

15-1992/93

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

UNIDAD DE TERCER CICLO Y POSTGRADO

Reunido el día de la fecha, el Tribunal nombrado por el Excmo. Sr. Rector Magfco. de esta Universidad, el aspirante expuso esta TESIS DOCTORAL.

Terminada la lectura y contestadas por el Doctorando las objeciones formuladas por los señores jueces del Tribunal, éste calificó dicho trabajo con la nota de Apto cum laude.

Las Palmas de G. C., a 5 de Marzo de 1993.

El Presidente: Dr. D. Fernando Reinoso Barbero,

La Secret.: Dra. D.^a M.^a Soiedad del Castillo Santana,

El Vocal: Dr. D. Enrique Lozano Corbi,

La Vocal: Dra. D.^a M.^a Dolores Floria Hidalgo,

El Vocal: Dr. D. Marco Balzanini,

El Doctorando: D. Silvestre Bello Rodriguez,

**"LA CASUISTICA DE LA RAPINA EN LA JURISPRUDENCIA
ROMANA"**

SILVESTRE BELLO RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

**"LA CASUISTICA DE LA RAPINA EN LA JURISPRUDENCIA
ROMANA"**

TESIS DOCTORAL que presenta el licenciado en Derecho
Silvestre Bello Rodriguez bajo la dirección del
Prof.Dr.D.Manuel Jesús García Garrido en la Facultad
de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las
Palmas de Gran Canaria.

Las Palmas de Gran Canaria Diciembre de 1.992

I N T R O D U C C I O N

EL METODO DE COMPARACION DE CASOS

EL METODO DE COMPARACION DE CASOS

En el estudio de los textos jurisprudenciales he seguido el método de comparación casuística propuesto por García Garrido. Se trata de una modalidad más o nuevo paso en la utilización del general método histórico crítico. La novedad del método consiste en ir más allá de la forma para entrar en el contenido de los textos jurisprudenciales. Se trata de comparar los supuestos de hechos examinados por los juristas y las decisiones que lo motivan. Parto del hecho fácilmente constatable de que los casos se repiten con excesiva frecuencia y que los sucesivos juristas presentan diferentes versiones de un mismo caso. En el estudio de las distintas soluciones a los problemas concretos que se plantean al jurisconsulto, deben tenerse en cuenta las redacciones de los casos. Las coincidencias en las redacciones y en las respuestas no sólo se dan en los fragmentos de las obras de un mismo jurista, sino con frecuencia también existen en las aportaciones de dos o más juristas. Por ello debe

afirmarse el gran interés crítico-reconstructivo no sólo de las *leges geminatae* estudiadas continuamente por la doctrina, sino también de los *capita similia*¹, a los que se ha venido dando una importancia secundaria. El método de comparación casuística se situaría entre la *textgeschichte* o historia de los textos, patrocinada y aplicada por Wieacker, y la *Sachgeschichte*, o historia de los contenidos jurídicos, que defiende Kaser². Por historia de los contenidos entiende este último autor el nacimiento y desarrollo de las instituciones jurídicas, reglas y principios jurídicos y también las "soluciones casuísticas dadas a los problemas jurídicos". Creo que sólo a través de las soluciones casuísticas se llega a los principios jurídicos y por ello me parece de prioritario interés el estudio comparativo de los casos. La regla está estrechamente relacionada con el caso para el que se formula y su generalización no siempre tiene un apoyo textual y sistemático. En ocasiones es posible seguir el proceso de

¹ Vid. la bibliografía citada en redacciones coincidentes (*leges geminatae*) y casos jurisprudenciales semejantes (*capita similia*) en Estudios en honor de A. D'ors, p. 517 ss.

² Vid. Kaser, *Zur Methodologie der Römischen Rechtsquellenforschung*, Viena 1.972, p. 9.ss; *Röm. Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Viena-Colonia-Graz 1.986, p. 112 ss. Wieacker, *Textkritik und Sachforschung*, en *Ausgewählte Schriften*, I 1983, p.123 ss.

formación y generalización de la regla a través del caso-caso guía-regla. En otras el proceso se detiene en el caso-caso guía y la regla se debe a los criterios de generalización de los intérpretes. La distinción entre los métodos de elaboración casuística de los juristas y los de interpretación generalizadora de los comentaristas postclásicos, medievales y modernos es otro de los resultados a que puede conducir este método casuístico comparativo. Las noticias de las fuentes permiten a veces una comparación de las distintas versiones de un mismo caso o supuesto y de sus variantes o añadidos. Puede intentarse reconstruir una historia del caso, desde su versión originaria, que suele ser la que contiene mayores detalles y datos concretos, hasta la más generalizada y simplificada, que ofrecen las redacciones de los últimos juristas clásicos, y sobre todo las exposiciones institucionales de Gayo y Juliano. No siempre, sin embargo, se sigue esta línea de desarrollo, pues la redacción más amplia del caso o de la variante se encuentra otras veces en la jurisprudencia tardía, especialmente en los comentarios a los juristas anteriores. El proceso de simplificación y generalización de los casos que constantemente podemos observar en el Digesto es

realizado por los mismos autores clásicos con criterios de ofrecer ejemplos de sus decisiones o para basarlas en la tradición jurisprudencial. Este proceso fue llevado a su conclusión por los compiladores, como observó Schulz. La labor del historiador del caso tropieza en ocasiones con graves dificultades para distinguir unas redacciones de otras y a veces se convierten en invencibles llevándole a tener que desistir de la reconstrucción. La reelaboración compilatoria borra con demasiada frecuencia las redacciones anteriores y sólo cabe conjeturarlas. Sin embargo, la repetición del caso por jurisprudencias de diferentes etapas históricas permite establecer fundadas hipótesis de la línea de evolución del caso en sus diferentes redacciones. Por ello, aplico el término estrato acuñado en la historia editorial del texto, para designar las diferentes redacciones de un mismo caso a las que llamo estratos casuísticos. Enumero hasta cinco estratos casuísticos: A) Jurisprudencia Republicana; B) Jurisprudencia del Principado, referidos a los Juristas de la llamada etapa clásica central o alta, desde Labeón hasta Salvio Juliano; C) Juristas de la última etapa clásica; D) Reelaboradores postclásicos y justinianeos. Dentro de cada uno de estos estra-

tos, que pueden subdividirse por escuelas o tendencias, se hace referencia a las diferentes redacciones que cada jurista da al caso que plantea y resuelve³.

En este estudio me propongo analizar la casuística de la *rapina* y otras formas de hurto agravado por la violencia, en la jurisprudencia romana, haciendo referencia en primer lugar a las diferentes concepciones del *furtum* y la *rapina* como figuras delictivas diferentes a través del estudio de cada uno de los casos, desde su formulación originaria, hasta la redacción definitiva si fuesen varias las redacciones o sus variantes. En el caso de que la redacción sea única se estudiará por orden cronológico de los juristas autores. Conforme al método de comparación de cada caso de García Garrido estudiaré la diversidad de decisiones para llegar a los estratos casuísticos.

³ García Garrido, introducción al libro de M. Dolores Floría "La casuística del *furtum* en la jurisprudencia romana clásica."

DELICTA Y CRIMINA

DELICTA Y CRIMINA

El rasgo de la tipicidad tan propio del Derecho Romano se manifiesta también en el ámbito de los delitos. Más que de una categoría general del delito de lo que se ocupa el *Ius Civile* es de los delitos concretos tipificados y de los cuales vamos a destacar el *Furtum* Y La *rapina*. El concepto romano de *furtum* difiere notablemente del concepto de hurto en los modernos ordenamientos jurídicos. El hurto en el actual Derecho Penal es una figura con contornos muy precisos que se separa netamente de la estafa y de la apropiación indebida; el concepto romano es tan vago y tan impreciso que comprende todas estas

figuras delictivas. Además, mientras hoy día se considera que el hurto es un delito que se dirige contra la comunidad y su persecución se realiza a través de un proceso público en el que interviene el Ministerio Fiscal, en Roma el *furtum* es, desde luego, un delito privado cuya persecución corre a cargo del ofendido; se debe desechar el equívoco de aplicar sin más al Derecho Romano la distinción moderna entre *crimina* hechos delictivos castigados por Tribunales o Magistrados Públicos con penas públicas y *delicta* hechos perseguidos por los particulares en procesos privados.

La abundancia de testimonios de los últimos juristas clásicos nos pone en situación de pensar que el fundamento de esa división entre *civiliter* y *criminaliter agere* tenga ya un origen clásico tardío y se inicia a partir de Juliano.

Al estudiar las obligaciones que nacen de la responsabilidad por la capacidad delictual del individuo nos encontramos con que el *furtum* ocupa una posición central. Hay que destacar que en el tema del *furtum* los romanistas de todas las épocas han admitido la importancia de la doctrina jurisprudencial donde es necesario destacar la amplísima

elaboración de una noción de *furtum* como delito privado a partir de los juristas republicanos⁴. Debido a la multiplicación de conceptos, las dificultades de interpretación y a las numerosas reglas que se sobreponen en el tiempo, Schulz llega a un juicio negativo sobre la aportación jurisprudencial romana.

Perozzi⁵ también subraya la importancia de la cantidad y antigüedad de los principios que lo rigen, así como de las penas con su antigua agravación y la atenuación más reciente y la edad tardía en que se convierte en delito público.

A la hora de dar un concepto claro de qué es el régimen público como eje central del *delictum* nos encontramos con la dificultad que los textos jurisprudenciales plantean, sobre todo para establecer una evolución histórica del Derecho público desde el primitivo derecho decemviral hasta la compilación

⁴ Schulz, F, *Derecho Romano Clásico*, trad. de Sta. Cruz, Barcelona 1.969 pag.550.

⁵ Perozzi, S. *Instituzioni di Diritto Romano*, 2ª edic. Roma 1.928, 325 s.; para este autor la única explicación era que el hurto consistía en el botín de cosas muebles o la usurpación de los inmuebles que cometían una gente contra otra.

justiniana, en la evolución de la primitiva y originaria noción de *furtum*.

Albanese⁶ precisa que originariamente *furtum* tendría un significado concreto que equivaldría a "cosa hurtada", es decir que existe para Albanese una delimitación del concepto de *furtum*. Para Huvelin⁷ *furtum* significa un acto y no una cosa material, deducción que hace de la expresión de las XII tablas, *furtum nec manifestum* y del precepto "*si adorat furto, quod nec manifestum erit*"; para este autor la primitiva acción de hurto se daría contra todos los que habían cometido un delito contra la cosa de otro.

Huvelin cree que se trata de una originaria noción amplísima y general del *furtum*, noción que aparece con un contenido muy amplio ya que abarca casos tan radicales como los referentes a esclavos o cosas muebles y fundos.

En los textos jurisprudenciales de final de la República y comienzos del Principado aparece una

⁶ Albanese, *La nozione* 1 cit. pag. 11 ss.

⁷ Vid Huvelin, *Etudes* 1 cit. pag. 15 ss; *Cours Elementaire de droit romain II*, Paris 1.929, pag. 20.

noción tan amplia del *furtum* y de tan múltiples aplicaciones que Albanese equipara la noción de *furtum* con el acto ilícito de Derecho Privado; también hace la precisión de que originariamente *furtum* tendría un significado concreto que equivaldría a cosa hurtada. Albanese también sostiene que el *furtum* en las doce tablas se refiere sólo a la sustracción de cosas muebles ajenas, no se contempla la sustracción de cosas inmuebles (la noticia más importante sobre la existencia de un hurto de inmuebles nos la proporciona Aulo Gelio aunque algunos autores atribuyen a Sabino no sólo la noticia, ya que Aulo Gelio tomó probablemente la referencia del libro de *furtis* de Sabino, sino incluso la innovación⁸.

Para Huvelin en el periodo decemviral el concepto de *furtum* significa un acto y no una cosa material y la noción de *furtum* comprende todos aquellos supuestos en los que alguien ocultamente hubiese cometido un delito contra una cosa ajena.

⁸. Vid. Floria Hidalgo, La casuística del *furtum* cit. p. 133 ss.

Cuando se utilizan los términos *delicta* y *crimina* no se hace en un sentido técnico y preciso ya que los juristas intentan resolver las necesidades humanas regulándolas con la aplicación de los más variados medios y siempre inspirados en la mejor solución, el jurista romano era práctico y se apartaba de las construcciones jurídicas, la necesidad práctica o el sentimiento jurídico es quien dicta la decisión y la lógica aparece después, ésta ha de dejar pues, paso a la utilidad y a la justicia.

Para seguir la evolución del Derecho criminal Romano es necesario contemplar el desarrollo de las correspondientes formas de proceso ya que la configuración de las figuras delictivas o criminales y la individualización de las penas previstas estará determinada según los modos en que cada caso se realice la represión. Es necesario seguir conjuntamente la evolución del Derecho y del proceso criminal contemplando este último en sus manifestaciones a través del tiempo. Con ello se lograría que la misma aplicación de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, que expresan los textos jurídicos de la época imperial hagan referencia a

las normas de conducta impuestas a los particulares por el Estado Romano a través del curso de la evolución histórica que si intencionadamente se inspiran en normas individualizadas, dictadas tanto en interés de la colectividad, como en el de los individuos aislados, se manifiesta más bien fundada en su carácter público o privado del proceso a través del cual se sanciona al eventual transgresor. Si se contempla desde el punto de vista de la distinción que hace Ulpiano D. 1.1.1.2 :

²Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit². privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus

como dos puntos de vista desde el estado de la República o de la utilidad de los particulares se podría aplicar a la mayoría de las materias jurídicas; en la primitiva época monárquica el sistema de represión penal unido a la *civitas* aparece inspirado en principios religiosos, se trata de un

régimen ordinario y primitivo donde no existe diferencia entre el ámbito criminal y el privado⁹.

Hay que tener en cuenta que el ordenamiento ciudadano está realizado en una sociedad gentilicia y familiar y su intervención se ve frecuentemente reducida a establecer los límites y a ejercitar un control en lo que se refiere a la represión de conductas individuales dentro del propio grupo, así, como las relaciones surgidas entre grupos mediante actos de autodefensa privada inspirados en la idea primitiva de la *vindicta*.

En el régimen penal de las XII tablas donde encontramos noticias referentes a un antiguo periodo referidas en su mayor parte a los *maiores* o a los *veteres*, se conservan algunas disposiciones penales de carácter religioso-sagrado donde se aprecia de forma tenue el recuerdo de la autodefensa privada; en estas disposiciones quedan delimitadas particulares figuras de actos ilícitos de donde nace la

⁹ Burdese, Derecho Público Romano, Barcelona 1.972; Floría, La casuística del *furtum* en la jurisprudencia romana cit. p.

obligación, perseguible en las formas del proceso civil, de pagar a título de pena pecuniaria una suma de dinero al ofendido del duplo o cuádruplo, en cuanto se sostenía que eran meramente lesivas de intereses individuales; coexiste, por otro lado la represión criminal reservada a órganos ciudadanos, que comportaban la condena a muerte del culpable, es decir la pena capital para el *furtum manifestum*, de conductas presumiblemente consideradas lesivas, de los intereses de la total colectividad.

En la época postdecenviral se plantea la dificultad de individualizar las distintas formas de represión penal motivada por las cada vez menos disposiciones de carácter religioso lo que lleva a la imposibilidad de distinguir netamente una represión criminal que se desenvuelve en formas públicas y una represión penal que se manifiesta de forma privada. Es decir que el carácter más o menos público o privado de la represión está unido a la iniciación pública o privada del proceso y también en cuál sea el procedimiento y la imposición de la sanción.

Entre las fuentes jurídicas que nos proporcionan un concepto de *furtum* hay que destacar las etimologías de S. Isidoro de Sevilla donde se nos da una definición jurídica en el libro V,56,19 y la glosa de Servio(vease textos tratados en p.125)

Pro ingenti scelere furis nomen posuit: capitale enim crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.

Servius, s.Virg. Aen., 8.205.

Furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.

Isidorus, Orig. 5.26.19.

. La distinción entre *Latro* y *Fur* tiene una gran importancia en la evolución del Derecho Visigótico donde se observa la influencia del Derecho Romano.

Para delimitar el concepto amplísimo que del *furtum* tienen los antiguos juristas republicanos (hurto considerado como hecho material), a partir de Neracio se llevó a cabo una labor de precisión del *furtum* exigiéndose la concurrencia de los dos

necesario en principio el desplazamiento o sustracción material de la cosa y subjetivo de *animus furandi* o *animus lucrificandi*.

