluentio 90	315
pro Cluentio 91	315
pro Cluentio 93	315
pro Milone 3,9	27
pro Rabirio Postumo 4,8	611
pro Rabirio Postumo 13,37	611
pro Tullio 8	432
pro Tullio 20,47	27

pro Tullio 21,50	27
Rhetorica ad Herennium 1,13,23.	326
Rhetorica ad Herennium 2,13,19	249
Sestio 140	19
Sulla oratio 87	21
Topica 5,28	190
Topica 29	621
Tusculanes, 2,23	19
Tusculanes 4,35	21
Tusculanes 4,77	21
in Verrem 2,1,7	21
in Verrem 2,3,12	21

Dionisio de Halicarnaso

4,25,2	13
6,89	325
7,17	325
8,80	347
8,80	364
8,80	769

Ennio

Fab. 64 Müll	143
------------------------	-----

Festo

221	15
245	231
278,22,L	19
290	231
318	325
402	27
468	196
508, 14, L	19
ep. p. 73,9	143
de s.v., nexum, 160	167
de s.v., 89	229

Horacio

Oda 3,24, v. 59	532
---------------------------	-----

Isidoro de Sevilla

Orig. 5, 2, 2	8
-------------------------	---

Julio Cesar

bell. Gall. 2,56	325
bell. Gall. 6,13,5	21
bell. Gall. 6,9,7	19

Lucrecio

5, 1147 seg.	23
----------------------	----

Plauto

Amphitryon 1002	19
Amphitryon 494	143
Asinaria 483	19
Bacchides 425	19
Captivi 695	19
Cistellaria 202	19
Miles gloriosus 2,2,9	532
Truculentus 214	165

Plinio

Epistolarum 3,9,4-6	300, 304
Naturalis Historia 2,27.	21
Historia Naturalis 17,40	46
Naturalis Historia 17,1,7	380
Naturalis Historia 18,3,12	530
Naturalis Historia 28,2,10-17	530

Plutarco

Pericles 36	9
Pompeius 4	314
Romulo 22	15
Vita Marii, 38	414

Pa. Oxy

2,282 477

Quintiliano

Inst. oratoriae 7,4,35 485

Inst. oratoriae 7,6,4 257

Séneca

Naturales Quaestiones 4,7 530

Phaedra 439 21

Tácito

Annales 6,29 325

Terencio

Adelphoe 682 143

Heautontimorumenos 728 19

Servio

Virg. ecl. 4,43 16

Tito Livio

ab urbe condita 1,26	15
ab urbe condita 2,8	325
ab urbe condita 2,23,8	167
ab urbe condita 2,24,7	167
ab urbe condita 2,25,3	167
ab urbe condita 2,27,1	167
ab urbe condita 3,55,7	325
ab urbe condita 7,19,5	167
ab urbe condita 8,28,2	167
ab urbe condita 8,28,8	193
ab urbe condita, 8,28,8	201
ab urbe condita 45,40,7	231
ab urbe condita 45,40,7	231

Valerio Máximo

8,2,3	414
-----------------	-----

Varrón

de lingua latina 6,44	357
de lingua latina 7,105	167, 193, 201
de re rustica 1,10	229
de re rustica, 2,4,3	46

2) Fuentes jurídicas prejustinianas.

XII Tablas

T. 5,9	236, 238, 778
T. 6,1	167
T. 8,2	26
T. 8,3-4.	30
T. 8,3	29
T. 8,4	30
T. 8,4	19
T. 8,6	140, 418
T. 8,9	140
T. 8,10	140, 141
T. 8,12	27
T. 8,13	27
T. 8,14	140, 141
T. 8,14	26
T. 12,2 a	140
T. 12,2 a	140

Código Hermogeniano

2,1	250, 251, 269, 285, 694, 696-699, 791
---------------	---------------------------------------

Interpretatio visigótica. C. Herm.

2,1	250
2,1	694, 697-699
2,1.	696
2,1	251
2,1	285

Código Teodosiano

1,2,10	269
2,15	678
3,13,1	414
5,6,1	362
8,4,2	310
9,14,3,4	325
9,27,3	310
9,27,4	102
9,27,5	310
9,42,2	329
9,42,4	329
9,42,6	329
9,42,9	329
9,42,23	329
9,42,24	329
10,3,2	362
11,1,1	310
11,7,20	310

11,8,1 310

Interpretatio. Código teodosiano.

5,6,1 362

10,3,2 362

Collatio

1,7,2 332

2,5,5 30

2,5,5 159

5,2,1 332

6,4,6 583

7,3,2 27

7,5,3 582

10,7,10 504

10,7,11 500

12,6,1 539

12,7,3 582, 583

12,7,4 582

12,7,9 116

14,3,2 583

16,2,10 581

Consultatio

6,10 582

Edicto de Teodorico

P.R.	582
XIII	582
CIX	583
CXIII.	325
CXIII	581
CXVIII	582
LXXXVIII	583

Fragmentos Vaticanos

58	583
97	514
252	583
252 A	582
272	582
294,2	583
312	661-663, 693

Instituciones de Gayo

Gai. 1,28	582, 584
Gai. 1,71	583
Gai. 1,128	161

Gai. 1,134	235
Gai. 1,145	581, 584
Gai. 1,192	585
Gai. 1,197	582
Gai. 2,1	594
Gai. 2,15	581
Gai. 2,84	594
Gai. 2,97	232, 233
Gai. 2,150	295, 328
Gai. 2,157	229
Gai. 2,181	161
Gai. 2,215	166
Gai. 2,252	619
Gai. 2,252	582
Gai. 2,282	444
Gai. 3,10	581
Gai. 3,42	594
Gai. 3,73	582, 584
Gai. 3,78	328
Gai. 3,84	224
Gai. 3,88	151, 164, 189, 190, 204
Gai. 3,88	46
Gai. 3,89	191
Gai. 3,91	190, 191
Gai. 3,100	241
Gai. 3,117	241
Gai. 3,120	241
Gai. 3,127	444

Gai. 3,128	238
Gai. 3,154 a	229, 238
Gai. 3,154 b	235
Gai. 3,179	262
Gai. 3,180	255, 258, 260, 261, 264, 283
Gai. 3,182	91, 114, 146, 151, 156, 159-161, 181, 183, 184, 190, 204, 206, 450
Gai. 3,183	157
Gai. 3,189	181
Gai. 3,189.	181
Gai. 3,189	26
Gai. 3,197	150
Gai. 3,208	150
Gai. 3,209	90, 128, 158, 181, 184, 433
Gai. 3,213	116
Gai. 3,215	449
Gai. 3,216	449
Gai. 3,217	449
Gai. 3,218	449, 450
Gai. 3,220	30
Gai. 3,223	30
Gai. 4,2	179, 181-183, 205, 207
Gai. 4,4	122
Gai. 4,5	182
Gai. 4,6	429
Gai. 4,6	182, 184, 341, 343, 423, 428
Gai. 4,6-9	79
Gai. 4,6-9	67, 74, 79, 84, 86, 91, 93, 94, 774

Gai. 4,6-9,	115
Gai. 4,7	91, 182, 184, 341, 343, 423, 428, 429
Gai. 4,8	87, 90, 122, 128, 182, 184, 341, 343, 389, 407, 423, 428, 429, 433, 775
Gai. 4,9	54, 62, 74, 86, 90, 182, 184, 341-343, 421, 423, 428, 429, 452
Gai. 4,9.	450
Gai. 4,9	444
Gai. 4,11	380
Gai. 4,13	195
Gai. 4,17 a	170
Gai. 4,22	444
Gai. 4,23	531
Gai. 4,30	255
Gai. 4,35	82
Gai. 4,37	193, 194, 204, 206, 216
Gai. 4,38	224
Gai. 4,41	183
Gai. 4,45	188, 193, 194, 205
Gai. 4,46	413
Gai. 4,53	278
Gai. 4,71	179
Gai. 4,71	583
Gai. 4,75	151, 157, 158
Gai. 4,76	151, 158, 389, 407
Gai. 4,77,	761
Gai. 4,77	39
Gai. 4,77	582

Gai. 4,78	582
Gai. 4,78	206
Gai. 4,80	151, 224
Gai. 4,102	414
Gai. 4,103-105	256
Gai. 4,103-107	256
Gai. 4,106	183, 184
Gai. 4,107	183, 184, 255, 256
Gai. 4,110	74-76, 383, 442, 504
Gai. 4,110-111	74, 181
Gai. 4,110-111	75
Gai. 4,110-111	76
Gai. 4,111	74, 76, 383, 442, 504, 664
Gai. 4,112	86, 88, 91, 115, 151, 157-160, 184, 203, 277, 282, 343, 349, 355, 362, 389, 397, 407, 411, 433, 450, 451, 453, 454, 660, 665, 673, 719, 720, 744, 771, 775, 791
Gai. 4,112	407
Gai. 4,114	264, 266
Gai. 4,131	641
Gai. 4,137	641
Gai. 4,154	568
Gai. 4,155	147
Gai. 4,161-170	553
Gai. 4,171	444
Gai. 4,172	181, 184
Gai. 4,174-181	531
Gai. 4,175	531

Gai. 4,178	150
Gai. 4,182	151, 180, 388, 389, 406, 407, 433
Gai. 4,182	45

Epitome Gayo

1,1,4	581
2,4,1	585
2,4,1	581
2,7,8	581
2,8,5	583
9,7	241

Gayo Fragmentos de Autun

6	582
7	582
8.	582

Lex Municipalis Malacitana

R. De pecunia communi...	619
----------------------------------	-----

Lex Rubria de Gallia Cisalpina 206

1,48	255
20	517

Lex Sempronia de repetundis

11. 1-3	302
1. 8	303
1. 29	290, 302
11. 58-59	302

Lex Tarentia

18-19	619
-----------------	-----

Novelas Teodosio. Breviario de Alarico.

4,1,1	362
-----------------	-----

Proyecto de la lex agraria servilia	618
--	------------

Sentencias de Paulo

1,4,2A	594
1,5,1	467
1,9,4A	594
1,13,6	451
1,15	419
1,15,1	418
1,15,2	539
1,19,1	444
2,12,10	504
2,12,11	500

2,17,1	167
2,17,3	521
2,17,4	444, 530
2,23,2	594
2,31,2	582
2,31,13	65, 122
2,31,24(25)	381
2,31,34	122
4,1,13	583, 585
4,8,6	229
4,12,1	582
4,12,2	581
5,1a, 6	24
5,3,1	117
5,4,7	407
5,4,15	24
5,4,15	24
5,6,12	578
5,6,12.	578
5,20,3	539
5,20,4	540
5,25,8	332
5,25,12	310
5,28	310
5,30 b,1	332

Sentencias de Paulo. Frag. Leidense.

R. 12-14	308, 310
R. 12-14	310
R. 18-19	308
R. 20-21	100
R. 20-21	307, 308

Interpretatio visigótica. Sentencias de Paulo

1,5,2	467
1,17,1	362
2,24,1	362
2,25,1	362
3,3,1	582
3,4,5	582
4,1,6	581
4,3,1	583
4,3,1	585
5,6,1	362
10,3,2	362

Ulpiano

fragmentos de Strasburg 11	517
fragmentos de Strasburg 11	515
fragmentos de Strasburg 11	515, 516, 534

Ulpiano

Disputationes de Ulpiano

Fragmentos del Libro II y II 439

Ulpiano

Tituli ex corpore ulpiani 2,4 582

Tituli ex corpori ulpiani 6,7 514

Lex Romana Burgundiorum

6,1 582

18,4 582

3) Fuentes jurídicas justinianas.

OMNEM

9 583

Deo Auctore

2 581

Tanta

pr.	581
10; 17	583
12	582

Código de Justiniano

1, 3, 10, 8	149
1, 3, 22, pr.	51
1, 3, 30, 2	149
1, 3, 34, 1	583
1, 3, 36, 2	582
1, 4, 6, 3	51
1, 5, 4, 1	149
1, 5, 4, 6	147
1, 11, 8, pr.	149
1, 12, 4, 6	582
1, 17, 2, 8 a	149
1, 17, 2, 8 b	51
1, 35, 1	51
1, 51, 10	149
2, 3, 26	185, 236, 237
2, 3, 29	678
2, 3, 30, pr.	585
2, 4, 18	149
2, 20, 8	481
2, 30, 1	585

2,34,1	148
2,48,2	585
2,58,2,pr.	272
3,1,14,1	272
3,9	272
3,12,4	51
3,13,5,1	51
3,13,6	51
3,24,3,pr	149
3,24,3,pr.	150
3,26,11	51
3,26,11	51
3,28,12,pr.	585
3,32,2,1	403
3,35,3	117
3,36,6	236
3,38,12,2	585
3,41,5	51
4,1,13,1	147
4,2,1	237
4,11	242
4,16,7	237
4,17,1	153, 250, 251, 285, 592, 694, 696-699
4,17,1.	791
4,18,2,pr	420
4,20,14	147
4,21,21,2	679
4,49,17	661, 662