Siguiendo la evolución de las penas que se imponen al que comete el delito de hurto es preciso señalar que al desaparecer la pena de entregar al ladrón (*additio*) se mantienen las antiguas acciones civiles en el procedimiento formulario (*actio furti concepti, actio furti oblati, actio furti nec manifesti*). El Pretor agregó otras acciones *in factum* entre las que destacamos la *actio vi bonorum raptorum* ya que es la acción que nos va a dar el punto de partida para hablar de la distinción hurto robo en el Derecho Romano. Sobre este amplio cuadro de acciones y de los casos que las motivan, la jurisprudencia clásica elabora principios y reglas sobre el hurto, para cuya existencia se requiere: un desplazamiento de la cosa mueble hurtada (*contrectatio rei*) en general la *contrectatio* es de por sí un acto material sin relevancia jurídica que sólo se convierte en jurídico penal cuando es fraudulenta.

Hay autores que creen que Paulo quería distinguir tres formas de *contrectatio* coordinadas:

contrectatio rei, *contrectatio usus* y *contrectatio possessionis* aunque Ferrini¹⁰ considera que sólo se trata de la *contrectatio rei* y la forma única se daba tanto en el *furtum possessionis* como en el *furtum usus*, la *contrectatio* tiene que recaer siempre sobre la cosa, porque la cosa es en cualquier clase de hurto el objeto de la acción; el interés que se ve jurídicamente protegido sí puede variar.

Haciendo una interpretación extensiva del término *furtum* se admitieron los hurtos de uso o de posesión e incluso los Sabinianos consideraron la posibilidad de un hurto de inmueble¹¹. El hurto como delito privado se ve limitado en su aplicación a medida que se imponen penas públicas para los casos más graves.

¹⁰ Vid. Ferrini, *Diritto Penale Romano*, ed. anast. Roma 1.976, p. 141. s, que afirma que cuando por el mismo hecho se dan cumulativamente las dos acciones penales, pública y privada, debe evitarse que la segunda no sea prejudicial a la primera. Para esta finalidad servía una excepción "*extra quam in Num. Num capitis praedictum fiat*" (Cicerón, de inv. 2.20). En los casos en que procedía se aconsejaba al Magistrado que suspendiese de oficio la concesión de la fórmula hasta que no se tramitase el *iudicium publicum*. Vid también Gioffredi, *I principii del D. P.*

¹¹ *Furtum fundi, Illecito e pena privata in età repubblicana*, Università degli Studi di Reggio Calabria, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro. pag. 371

A finales de la República aparecen leyes reformadoras de Derecho Penal con lo que entramos en la esfera del crimen público, en el año 81 a.c una *lex Cornelia de Sicariis et beneficiis*, emanada bajo Sila, establecía penas para el ladrón armado (Marciano, D.48.1.8.1 pr.; Ulpiano, Collat.1.3.3.) mediante una *lex Julia* se establecían penas para el que hurta cosas públicas y sagradas y mediante otras leyes se establecían penas para que otros casos de hurto sean juzgados en el procedimiento público.

Es en este punto donde es necesario poner en relación con el hurto causado con violencia la *actio vi bonorum raptorum* que el Pretor Luculo estableció dentro del proceso privado acumulable con la *actio furti*. Según la referencia de Gayo 3.209:

Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti; quis enim magis alienam rem invito domino conrectat quam qui vi rapit? Itaque recte dictum est eum inprobum furem esse. Sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.

se trataba de casos de robo con violencia, con la que se configura otro delito privado, la *rapina*, en el que se consideran de forma particular los daños

causados por bandas armadas) Ulpiano 56.ed. D-
.47.8.2. pr. ¹².

Cuando se habla de *crimina* y *delicta* se hace referencia a dos métodos de hechos ilícitos penales en cuanto que ambos originan una sanción al reo, pero la persecución procesal es lo que marca la diferencia entre *crimina* y *delicta* que en un caso es pública y en el otro se actúa con las formas del proceso privado. La iniciativa procesal en este último caso es por lo tanto de la persona ofendida y el proceso concluye con la condena al pago de una pena indispensablemente patrimonial y que se le imputa al ofendido y no a las arcas del Estado.

¹² M. Balzarini; *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*. Padova 1.966. p.

Los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum* para los delitos privados, de las *quaestiones perpetuae* para determinados *crimina* y también las especiales figuras que van contemplando las leyes, entre ellas las *leges Corneliae*, crean acciones propias que persiguen sanciones personales y patrimoniales. La progresiva extensión de la *cognitio extraordinem* en el Principado lleva a la unificación procesal y penal de los dos tipos de *iudicia pública et privata*.

BURDESE

Burdese¹³ considera el Derecho Criminal Romano como un conjunto de normas de conducta que, en su consideración histórica, imponía a los particulares mediante la conminación a los transgresores de penas aflictivas, en procesos de carácter público con la posibilidad de defender los intereses y tutelar a la colectividad.

El proceso criminal romano es el conjunto de actos realizados por los órganos estatales, o bajo

¹³ Burdese, Derecho Público Romano ,Barcelona 1972.

su control con función sancionatoria. El porqué se utiliza esta terminología se justifica en las experiencias jurídicas modernas que se designan con la expresión de derecho y proceso penal.

Sobre la expresión *crimina* como terminología, ésta se justifica porque el ordenamiento jurídico romano también conoció normas dictadas en interés particular: penas privadas que consistían en sumas de dinero, es decir, penas que se aplicaban en un proceso de carácter privado. Burdese profundizando en la terminología empleada hace hincapié en el doble sentido del término "*crimina*" ya que tal término no se haya usado para indicar los actos ilícitos de carácter público como tales, sino más bien como denominación de una particular fórmula de proceso que, en la época de Augusto vino a integrar el proceso criminal ordinario que acabaría más tarde con un sentido muy parecido al término *Delictum*. Para este autor es necesario estudiar conjuntamente la evolución del Derecho Criminal y las distintas formas de proceso ya que hay que tener en cuenta las figuras delictivas y penales así como la individualización de las penas prescritas; al estudiar este epígrafe se pone de manifiesto una vez más que

la tendencia de los juristas a inspirarse en normas individualizadas que se dictan tanto en interés de la colectividad como en el de los individuos aislados, destacando que el carácter público o privado se manifiesta a través del procedimiento por el que se sanciona al eventual transgresor.

Burdese nos situa en la primitiva época monárquica para decirnos que la represión penal aplaca la justicia de los Dioses "*pax deorum*". Existió una preocupación ciudadana (responsabilidad solidaria de la colectividad) para sancionar al culpable a título de sacrificio expiatorio dirigido a sanar al Estado de impurezas colectivas y restaurar la "*pax deorum*".

La idea de la vengaza privada como venganza ciudadana tiene su origen en una sociedad gentilicia y familiar y la forma de proteger a esta colectividad en las relaciones entre los Dioses y los hombres era la represión de conductas individuales dentro de esos grupos mediante actos de autodefensa privada inspirados en la idea primitiva de los *Vindictae*.

Sobre la autoridad del Estado como fuente de Represión Penal, este autor afirma que el proceso que se inicia al final del periodo monárquico y que concluye durante la república y mediante el cual se va reafirmando la autoridad laica, se debe a la influencia etrusca; la represión penal hasta ahora en poder de la colectividad ciudadana se encomienda al Magistrado por su condición de Jefe Militar.

Al estudiar la ley de las doce tablas se observa el doble plano individual y colectivo: ya que, de una parte, se conservan algunas disposiciones de carácter religioso sagrado en las que se vislumbra el recuerdo de la autodefensa privada y, de otra parte, se va acentuando la represión criminal reservada a órganos ciudadanos cuya sanción al culpable de una conducta delictiva era la condena a muerte del mismo, esta conducta dolosa era considerada lesiva al interés de toda la comunidad. Para Burdese lo que dificulta la distinción de la represión criminal es el hecho de la disminución de disposiciones penales de carácter religioso y por la imposibilidad de distinguir de forma neta una represión criminal, que se desenvuelve en formas públicas, y una represión penal, que se manifiesta

de forma privada. En este punto el texto que analizo pone en relación el carácter público o privado de la *coercitio* o facultad de castigo ya que la naturaleza y composición del órgano que ha de juzgar determinará el proceso y la sanción que se ha de aplicar. La facultad del Magistrado de actuar de manera discrecional se ve limitada por la facultad de los ciudadanos de *Provocare ad populum*; existe paralelamente a la *coercitio* del magistrado un tipo de proceso comicial ante la asamblea popular reunida para aquellos crímenes lesivos de los intereses de la colectividad; según este autor, en esta forma de proceder se puede discutir el carácter público del procedimiento; se pone de manifiesto que, de otra parte, cuando se trata de crímenes lesivos de intereses particulares la represión penal se lleva a cabo mediante el procedimiento de la *Legis actiones*. Cuando los actos ilícitos son más directamente lesivos de los intereses particulares, cuya represión por su gravedad presenta un interés colectivo concurrente, aparece una forma intermedia de carácter mixto no exclusivamente público ni privado ante un órgano colegiado dirigido por Magistrados.

Sobre la aparición de los jurados extraordinarios para reprimir delitos en interés de la colectividad, desde el siglo IV a.c. se asiste a la creación de jurados extraordinarios para reprimir mediante procedimientos de carácter público, ciertos delitos en interés de la colectividad. Estos jurados extraordinarios van a ser el precedente de los *Quaestiones Perpetuae* (es decir Tribunales Permanentes que quitaron a los comicios sus atribuciones judiciales a finales de la República, integrados por un determinado número de ciudadanos presididos por un Pretor, teniendo una determinada competencia penal criminal específicamente determinada por la Ley.) Creadas por las leyes a partir del siglo II a.c. para reprimir determinados crímenes, mediante el nombramiento legal de jurados especificando los extremos y las penas que debían imponerse. En este tipo de procesos el carácter público debe atribuirse a ideales democráticos y en especial a la forma en que se producía la represión del primer delito para el cual se efectuó la creación de una *Quaestio Perpetua*. El carácter privado de los jurados se encuentra en la iniciativa privada unida a la vieja idea de la *Vindicta*. Según Burdese lo que determina el decaimiento del proceso comicial es la existencia

del sistema de las cuestiones y la legislación de Sila; a pesar de la permanencia de las cuestiones en las que coexiste el carácter público y privado del procedimiento, se mantiene un procedimiento para una serie de actos ilícitos criminales cuya represión, por su naturaleza, o por la conducta del que lo origina, se encomienda de forma directa a los Magistrados. En otro apartado, Burdese trata de la regulación del sistema de las *quaestiones* en la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum* de Augusto. *Lex* que es paralela a su homónima *lex iudiciorum privatorum* que reestructuró el procedimiento privado.

Mientras se aplica el procedimiento de las *quaestiones* (tipo ordinario del proceso criminal) y desaparece definitivamente el proceso comicial, va apareciendo un sistema de represión criminal la llamada "*Cognitio extraordinem*" al margen de las normas que regulan el procedimiento ordinario de las *Quaestiones*. Este nuevo procedimiento se aplica para las nuevas figuras delictivas que con anterioridad tenían la consideración de actos ilícitos privados.

Burdese para referirse a la *cognitio extraordinem* nos dice que es a comienzos de la época del

Principado cuando se va generalizando un tipo de procedimiento criminal llamado *cognitio extraordinem*, procedimiento que tiene como órganos no ya los jurados sino magistrados funcionarios delegados por el Príncipe, este procedimiento "conoce" desde su comienzo hasta el acto con el que termina.

Según Burdese las fuentes se refieren a *extraordinem* por cuanto se destaca del procedimiento extraordinario de las *Quaestiones* tanto en su forma procesal como sustancial.

Los precedentes históricos de este nuevo procedimiento, que va surgiendo, mientras desaparece totalmente el proceso comicial, según Burdese, se encuentran en la *coercitio* de los magistrados que se mantiene a todo lo largo de la época republicana.

La *provocatio ad populum* hasta ahora ejercitada, se convierte en una especie de excepción de incompetencia, a través de la cual el ciudadano se opone a la aplicación libre de la *coercitio* del magistrado, para reprimir un delito; cuando la competencia exclusiva en materia de represión criminal es absorbida por la jurisdicción Imperial,

la *provocatio* acaba identificándose con la apelación al Emperador o al Tribunal jerárquicamente superior, contra la sentencia dictada por un tribunal subordinado.

Este autor aborda el tema de las sucesivas modificaciones, preferentemente, por la acción de senadoconsultos, que extiende la aplicación de un delito legislativamente previsto, haciendo entrar en él, nuevos supuestos de hechos semejantes; en este punto habría que hablar de interpretación extensiva de las especies delictuales por los Senadoconsultos y la jurisprudencia.

Burdese coincide con Santalucia, cuando este último habla de circunstancias objetivas y subjetivas¹⁴, en la adaptación del contenido de un delito a la cambiante realidad histórico-política; como ejemplo Burdese al igual que Santalucia citan el *crimen maiestatis* y cómo a través de él se resuelve el delito de ofensa al Emperador.

¹⁴ vid. infra Santalucia.

Para una mayor expansión del procedimiento cognitorio, en algunos casos se llega a una interpretación restrictiva de la descripción normativa de cada delito, sosteniendo la incompetencia del jurado y permitiendo la represión en forma de *cognitio* extraordinaria con la posibilidad de adecuar la pena al caso en cuestión.

En este nuevo proceso de cognición tiene importancia la función de jurisdicción criminal que realiza la Asamblea Senatorial, Burdese se refiere a las funciones, competencias y reglas de estas asambleas, así como pone de manifiesto el antecedente en época republicana de la represión criminal llevada a cabo por el Senado; resalta el carácter de cosa juzgada con la llegada del Principado, poniéndola en contraposición con el hecho de que en la época de la república no tuvo tal valor.

Para el autor las razones de esta innovación, pudieran ser, como consecuencia del nuevo orden político-constitucional de la época augustea, donde se atribuye como compensación por la pérdida de

poder del Senado nuevas competencias de carácter técnico jurídico.

La jurisdicción criminal del Emperador y de sus Magistrados-delegados es el punto al que ahora hace referencia Burdese; el proceso de cognición se realiza mediante el ejercicio de funciones de jurisdicción criminal por parte del Emperador, de Magistrados o funcionarios delegados suyos.

De forma gradual, hechos no contemplados como delictivos por las *leges publicae*, se van sancionando por esta nueva *cognitio*, hechos que anteriormente constituían meros actos ilícitos perseguibles en procesos privados.

Este nuevo sistema empieza a desarrollarse en las provincias de Roma de forma más rápida y en el mismo territorio peninsular itálico, o sea, fuera de Roma, que acaba en la época de los Severos por prácticamente haber absorbido toda la represión criminal.

La *cognitio extraordinem* del Emperador inicialmente estaba basada en la discrecionalidad del

órgano juzgador, paralelamente a esta discrecionalidad se va delineando un auténtico sistema de represión criminal, regulado por prescripciones imperiales que establece los límites de los hechos perseguibles como delitos, las modalidades del procedimiento y las penas que hay que imponer al culpable, es decir, según Burdese, se trata de una configuración de leyes.

Al igual que Santalucia, Burdese trata el tema de la sustitución de la "accusatio" pública, propia del sistema de la *Quaestiones*, por el principio de la *inquisitio*, realizado por el Magistrado o funcionario, mediante órganos de policía.

En aquellos casos donde se sigue el sistema acusatorio de las *quaestiones*, la *accusatio* se encuentra sometida a un desarrollo progresivo. Se reconocen al lesionado y a sus familiares privilegios para acusar, que en definitiva se convierten en querrela de parte; se admiten también a las mujeres y a los impúberes en la acusación por delitos que supongan ofensa a ellos o a sus propios familiares; en palabras de Burdese "expedientes ideados para favorecer la inquisición".

Se pone de manifiesto en este texto la plena facultad del juzgador para apreciar los hechos, es decir, que el juzgador puede determinar la pena con arreglo a la mayor o menor gravedad del delito, según las circunstancias concurrentes agravantes o atenuantes del caso concreto, apreciando siempre el juzgador, el acatamiento a las instrucciones imperiales o el sometimiento a la práctica devenida, de precedentes juicios del Tribunal Imperial.

El autor al igual que Santalucia, trata el sistema de penas, más complejo y graduado, que el previsto en el *ordo iudiciorum publicorum*, así como la graduación de las penas según la diferente categoría social; la agravación de la pena va aparejada con arreglo al cambio político-constitucional manifestado en la época del Principado, al ir decayendo el concepto de ciudadano y ser sustituido por el de súbdito respecto al poder absoluto imperial.