4,55,4	147
5,59,4	51
5,4,18,2	585
5,4,24	582
5,12,20	595
5,13,7	678
5,21,3	479, 592
5,70,7,3	585
5,70,7,7	585
6,2,1	150
6,2,2	150
6,2,12	123
6,2,13	123
6,12,14	123
6,2,22,4	477
6,7,2	147
6,20,20,pr	585
6,30,22,8	582, 585
6,42,16	585
6,44,3	583
6,49,7,1,b	678
6,51,1,3	582
6,51,1,8	585
6,51,1,10	585
7,19,3	147
7,26,9	639
7,33,7	161
7,34,2	583

7,51,6	51
7,61,2	147
7,62,12	51
7,62,12	51
7,66,3	288, 328, 332, 335
8,4,2	571, 592, 661, 663, 698
8,4,2	585
8,8,4	51
8,9,2	578
8,18,3	582
8,31,1	237
8,35,1	237
8,37,13	248
8,37,15	242
9,1,3	149
9,2,2	147
9,2,9	149
9,2,14	149
9,2,15	149
9,2,16.	51
9,3,1	149
9,4,5	147
9,6,1	329
9,6,2	329
9,6,5	149, 288
9,6,6	288, 335
9,6,6	332
9,8,5,4	325

9,8,6	327
9,8,6,3	293
9,9,7,pr.-1	147
9,9,10	147
9,11,1	149
9,12,9	147
9,15,1	147
9,20,6	147
9,20,7	147
9,20,10	147
9,20,12	127
9,27,2	102
9,27,6,1	149
9,31,1	125-127, 718
9,31,3	732
9,33,2-5	607
9,33,3	150
9,35,5	407
9,36,2,pr.-1	147
9,47,7	147
9,47,8	332
9,47,19	147
9,47,22,2	147
9,49,10	325
9,49,7	147
9,50	304
10,20,1	310
11,35,1	148

12,21,8,3	51
12,25,3	51
12,25,3	51
12,27,1.	584
12,29,3.	51
12,37,16,7	147
12,57,1	310

Instituciones de Justiniano

2,9,1	581, 582
2,20,8	582
2,20,23	582
3,1,5	325
3,2,4,	582
3,6,10	582
3,7,2	594
3,7,4	582
3,13,pr.	179
3,27,3	192
3,27,4	192
3,28,pr.	582
4,1,3	582
4,1,19	123
4,2,pr.	623
4,2,pr.	433

4,2,1	433
4,2,2	433
4,3,9	455, 623, 719-721
4,4,10	121
4,5	560
4,5,pr.	436, 437
4,5,1	442
4,5,3	400, 443
4,5,3	399
4,6	183
4,6,1	184
4,6,6	455
4,6,16	55, 93
4,6,18	80, 123
4,6,19	80, 92, 128
4,6,30	679
4,9	539
4,9,1	539
4,9,3	721
4,12	284
4,12,1	250, 363, 367, 445, 585, 643, 660, 665, 719, 744, 771
4,13,2	192
4,15	557, 661
4,15,pr.	557
4,15,8	73, 557
4,18,6	679
4,18,7	679

Digesto de Justiniano

1,2,2,23	17
1,3,1	147
2,1,7,pr.	533
2,2,2,4	533
2,2,3,1,pr.	534
2,2,3,2-6	533
2,2,3,5	534
2,3,1,pr.	412
2,3,1,4	412
2,4,24	413
2,7,1,1	414
2,7,2,pr.	147
2,7,5,1	414
2,7,5,3	414
2,7,5,4	414
2,10,1,5	465
2,10,1,6	465, 466
2,10,2	465
2,10,3,pr.	465
2,10,3,4	465
2,11,10,2	269, 274, 276, 279, 280
2,13,4,pr.	383
2,13,4,2	384
2,13,4,3	384
2,13,4,5	383

2,13,6,4	383
2,13,8,pr.	383
2,13,9,pr.	384
2,13,13	384
2,14,1,3	191
2,14,7,13	540
2,14,7,14	28
2,14,7,14	28
2,15,4,1	185
2,20,1,4	465
3,2,6,7	485
3,3,29	625
3,5,3,4	616
3,5,4	596
3,6,1,pr.	467, 707
3,6,1,1	149
3,6,3,1	706
3,6,3,2	706
3,6,4	468
3,6,5	706
3,6,5,pr.	150, 585
3,6,5,1	469, 470, 706
3,6,8	147
3,6,9	150, 467
4,2	676
4,2,1	490, 491
4,2,9,8	492
4,2,14,1	607

4,2,14,1	491
4,2,14,2	371
4,2,14,3	150, 494, 495, 686, 687
4,2,14,4	491
4,2,14,4-6	495
4,2,14,5	690
4,2,14,7	491
4,2,14,11	492, 491
4,2,14,15	372, 492
4,2,15	667
4,2,16,1	491
4,2,16,2	371, 372, 491, 496, 585, 587, 657, 671, 673, 674, 676, 677, 691
4,2,17	585, 642-645, 647, 653, 666, 670, 671, 690, 787, 658, 789
4,2,17	585
4,2,18	642, 644, 646, 653, 671, 690, 788
4,2,19	496, 591, 602, 671, 674, 675, 685, 691, 694, 786
4,2,19	585
4,2,19	668
4,2,20	496, 653, 671, 691 791
4,2,20	585
4,3,1,2	481
4,3,1,4	482
4,3,9,4	481
4,3,11,1	482
4,3,12	681
4,3,13	671

4,3,13,1	598
4,3,14,4	491
4,3,15	682
4,3,15,pr.	630
4,3,15,1	588
4,3,15,2	588, 657
4,3,15,3	672, 677, 686, 687
4,3,16	150
4,3,17	134
4,3,17,pr.	372, 482, 672, 677
4,3,17,1	483, 485, 486, 488, 588, 657, 671, 672, 677, 678, 693
4,3,18,pr.	482
4,3,18,5	447
4,3,26	483, 485, 497, 592, 602, 613, 655, 668, 671, 672, 674-676, 685, 694, 747, 786, 791
4,3,26	585, 598
4,3,27	484-486, 488, 613, 671, 678, 680, 681
4,3,27	585
4,3,28	484, 486, 608, 632, 671, 676, 684, 685
4,3,28	598
4,3,29	484, 487, 671, 693
4,3,30	671, 672, 676, 677
4,4,7,5	585
4,4,9,2	148
4,4,9,3	143, 148
4,5,7,2	185
4,6,38,pr.	150

4,7,1,pr.	151, 375
4,7,4,6	65, 148, 371, 372, 376
4,7,5	376
4,7,6	376
4,7,7	376, 378
4,9,1,2	179, 185
4,9,3,4	65
4,9,3,5	113
4,9,7,1	399
4,9,7,6	399
5,1,15	436-438
5,1,16	438, 516, 534
5,1,18,1	161
5,3,18,pr.	637
5,3,20,6,b)	618
5,3,20,17	585
5,3,22	638, 788
5,3,23,pr.	639
5,3,23,pr.-1	638, 788
5,3,25,7	268
5,3,25,11	637
5,3,36,2	113
5,3,40,pr.	638
6 1,13	113
6,1,13	115
6,1,14	113
6,1,27,2	113
6,1,52	597, 669