Referente a la ejecución de la pena capital, ésta se efectúa por la decapitación; cuando se trata de casos especialmente graves, o de personas de baja

condición social se aplican suplicios capitales más graves, entre ellos, la crucifixión.

Los supuestos que configuran el *crimen vis* se ven también ampliados, se considera también como caso de *vis pública* el impedimento de un magistrado o funcionario para que un particular ejercite el derecho de apelación y como caso de *vis privata*, el ejercicio arbitrario efectuado por el acreedor para entrar en posesión, por la fuerza, de la cosa que le es debida.

De forma muy breve, recoge aquellos aspectos que Burdese trata como supuestos contemplados en el nuevo procedimiento cognitorio, al margen de los ya expuestos: aspectos diferentes en la nueva represión del homicidio, aborto y exposición de niños; la sanción del *crimen falsi*, donde se incluyen las alteraciones de pesas, medidas y documentos; la represión del adulterio sufre también una ampliación y se comprende ahora casos de ofensa de carácter moral.

Al lado de la iniuria, otros delitos adquieren carácter de *crimina*, entre los que destacamos las

especies de hurto cualificado, tales como el hurto cometido de noche, en baños públicos o con escala y engaño; el robo de ganado o la sustracción de animales ajenos en el establo o en los pastos.

Para tratar ahora el tema de la matización de la conducta del delincuente, Burdese explica el porqué de la exigencia de conceptos útiles, para fijar las líneas directrices del órgano juzgador; para él, el motivo es la amplia libertad de apreciación del juzgador de las distintas circunstancias de hecho, desconocidas en el sistema de las *Quaestiones*. Entre los conceptos útiles, exigidos por la ciencia del derecho, el autor cita: los de preterintencionalidad, causalidad, provocación, premeditación, complicidad, delito intentado y frustrado.

Es de destacar que, la jurisprudencia de la época del Principado se encuentra con una carencia de criterio director, es decir, se mueve en un terreno muy nuevo no ligado a la anterior tradición jurisprudencial.

Entre el final del siglo II y el principio del III desaparece de manera definitiva la competencia

de las antiguas *Quaestiones*, es decir, se asiste a la unificación criminal en el procedimiento de la *cognitio*.

En el transcurso de la época llamada postclásica, hasta Justiniano, aparece como único tipo de proceso civil, el de *cognición*, es decir, estamos ante la unidad de jurisdicción en un mismo y único procedimiento aplicable tanto a cuestiones civiles como criminales.

Las Constituciones Imperiales a partir de Constantino dan muestra también de la consolidación del sistema; en las constituciones de Constantino aparece la sustancial diferencia de régimen de los procesos criminales y civiles.

Respecto a las penas individuales, ahora unificadas ya en un sólo sistema, sufren diferentes modificaciones, tanto las ordinarias, como la "*aquae et igni*" interdicto sustituido por la *deportatio* y las extraordinarias como la crucifixión abolida por Constantino; para Burdese se trata de un efecto benefactor y dulcificador del cristianismo en la imposición de la pena. El Derecho Justiniano

califica como capital, además de la pena de muerte, el exilio y la deportación.

Para finalizar este resumen de Burdese, debo destacar que en materia de delitos, estos van posteriormente comprendiendo las figuras delictivas preexistentes, es decir, se trata de sustitución de los delitos por especies delictivas; se contemplan las agravaciones de las penas, como se aprecia en la sanción del "peculatus" que se agrava hasta la pena de muerte. Se agravan también las penas de la delación, especialmente las acusaciones anónimas y la *Vis*, particularmente en la legislación de Constantino que abole la distinción entre *Vis pública* y *Privata*, ambas sancionadas con pena de muerte.

En cuanto al delito de homicidio hay que hablar de una denominación genérica del mismo; se le agregan los supuestos delictivos que implican ofensa a la personalidad y dignidad del hombre, castración, exposición de los recién nacidos, etc.

Según Burdese, con Justiniano, mientras los únicos delitos sancionados *ex novo* en el Derecho de las Novelas son la blasfemia y la celebración de

ceremonias en lugares no aptos para el culto, se asiste a cambios dispersos dirigidos a una atenuación de las penas, a las que se añade la abolición del delito de unión sexual de la mujer libre con su propio esclavo y se comprenden los atentados a la integridad de su compilación legislativa, realizados mediante obra interpretativa fuera de los límites permitidos o bien transcripciones del texto legislativo con siglas y abreviaturas.

SANTALUCIA

En un estudio sobre los orígenes de la represión criminal Santalucía¹⁵ opina que la comunidad interviene raramente en la represión de los crímenes, pues ello se deja en gran medida a la reacción de los ofendidos, reacción que a veces está moderada por el talión o por la costumbre del rescate; la comunidad interviene cuando el hecho criminal infrinje la *Pax Deorum* para restablecer el orden turbado y es al Rey, como guardián natural de la paz con los Dioses, a quien incumbe aplicar las sanciones idóneas de carácter religioso contra quien, con

¹⁵ Santalucia B. Derecho Penal Romano, Madrid 1990

su conducta, ha causado la exposición de todo el grupo a la cólera divina. La *Leges regiae* de una parte imponen sanciones de carácter sacral, persiguen crímenes que afectan a la esfera religiosa, las conductas lesivas de relaciones de vecindad y familia originariamente sancionadas en el ámbito doméstico o a través del ejercicio indiscriminado de la represalia entre grupos; en algún caso la normativa regia se limita a recoger los antiguos *mores gentilicios*, ley atribuida a Romulo que permite al marido castigar con la muerte el adulterio u otra culpa grave de la mujer.

Las *leges regiae* también regulan el ejercicio de la venganza por parte de quien esté legitimado para ello. Con referencia a las infracciones menos importantes ("*Scelus expiabile*"), sólo conllevan para el transgresor la obligación de una ofrenda expiatoria "*piaculum*"; podía ser el sacrificio de un animal o la entrega de una entidad patrimonial. Las culpas consideradas más graves no admitían la expiación ("*Scelus inexpiabile*") y en este caso el propio transgresor es llamado a responder con su persona y eventualmente con sus bienes ante la divinidad ofendida. La pena sacral se podía llevar

a cabo de dos formas diferentes: primera sanción, abandono del culpable y de cuanto le pertenece al Dios ultrajado y una segunda sanción que consistía en la ejecución directa del ofensor como sacrificio.

Entre los varios crímenes a los que se aplica la 1ª sanción, violación de fidelidad del patrono respecto al cliente y de éste respecto de aquél, sancionada por una *lex Romulea* con la *consecratio* a una divinidad infernal, la *consecratio* conlleva la separación del reo de la comunidad y su abandono a la venganza de la divinidad ofendida; referente a la 2ª pena sacral hay que destacar que este sacrificio expiatorio está previsto en algunos crímenes entendidos como lesivos tanto para la religión como para la *societas civium*; se trata de daño social y por tanto se obliga a la misma comunidad a ejecutar las consecuencias concretas de la maldición divina; como ejemplo cabe citar el caso típico de la *perduellio crimen* dirigido al mismo tiempo contra los protectores de la *civitas* y contra la paz social, con la suspensión del culpable de un árbol estéril y su flagelación hasta la muerte. Hay que destacar también la prescripción contenida en las XII tablas pero probablemente ya enunciada en una *lex regia*,

según la cual el ladrón nocturno de *miesses* (*fruges aratro quaesitae*) debe ser colgado y muerto en expiación a Ceres; esta norma sanciona, por una parte, la lesión de un interés económico, y, por otra, el ultraje causado a la divinidad.

Crímenes remitidos a la venganza privada, el autor destaca la célebre norma atribuida a Numa sobre el homicidio voluntario de un hombre libre, cuya controvertida sanción, *Paricidas esto*, parece que debe interpretarse en el sentido de imponer a los parientes del fallecido el deber de matar al homicida con el fin de impedir que la situación de impureza derivada de la sangre derramada pudiera satisfacerse a través de la composición pecuniaria. Santalucia pone en relación esta interpretación con la disposición complementaria de Numa en materia de homicidio involuntario que impone al autor del crimen la obligación de entregar, en presencia del pueblo, un carnero a los agnados del fallecido, precisamente para que sea sacrificado en su lugar. El autor destaca el hecho de que una normativa como la anterior, a pesar de la concepción religiosa que caracteriza el ambiente social de la época, repre-

senta un momento decisivo en la evolución del proceso criminal romano, no sólo por la distinción entre acto voluntario y acto involuntario sino por las diferentes vías posibles de intervención estatal en la persecución del homicidio, es decir, de un parte transforma el homicidio voluntario en un crimen no susceptible de composición pecuniaria, del que la comunidad debe ser informada, de otra parte fija los límites a la actuación discriminada de los parientes del fallecido, permitiendo que puedan matar al homicida sólo en el caso de que éste hubiese actuado voluntariamente, en caso contrario debían de contentarse con la entrega del carnero a título de sacrificio sustitutorio. Para Santalucia, esta normativa es también importante en cuanto que pone las bases para una gradual configuración del homicidio como crimen de interés público, sancionando con pena impuesta por el poder público y con individualidad propia respecto a otros delitos que en origen pertenecen a la esfera de la venganza gentilicia, como el hurto y las lesiones corporales que a su vez terminaron confluyendo en la sanción general de la pena pecuniaria privada.

Sobre la Legislación decemviral y los delitos en particular; Santalucia trata de la legislación decemviral y destaca la notable extensión de la represión pública y la fuerte tendencia a someter al control estatal el arcaico régimen de la venganza privada. Existen disposiciones que confirman la ilicitud de algunos hechos ya perseguidos criminalmente a través de normas anteriores regias o consuetudinarias. Las XII tablas junto a estos actos reconocidos en época predecemviral, contempla nuevas figuras criminales consideradas lesivas a los intereses de la comunidad," el que dolosamente incendia la morada de otro o las gavillas de grano próximas a ella", debe ser quemado en una hoguera¹⁶ y objeto de persecución pública a cargo de los órganos de la civitas; la ley de las XII tablas contempla también los supuestos delictivos reconocidos como lesivos de los derechos de los particulares cuya represión se deja por tanto a la iniciativa de la parte lesionada. Destaca la importancia de la transición en que el antiguo régimen de la venganza privada aparece ya superado por la composición voluntaria entre ofensor y ofendido y el nuevo

¹⁶ Gayo 4 ad. L. XII tablas, D.47.9.9 (XII tab. 8,10).

sistema de composiciones legales, donde se determina una cantidad de dinero para cada delito; en materia de hurto si este es flagrante (*furtum manifestum*) la víctima de hurto puede matar al ladrón sorprendido *in flagranti* siempre que el delito se hubiese cometido de noche o de día a mano armada con tal de que en esta última hipótesis hayan invocado en su auxilio y como testimonio de la agresión sufrida, a los vecinos, en los demás casos de hurto flagrante, en cambio, la venganza no queda permitida y el ladrón si es persona libre debe ser azotado y atribuido a la víctima.

En el sistema de las XII tablas se perfila la distinción fundamental que marca el derecho penal romano de la época clásica entre delitos públicos (*crimina*) perseguidos por el Estado a través de los órganos investidos de la jurisdicción criminal y sancionados con pena pública, corporal o pecuniaria y delitos privados (*delicta*) perseguidos por el ofendido en las formas del proceso privado y sancionados con pena privada, siempre pecuniaria, debida a la parte ofendida.

Santalucia pone de relieve la diferencia que existe entre la *cognitio senatus*, la cual seguía las reglas para el procedimiento ordinario y subordinado a una acusación y la *cognitio extraordinem* con su carácter inquisitorio.

También destaca que, a diferencia de la *cognitio senatus*, no era necesario una ausencia formal, es decir, el proceso se promovía de oficio, sólo para los antiguos crímenes configurados por las *leges iudiciorum publicorum*, también perseguidos en las nuevas formas, estaba todavía prevista la acusación pública.

Segun Santalucia, esta duplicidad debió inducir a algunos juristas clásicos tardíos, a calificar abusivamente, como *iudicia pública*, incluso las *cognitiones* relativas a los crímenes que originariamente correspondieron a las *Quaestiones Perpetuas*¹⁷-

Para este autor el principio de la *acusatio*, en los limitados casos en que se conserva, está sujeto

¹⁷ Macer 1 de publ. iud. D.48.1.1.

a una progresiva involución a favor de la libre *inquisitio* del Juez, se tiende cada vez más a limitar la facultad de acusar a quien tenga un interés personal en el castigo del reo, reconociéndose ventajas especiales al ofendido y parientes más próximos¹⁸, se ponen limitaciones al principio de la acusación abierta a todo ciudadano; se introducen finalmente, distintos casos de acusación obligatoria, que constituyen otras tantas derogaciones al principio de la libre iniciativa del particular (el heredero está obligado a ejercitar la acción penal en defensa de la memoria del difunto, el tutor en defensa del pupilo, etc, etc.¹⁹.

Desde el punto de vista de Santalucia, todas estas disposiciones alteran de forma notable el carácter y la función de la acusación pública, alteración que consistía a veces en transformar esta acusación pública en una especie de querrela de parte, ejercitable únicamente por el titular del interés lesionado; esta alteración supone una

¹⁸ SCAEV 4 reg. D.48.5,15(14), 2; Alex., C.9,46,2 (a.2-24);

Car. Carim. Numer., C 9,46,4 (a 283).

¹⁹ Tryph. 5 disp., D.34.9.22; Ulp. 7 de off. proc., D.48.16.14; Alex., C. 9,46,2,1 (a.224).

verdadera desnaturalización del principio republicano del proceso promovible por *quivis de populo*.

La diferencia entre procedimiento ordinario y *cognitio ordinem* se manifiesta bajo otro aspecto en los *iudicia pública*, donde la pena era fijada y el jurado se limitaba simplemente a afirmar o negar la responsabilidad del acusado, en la *cognitio extraordinem*, la pena podía variar en relación a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, a la participación del reo en él, o a su comportamiento anterior o posterior al hecho criminal, a su condición personal o social.

Santalucia profundiza en las circunstancias objetivas y subjetivas en la determinación de la pena; pone de manifiesto la amplia discrecionalidad del juzgador, discrecionalidad que se ve limitada a la exención de la pena al culpable; ésta era una prerrogativa del Príncipe y del Senado que no estaba incluida en los poderes del Juez ordinario; las constituciones imperiales invitaban de manera explícita a tener en cuenta escrupulosamente la condición de las personas y la gravedad del delito, es decir, tener en cuenta que ningún hecho criminal

es exactamente igual a otro y que la pena sea la exigida al caso concreto²⁰.

Santalucía, ya en el plano de las sanciones, destaca el sistema gradual de penas prevalentemente afflictivas y de mayor gravedad que las contempladas en las leyes. La pena de muerte caída en desuso para los ciudadanos en el último siglo de la República, queda restablecida desde los inicios de la época imperial para nuevos supuestos criminales e incluso para delitos cuyas penas legales parecían excesivamente leves; la forma normal de ejecución sigue siendo la decapitación, aún cuando el hecho es sustituido por la espada²¹.

Cuando el crimen es de mayor gravedad, la pena impuesta era la crucifixión (*damnatio in crucem*)²² o la exposición a las fieras en la arena (*damnatio*

²⁰ Paul 54 ed., D.47.9.4.1.. la afirmación casi repetida pie de la letra por Marcian. 2 de publ. iud., D.48,19,11 pr., recoge verosímilmente el texto de una *constitutio*.

²¹ Ulp. 9 de off. proc., D.48,19,8,1; de off. proc., Coll 11,7,4.

²² Paulo. sent. 5,21,4; 5,22,1; 5,23,1.

ad bestias) entre otras²³. No se trata de diferentes modos de ejecución de la pena de muerte, sigue diciendo el autor; sino de penas en si, que tienen su propia individualidad y su propio ámbito de aplicación, aunque todas ellas tendentes a la supresión física del culpable.

Para este autor, las fuentes mencionan otras sanciones que aunque no suponen inmediatamente la privación de la vida, sí la ponen en peligro directo, como por ej. la condena a trabajos forzados en la mina.

La imposición de penas privativas de la vida o de la libertad colocan al condenado en la condición de "siervo de la pena" viéndose privado de toda su capacidad jurídica, su matrimonio se disuelve, sus bienes son confiscados y se le despoja del derecho de recibir y de disponer por testamento²⁴.