7,1,35,pr.	585
7,4,5,2	362
7,9,5,pr.	245
7,9,9,2	585
8,3,23,1	583
9,1,1,1	418
9,1,1,pr.	418
9,1,1,17	418
9,1,3	722, 740, 762
9,1,4	722
9,1,5	722
9,2,2,pr.	449, 451
9,2,2,1	448
9,2,4,1	27
9,2,4,1.	27
9,2,7,8	116
9,2,11,2	451
9,2,11,2;3;4	132
9,2,18	116
9,2,21,2	90
9,2,23,8	365, 451, 453, 455, 598, 623, 661, 719, 745
9,2,23,9	116
9,2,27,5	449
9,2,27,8	583
9,2,27,11	116
9,2,27,22	718
9,2,29,8	449
9,2,30,3	150

9,2,31	718
9,2,39,pr.	719
9,2,44,pr.	718
9,2,46	117
9,2,47	117, 118
9,2,51,1	132
9,2,51,2	132
9,2,52,2	718
9,3	754
9,3,1,pr.	440, 441
9,3,1,5	762
9,3,1,10	135
9,3,2	135
9,3,3	135
9,3,4	135
9,3,5,5	440, 441, 763
9,3,5,6	442
9,3,5,13	442
9,4,2,1	140
9,4,5,pr.	132
9,4,9	132
9,4,17,pr.	132
9,4,31	397
10,2,4,pr.	237
10,2,25,9	237
10,2,25,13	237
10,2,44,5	247
10,3,24,1	375

10,4,12	669
10,4,12,6	669
11,3,1,pr.	430
11,3,9,2	430
11,3,10	148
11,3,13,pr.	430
11,3,13,pr.	430
11,4,1,1	150
11,4,1,2	150
11,4,1,3	150
11,6,1,pr.	415, 417
11,6,3,pr.	136
11,6,3,5	415
11,6,3,6	415
11,6,4	415
11,7,2,2	538
11,7,7,pr.	537, 538
11,7,9	427, 783
11,7,12,2	523
11,7,12,3	523, 524
11,7,12,5	526
11,7,14,6	526
11,7,14,12	524
11,7,14,17	525
11,7,15	524, 525
11,7,20,pr.	584
11,7,21	526
11,7,23	185

11, 7, 31, 2	524, 525
11, 7, 45	526
12, 2, 28, 6	380, 382
12, 4, 10	635
12, 6, 14	635
12, 6, 26	639
12, 6, 26, 12	638, 641
12, 6, 65	639
12, 7, 5, pr.	147
13, 1, 4	585, 586
13, 1, 4, pr.	585
13, 1, 5	702
13, 1, 7, pr.	122
13, 1, 7, 1	122
13, 1, 7, 2	66
13, 1, 10, 1	91, 92, 128
13, 5, 1, 2	179, 185
13, 5, 5, 10	179
13, 5, 18, 2	249, 420
13, 5, 27	185
13, 5, 30	185
13, 5, 31, pr.	585
13, 6, 2	595
13, 6, 3	595
13, 6, 7, 1	116
14, 3, 17, 4	655
13, 6, 18, 1	116
14, 4, 3, 1	627, 630

14,4,7,5	585, 588, 630
14,4,8	630
14,4,8	65
14,4,9,2	369, 585, 630
14,5,1	655
15,1,1,4	630
15,1,3,2	630
15,1,3,11	263
15,1,3,12	588, 615
15,1,9,8	655
15,1,21,1	627, 630
15,1,21,2	588
15,1,37,pr.	584, 619
15,2,2,pr.	512
15,2,23,4	512
15,3,3,10	655
15,3,5,3	655
15,3,6	655
15,3,7,4	635, 655
16,1,10	66, 249
16,3,1,1	500, 505, 607, 785
16,3;1,4	150, 501
16,3,1,18	148
16,3,1,25	504
16,3,1,47	585, 588
16,3,7,1	505-507
16,3,9	148, 506
16,3,10	506

16,3,18	504, 505
17,2,50	115, 116, 451
18,4,2,1	585
18,4,2,2	585
18,4,2,3	585, 619
18,4,2,4	585, 588
18,4,25,pr.	585
19,1,13,7	630
19,2,25	382
19,2,25,5	116, 380
19,2,30,2	116
19,2,31	530
19,2,43	116
19,2,45,1	150
19,5,14,1	116
19,5,14,3	419
21,1,1,1	620
21,1,1,8	512
21,1,1,8	143, 148, 509
21,1,17,18	149
21,1,19,2	512
21,1,19,5	512
21,1,21,2	620
21,1,23,5	510-512
21,1,31,10	512
21,1,31,5-10	511
21,1,45	511, 513
21,1,48,5	510-512

21, 1, 51, pr.	143, 148, 509
21, 2, 2	520, 522
21, 2, 18	522
21, 2, 41, 2	585
21, 2, 51, 4	136, 522
22, 1, 38, 4	454
22, 4, 3	153
22, 6, 9, pr.	148
23, 2, 68	153
23, 3, 6, 2	635
24, 1, 7	639
24, 1, 21, pr.	594
24, 1, 28, 3	637
24, 1, 32, 7	328, 329
24, 1, 33, 1	594
24, 1, 50, pr.	635
24, 3, 39	143, 147
24, 3, 64, pr.	585, 617
24, 3, 64, 6	585, 617
24, 3, 64, 7	617
24, 3, 64, 10	617
24, 32, 7	325
25, 2, 3, 4	598, 613, 639, 668
25, 2, 4	681
25, 2, 5.	584
25, 2, 6, 3	479
25, 2, 21, 5	65, 477, 479
25, 2, 26	650, 693

25,5,1,1	535
25,5,1,4	66, 535
25,6,1,pr.	535
25,6,1,4	536
25,6,1,5	536
25,6,1,8	537
26,6,4,4	147
26,7,55,1	422, 424
26,7,61	627
26,8,1	616
26,8,1,pr.	595, 639
26,8,5,pr.	595
26,9,1	627
26,9,3	615, 627, 630
26,9,3,	630
26,10,3,3	150
26,10,3,5	148
26,10,3,6	148
26,10,3,7	150
27,3,1,10	148
27,3,1,11	148
27,3,1,12	148
27,3,1,13	148
27,3,1,14	148
27,3,1,22	423
27,3,1,23	422, 424
27,3,2,2	65, 422, 423
27,3,22	263

27,6,7,4	136, 385
27,6,8	136
27,6,9,1	386
27,7,8,1	250
27,7,8,1	366
27,8,1,17	516
27,8,6	517
27,8,7	515
27,8,8	515
27,8,14	515
28,1,12	236
28,1,8,4	328
28,2,11	229
28,3,15,pr.	585
28,4,4	585
28,5,5,pr.	583
28,5,47,pr.	585
28,5,60,7	585
29,1,11,pr.	149
29,2,5,pr.	236
29,2,5,50	236
29,2,6,pr.	236
29,2,6,4	236
29,2,20,5	65, 425, 426
29,2,22	236
29,2,86,1	325
29,4,10,2	585
29,4,12,1	65, 249, 585, 589

29,5,3,4	150
30,6-7	630
30,11,pr.	585
30,16,1	584
30,78,pr.	585
30,86,1	585
31,41,1	617
31,62,pr.	585
31,76,9	325, 329
31,89,7	638
32,22,1	149
32,29,2	585
32,37,2	585
32,37,2	585
32,40,1	585
32,41,12	585
32,83,pr.	585
32,103,pr.	585
33,2,4,pr.	585
33,4,2,pr.	585
33,4,2,1	584, 585
34,1,18,2	581
34,3,26	584
34,3,28,8	584
34,4,4,pr.	624
34,5,7,1	585
34,9,23,pr.	585
35,2,1,13	585

35,2,17,pr.	585
35,2,22,1	586, 588
35,2,25,pr.	585
35,2,32,pr.	366
35,2,87,7	585
36,1,1,17	585
36,1,17,1	585
36,1,17,5	584
36,1,18 (17),2	589
36,1,22,3	638
36,1,26,pr.	584
36,1,28,2	584
36,1,28,4	584
36,1,33,pr.	585
36,1,34,pr.	585
36,1,80,10	585
36,1,80,12	585
36,1,80,13	585
36,3,1,18	585
36,3,18,pr.	585
37,3,15,pr.	585
37,4,3,5	148
37,5,5,pr.	585
37,5,6,pr.	585
37,6,2,4	66, 118, 407
37,10,2	161
37,14,7,1	147
37,15,1	147

38,5,1,pr.	528, 621
38,5,1,26	529
38,5,3,1	529
38,5,3,2	66
38,5,5,1	528
38,12,1	149
38,16,1,3	325
38,16,10,pr.	585
38,17,2,34	143
39,1,20,6	550, 577
39,1,20,8	577, 585, 589, 614, 625
39,1,20,16	550
39,1,22	365
39,2,4,7	518
39,2,4,10	66, 249, 518
39,2,7,pr.	517
39,2,17,3	518, 519
39,3,1,22	582, 583
39,3,6,5	527
39,3,6,6	527
39,3,6,7	527
39,3,11,1-6	527
39,3,11,3	527
39,3,11,4	527
39,3,22,1	527
39,3,22,2	527
39,3,23,2	527
39,3,24,pr.-2	527

39, 4	318
39, 4, 1, pr.	474, 475
39, 4, 4, pr.	475, 598, 614
39, 4, 5, pr.	134
39, 4, 6	132, 133, 150, 475
39, 4, 8, pr.	321
39, 4, 12, 1	398
39, 4, 13, 4	398
39, 4, 14	321
39, 4, 16, 13	285, 292, 319
39, 5, 31, 4	325
39, 7, 11, 3	527
39, 7, 11, 4	527
40, 1, 4, 7	584
40, 2, 20	147
41, 3, 44, 4	585
40, 4, 13, 3	582
40, 5, 14, pr.	585
40, 5, 24, 9	362
40, 5, 24, 14	585
40, 5, 35	147
40, 7, 6, 4	585
40, 7, 29, pr.	147
40, 7, 34, 1	583
40, 9, 15, pr.	147, 325
40, 12, 21, pr.	421
40, 12, 21, 1	582
40, 12, 22, pr.	421

40,12,22,pr.	421, 422
40,13,2	622
40,13,2	497
42,1,6,3	65, 249
42,1,44,pr.	585
42,5,9,pr.	473
42,5,9,pr.	472
42,5,9,7	474
42,5,9,8	148, 372, 473
42,5,9,11	372
42,5,10	591, 657, 658
42,5,11	65, 371, 372, 473
42,5,31,2	150
42,8,6,11	596, 598
42,8,6,12	585, 614
42,8,10,18	459
42,8,10,24	456, 458, 585, 589, 661, 678
42,8,10,25	457, 458, 461, 463, 550
42,8,11	68, 69, 453, 457-459, 461, 463, 501, 573, 585, 591, 616, 625
42,8,20,25	462
42,8,25,1	586
43,1,2,2	65
43,1,4	460, 567, 615, 661
43,1,4,pr.	585
43,3,1,3	550
43,3,15,1	585
43,4,1,pr.	471

43,4,1,2,pr.	471
43,4,1,5	471
43,4,1,8	471, 472, 585, 589
43,5,3,16	550
43,5,4	148
43,5,4	143
43,13,1,10	550
43,16	551
43,16,1,pr.	460, 568, 585, 663, 693
43,16,1,12	561, 571
43,16,1,13	561, 571
43,16,1,14	571
43,16,1,15	571, 585
43,16,1,16	571
43,16,1,18,pr.	561
43,16,1,19	585
43,16,1,43	571
43,16,1,44	550, 551, 567
43,16,1,48	570, 585, 590
43,16,2	681
43,16,3,pr.	571
43,16,3,pr	585
43,16,3,pr.	571, 590
43,16,3,17	550
43,16,3,18	586, 590
43,16,4.	586
43,16,9,pr.	585, 670
43,16,16	586

43,16,16.	585
43,17,1,4	662
43,19,5,2	550
43,20	550
43,20,1,29	550
43,21,3,7	550
43,22,1,3	550
43,22,1,11	550
43,24,1,pr.	575
43,24,5,8	574, 576
43,24,5,9	574, 576, 577
43,24,7,5	576
43,24,9,pr.	576
43,24,9,1; 2	576
43,24,15,3	550, 574, 576, 577, 585, 590, 661
43,26,8,8	369, 550, 578, 585, 590
43,26,8,8,	578
43,26,12,1	578
43,26,88	585
43,32,1,6	550
43,44,15,3	575
44,2,22	507
44,2,25,1	512
44,4,4,23	630
44,4,4,27	148
44,4,4,28	585
44,7,1,pr.	151, 192
44,7,1,5	150