²³ Ulp. 7 de off. proc., D.48,13,7(6); Mod. 3 de poen., D.48,19,31.

²⁴ Gayo 17 ed. prov., D.28,1,8,4; entre otros.

La *cognitio* conoce otras penas, que no suponen la pérdida inmediata de la vida ni su puesta en peligro directo; entre estas penas Santalucia destaca la *relegatio* (confinamiento a una isla o a una ciudad o región concreta) que podía ser temporal, a diferencia de la *deportatio*, que, es siempre perpetua.

Finalmente existen penas menores, de carácter pecuniario o de otra naturaleza, la prisión no constituye, ni siquiera en la época imperial una pena propiamente dicha. "La cárcel en efecto (escribe Ulpiano) está destinada a custodiar a los hombres, no a castigarlos".

Supuestos criminales ya sancionados por las *leges iudicorum publicorum* ven ampliado su contenido así como la forma en que se sanciona.

Las intervenciones imperiales introductoras de las nuevas formas de represión, modifican profundamente la configuración y la concepción misma de los distintos crímenes, los cuales acaban por perder las características que tenían en los textos orginales.

Santalucia, destaca el *crimen maiestatis*, originariamente un delito contra el estado romano y su seguridad, que se va transformando en un delito contra el Emperador, donde se ve personificada la majestad del estado; en el ámbito de este delito se incluyen supuestos extraños a la *lex Iulia*, por ej. la ofensa a la persona y al nombre del Príncipe²⁵, la pena que se impone al menos en la época de los Severos, es la decapitación para los *honestiores* y la hoguera o la exposición a las fieras para los *humilliores*²⁶.

Referente al *crimen repetundarum*, Santalucia destaca las profundas transformaciones debidas a los cambios sociales y políticos que habían determinado su aparición, se aplica también a los abusos cometidos por cualquier Magistrado o funcionario investido de un cargo público; algunos supuestos incluidos en su ámbito originariamente se convierten ahora en figuras criminales autónomas, ej. de ello son las extorsiones con abuso de poderes inherentes al cargo, que ahora bajo el nombre de *concussio* se

²⁵Ulp. 9 de off. proc., D.48,19,8,9.

²⁶Paulo. sent. 5,29,1 i.f.

someten a persecución extraordinaria y con sanciones de particular gravedad; los casos normales de extorsión son sancionados en virtud de la mencionada transformación con penas de carácter aflictivo, graduadas por el Juez según la gravedad del delito.

Santalucia, en materia de delitos comunes destaca la esfera del homicidio, donde se contemplan importantes supuestos de hechos no previstos en la *lex Cornelia de sicariis*, como la muerte intencionada de un esclavo.

En el curso del Principado se contempla la creación de nuevos crímenes extraordinarios, extraños en la normativa de las leyes republicanas.

Este autor destaca la tendencia de atraer a la esfera del Derecho y de represión públicas, figuras delictivas que originariamente fueron sancionadas con acciones privadas; por ej. son castigados (entre otros) con sanciones extraordinarias los ladrones de ganado, los ladrones que cometen el delito en baños públicos etc.

Para finalizar, contempla aquellas figuras que no pueden ser reconducidas a una originaria matriz privatística, como puede ser por ej. del *stelliona-*

tus, la evasión de la cárcel rompiendo la puerta y la remoción de linderos.

RODRIGUEZ MOURULLO

Rodríguez Mourullo²⁷ haciendo una aproximación al delito privado de *rapina* dice que antes de que surja el delito Privado de Robo, *rapina*, sustracción violenta, destaca el hecho de que en el antiguo Derecho Romano no se tenía en cuenta si el apoderamiento de un objeto era cometido de forma clandestina o con violencia. Mourullo sitúa la aparición del delito privado de robo, *rapina*, aproximadamente en el año 76 a.c.; es decir que se contempla la sustracción violenta a partir del edicto publicado por el Pretor M. Terencio Varron Luculo. Para Mourullo esta decisión pretoriana venía motivada por la necesidad de reprimir las numerosas bandas de malhechores que asolaban a Italia y tendía a reforzar las disposiciones de Derecho Civil en materia de Injurias, daños y hurtos. En este estudio se pone de relieve el carácter complejo de la *actio tal* como la había establecido Luculo, que contemplaba conductas

²⁷ Distinción hurto, robo, en el Derecho Histórico Español.

violentas que producían daños, destrucciones e incluso sustracciones. Mourullo hace referencia a los puntos de vista de Mommsen y Ferrini, destacando que para Mommsen la *actio* se refería solamente, en su concepción pecuniaria, tan sólo a los daños causados violentamente en la propiedad ajena, pero que al resultar imposible en la práctica el separar el daño de la apropiación ilegítima se hizo preciso, más tarde, no sólo incluir esta apropiación violenta en la fórmula procesal, sino también en el nombre usual de la acción que comenzó a denominarse *actio vi bonorum raptorum*. Según Mourullo, Ferrini demuestra que el presupuesto de la acción fue desde un principio la sustracción violenta de la cosa, pues cabe deducir de las fuentes que el concepto *bona rapta* ya había cobrado por aquel entonces consistencia jurídica propia. Al tiempo que expone los tres casos del edicto Pretorio, el *daño hominibus coactis*, la *rapina* y el *daño in turba*, así como las penas pecuniarias en que consistía, destaca el hecho de que la pena en el caso de daño causado por turba es inferior y que se debe probablemente al hecho de que los agentes no se reúnen de propósito para realizar el daño. Destaca el hecho de que el *quadrumplum* de la *actio v.b.r.* fuera originariamente pura

pena y que por tanto se pudiera intentar independientemente la *Reivindicatio* o la *Condictio*, para recuperar la cosa o su estimación.

Mourullo analiza el texto de Gayo 4.8 diciendo que en los tiempos de éste era ya dudoso que en el cuádruplo fuese o no comprendida la *reipersecutio*, aunque probablemente era todavía penal. Mourullo en su exposición de casos contemplados por el edicto del Pretor (ya citados) menciona el texto del D.47.9.1 *In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primun de ea re experiundi potestas fuerit, post simplum iudicium dabo* donde se considera como *rapina* la sustracción realizada con ocasión de catástrofe, incendio, naufragio etc., etc., y concluye diciendo que en estos supuestos está presente la *Vis* aún cuando no proviene del agente ya que éste aunque no la provoca directamente se vale de la fuerza en que está inmersa la víctima (la pena que se impone es al cuádruplo durante el 1º año y luego al *simplum*). Referente a la persecución procesal llama la atención de Mourullo el hecho de que un supuesto agravado como es el robo sea menos

perseguido que el hurto y que la penalidad no rebase aquella más grave del *furtum* el cuádruplo de la *actio furti manifesti*; se cita en este estudio la opinión de Falchi²⁸ que cree que la diferencia se explica porque la rapina se prevé como crimen público en las *Leges Iuliae de vi*²⁹ y que en consecuencia podía proceder penalmente cualquiera y aunque posteriormente también el *furtum* se persigue públicamente las cosas se mantendrían así por una tradición histórica; no parece satisfacer esta explicación y lo demuestra el hecho de que el perjudicado puede entablar en cualquier momento la *actio furti*³⁰ y en consecuencia probablemente también después de transcurrido el año. Llegado a este punto se pone de manifiesto que en aquellos supuestos en que el apoderamiento violento no fue *manifestum* sería preferible el ejercicio de la *a.v.b.r.* ya que de ejercitar la *actio furti* sería preciso

²⁸ G.F. Falchi, *Diritto Penale Romano, I singoli cit.*, pag. 30 s.; vid. V. Manzini, *Le varie specie di furto cit.*, pag. 230.

²⁹ En las Novelas de Justiniano la acción privada para este delito es abolida. Nov. 134,13. *Fures autem vocamus qui occulte et sine armis huiusmodi delinquunt; eos vero violenter adgrediuntur aut cum armis aut sine armis, in domo aut in itineribus aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus.* Vid. Ferrini, *Esposizione cit.*, pag. 230.

³⁰ D. 47.8.1.

utilizar la *actio furti nec manifestum* y se obtendría tan sólo el doble. Referente a la penalidad Mourullo se centra en el estudio de Brasiello que analiza la posibilidad originaria de acumulación de las acciones penales. El perjudicado puede utilizar acumulándolas la *actio v.b.r.*, la *actio furti* y la *reivindicatio* o *condictio*³¹. Paralelamente al estudio de la cumulatividad de las acciones penales, explica el que, en el Digesto aparezcan textos que niegan la acumulación al lado de otros que la permiten³². Se destaca en este estudio el hecho de que muchas acciones penales pretorias, pasado el año, se reducían al *simplum*; la temporalidad de la *a.v.b.r.* probablemente no sea una razón intrínseca a la propia acción, probablemente con la temporalidad se perseguía una política criminal. Estímulo a la iniciativa privada, con este título analiza el hecho de que la temporalidad puede ser el estímulo a perseguir unos hechos que comienzan a considerarse más graves, como sucede en el caso de la rapina; que ya empieza a ser susceptible de persecución pública. Paralelismo entre la *a.v.b.r.* y la *actio quod metus*

³¹ U. Brasiello, *Corso di Diritto Romano* cit., pag. 11 y 194.

³² D. 44.7.32.

causa. El autor de este estudio entiende que el Pretor en el momento de otorgar la *a.v.b.r* tuvo presente la *Vis moral* en cuanto que había un apoderamiento con intimidación *Metus* y la *Vis fisica*, como forma violenta de alcanzar el apoderamiento. Para finalizar esta aproximación al delito privado de *rapina*, decir que la condena por la *actio v.b.r.* tiene efectos infamantes³³. Doble vertiente de la *rapina* como delito de violencia, por un lado aparece regulado en el edicto del Pretor entre los daños violentos causados en las cosas ajenas y de otro aparece, al menos en cierto sentido, como un delito contra las personas. Mourullo centra su atención en los supuestos en que el delito es cometido contra la persona, es decir cuando la violencia, presente siempre en este estudio, se ejerce de una manera directa sobre la persona, cita el caso en que la víctima al estar presente en el momento de la sustracción ofrece resistencia y que la acción que se concede al agente o víctima es la acción de homicidio aún en el supuesto en que el resultado de la agresión física no hubiese sido la muerte³⁴.

³³ D.3,2,4 y D.48,1,7.

³⁴ T. Mommsen, Derecho Penal Romano cit., pág. 109 s y 200.

Esta acción de homicidio se utilizaba contra los ladrones, que en palabras de Mourullo son propiamente los que roban en los caminos, los atracadores.

Sobre la *rapina* como tipo agravado independiente Mourullo destaca en este punto la diferencia procesal entre el hurto y la *rapina*, destacando el hurto como el tipo básico. En principio se trata de una distinción de acciones aunque en un momento posterior considera que existe una distinción sustantiva ya que los presupuestos materiales para proceder por una u otra acción son distintos; en este punto se pone en relación el término *contrectare* y el término *rapere* viéndose la esencia del hurto en el primero de ellos y la del robo en el segundo.

Sobre el hurto como delito básico, basándose en el estudio de Gayo Inst. 3.209, considera que el robo no deja de considerarse nunca como un *furtum* más grave *Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit?*, se pregunta Gayo. Y responde, *Itaque recte dictum est eum improbum furem esse*. Mourullo en este estudio para considerar el robo como *furtum* más grave lo hace partiendo del

hurto como tipo básico. *Vis* como presupuesto de la *a.v.b.r.*, para que se pueda hablar de *rapina* es necesario que la sustracción de los bienes se haga mediante el ejercicio de la violencia, *rapi autem sine vi non potest*³⁵. A través de la labor jurisprudencial se ha llegado al concepto sustantivo del robo; es decir que los casos en que la violencia física no está presente también lo está en el mencionado concepto sustantivo del robo.

Para finalizar este apartado dedicado a la *rapina* como delito de violencia, Mourullo se refiere de nuevo a la labor jurisprudencial y destaca el hecho de que a pesar de que en el edicto del Pretor se habla de *vi bona rapta* se contempla por los jurisconsultos aquellos supuestos en que no se ejercía la *Vis* por parte del agente agresor; Mourullo cita como ejemplo el supuesto en que el acto ilícito se llevase a cabo *hominibus coactis*, señala que en este supuesto aunque no llega a darse la violencia, sí procedía la *a.v.b.r.* siempre que los sujetos estuviesen dispuestos a emplear la

³⁵ D. 47.9.3.5.

violencia si fuere necesario³⁶, en este supuesto no se emplea la *vis* porque el robado mostraba una actitud pasiva frente a la pluralidad de sujetos que podrían hacer uso de la violencia en cualquier momento. Por último hace referencia al supuesto en que cuando el acto ilícito es cometido por un sólo agente sí es necesaria la fuerza, es decir que ésta ha de cobrar existencia real.

³⁶ D.47.8.2-4; 8-9.

CAPITULO I

CAPITULO I

EL ROBO EN LA DOCTRINA ROMANISTICA

TESIS DE MOMMSEM

Este autor³⁷ se refiere a la *vis* como fuerza, prepotencia mediante la cual una persona bien, puede constreñir físicamente a otra para realizar un acto contra su propia voluntad o bien constriñe esa voluntad mediante la amenaza de un mal para determinarla a ejecutar o, a un no ejecutar una acción³⁸. La coacción podía llegar a ser lícita para Mommsen en determinadas condiciones:

1.- se ejercitaría por el jefe de la familia o la autoridad en aquellos casos en que se pudiera exigir obediencia.

2.- En este supuesto entiende el ejercicio de la coacción como medio de defensa en aquellos casos en que la víctima tuviere necesidad de defenderse del agresor, pero siempre dentro de los límites de la defensa legítima y siempre que en general se dirigiera contra él una agresión delictuosa; Mommsen hace hincapié en la legítima defensa de los supues-

³⁷ *Manuel des Antiquités Romaines par Theodore Mommsen, J. Marquardt & P. Krüger. Paris.*

³⁸ D.,4,2,1; D.1.3,1; D.43,16,1,3; D.43,24,1,5.

tos generales de agresión delictuosa en el sentido de que el traspasar los límites de la legítima defensa eran castigados aún con mayor rigor que tratándose de defender la vida³⁹.

3.- Contempla los supuestos en que es necesario dañar la propiedad ajena en aras de salvar los intereses propios, amenazados por incendio o naufragio⁴⁰. Para Mommsen la coacción como concepto jurídico, ésta aparece en la esfera del Derecho Privado; en el primitivo Derecho Romano la coacción ilegítima no tenía tal carácter. Según Mommsen la aparición de la coacción no se da en las relaciones delictuosas sino en otras reguladas por los Pretores: los interdictos posesorios y la restitución de la cosa a su primitivo estado. En la protección jurídica del poseedor de bienes inmuebles se pone de manifiesto el hecho de que frente a la protección de los bienes muebles existía una total desprotección de los bienes inmuebles por lo que se hizo preciso que el Pretor otorgara al poseedor de bienes inmuebles una protección jurídica contra aquel que le

³⁹ D., 43,16,1,27: *vim vi repellere licere Cassius scribit idque jus natura comparatur; apparet....arma armis repellere licere.*

⁴⁰ D., 9,2,49,1. 43,24,7,4. 47,9,3,7. 19,5,14 pr.

desposeyese violentamente de ellos, protección cuyos resultados prácticos eran esencialmente los mismos que producía la acción de hurto⁴¹, Mommsen hace referencia a la regla jurídica según la cual las acciones hijas de una voluntad determinada por miedo debían considerarse como no ejecutadas y por lo tanto era preciso hacer cesar las consecuencias jurídicas derivadas de ellas. Los comienzos de esta regla hay que referirlos también, seguramente, a tiempos primitivos, pero dicha "reposición de la cosa a su anterior estado" era en todo caso una relación propia del derecho civil, sin carácter penal alguno⁴².

En relación con la aparición de la coacción en la esfera del derecho público, Mommsen opina, que se debe de una parte a las *Quaestiones* que la introducen en el procedimiento público y de otra a las disposiciones legítimas que lo hacen en el procedimiento penal privado; se hace referencia al origen

⁴¹ *Interdicto unde vi* D.43,16,1,43; D.44,7,35 *Pro Tullio*, 44 en 643/111; *Pro Tullio* 46, en 683/71.