44,7,3	207
44,7,3,pr.	175
44,7,12	349
44,7,14	37
44,7,25,pr.	182
44,7,26	250, 251
44,7,26.	367
44,7,33	250, 251, 269, 273, 279, 283, 285, 287, 288, 292, 319, 367
44,7,33	274
44,7,34	116
44,7,34,	120
44,7,34,2	65, 115, 122
44,7,35,pr.	84
44,7,35,pr.	94
D. 44,7,35,pr.	64, 91
44,7,35,pr.	75, 76, 572
44,7,35,pr	65
44,7,35,pr.	58, 62, 65-67, 69, 74-76, 79, 80, 85, 87, 109, 115, 182, 343, 348, 349, 369, 407, 416, 423, 429, 458, 484, 485, 504, 559, 562, 564, 565, 573, 686, 774, 782, 783, 785
44,7,4	151
44,7,5,pr.	192
44,7,5,1	192
44,7,5,2	192
44,7,5,3	192
44,7,5,4	437

44,7,5,6	400
44,7,49	148, 357, 367
44,7,52,pr.	180, 185
44,7,59 (58)	250, 366
44,7,60	539
45,1,4,pr.	247
45,1,38,pr.	246
45,1,38,pr.	245
45,1,38,1	246
45,1,38,5	247
45,1,38,13	246
45,1,38,14	246
45,1,49,2	246
45,1,50,1	585, 619
45,1,56,1	243
45,1,83,pr.	246
45,1,85,3	246
45,1,92	247, 357
45,1,122,2	246
45,1,131,pr.	246
46,1,8,2	185
46,1,8,6	185
46,1,46,pr.	583
46,1,47,8	185
46,2,29	250, 251
46,3,66	596
46,3,98,8	402
47,1,1	352, 353, 355, 382

47,1,1,pr.	363, 364, 397, 660, 665, 726, 772
47,1,1,1	390
47,1,1,2	148, 159, 389
47,1,2,3	116
47,1,3	124, 718, 732
47,2,21,9	132
47,2,41,2	352, 354, 389, 390
47,2,47	393
47,2,55	122
47,2,55,3	27
47,2,57,1	127
47,2,67 (66),1	393
47,2,81,1	393
47,2,89	129
47,2,93	124, 718
47,2,93 (92)	150
47,4	397
47,4,1,pr.	585, 620
47,4,1,16	585
47,4,1,18	397
47,4,1,19	148
47,5,1,2	399
47,5,5,1,3	185
47,6,4.	397
47,6,6	396
47,6,6,pr.	391
47,7,1	380
47,7,2	381

47,7,4	381
47,7,5,pr.	381
47,7,6,pr.	132
47,7,7,pr.	381
47,7,7,4	381
47,7,7,5	381
47,7,7,6	381, 383
47,7,7,7	381
47,7,7,9	381
47,7,8,pr.	381
47,7,8,1	381
47,7,11	380
47,8,1	129
47,8,2,pr.	433
47,8,2,1	130
47,8,2,10	128
47,8,2,13	433, 435
47,8,2,24	149
47,8,2,26	91, 92, 128
47,8,2,26	91
47,8,2,27	365, 433, 436, 454, 585, 591, 598, 623, 657, 660, 665, 702, 706, 734, 789
47,8,2,27	596
47,8,3,pr.	585
47,8,4	436
47,8,4,8	607
47,8,4,16	436, 703
47,8,6,pr.	585

47,9,1,pr.	464
47,9,1,1	117, 150
47,9,4,2	464, 585, 591, 657, 658
47,9,9	539, 540
47,10,1,6	408, 409
47,10,1,7	408, 409
47,10,6	119
47,10,7,1	116, 119
47,10,7,6	731
47,10,7,7	731
47,10,13,pr.	250, 251, 407
47,10,15,46	120
47,10,28	408
47,10,34	132
47,10,45	121
47,12,1	425
47,12,3,11)	425
47,12,6	425
47,12,10	425
47,13,1	147
47,16,2	147
47,23,8	533
48,1,1	100
48,1,4	131, 718, 732
48,1,7	150
48,2,15	130, 718, 731
48,2,20	102, 293, 294, 306, 323, 325, 780
48 2,20	780

48,4,3	15
48,4,11	325, 327-329
48,4,7,3	147
48,5,2,3	153
48,5,6,pr.	150
48,5,12,12	150
48,5,14,9	147
48,5,30(29),3	153
48,5,30(29),4	153
48,5,39(38),4	153
48,9,15,pr.	325
48,10,4	322
48,10,12	267, 322
48,10,21	332
48,10,26	322
48,10,31	147
48,11,2	100, 102, 305, 306, 309
48,11,7,3	310, 317
48,13,2	317
48,13,5	317
48,13,5,3	317
48,13,15 (13)	312
48,13,16	102, 313, 314
48,14,9,	322
48,14,16 (14)	306
48,15,6	125, 150
48,15,7	147
48,16,7,1	150

48,16,15,3	147, 306, 325, 328, 329
48,16,15,4	147
48,18,1,27	582
48,18,14	147
48,19,1,pr.	147
48,19,1,3	150
48,19,5,pr.	153
48,19,5,2	147
48,19,14	149
48,19,20	288, 352, 353, 355-357
48,19,20	357
48,19,26	287, 288, 319
48,19,28,12	117
48,19,32	150
48,19,41	147
48,20,1,pr.	328, 330
48,20,1	295, 296, 332
48,20,2	297, 311
48,20,3	332
48,20,7,5	332
48,20,14,1	332
48,20,17,1	332
48,21	304
48,22,1	332, 333
48,22,3	328, 621
48,22,4	332
48,22,7,4	332, 333
48,23,18 (19),1	332

49,13,1,pr.	334, 335
49,14	318
49,14,3,3	585
49,14,29,pr.	319
49,14,39,pr.	332
49,14,45,2	304
49,15,22,pr.	584
49,16,2,1	147
49,16,3,5	149
49,16,6,pr.	147
49,16,12,2	149
50,2,2,7	147
50,12,2,2	249
50,13,5,1	147
50,13,6	436, 437
50,14,6	437
50,16,19	191
50,16,53,2	583
50,16,97	619
50,16,97	584
50,16,131,1	147
50,16,171	586, 681
50,16,171.	585
50,16,225	150
50,17,38	349, 586
50,17,44	368, 591
50,17,44.	585
50,17,111,1	151, 277, 278, 363, 364

50,17,127	368, 585, 646, 690
50,17,130	539
50,17,139,pr.	250, 263, 366
50,17,154	148
50,17,157,2	369, 579, 585, 591, 643
50,17,164	250, 367
50,17,206	635

Novelas de Justiniano

Novela 17, c. 12	329
Novela 17, c. 12)	330
Novela 134, c. 13,2	329
Novela 134, c. 13,3	329

4) Fuentes postjustinianeas.

Theophili Paraphrasis I. 4,6,6	454
Labbei Glossa.	454

Basílicas

10,2,17	644
52,1,32	280
60,3,21	454
60,30,20	293
Sch. I ad Bas. 60,5,36	454

Siete Partidas

7,9,21	766
7,9,21.	795
7,9,21	731
7,9,23	731
7,13,2	733
7,13,3	734
7,14,18	738
7,14,20	735
7,15,1	739
7,15,3	744
7,15,16	743
7,15,6,b	741, 742
7,16,1	745
7,16,3	745
7,16,4	747
7,16,7	747
7,16,8-11	747
7,16,12	747, 748
7,31,9	759

Glosa de Gregorio López

n. h	7,9,1	733
n. pr.	7,9,21	767
n. pr.	7,9,23	732
n. pr.	7,13,2	734
n. pr.	7,14,2	735
n. pr.	7,14,18	738
n. e	7,14,18	739
n. pr.	7,14,20	736
n. c	7,15,1	739, 740
n. d	7,15,1	741
n. pr.	7,15,2	744
n. pr.	7,15,3	745
n. pr.	7,16,3	746
n. b	7,15,6	743
n. pr.	7,15,16	743
n. pr.	7,15,17	743
n. b	7,16,3	746
n. c,	7,16,3	749
n. c	7,16,12	748

Fuero Real

4,5,9	759
-----------------	-----

Liber Iudiciorum

4,1	759
---------------	-----

4,2,1 759

5) Fuentes de Derecho positivo español.

Código Civil

art. 1089 751, 752
art. 1902 742, 743, 748, 751-753, 793, 794
Art. 1903 752, 759
art. 1903-1906 759

Código Penal

art. 19 751
art. 20 321
art. 101 321, 733, 751
Art. 105 752, 757, 759
art. 1910 754

INDICE DE MATERIAS

Introducción..... p. 1

CAPITULO I: ORIGEN Y EVOLUCION DE LA ACTIO POENALIS

PRIVATA.

1) El origen del Derecho penal romano: la distinción entre Derecho penal público y Derecho penal privado.... p. 7

2) Origen y significado del término poena..... p. 17

3) El significado jurídico de la poena privata. Introducción..... p. 22

4) La poena privata al tiempo de las XII Tablas: composición o sustituto de la venganza..... p. 25

5) Estructura y función de la actio poenalis privata en el Derecho romano clásico..... p. 44

 A) Estado de la cuestión..... p. 44

 B) La interpretación de D. 44,7,35,pr. y de Gai. 4,6-9..... p. 62

6) La decadencia del carácter penal de la actio poenalis en el Derecho clásico..... p. 98

 A) Naturaleza penal y función reipersecutoria en el campo de las acciones penales públicas que conllevan penas de tipo patrominial..... p. 98

 B) Cambio de la estructura de las acciones penales privadas como consecuencia del cambio de función que desempeñan a lo largo del Derecho romano clásico..... p. 104

 C) Cambio de la estreutura y función de las

acciones correspondientes a los cuatro delicta ex iure civil.....p. 114

D) Permanencia del carácter penal de la cumulatividad subjetiva de las acciones penales privadas.....p. 131

CAPITULO II: LA OBLIGATIO EX DELICTO COMO CREACION DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA.

1) El concepto de delictum como delimitador del concepto de la obligatio ex delicto..... p. 139

A) Introducción..... p. 139

B) Cuestión terminológica: Delictum y Crimen.....p. 140

2) La obligatio ex delicto..... p. 164

A) Cuestión previa: El origen y la estructura de la obligatio clásica..... p. 164

B) La obligatio ex delicto..... p. 189

C) El Congreso de Copanello..... p. 211

CAPITULO III: LA TRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA DE LAS ACCIONES EN EL DERECHO ROMANO: ASPECTO SUSTANTIVO Y PROCESAL.

1) Introducción..... p. 218

2) La intransmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas en el Derecho romano: origen y

fundamento.....	p. 220
A) La obligatio romana nace como un vinculum iuris personalísimo: originaria responsabilidad personal del deudor.....	p. 220
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.....	p. 222
C) La transmisibilidad hereditaria de créditos y deudas en las XII Tablas.....	p. 236
D) La supervivencia de la intransmisibilidad hereditaria de acciones derivadas de relaciones de tipo contractual en el Derecho romano clásico.....	p. 239
3) La litis contestatio como fuente de la obligatio procesal transmisible a los herederos del reo.....	p. 250
A) La transmisibilidad hereditaria de las acciones penales a partir de la litis contestatio: las fuentes relativas a las acciones penales privadas.....	p. 250
B) Referencia a la naturaleza de la litis contestatio en el proceso formulario. El principio "ne bis in eadem".....	p. 252
C) La litis contestatio en el procedimiento de la cognitio extra ordinem.....	p. 266
D) ¿Litis contestio fingida?.....	p. 272

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.....	p. 287
2) La instrumentalización de la litis contestatio en los procesos penales públicos.....	p. 290
3) Los crimina que dan lugar a penas de tipo patrimonial.....	p. 298
4) Los crimina que dan lugar a pena de tipo personal.....	p. 322
5) El crimen maiestatis y la publicatio bonorum.....	p. 323
6) La ademptio bonorum o pena extra ordinem de naturaleza fiscal.....	p. 331

CAPITULO V: LA INTRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA DE LAS ACCIONES PENALES PRIVADAS EN EL DERECHO ROMANO.

1) La intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas en el Derecho romano.....	p. 338
A) Introducción.....	p. 338
B) La intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas como corolario del principio de personalidad de la pena.....	p. 346
2) La tesis de De Francisci.....	p. 361
3) Relación de acciones penales privadas: especial referencia a la cuestión de su transmisibilidad o intrnsmisibilidad activa y pasiva.....	p. 370

A) Introducción.....	p. 370
B) Primer grupo de acciones penales privadas.....	p. 375
- Actio ex alienatione iudici mutandi causa facta.....	p. 375
- Actio de arboribus succisis y actio arborum furtim caesarum.....	p. 380
- Acción contra el argentarius que viole el deber de la editio.....	p. 383
- Acción contra el falso tutor.....	p. 385
- Actio furti.....	p. 386
- Acción contra "qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur".....	p. 397
- Acción dada "si familia furtum fecisse dicetur".....	p. 397
- Acción por "quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur".....	p. 398
- Actiones furti et damni adversus nautas caupones et stabularios.....	p. 398
- Actio de tigno iuncto.....	p. 400
- Actio iniuriarum.....	p. 404
- Acción contra aquel "qui ius dicenti non obtemperaverit".....	p. 411
- Acción contra aquel que haya llevado in ius a una persona respecto de la cual es preciso el permiso del Pretor.....	p. 412
- Acción contra aquél que "in ius vocatus neque	