⁴² Edicto del Pretor D.,4,2,1: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

del procedimiento penal público para los delitos causados con violencia, es decir la *lex plautia* (*Lex Plautia de vi*). Sobre el edicto de M.T.V. Luculo, Mommsen afirma que el edicto dado primeramente por el Pretor Peregrino Luculo, se convirtió posteriormente en edicto permanente y que es en ese momento cuando comienza a tener existencia el delito privado de robo⁴³. Con posterioridad se intentó determinar el contenido de ambas acciones penales, es decir *lex Plautia* y la *actio v.b.r.*, ambas se dirigían, en lo esencial contra los actos de perturbaciones tumultuosas de la paz pública y su importancia práctica residía en lo variable y rápido del procedimiento. Mommsen, al estudiar, los hechos punibles comprendidos en la *lex Plautia* y en las dos leyes julias, también estudia aquellos otros hechos para los cuales estableció Luculo la acción penal privada *vi bonorum raptorum*, Mommsen hace hincapié en la imprecisión de conceptos dados a las diferentes clases de delitos existentes en Roma, lo que supone que la noción de los delitos cambiase y fuera con frecuencia desnaturalizada. Para este autor este

⁴³ Cicerón Pro Tullio, 9 M. Lucullus, cónsul en 681/73, fue pretor peregrino (Asconius, In or. in tog. cand., p.84), en 677/77 y más verosimilmente en 678/76.

mismo problema se plantea en las *leges iuliae* por la amplitud de la noción y en su relación con el concepto primitivo. Referente a las dos leyes julias destaca el hecho de la graduación de la pena en uno y otro caso y que en aquellos casos en que no fuese posible la determinación de la culpabilidad había que prescindir de hacer mención o cita del texto aplicable. Destacan en estas leyes que estudia Mommsen: las reuniones sediciosas, el uso de armas en la vía y plazas públicas; la posesión de armas que tuvieran la apariencia de ser una preparación para abusar de la misma; el causar perturbación en un funeral o impedir que se realizase; estos hechos punibles según Mommsen comienzan a ser tenidos en cuenta cuando empiezan a producirse reuniones tumultuosas con fines electorales o encaminadas a perturbar el funcionamiento de los tribunales. Pone de manifiesto las relaciones existentes entre estas acciones contempladas en la *lex Plautia* y *leges iuliae* y los interdictos de recobrar la posesión. Para Mommsen existe similitud entre el delito privado, que ahora contempla la *lex Plautia* y el edicto del Pretor Luculo y el contemplado en la *lex aquilia de daño*. También plantea el tema (que también discute Ferrini) de la separación del daño

y la apropiación indebida en los casos de delitos tumultuosos o colectivos contra la propiedad. Para Mommsen es importante el hecho de que se prescindiera del elemento del tumulto antes considerado necesario ya que contribuyó a que la acción civil perdiera su primitivo concepto y acabara otorgándose a todos los casos de daño causado con violencia en la propiedad ajena.

Mommsen termina este capítulo hablando de otros hechos punibles que, se castigaban ora como delitos privados ora como públicos, los actos de coacción violenta como podían ser aquellos derivados de un naufragio, incendio etc., etc., o aquellos casos en que se empleasen medios coercitivos por parte de los Magistrados en contra de los ciudadanos romanos; la cobranza de impuestos ilegales, el rapto. Finalmente caía bajo la ley relativa a la coacción, todo apoderamiento por la fuerza de algún objeto litigioso y todo apoderamiento análogo que cualquier acreedor hiciera de alguna cosa perteneciente al deudor o cónyuge de éste, con el fin de que sirviera de prenda garantizadora de un crédito.

TESIS DE FERRINI

Para Ferrini⁴⁴ en el antiguo derecho no se distingue si el hurto se cometía clandestinamente o mediante violencia, la palabra *furtum* en su acepción etimológica comprende también la *rapina*, aquí se actúa con plena evidencia; en el derecho griego por el contrario desde antiguo la *rapina* se contraponía al *furtum* en el sentido de que en ella se veía más un delito contra la persona que no contra la propiedad y se consideraba junto a otras especies de violencias. Las cosas cambian en Roma después del edicto del pretor Luculo el cual ordena que se condene con una pena del cuádruplo a aquel *qui hominibus armatis coactisve* haya ocasionado daño o cometido *rapina damni quid factum...cuius bona rapta*. Ferrini cita a Mommsen y comenta el hecho de que éste sostiene que la referencia a los *bona rapta* fuese un añadido posterior extraño al primitivo edicto, tal añadido habría sido puesto con la práctica imposibilidad de distinguir los daños

⁴⁴ *Studia jurídica 81, Contardo Ferrini, Diritto Penale Romano, "L'Erma" di Bretschneider-Roma, 1976.*

causados con bandas armadas de las usurpaciones de propiedad llevadas a cabo de tal modo, tanto más que era bastante obvio que el Juez incluyese en la estimación del daño el valor de las cosas que se llevaron. Esta conjetura no me parece que sea compartida por Ferrini ya que analiza el hecho de que en la contemporánea *lex Plautia* se haya encontrado oportuno el sustraer a la usucapión las *res vi possessae* (las cosas poseídas por la violencia) ante la duda de estar o no incluidas en las furtivas, esto demuestra ya como el concepto de *bona rapta* fuese constituido y ello es tanto más notable en cuanto que el llevarse violentamente las cosas muebles no pertenece a la noción genuina de crimen *vis* y por tanto la *lex Plautia* no podía referirse a él. Se añade después que el nombre de la acción *a.v.b.r.* y la exposición de las fuentes jurídicas, se refieren con claridad a lo que, como elemento más importante de la acción se consideraba la usurpación violenta de las cosas ajenas, ello se explica pensando que para el daño proveía la acción *aquiliana*, Ferrini opina que también para el daño proveía en parte el crimen *vis privatae* y también el edicto pretorio de *damnum in turba factum*; según este autor la interpretación de los comentadores del

edicto hizo que se extendiese el concepto de este delito porque ellos argumentando de las palabras "*si dolo malo hominibus armatis coactisve...cuis bona rapta esse dicentur*, entiéndase así "dolosamente y también con hombres etc." han terminado por admitir que bastase el uso también individual de la violencia, así también si bien el edicto hablase de *vi bona rapta* la *actio* fue admitida *etiam si una res ex bonis rapta sit* también si una cosa de los bienes ha sido arrebatada. El resultado fue pues que, *generaliter dicendum est, quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex isdem causis (in re vi facta) habere me hanc actionem*, es decir se dice generalmente que me compete acción de hurto no sólo por aquellas cosas hechas o llevadas con clandestinidad sino también en aquellas cosas que han sido realizadas por medio de la violencia; la *actio vi bonorum raptorum* no excluye la de hurto... *qui res aliena rapit*, dice Gayo: *tenetur etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit itaque dictum est eum improbum furem esse*, o sea el que se lleva las cosas ajenas está obligado también por hurto ¿qué puede decirse que se lleva más contra la voluntad del propietario una cosa ajena que el que realmente se la lleva por

la violencia? así, se dice que es ímprobo el ladrón que comete estos actos, si ha sido ejercitada la acción de rapina no puede intentarse la de hurto, en verdad en aquella acción ha sido tenida en cuenta tanto la ofensa a la persona como la ofensa a la propiedad, pero si ha sido intentada la de hurto la *actio de rapina* es todavía posible de ejercitar; en el derecho justinianeo esta no se concede más que por la diferencia.

Ferrini trata ahora del valor pecuniario de la pena es decir, del cuádruplo con tal que la acción se ejercite en el año en que se cometió la rapina, el autor llega a la conclusión de que generalmente se admite por la doctrina actual que, además de la dicha acción se podía intentar la reivindicatoria o la *condictio* para la recuperación de la cosa o su estimación; en los tiempos de Gayo, era dudoso si en el cuádruplo fuese o no comprendida la *reipersecutio poenan tantum persequimur..secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum*, se persigue solamente la pena según ciertas opiniones por la acción de cosas arrebatadas con violencia pero la antigua opinión parece ser prevalente en el derecho

clásico como se puede argumentar del tratamiento de nuestra acción respecto a la construcción procesal.

Por el contrario en el Derecho Justiniano la naturaleza de la acción mixta está claramente afirmada: el sólo triple constituye la pena; la persecución criminal de la rapina fue tanto más fácil en cuanto que en muchos casos por ej. aquellos de la invasión violenta del domicilio ajeno con finalidad furtiva se agotaban los extremos del crimen *vis* la *persecutio extra ordinem* era por lo demás aquí todavía más urgente que por el simple hurto, se llegó a tanto que en las novelas de Justiniano la acción privada de este delito se declaró abolida.

Ferrini cuando hace referencia a que en el edicto del pretor se clarifica en la pena a la rapina el daño causado y de otra el hurto cometido con ocasión de pública conmoción por calamidad o desastre, incendio, naufragio, terremoto, asalto de particulares, precisa que, más que el daño, la atención de los juristas se dirige a la usurpación de las cosas de otro. El edicto se concibe así: *In*

eum qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata qui rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potest fuerit... iudicium dabo. La disposición no fue entendida a la letra, no se entiende castigado solamente el que ha robado de una casa incendiada o de una nave naufragada pero también el que aprovechándose de la conmoción causada de semejante desastre y por tanto con la disminuida defensa, usurpara las cosas de otro. No se interpretó aunque fuera literalmente la palabra <rapuisse> y con esto estaban los juristas ciertamente conformes, con el sucesivo empleo del vocablo recepisse; la equiparación de estos casos a la rapina es por tanto justificada en cuanto que si la violencia no está siempre directamente relacionada por quien opera, el criminal, está paralizado por otras causas del miedo, encontrándose en unas condiciones no demasiado diferente por este en contra el cual se vuelven las amenazas.

TESIS DE LABRUNA

Labruna⁴⁵ inicia este apartado con la regulación del crimen *vis* en la *lex Plautia de vi*, probablemente en el año 78 o en el 77 a.c coincidiendo con el periodo que va de Sila a Catilina, Cicerón atribuye esta institución a Q. Lutazio Catulo; de esta atribución parte la hipótesis probablemente infundada, dice Labruna, de otra ley coetánea represiva también de la *vis*, la *lex Lutatia de vi*. Del 76 a.c es el *iudicium de damno vi hominibus armatis coactisve dato (et vi bonorum raptorum)* introducido por el Pretor Peregrino M. Terenzio Lucullo <<*propter hominum malam consuetudinem nimianque licentiam*>> así refiere Cicerón el cual subraya los desórdenes y la violencia que habían hecho necesario <<*poenam graviorem constituere, ut metu comprimeretur audacia*>>, una pena de mayor gravedad para que el miedo reprimiese la audacia.

⁴⁵ Luigi Labruna, *Vim fiero veto. Alle radici di una ideologia*, Jovene Editore.

En opinión de Labruna el edicto de Luculo castigaba de modo más riguroso la hipótesis de la individualización del delito de rapina, subrayando que quizá, había sido ya previsto en la *lex Aquilia* donde la jurisprudencia se basa. Coetánea fue la introducción de la fórmula especial <<*unde dolo malo tuo detrusus est*>> en el interdicto de *vi* del cual tenemos una de las más genéricas noticias seguras en la *lex agraria* del 111 a.c y vigente para Cicerón, *apud maiores nostros*. El autor que estudio, opina que tal fórmula especial, en la época en que Cicerón pronunciaba la oración pro Tulio, ésta no era ya de aplicación, es decir que había caído en desuso, probablemente, porque las innovaciones aportadas habían sido absorbidas por una más amplia interpretación de la fórmula normal, ampliándose la responsabilidad del *deiciens*. Para Labruna coinciden en el tiempo la introducción del *interdicto de vi armata*, medio más riguroso que el de *vi*, que, siempre Cicerón indica como creado recientemente en la época en la que pronuncia la oración pro Tullio <<*nunc est constitutum*>>. Es de destacar los sucesos calamitosos de la vía Apia, para los cuales la *lex Pompeya de vi* del año 52 a.c. introduce de forma excepcional y dirigida a los mencionados sucesos,

nuevas disposiciones de la *quaestio de vi*, que agravaban las medidas represivas; esta *lex* simplificó el procedimiento establecido por la *lex Plautia* pero sin llegar a abrogarla. En el 46 se da fe de una noticia que nos ofrece Cicerón según el cual, fue dictada por César otra *Lex* contra la *vis*; sería ésta la 1ª *lex Iulia de vi*. En el año 17 a.c. si se pudiese establecer con seguridad, su atribución a Augusto, se debe considerar el *corpus* normativo más conocido, la *lex Iulia de vi pública et privata*, o, quizá se trata de dos *leges Iuliae*, en este *corpus* se individualizaban las nociones de *vis pública* y *vis privata* y se establecían nuevas sanciones, en torno a este cuerpo normativo se ejercitará en notable medida la actividad interpretativa de la sucesiva jurisprudencia, sobre todo de la primera edad clásica, las razones históricas que impusieron la noción de la mayor parte de estas medidas son evidentes también cuando no declaradas expresamente por las fuentes. Las razones históricas se sitúan cronológicamente en el clima de fuego del periodo de las guerras civiles, de los asaltos tordidos, de las ásperas violentas riñas de grupos e invasiones que llevaron al fin de la *libera res pública* en un contexto político social. Labruna explica que esto

es excepcionalmente sensible y reactivo a toda forma de violencia en el ambiente en que la ideología represiva de aquella <<*vis quae iuri maxime est adversaria*>>; tal como entonces venía considerada, no podía dejar de afirmarse también para ser quizá instrumentalizada con finalidades partidarias en los términos repetidamente pronunciados por Cicerón, <<*vim volumus extinguere ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur; iudicia displicent aut nulla sunt, vis dominetur necesse est*>> si queremos extinguir la violencia es necesario que valga el derecho, es decir los juicios en los que todo el derecho se contiene, los juicios o son los dados o no son nada, es necesario dominar la violencia; los más antiguos entre aquellos medios, algunos de los interdictos prohibitorios que contenían el *vin fieri veto* habían sido creados alrededor de un siglo antes en condiciones históricas diversas, en cierto sentido semejante.

Menos evidente por tanto aparecen las razones políticas, jurídicas, sociales a la base de la primera prohibición del *Vim facere*, individualizarla significará descubrir la raíz de la ideología represiva de la violencia destinada "ad imporsi

sempre di piú" especialmente en los últimos tiempos de la República.

TESIS DE BALZARINI

La doctrina romanística sobre la base de la oración ciceroniana en defensa de M. Tulio ha podido realizar una labor crítica y reconstructiva del título 47.8 del Digesto.

La oración de Cicerón *pro Marco Tullio* fue pronunciada en la fase *in iudicio* de un proceso civil basado en una fórmula, en cuyo texto el orador refiere extensamente la *intentio*, que presenta semejanzas pero también sorprendentes diferencias en relación con la reproducida en D.47.8.2 pr.

En el año 76 a.C. el pretor M. *Terentius Varro Lucullus*, en un ambiente histórico caracterizado por el desorden social causado por las guerras civiles y las revueltas de esclavos introdujo en su Edicto una cláusula que sancionaba los daños causados con violencia en el patrimonio ajeno por medio de hombres armados y organizados como consecuencia del dolo de una familia servil. Podemos excluir la existencia de pruebas en favor de la inclusión de la sustracción de bienes ajenos, incluso en la modeli-

dad establecida para los daños, en la previsión edictal de Lúculo⁴⁶.

La acción correspondiente a la clausula edictal ejercitable contra el *dominus* de la familia presentaba las siguientes características: era pretoria, penal *in quadruplum intra annum*, después de este tiempo *in simplum*, pasivamente intrasmisible, se le aplicaba el principio de la solidaridad cumulativa entre los participantes; la cuantía del daño era valorado por el actor mediante *taxatio* y fijado con *aestimatio* por el juez y el juicio era recuperatorio.

Las diferencias entre la clausula de Luculo y la que aparece en el Digesto eran las siguientes: en la segunda. a) no se hace referencia alguna al dolo de la familia; b) no existe el término *vi*; c) tampoco existe el término *armatis*; d) se dice *damni quid factum* en lugar de *damnum datum*; e) se añade la clausula *sive cuius bona rapta esse dicentur*; f) no se especifica la cuantía de la condena ni se hace referencia a los límites temporales para el ejercicio de la acción en relación con esa cuantía; g) se

⁴⁶. Cfr. Balzarini, Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano, Padova 1969, p. 37 ss. Sobre la formula del Edicto de Luculo, Vid. infra p.

añade la clausula noxal; h) no se menciona la competencia de los organos judiciales. Estas diferencias podrían deberse a la modificación de la clausula originaria realizada por los sucesivos pretores entre el año 71 a.C. y el año 130 d.C. en el que se compila el edicto perpetuo, pero podrían deberse también al compilador edictal Salvio Juliano o a los compiladores justinianeos⁴⁷.