venerit neque vindicem dederit".....	p. 413
- Acción contra aquél "qui eum qui in ius	
vocabitur vi eximat".....	p. 413
- Iudicium de moribus.....	p. 414
dixerit".....	p. 415
- Acción contra el "mensor qui falsum modum	
- Actio de pauperie.....	p. 418
- Actio de pastu pecoris.....	p. 419
- Actio de pecunia constituta.....	p. 419
- Acción contra "qui cum se liberum esse sciret	
dolo malo passus erit se pro servo remunerari".....	p. 421
- Actio rationibus distrahendis.....	p. 422
- Actio sepulchri violati.....	p. 424
- Acción por impedir enterramiento.....	p. 426
- Actio servi corrupti.....	p. 429
- Actio vi bonorum raptorum y por el damnum vi	
hominibus armatis coactisve datum.....	p. 431
- Acción por el "damnum in turba datum"...	p. 436
- Acción contra el "iudex qui litem suam	
fecerit".....	p. 436
- Actio de effussis et deiectis.....	p. 440
- Actio de positis et suspensis.....	p. 442
- Acciones "in duplum adversus infitiantem" p.	443
C) Segundo grupo de acciones penales	
privadas.....	p. 445
- Actio ex lege Aquilia.....	p. 446
- Fraus creditorum.....	p. 454

- Actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata.....	p. 464
- Acción contra el que impida "in iudicium sistere".....	p. 465
- Acción contra los "calumniatores".....	p. 466
- Acción contra aquél "qui dolo malo fecerit quo minus quis in possessionem sit".....	p. 471
- Acción contra aquél "cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur".....	p. 472
- Acción contra el "publicanus qui vi ademerit".....	p. 474
- Actio rerum amotarum.....	p. 477
- Actio de dolo.....	p. 480
- Actio metus.....	p. 490
D) Tercer grupo de acciones penales privadas.....	
- Actio depositi in factum.....	p. 499
- Acciones edilicias.....	p. 508
- Actio rei uxoriae.....	p. 513
- Actio subsidiaria.....	p. 515
- Actio ficticia de damno infecto.....	p. 517
- Actio auctoritatis.....	p. 519
- Actio funeraria.....	p. 522
- Actio aquae pluviae arcendae.....	p. 526
- Acciones fabiana y calvisiana.....	p. 527
- Acción contra "qui fruges excantassit".	p. 530
- Acción contra quien haya causado daños contra	

las mieses de otro.....	p. 530
- Acción por el <i>quadruplum</i> contra aquél que haya prestado dinero a un interés superior al <i>unciarium foenus</i>	p. 531
- Acción de la <i>lex Plaetoria</i>	p. 531
- <i>Iudicium calumniae</i>	p. 531
E) Cuarto grupo de acciones penales privadas.....	p. 532
- <i>Actio de aleatoribus</i>	p. 532
- <i>Actio de albo corrupto</i>	p. 533
- <i>Quod quisque iuris in alterum statuerit</i> . p.	533
- Acción contra la mujer que " <i>ventris nomine in possessione missa, quae in alium hanc possessionem dolo malo transluit</i> ".....	p. 534
- Acción contra la mujer que " <i>calumnia causa in possessionem missa</i> ".....	p. 535
- Acción contra aquél " <i>qui mortuum in locum alterius intulerit</i> ".....	p. 537
- Acción derivada del Edicto " <i>de feris</i> "... p.	538
- <i>Actio aedium incensarum</i>	p. 539
F) El comentario <i>fianl</i> de Von Lübtow respecto a la intransmisibilidad hereditaria de las acciones penales privadas en el Derecho romano clásico.....	p. 540

CAPITULO VI: LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO ROMANO:
¿TRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA O EXTENSION DE LA LEGITIMACION
ACTIVA Y PASIVA AL HEREDERO?

1) Introducción.....	p. 544
2) La extensión de la legitimación activa y pasiva de los interdictos a los respectivos herederos.....	p. 548
3) Las acciones ex interdicto	p. 553
4) La concepción justiniana de los interdictos.....	p. 556
5) Las "acciones in factum in id quod ad heredem pervenit ".....	p. 567

CAPITULO VII: ID QUOD PERVENIT E LOCUPLETIOR FACTUS

EST.

1) Los términos " pervenire " y " locupletior " en las fuentes jurídicas romanas.....	p. 581
A) El término " pervenire ".....	p. 581
B) El término " locupletior ".....	p. 593
2) La responsabilidad del heredero por delito del causante en las acciones penales privadas en el Derecho romano: planteamiento de problemas.....	p. 599
3) Las medidas de responsabilidad " pervenire " y " locupletior factus est " en el Derecho romano clásico.....	p. 602
A) Consideraciones previas.....	p. 602
B) La tesis de Albertario.....	p. 604
C) Las tesis de Schulz y Levy.....	p. 609
D) Las fuentes.....	p. 612
E) Epoca en que aparecen las acciones " in id quod ad eum pervenit ".....	p. 624

F) Descripción de las medidas de responsabilidad "pervenire" y "condictio".....	p. 626
G) Responsabilidad "pervenire" y "condictio".....	p. 648
3) La cláusula justiniana "in id quod ad eum pervenit".....	p. 657
4) Las acciones de enriquecimiento contra el heredero del autor del delito.....	p. 660
A) Estado de la cuestión.....	p. 660
B) ¿Transmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones de dolo y metus causa?.....	p. 670
1.- Introducción.....	p. 670
2.- La actio de dolo.....	p. 676
3.- La actio metus causa.....	p. 686
5) Naturaleza y función de las acciones pretorias "in factum in id quod ad eum pervenit".....	p. 692
A) La tesis de Levy.....	p. 692
B) C. Herm. Wis. 2,1 y C. 4,17,1.....	p. 696
C) ¿Por qué la jurisprudencia ideó las "acciones in factum in id quod ad eum pervenit" como medio para hacer responder al heredero "ex dolo defuncti"?.....	p. 700

CAPITULO VIII: DE LA OBLIGATIO EX DELICTO ROMANA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL ACTUAL.

1) Introducción.....	p. 711
----------------------	--------

2) Vía criminal y vía ordinaria de responsabilidad en el Derecho romano.....	p. 715
3) Los principio jurídicos del Derecho penal germánico.....	p. 724
4) La recepción del Derecho en la Baja Edad Media: Las Partidas.....	p. 729
5) La responsabilidad civil, hoy.....	p. 750
6) La indemnización por daños morales: una aportación del Derecho romano a la sociedad actual.....	p. 761
<u>CONCLUSIONES</u>	p. 768
<u>BIBLIOGRAFIA DE LA TESIS</u>	p. 797
<u>INDICE DE FUENTES</u>	p. 836