La *communis opinio* de la doctrina romanística sostiene que el *damnum hominibus coactis datum* y la rapina habían sido sancionadas en el ordenamiento privatístico romano de la edad clásica por el trámite de una única clausula edictal que responde a la mencionada en el Digesto⁴⁸.

De acuerdo con esta teoría mayoritaria podía llegarse a la conclusión de que el delito de rapina entendido como sustracción dolosa de bienes ajenos realizada con la violencia de un único individuo se introduce en el ordenamiento jurídico romano sólo al final de la época clásica. Sin embargo, afirma Balzarini esta conclusión resulta

⁴⁷. Vid. una exposición de las distintas teorías de Cramer, Savigny, Keller, Cohn, Ebert y Rouvier, en Balzarini, Ricerche cit. p. 48 ss.

⁴⁸ Vid. Balzarini, Ricerche cit. p. 56

desmentida por los escasos testimonios preulpianos que nos han llegado referentes a la *actio vi bonorum raptorum*. Ya Labeón muestra conocer una *actio* llamada *vi bonorum raptorum* concedida contra el particular que haya sustraído violentamente una cosa ajena. Juliano define al raptor como *fur improbius* y Gayo en sus Instituciones habla de *rapina* y de introducción de una específica acción pretoria *eius delicti nomine* sin advertir la necesidad de añadir nada sobre el requisito de la *coactio* de varios individuos y de su eventual superación.

De acuerdo con la idea ya expresada por Cramer puede hipotizarse la existencia en época clásica de dos cláusulas edictales distintas concedidas respectivamente pra castigar el *damnum hominibus coactis datum* y la *rapina* que habrían sido unificadas en una edad sucesiva posterior a la redacción de los *libri ad edictum* de Ulpiano.

La *rapina* clásica se configura como sustracción violenta y dolosa a la disponibilidad de terceros de una o varias cosas, de ordinario ajenas. Los bienes deban ser muebles.

Las diferencias con los supuestos delictuales sancionados con la *actio de hominibus coactis* son evidentes:

a) en la rapina se trata de una sustracción violenta y dolosa realizada por un solo individuo desarmado, en cambio en la prevista en el Edicto de Luculo es necesario que el daño sea causado *hominibus armatis coactisve*.

b) mientras la rapina puede tener por objeto solo bienes muebles el *damnum* puede referirse a cualquier tipo de bienes.

Es cierto que a partir de Ulpiano la *actio de hominibus coactis* se concede también por el daño violento y supone un evidente acercamiento entre los dos supuestos.

La *actio vi bonorum raptorum* presenta las siguientes características: es pretoria, persigue una pena *in multiplum* cuando se da *intra annum*, noxal e intransmisible pasivamente⁴⁹. También se sitúa en la lista de las acciones infamantes.

Aunque entre las acciones clásicas de *hominibus coactis* y *vi bonorum raptorum* no existen grandes diferencias, algunas distinciones pueden observarse: a) la *actio de hominibus coactis* no es infamante; b) no puede decirse que el *iudicium vi bonorum raptorum* fuese recuperatorio; c) por lo que se

⁴⁹ Cfr. Balzarini, *Ricerche cit. p.*, 457 s.

refiere a la concesión de las dos acciones con caracter noxal, mientras la primera podía serlo *familiae nomine* sobre la misma base de la clausula edictal, la segunda podía ser concedida *familiae nomine* solo por aplicación analogica, con base en la clausula "si familia *furtum fecisse dicetur*"⁵⁰.

La *actio vi b.r.* se concede para castigar las sustracciones violentas desde la epoca de Labeón. La lectura del texto edictal que se recuerda en D.47.-8.2pr. inclina a favor de la derivación de este texto de la fusión de dos cláusulas edictales distintas. Los orígenes de esta acción se encuentran, con toda probabilidad, en estrecha relación con la *actio* contra publicanos y con la *actio metus* remontandose todas a la raíz común de la *formula octaviana* y por tanto, también desde el punto de vista histórico estas dos acciones (*v.b.r.* y de *h.c.*) presentan orígenes y finalidades claramente distintas⁵¹. Sobre estas bases parece debe admitirse la existencia en epoca clásica de una clausula autonoma "*vi bonorum raptorum*" completamente independiente del Edicto de Luculo. La expresión tecni-

⁵⁰. Cfr. Balzarini, Ricerche cit. p. 461

⁵¹ Cfr. Balzarini, Ricerche p. 462

camente idonea para designar los comportamientos perseguidos con la *actio vi b.r.* pudiese ser solo *vi rapere* y que el uso de *rapere* se haya admitido en el lenguaje vulgar, contaminando también el lenguaje de los juristas, precisamente por la existencia de esta acción.

En cuanto a la evolución postclásica, los textos estudiados testimonian la unificación, al menos en occidente, de los supuestos sancionados en la época clásica con la concesión de las acciones de *turba* y de *hominibus coactis*, unificación que parece encontrarse en relación con la prevalencia de la represión pública⁵².

La unificación entre los casos de *damnum hominibus coactis datum* y la *rapina* y entre las acciones de *hominibus coactis* y *vi bonorum raptorum*, como resulta de los *frams.* 2 y 4 de D.47.8. debe considerarse obra de los compiladores justinianos realizada con la fusión de los dos diversos comentarios de Ulpiano a las dos distintas cláusulas clásicas⁵³. La unificación entre estos dos comentarios no supuso para el derecho justiniano la

⁵² Cfr. Balzarini, *Ricerche cit.* p.473

⁵³ Cfr. Balzarini, *Ricerche cit.* p. 489

irrisoria consecuencia de la unificación de dos clausulas edictales, conservandose la dualidad de acciones de *hominibus coactis* y *vi b.r.*, sino la unificación de las dos acciones clásicas bajo la denominación unitaria "*vi bonorum raptorum*"⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. Balzarini, *Ricerche* cit. p. 497. Se tratarán otros aspectos de la tesis de este autor en los sucesivos capitulos de esta tesis.

TESIS DE VACCA

Vacca⁵⁵ en este estudio hace referencia a la primera parte de la investigación del edicto de Luculo⁵⁶ y continua manteniendo la tesis de que el interés de la romanística más reciente está centrado en el origen del delito de rapina; según Vacca los autores sostienen diferentes puntos de vista en relación a la cuestión de la previsión del mencionado delito en el edicto originario, según la hipótesis mantenida por primera vez por Cramer y que encontró apoyo en Cohn, la actual redacción compilatoria sería el resultado de la fusión por obra de Justiniano de dos distintos edictos que permanecen como tales durante toda la época clásica y que según Vacca, Cohn reconstruye en estos términos: *In eum cuius dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, intra annum in simplum iudicium dabo. Cuius ex bonis dolo malo quid (vi) raptum esse*

⁵⁵ Vacca L., *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*. Università di Cagliari. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Milano-Dott.A. Giuffrè Editore. 1972.

⁵⁶ El edicto de Luculo en *Studi Cagliari*, 45 a 965-68, p.525 ss.

dicetur, in eum quid id fecisse dicetur, intra annum in quadaruplum, post annum in simplum iudicium dabo. Vacca cita de nuevo a Cohn, quien, opina que la fórmula dada por Ciceron correspondería al primero de estos edictos como lo demuestra la incongruencia de los textos del comentario Ulpiano y las contradicciones que ellos presentan.

Para Vacca esta hipótesis que no encontró apoyo⁵⁷ ha sido recientemente acogida por Balzarini que se basa, además, de las ya citadas contradicciones del comentario Ulpiano, en la consideración de que de ningún modo la noción de daño edictal en relación con la noción técnica de daño aquiliano, podía referirse originariamente a los casos de sustracción.

Vacca manifiesta estar de acuerdo con la objeción que hace Ebert a esta reconstrucción, en el sentido de que los compiladores no perseguían ninguna finalidad al realizar los cambios y sostiene que Balzarini no llega a responder de forma; según Vacca, la tesis sostenida por convincente por

⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncian Voigt, Karlowa,-Leipzig Kniep.

Balzarini consiste en la aparente ausencia de motivación en la supuesta obra de unificación de los compiladores justinianos, a esta objeción se podría responder desde un plano meramente abstracto, que, si no fuese posible encontrar los motivos de la fusión justiniana, aún menos se podrían encontrar los motivos válidos para la unificación de la previsión de los dos casos en una única previsión edictal en la época clásica o por la fusión de los dos recursos en la citada época. Para Vacca resulta inexacto que los dos casos entrasen ya en el edicto originario. Vacca continua citando a Balzarini, quien, sostiene haber demostrado en su estudio⁵⁸ el atento análisis de las fuentes confirman para toda la edad clásica la existencia de dos cláusulas edictales distintas y para la edad postclásica la absoluta inexistencia de indicios a favor de la presunta unificación, razón por la cual incluso en ausencia de evidentes y plausibles motivos se debería en todo caso deducir que la misma no puede haber sido efectuada más que en edad justiniana. Según Vacca la doctrina dominante reconoce el origen de la *actio vi bonorum raptorum*, en el edicto de

⁵⁸ Balzarini, *Ricerche* pag. 490.

Luculo y la originaria mezcla de las dos especies *bona rapere e damnum dare*, hipótesis que fue formulada en primer lugar por Savigny que sostiene que los casos de sustracción creados por las mismas agravantes previstas para el daño, es decir *dolo malo hominibus armatis coactisve* debió figurar ya en el edicto originario. Cicerón en su exposición se había referido sólo a una parte del edicto que, como resulta del Digesto cuando ya no se dan las particulares circunstancias históricas que justifican el edicto mismo, su ámbito de aplicación viene extendido por los juristas postjulianeos a todos los casos de daño y rapina, incluso los no realizados por hombres armados o agrupados y ello justificaría las oscilaciones y las dudas que el comentario ulpiano presenta. Según la autora las varias opiniones expresadas por la doctrina referente a la relación entre la *actio vi bonorum raptorum* y el edicto de Luculo se relacionan de forma sustancial con las posiciones y presentan variantes sólo en relación a la cuestión de si las especies de hecho de rapina fuesen contempladas expresamente sin el agravante del uso de las armas o de la cuadrilla en el edicto originario, además que la circunstancia de la sustracción violenta estuviere implícita en la

relación de daño, lo que constituye sucesivamente una especificación por obra de la interpretación jurisprudencial que extendió el ámbito de aplicación del edicto a las especies de hechos de sustracción violenta independientemente del requisito de la cuadrilla, esta evolución se habría verificado según algunos autores en el primer siglo, es decir antes del edicto juliano. Según esta hipótesis, la *rapina* que no estaba de algún modo prevista en el edicto originario, había sido introducida con los mismos agravantes previstos para el daño en el edicto juliano, el cual viene en época Ulpiana interpretado en el sentido de que comprendía cualquier sustracción violenta o daño independientemente del uso de las armas o de la cuadrilla.

De la exposición de Cicerón se desprende la creación por Luculo de un ilícito penal con características diversas de los restantes ilícitos privados del *ius civile*, sobre todo en lo que se refiere a la responsabilidad. Estas características propias se justifican por la forma particular de violencia realizada por la utilización de hombres armados y en cuadrilla, sobre todo de las *familiae* de esclavos. El Pretor Luculo ha tratado de frenar este tipo de

delitos haciendo objetivamente responsable al dominus y quitandole cualquier posibilidad de liberarse de esta responsabilidad patrimonial mediante la prueba de su no intervención en el acto y la entrega de los esclavos materialmente responsables⁵⁹.

Tanto el régimen de la acción, como el tipo de iudicium que se sigue y la gravedad de las sanciones sitúan a este ilícito en un campo mas cercano a los otros casos de violencia armada, castigados en el mismo contexto economico social como crimina, que a los delitos civilísticos. Esto no significa negar que la acción de que se trata sea una acción privada, pero permite destacar que se trata de un ilícito que se centra sobre la violencia realizada por hombres armados y en cuadrilla, es decir sobre una clase de conducta respecto a la cual el damnum pasa a un segundo plano y el interés del ofendido al pago de la pena no es el interés tutelado de forma

⁵⁹. LABRUNA, *Vim fieri veto, alle radici di un'ideologia*, Camerino 1971, 14 ss.; ID. *Il console sovversivo Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, Napoli 1975, pag. 82 y ss.; cit 110.; ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma Repubblicana*, Napoli 1986, p 1ss.
CAVARZERE, *la lex Plautiade vi nello specchio deformante della pro Caelio Cicerone*, in *Atti del III seminario romanistico gardesano*, Milano 1988, 235, ss.
BALZARINI *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969 p. 181.

prevalente. A todo ello parece oponerse la circunstancia de que Cicerón funda su argumentación en la contraposición entre este ilícito y el *damnum iniuria datum* previsto en la *lex Aquilia* destacando su distinto régimen y los aspectos de mayor severidad⁶⁰.

Sin embargo, pueden hacerse dos observaciones a este propósito: en primer lugar, la continua cita del *damnum iniuria datum* se debe probablemente a la necesidad de combatir los argumentos contrarios de Quincio, a quien convenia resaltar la analogía con el régimen de este delito para quitar importancia a la gravedad de los hechos y encontrar una base mayor para sostener la existencia de eximentes; en segundo lugar, porque los argumentos de Cicerón tendían a demostrar que el Edicto aplicado se diferencia en su régimen de la ley Aquilia porque diferente es la *ratio* en la que se basan las dos disposiciones y el interés en ella defendido. Afirma Cicerón que el *iudicium* castiga no el daño causado sino la violencia, el actuar con hombres armados, el asalto a los edificios, la devastación de las fincas, la muerte de hombres, los incendios, los robos. Esta afirma-

⁶⁰. Cfr. Vacca, L'Editto di Lucullo cit.p.251

ción no ha sido dictada por una "rétorica dramática", sino que es plenamente atendible.

La disposición del Edicto viene radicalmente cambiada en época clásica, cuando una vez cesada la fase de emergencia civil, nuevas y distintas exigencias para castigar con mayor severidad supuestos calificados de ilícitos privados sugieren la configuración de una serie de clausulas edictales en los que precisamente la pena pecuniaria viene elevada en relación con el delito base⁶¹. Durante el Principado, en conexión con el cambio de circunstancias políticas y sociales y con el fortalecimiento del poder del Estado, que comporta la progresiva concentración del poder de represión penal en formas publicísticas, las acciones penales privadas tienden a asumir un contenido procesal que incluye el resarcimiento patrimonial al ofendido y a ampliar en esta dirección su originario campo de aplicación. Con ello, los juristas valoran los nuevos principios sobre la noxalidad, la instrasmisibilidad activa y pasiva y la cumulabilidad⁶²

⁶¹ Cfr. Vacca, L'Editto di Lucullo p.352

⁶². Vid. Vacca, op. cit.p. 225 s.

CAPITULO II

Furtum y Rapina

1.-Distinciones terminológicas en Ulpiano 56.ed.

D.47.8.2.24:

Utilius
dicendum est et si cesset actio furti ob rem depo-
sitam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem,
quia non minima differentia est inter eum qui clam
facit et eum qui rapit, cum ille celet suum delictum,
hic publicet et crimen etiam publicum admittat. si
se sua vel modice docebit. debet
rum raptorum actionem.

Es sabido que los juristas romanos tomaban los conceptos de las prácticas y costumbres sociales, por lo que no siempre encontramos nociones etimológicas sobre los temas que tratan. En relación con las diferencias entre los distintos supuestos de *furtum* y de *rapina* caracterizados por la violencia encontramos en primer lugar el texto anteriormente expuesto El Pretor en su Edicto dice que en deter-

minados supuestos, como el de hurto de una cosa depositada, aunque no se de la acción de hurto puede darse la *actio vi bonorum raptorum*. En la exposición Ulpiano afirma: existe notable diferencia entre el que hurta *Eum qui clam faciet* y el que roba *qui rapit*, el primero oculta un delito y el segundo lo publica, es decir lo hace en público y comete incluso un crimen público. Es muy probable que en esta concepción se añada ya la consideración de la rapina no como delito privado sino como crimen público. Esta noción pudo ya proceder de la época de Ulpiano. Rechazamos por no parecernos fundadas las hipótesis de alteración del texto desde ... *utilius - admittat* y desde ...*quía* hasta el fin (*vid Index interpolationum*).

2.- *Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem Juliano ap Ulpiano 56.ed. D.47.8.2.10:*

—Ceterum neque furti actio, neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc Edicto, licet interdum communes sint cum hoc Edicto; nam Iulianus scribit, eum, qui vi rapit, furem esse improbiorem; et si quid damni coactis hominibus dederit, utique etiam Aquilia poterit teneri.

Juliano afirma que el que roba es un ladrón más malvado. La comparación del *Qui vi rapit* debe hacerse también con el que *furtum faciet* o para decirlo con palabras de Ulpiano *qui clam faciet*. No hay nada que haga dudar de la claridad del texto⁶³.

⁶³ La interpolación pro parte que aparece en el *Index Interpolationem* no está justificada.

3.- Gayo, 21 ed. prov. D.47.9.1.5:

—Item ait Praetor: «si quid ex naufragio»; hic illud quaeritur, utrum, si quis eo tempore tulerit, quo naufragium fit, an vero et si alio tempore, hoc est post naufragium, namque (4) res ex naufragio etiam hae dicuntur, quae in litore post naufragium iacent. Et magis est, ut (5) eo tempore.

El Jurista señala una diferencia entre hurto y robo basándose en el conocimiento de la procedencia de las cosas hurtadas: si sabía que las cosas procedían de un naufragio, incendio o derrumbamiento el ladrón comete robo y se le aplicará la *actio vi bonorum raptorum*. Si no lo sabía cometerá sólo hurto de aquellas cosas y responderá por la *actio furti*. En relación a este tema Ulpiano 56.ed. D.47.9.1.5 aclara que sólo puede darse la acción por las cosas tomadas en el momento del naufragio

4.- San Isidoro de Sevilla sobre la distinción hurto y robo.

En *Differentia* I.340 se da otra definición de *fur* y de *latro* sin ninguna relación con la que estudiamos, como demostraremos con estas observa-

ciones la distinción entre *latro* y *fur* tiene una gran importancia porque va a probar toda la evolución del derecho visigótico que sigue las huellas trazadas por el derecho romano del Bajo Imperio. La distinción es muy importante porque marca la diferencia entre hurto simple (*furtum*) y hurto agravado por la utilización de la violencia (*rapina*). Es una constante en la evolución histórica a partir de la época clásica y sobre todo señala la distinción fundamental de la época postclásica entre estas dos categorías. El reflejo de esta distinción lo encontramos también en Etimologías 5.26.20 donde San Isidoro describe la *Pervasio*. En esta distinción se comprende la apropiación de cosas muebles (*quae transferri possunt*) e inmuebles (*quae immobiles sunt*) y a la que se refiere San Isidoro en su definición de *pervasio*. El texto de San Isidoro de Sevilla *Differentia*, puede servirnos de pauta para estudiar las dos posibles vías o medios de la denuncia criminal o de la acción civil⁶⁴. En la definición de hurón San Isidoro nos da una nueva versión de horadar o hacer agujeros, en este texto

⁶⁴*Inter latronem et furem. Qui alienum inviolat, fur est; qui furatur et occidit, latro est. Proprie autem latro a latitando insidiis dictus: fur autem a furvo vocatus, id est nigro; nam noctis utitur tempore. Pulchre autem Plautus cuidam qui furabatur ait: Tu trium litteraru homo, id est fur.*

debe inspirarse D.Ors⁶⁵ y no en Tabera⁶⁶ que cita y elimina este texto cuando afirma D.Ors," la relación con horadar muy explicable en una sociedad que vive en casas de paredes perforables da el punto de conexión para la comparación popular con rata, ratón, ratero". En la diferencia entre *fur* y *latro* se contiene la referencia a hurto simple y hurto agravado que constituye la base de la diferenciación jurídica entre el *delito furti* y el *crimen furti* y también la actual distinción del código penal español entre hurto y robo (art. 514 y 500 respectivamente). El derecho visigótico en el que se inspira San Isidoro es una continuación del derecho romano. En cuanto a las fuentes en las que se ha inspirado San Isidoro, la opinión de los autores se divide entre la utilización de un desconocido manual de derecho romano que circuló en su época o la tradición de los gramáticos, especialmente de Varrón que siguió la doctrina de Sabino. Parece acertado que San Isidoro no conoció el *Corpus Iuris* de Justiniano. Sin embargo si debió conocer la L.R.V.

⁶⁵ D.Ors A. Derecho Privado Romano, Pamplona 1986 p.422. n 368

⁶⁶TABERA SDHI 1942 p.23

o breviario de Alarico que era para Occidente la magna compilación romanista de aquella época.

Para la *lex visigothorum* la *rapina* supone, siguiendo la tradición romana tomar la cosa con violencia. No se trata ya de un *furtum auferre* sino de un *rapere*. De hurto y robo se habla como de acciones distintas incluso en un mismo texto. También aparece escrito para designar la acción constitutiva del robo el verbo *auferre*. Pero no se trata aquí de aquel simple *auferre*, empleado para designar hechos furtivos, sino de un *auferre* cualificado, calificación que aunque no siempre es expresa cabe deducirla claramente del sentido del texto. También algunas sustracciones se califican en la L.V. como *rapina*, aún cuando no llegase en realidad a darse la fuerza como en el caso en que el agente sabe de antemano que la víctima no tiene la posibilidad de defensa, en este supuesto la fuerza no llegaría a cobrar existencia porque la víctima consciente de su inferioridad frente a las gentes armadas de la hueste, no opondría resistencia, en este supuesto no se puede hablar de un arrebató sino más bien de un llevar porque el agente va revestido de la suficiente fuerza potencial para cohibir al

perjudicado y es esta fuerza *in potentia* en la que se ve envuelta la víctima la que cualifica la sustracción. También las sustracciones realizadas con ocasión de catástrofe continúan integrándose en el concepto de robo. La L.V. se refiere a dos composiciones, lo cual parece indicar que detrás de ellas se encierra una distinción. Al igual que en el hurto aquí el legislador visigodo también toma en cuenta las circunstancias que envuelven al robo distinguiéndose una serie de robos normales cuya composición es por el cuádruplo establecido en la L.V. al lado de robos agravados, cuya composición se ve incrementada hasta el undécuplo. En la L.V. al igual que en los primeros tiempos del derecho romano el *furtum* vuelve a aparecer íntimamente vinculado a *ferre*, la necesidad práctica que llevó a los juristas romanos al estudio del *aufferre* originario al *contrectare* clásico lleva también al mismo planteamiento en la L.V., es decir que a pesar de haber sido sustituida la expresión *contrectat* romano clásica por *ablata est*, *abstulerit* y *tulerit* se observa un retroceso, lo que es síntoma de falta de tecnicismo jurídico, en otras palabras, influencia de la vulgarización. Hay que tener en cuenta que es en el primitivo derecho romano donde se llega a una

noción materialista de lo que era el *furtum* distinta de la que siguen los juristas republicanos. *Auferre furtin* es llevar la cosa escondida y esto nos situa en el mismo aspecto de ocultación a que se refiere la definición de San Isidoro de Sevilla. Por último sobre la *rapina* en la L.V. se trata de las dos posibles composiciones al *duplum* que era la antigua composición del *furtum nec manifestum* al nonuplo del valor de la cosa. Como conclusión diremos que la distinción que aparece de San Isidoro de Sevilla entre hurto y robo aparece justificada en las fuentes del Derecho Visigótico ⁶⁷.

⁶⁷ Los textos más importantes son *Lex Vis 7,2,1*; *Lex Vis 7,2,10* y *Lex Vis 5.6.2*. Vid. G.R. Mourullo.

CAPITULO III

EL HURTO AGRAVADO EN LA LEY DE LAS XII TABLAS

1.-*Fur manifestum et nec manifestum*

En época originaria la expresión *Furtum manifestum* tiene un alcance muy preciso, hace referencia a cosa hurtada que se toca con la mano.

Manifestum se considera derivado de *Manu Fendere*: tocar con la mano⁶⁸. Es requisito indispensable para proceder a la aprehensión del ladrón, la captura del objeto hurtado; el mencionado requisito cambia de sentido en la época clásica para ser entendido como delito de hurto flagrante⁶⁹.

⁶⁸vid. Mommsen, *Römische Strafrecht*, p. 750; *Études I*, p. 488; De Visscher, *Études de Droit romain*, p. 137 ss. Huvelin afirma que el testimonio de Sabino revela que la expresión *furtum facere* significa hacer una cosa furtiva antes de significar cometer un delito de hurto. Para Huvelin *Io*, cit. p. 487, en la terminología de los *veteres*, *furtum* equivale a cosa furtiva. En el *furtum conceptum* y en el *oblatum*, *concupere* y *offere* tienen un significado concreto. No se coge (*concupere*) ni se lleva a casa de otro (*offere*) un delito de hurto. Cita a Gayo 3.186, 187 y 188 P. Diacre y PS. 2.31.22.3 y 5. Los delitos de las XII Tablas. En general; B. Perrin, *Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables*, RH, 29 1951; F. Wieacker, *Zwölftafelprobleme*, RIDA, 3, 1956; C. S. Tomulesco, *Infracciones de droit pénal public dans la loi des XII tables*, RIDA, 26, 1979.

⁶⁹Cfr. Huvelin, *Études I*, p. 489. Sobre *furtum manifestum* en Gayo vid. *infra* p. 65.

Para el Jurista Sabino el hurto manifiesto es el que *quod deprehenditur dum fit*⁷⁰, entendiéndose como *furtum nec manifestum* el objeto hurtado que no se ha podido aprehender. Huvelin sostiene que el *furtum manifestum* existe con independencia de actos de procedimiento judicial o extrajudicial, entrega a la víctima del ladrón y que el *nec manifestum* solo existe cuando ha sido objeto de una demanda⁷¹ y se ha fijado la culpabilidad.

El primer hurto considerado por la Jurisprudencia es un hurto agravado por la circunstancia de la flagrancia, es decir por haber sido descubierto en el momento de su realización, las otras circunstancias que permiten considerar otros hechos como furtivos parten también de este aspecto principal de la flagrancia, el hurto no flagrante "*furtum nec manifesti*" tiene una connotación negativa y no positiva: es el hurto que se descubre después de

⁷⁰ *Faciendi finis est, cum perlatum est quod ferri coeperrat. Aulo Gellio Not. At. 11.18.11 Vid. Huvelin I.c.p.488.*

⁷¹ Para obtener satisfacción en el *furtum nec manifestum*, el demandante no se apoya ya sobre el cuerpo del delito y debe probar en justicia el hecho delictuoso de otro. P.S.2.31-.2. *Nec manifestum fur, qui in faciendo deprehensus non est, sed eum furtum fecisse negari non potest.* Según Huvelin I.c.p.489, Las XII tablas no mencionan en el *furtum manifestum* que el ladrón deba presentar una reclamación cualquiera. Por el contrario, en el *furtum nec manifestum*, sólo se ocupa de la reclamación: Si *adorat furto* donde *furtum* significa un acto y no una cosa material. Vid. infra Cap IV.

haberse realizado o el que no ha podido relacionarse con el descubrimiento del objeto hurtado

Originariamente el *furtum manifestum*⁷² se castigaba con pena corporal, de ello nos dá fé una glosa de Servio y las etimologías de San Isidoro de Sevilla:

Pro ingenti scelere furis nomen posuit: capitale enim crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.

Servius, s.Virg. Aen., 8.205.

Furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.

Isidorus, Orig. 5.26.19.

En ambos textos se sostiene que el *furtum manifestum* era castigado con la pena capital.

⁷² Hurto: M.Wlassak, Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren.IV. Das Gesetz der Zwölftafeln über den fur manifestus, ZSS,25.1904;E.Weiss, Lance et licio ZSS,43,192-2;D.Pugsley,*Furtum* in the XII Tables, 4,1969; FERRINI"Appunti sulla teoria del furto".o para V.P150 ss HUVELIN,"Études..."cit.p.617 y ss. HAYMANN."Von Berlassen Falsche Masse und Gewichte in den Digesten",en 2ss 40(1919)pag.352 y ss.JOLOWICZ."DLVII.2 De furtis.Cambridge,1940.

Huvelin opina que la génesis de estas dos versiones está en Varrón. Desde el punto de vista jurídico y según Floría⁷³ un texto de Aulo Gelio resume el libro de furtis de Sabinus:

*Ex ceteris autem manifestis furiis liberos verberari ad-
dicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id
luci fecissent neque se teio defendissent; servos item fur-
ti manifesti presos verberibus adfici et a saxo praecipi-
tari, sed pueros impuberes praetoris verberari voluerunt
noxiamque ab his factam sarciri.*

Aulus Gellius, Noctes Atticae 11.18.7-8

La autora cita otra texto de Aulo Gelio en el cual según Huvelin⁷⁴ se inspira en la autoridad de Labeón:

*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existi-
mari potest? nisi duram esse legem putas, quae... furem
manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tra-
dit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim
quaeso, dic... an furis manifesti intolerandam audaciam...
non dignam esse capitis poenae existimas?*

Aulus Gellius Noctes Atticae 20.1.7

⁷³ Floria. La Casuística del furtum en la Jurisprudencia Romana

⁷⁴ Vid. Huvelin, Études I. p.25 y 66

Los textos mencionados coinciden en la sanción inmpuesta al *fur*, autor del hurto flagrante: si se trataba de un libre, la pena de azotes (*verberatio*) y la *addictio* o sea la entrega como esclavo (*in servitutem tradit*) del ladrón a la victima del hurto. Si el ladrón era esclavo, este seria azotado y castigado a muerte arrojandolo desde la roca Tarpeya⁷⁵ en el caso de que se tratase de hurto cometido por un impuber se dejaba al arbitrio del Pretor el someterlo a azotes.

Gayo refiriéndose al hurto manifiesto nos dice:

Poenam manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber uerberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem seruus efficeretur ex additione, an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. In seruum aequae uerberatum animaduertebatur. Sed postea improbata est asperitas poenae et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

Gayo 3.189

El Jurista afirma que la pena de hurto manifiesto era, según la ley de las XII Tablas, la capital. Cuando Gayo introduce el argumento de las

⁷⁵ Gayo 3.189; Gell. 11,18,8;20,1,7(XII Tab. 8,14)

sanciones previstas para el hurto, recuerda que en la época decemviral se distinguía la pena prevista para el *furtum manifestum* respecto a la señalada para el *furtum nec manifestum*; en el primer caso esta era capital como ya se ha indicado, en el segundo caso la pena era pecuniaria. En el supuesto de hurto manifiesto el hombre libre una vez azotado era entregado a aquél que había sufrido el hurto.- Pero los autores antiguos discutieron si en virtud de la entrega se convertía en esclavo o si se colocaba en situación de *adiudicatus*⁷⁶. En cuanto a los esclavos también se les castigaba con azotes.

Al estudiar el texto Gayano y el de Gelio, Huvelin encuentra cierto paralelismo y llega a la conclusión de que ambos han seguido a Sabino⁷⁷.

La expresión *capitale crimen* referida al *furtum manifestum* es entendida en los textos estudiados como delito castigado con la pena capital, consistente además de la *verberatio*, en la entrega (*addic-*

⁷⁶ NICOSIA, *Il proceso privato romano*, 1 p. 85; D. 49, 16, 4, -
10

⁷⁷ Según Huvelin, *Études* i, p. 57, las diferencias que separan los dos textos resultan de una parte de las preocupaciones arqueológicas de A. Gelio y, de otra parte, de las preocupaciones prácticas de Gayo que le llevan a olvidar los detalles superfluos.

tio) del ladrón a la víctima del hurto. Es discutida la *addictio*, según Gayo, en los textos de los antiguos ya que para unos el *fur addictus* se convertía en esclavo de la víctima del hurto, mientras que para otros sería una situación de *quasi* esclavitud, pudiendo ser vendidos como esclavos *Trans Tiberim* pasados sesenta días y conservando la ciudadanía y la libertad hasta que no se ejercitara la *manus iniectio*⁷⁸.

Los textos estudiados por Floría⁷⁹ demostrarían que en el Derecho Antiguo el *fur addictus* era considerado como un esclavo, conclusión que viene confirmada por la *addictio* que se narra en el *Poenulus* de Plauto: sus efectos eran hacer al *fur* esclavo de la víctima del hurto⁸⁰.

⁷⁸ Según Huvelin, *Études* II p. 367 ss, la controversia sobre los efectos de la *addictio* no tendría razón de existir más que en la época anterior a la existencia de la *actio furti manifesti* al cuádruplo. Sabemos que existía ciertamente en la época de Sabino. Por tanto, los *veteres* de los que habla Gayo son necesariamente anteriores a Sabino. Es necesario buscarlos en la serie *preserviana* de antiguos *jurisconsultos* porque las fuentes de Gayo se relacionan con la tradición *sabiniana* y esta no comprende la escuela *serviana* en la serie de los *veteres*.

⁷⁹ Vid Floría *op.cit.*

⁸⁰ Vid. Huvelin, *Études* II, p. 186 ss. y 369

2.-*Fur nocturnus y fur qui telo se defendit*

Non esse ab re puto hoc in loco id quoque admonere, quod decem viri in duodecim tabulis inusitatissime nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt: «Si nox furtum factum sit, si im occisit, iure caesus esto», in quibus verbis id etiam notandum quod ab eo quod est is non eum casu accusativo, sed im dixerunt.

Macrobius, Sat 1.4.19

Esta disposición decemviral conocida a través del texto de Macrobio (Saturn.1.4.19) preveía que debía considerarse *iure caesus*⁸¹ al ladrón sorprendido robando de noche, entendiéndolo como una consecuencia normativa de *si im occisit*, y no de *si nox furtum faxit*⁸²; la expresión *iure caesus*, según Corbino⁸³ la encontramos siempre que concurren circunstancias que permitan y contemplen la posibilidad de matar al ladrón autor material del delito⁸⁴; en

⁸¹ CUIACIUS, Opera III, Observationes XI, 27, Napoli 1722, 318; Huvelin, *Études sur le furtum*, I, Paris, 1915 22 e n.2

⁸² XII Tablas 8,2; XII Tablas 8,22

⁸³ CORBINO A. en Studi Cagliari, (en prensa)

⁸⁴ TITO LIVIO 1,26,9; Cicerón pro Mil 3,8;4,11.

este texto de las XII Tablas se contempla el supuesto en que el delito cometido por el *Fur* se realice por la noche, circunstancia esta que es considerada como agravante y que permite a la víctima del hurto matar al ladrón sorprendido in flagrante (*fur nocturnus*) haciendo uso de la venganza privada.

Existe en el contenido de la disposición decenviral citada por Macrobio una correspondencia sustancial⁸⁵ con el contenido originario como lo atestigua, en el aspecto lingüístico, Macrobio (Saturnino 1,4,19). Es discutido por Corbino que si el legislador hubiese querido contemplar la facultad de poder matar al ladrón en el acto habría que leer *si nox furtum faxit occidito* o también según el modelo de las XII Tablas 3,3 (*aut si volet maiore vincito*)- *Si nox furtum faxit, si volet occidito* o también *si nox furtum faxit, iure caesus esto*; pero jamás *si im occisit*.

⁸⁵Cfr. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole, in Societa e diritto nell'epoca decenvirale Napoli, 1988, 52*

Referente al hurto diurno armado hay que entender que sólo se podrá matar al ladrón armado en los casos en que éste haya usado las armas⁸⁶ para escaparse de las manos de la víctima, es decir, la muerte ha debido producirse en el momento de la agresión por parte del perjudicado, agresión que lógicamente había de estar dirigida a capturar al ladrón; es presupuesto necesario para la aplicación de esta norma la reacción armada del ladrón⁸⁷.

Debe de tratarse de una agresión segura, es decir, tiene que existir una circunstancia objetiva; no se consideraba que bastase la declaración de la víctima de la supuesta reacción del ladrón, era necesario demostrar que se había intentado disuadirlo con la llamada a los vecinos.

⁸⁶ BOHACEK M. *Si se telo defendit*, Studi V. Arangio Ruiz I, Napoli 1.953.
FLORIA cit pag.43; mientras el *fur diurnus* sólo puede perder la vida si va armado; el *fur nocturnus* la pierde en todos los casos (quoquo modo). En Quintiliano, *Ins.Orat.5.14.18* encontramos esta misma expresión y también en *Coll.7.1.1*

⁸⁷ Cicerón pro Tulio 21,50: *Furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo vencrit, nisi utetur telo eo ac repugnabit non occides; quod repugnat, <<edploratio>>, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant.*

Se puede interpretar que en el contenido de la norma se introduce una causa de justificación para perseguir a la víctima como autor de homicidio⁸⁸.

Las fuentes técnicas que transcribimos presentan la disposición objeto de estudio como encaminadas a contemplar la atenuación de la culpabilidad de la víctima y no a contemplar una sanción para el ladrón:

. Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aeque cum clamore testificetur.

Gayo 7.ad ed.prov. D.9.2.4.1

⁸⁸Hoy en día el homicidio con causas de justificación, como la legítima defensa, constituye una circunstancia eximente de responsabilidad criminal (art.8,4 Código Penal) que si bien no excluye la antijuricidad material, si excluye la imputabilidad del delito tipificado.

SANTALUCIA B. Omicidio (diritto romano) ED. 29,1979;

Furem interdum deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat. teli autem appellatione et ferrum et fustis et lapis et denique omne, quod nocendi causa habetur, significatur.

Gayo 13.ad.ed.prov.D.47.2.55.2

Fu-
rem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit²⁰.

Ulpiano 37 ad.ed.D.48.8.9

Corbino⁸⁹ considera que es muy importante destacar en Cicerón pro Miletto la cita de esta disposición 12,8, donde invoca la legítima defensa de un cliente suyo acusado de homicidio; sin embargo en la Pro Tullio el orador defiende la situación desde la tesis contraria⁹⁰.

⁸⁹ Corbino, ya citado

⁹⁰ CICERON pro Tullio 20,47;24,54-56;20,48;21,49;24,56

Un caso de Alfeno Varo narra un caso de hurto nocturno en el que se dá mayor relevancia a la pelea que surge como consecuencia del acto furtivo:

Tabernarius in semita nocte supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor¹⁵ inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii¹⁶ culpa factum videri.]

Alfeno, 2 D.9.2.52.1

El jurista expone el siguiente caso:

Un posadero había puesto, de noche, en el camino un farol sobre una piedra. Uno que pasaba por allí se lo llevó; alcanzandole el posadero, le pedía el farol y retenía asido al fugitivo. Este con un latigo que tenía en la mano, en el que había oculto un aguijón, empezó a azotar al posadero para que le soltase. Se agrava entonces la pelea y el posadero saca un ojo al que le había sustraído el farol.

En este caso planteado el hecho delictivo es el siguiente:

-- *Furtum* o sustracción de un farol por parte de uno (*quidam*)

-- El hecho furtivo (*tollere*)⁹¹ se realiza de noche. Esto tiene una gran importancia desde el punto de vista de la agravación de la pena, un precepto de las XII Tablas autorizaba a dar muerte al ladrón nocturno⁹².

Según el texto Gayano⁹³ recogido en D.-.9.2.4.1⁹⁴ la ley de las XII tablas permite matar tanto al ladrón sorprendido en la noche como al sorprendido de día si se defiende con un arma, con tal de que ello se haga constar a gritos. En opinión de Huvelin⁹⁵ todos los textos de que disponemos no exigen esta publicidad a gritos mas que para el que se defiende con armas⁹⁶.

⁹¹ *Tollere* indica el hecho material del hurto. Vid. Labeón, D.19.2.60.5; Juliano D.9.2.51.2; Ulpiano, D.47.2.43.4-; PS.2.31.2.

⁹² vid Floría Hidalgo, op.cit.

⁹³ texto citado en pag.

⁹⁴ infra texto ya citado

⁹⁵ HUVELIN op. cit.

⁹⁶ HUVELIN études I p. 34, afirma que Festo ha comentado en dos lugares distintos la expresión *endoplorato* lo que permitiría suponer que figuraría en dos preceptos de las XII Tablas. Cicerone *pro Tullio* 20,47;21,50;

Entre estas dos hipótesis la única diferencia es que en esta última circunstancia se requería un particular comportamiento del robado <<endoploratio>>⁹⁷, cosa que no era necesaria en el primer supuesto. Para Cicerón⁹⁸ el significado de <<endoploratio>> consistía en un *conclamare ut aliqui audiant et conveniant*, este mismo espíritu se encuentra en Festo⁹⁹ cuando este se refiere a *cum quaestione inclamare*.

⁹⁷ SANTALUCIA, B. Derecho Penal Romano, Pensamiento Jurídico. C.E.U.R.A. 1991

⁹⁸ CICERON pro Tullio 21,50; Festo sub. v. <<plorare>> (Lindsay p.260).

⁹⁹ Festo sub. v. <<endoploratio>> (Lindsay p.67); sub.v. <<placo>> (Lindsay p.402). Gayo 7 ed. prov. D9.2.4.1; 13 ed. prov. -; D.47.2.55(54,2; Gell 11.18.6-7; 20.1,7; Ulp. 8 ed., Coll7.3.1; - Macr. Sat. 1.4.19(XII Tab 8.12.13).

Floría¹⁰⁰ recoge un texto de Paulo, con una doble transmisión, que nos ofrece una noticia importante sobre la aplicación del precepto decemviral¹⁰¹:

Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehesum transmittendum ad praesidem magistratibus obtulerit.

Coll.7.2.1; P.S. 5.23.9

El texto dice que aunque todavía se tolera la muerte del ladrón en estas circunstancias se prefiere que se les castigue por el Magistrado y se le aplique la *lex Cornelia*.

..... : *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Ceteri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem arbitratu verberari noxianve duplionemve decerni.*

Plinio. nat. hist. 18,3,12

¹⁰⁰ Vid Floría, op. cit.

¹⁰¹ sobre estos textos vease también cap VI

Este texto contempla un caso de hurto nocturno cuya gravedad parece tal que justifica el hecho de que se imponga una pena más severa que la prevista para el caso de homicidio, correspondiendo la represión¹⁰² a los órganos de la República; en el texto en estudio se observa que para la hipótesis más grave como era por ejemplo el hurto de mieses¹⁰³ se preveía una imposición de la pena a través de los órganos de la colectividad, mientras que para el supuesto genérico de hurto nocturno, es decir, para una hipótesis menos grave, estaría legitimada la ejecución de la sanción por parte de la víctima¹⁰⁴.

Por último destacar el siguiente texto de Ulpiano 27 ed. D.48.8.9.¹⁰⁵

¹⁰² SANTALUCIA op, cit, p.446.

¹⁰³ CARELLI O. Distruzione delle messi, Plinio Nat.hist.XVIII 3,12; e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole, Ann Bari, 2, 1939; PERRIN B. Le délit décemviral de destruction de récoltes sur pied. AUS, 2, 1953; KARLOWA, Röm. Rechtsgechichte II; p.797 soutuvo que se trata de un *damnum*.

¹⁰⁴ MARRONE, Istituzioni p.693 y ss.; Pugliese, Istituzioni p.153; TALAMANCA, Istituzioni p. 622;

¹⁰⁵ vid. texto citado en pag.134

En este texto el jurista admite que se dé muerte al ladrón solo en aquellos casos en los que se demuestre que se ha obrado en legítima defensa, es decir, Ulpiano limita la aplicación del antiguo precepto decemviral a un caso de legítima defensa.

La ley de las XII Tablas permite castigar con la muerte, justificando así el ejercicio de la venganza privada, cuando el *Fur* para cometer el hurto emplea armas, esta circunstancia es también considerada como agravación en el delito de hurto. Floría¹⁰⁶ parte de la triple tradición afirmada ya por Huvelin¹⁰⁷:

-Retóricos como Cicerón.

-Gramáticos (Verrio Flaco, Varrón o Elio Stilo) y la de los juristas, donde destaca Sabino.

Las fuentes¹⁰⁸ presentan las dos antiguas disposiciones como dirigidas a imponer la sanción al

106 FLORIA op. cit.

107 Vid Huvelin, loc. p. 40

108 Sen. controv. 10,6,4; Gell. Noct. Att. 20,1,7

fur, otras veces¹⁰⁹ destacan el caracter de atenuante en favor de la víctima del robo¹¹⁰.

Estos puntos de vista han determinado una notable oscilación en las posturas doctrinales prevaleciendo en ocasiones¹¹¹ el reconocimiento de la atenuante en favor de la víctima¹¹², defendiéndose en tiempos más recientes la postura opuesta, es decir, proceder a la pena corporal del ladrón a instancia de la víctima¹¹³.

¹⁰⁹ Textos citados por Riccobono, *Leges, FIRA*, 2 1 (Florentiae 1968) 57 s.

¹¹⁰ Nott.Att. 20,1,7; 11,18,7.

¹¹¹ LUZZATTO *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934, 150 n.3; 162 y ss.; ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Annali Palermo*, 15, 1936, 119 y ss.; CARELLI, *La Repressione del furto flagrante nel diritto quiritaro*, in *Annali Bari* 2, 1939, 120 nella disposizione relativa al furto diurno (XII tav. 8,13)

¹¹² Literatura indicada en Wieacker, *Endoplorare, Diebstahlsperfolgung und Geriift im altrömischen Recht*, in *Festschrift Wenger*, I, München 1944, 171

¹¹³ BOHACEK, <<Si se telo defendit>> in Studi Arangio Ruiz 1, Napoli (s.d. ma 1953) 147 ss.; NICOSIA *Il proceso privato romano I. Le origini*, Torino 1986. 84 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e proceso penale*, p. 40 y ss.; GARCIA GARRIDO, *Derecho Romano Privado I. Instituciones* 1987, p. 518 y ss.; GUARINO *Diritto privato romano*, Napoli, 1988, p. 869; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989 p. 693; TALANCA *Alamanca, Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990 p. 622; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino p. 153. MOMSEM, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 p. 620 y n. 6. (= *Le droit penal romain*, Paris 1907, II p. 334 y n. 6). ARAGIO RUIZ, *La repression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain* in *Al Qanonun Wal Iqtisad*, 2, 1932 p. 113 (= *Rariora*, Roma, 1946 p. 204; = *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974 p. 375).

CAPITULO IV

**LA CASUÍSTICA DEL DAMNUN HOMINI-
BUS COACTIS Y LA RAPINA.**

En este capítulo estudiaré los casos originarios que dan lugar al régimen primitivo de la rapina; existen muchas dudas y controversias sobre el contenido y alcance de la regulación de la rapina que ha dado lugar a una abundantísima bibliografía.

La doctrina sostiene tesis diferentes respecto a la cláusula edictal *vi bonorum raptorum*¹¹⁴ ya que sanciona tanto el daño *hominibus coactis datum* como la rapina, esta acción (a.v.b.r.) se podría decir que comienza a aplicarse a aquellos supuestos que originariamente darían lugar al ejercicio de la *actio furti*.

¹¹⁴ véase Ferrini, Mommsen Balzarini, Vacca, citados en esta obra.

1.- Edicto de Luculo y la formula edictal

En el año 76 a.C. el Pretor M.Terentius Varro Lucullus introduce en el Edicto Pretorio una cláusula que castigaba los daños causados con violencia realizada por medio de hombres armados y reclutados con este fin pertenecientes a una familia de esclavos.

Esta cláusula forma parte de una serie de medidas para reprimir las continuas luchas y las sublevaciones de esclavos, en un ambiente de desordenes sociales del período postsilano¹¹⁵. Entre estas disposiciones pueden recordarse la formula Octaviana en el año 78 (o 79 a.C.) la lex Lutatia de vi, del 78 o 77 a.C. y la lex Plautia del 70

¹¹⁵ Vid. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Camerino, 1971, p.14.ss.; *Il console sovversivo, M.Emilio Lepido e la sua rivolta*, Napoli 1975 p.82.ss; ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma Repubblicana*, Napoli 1986, p.1.ss.

a.C. También es importante destacar en un periodo inmediatamente sucesivo la lex Pompeia de vi (de 52 a.C.) que agrava la medida represiva de la lex Plautia y la lex Julia de vi del 46 a.C.

Como fuentes para reconstruir este Edicto, contamos con la Oración *pro Tullio* de Cicerón, que podemos datar en el año 71 o 72 a.C., que describe las circunstancias que habian obligado a introducir esta formula, su contenido y los supuestos concretos que comprendia.

La fórmula, descrita por Cicerón presenta evidentes diferencias con la que aparece en D.47.8.-2.pr.

Sobre este texto edictal los compiladores justinianeos incluyen el extenso comentario de Ulpiano, en el libro 56 *ad edictum*.

Sobre estas diferencias, la doctrina romanística ha venido formulando diversas teorías que han venido sosteniendo:

a- un extenso desarrollo histórico en el periodo que va desde la redacción del edicto de Juliano hasta la compilación justiniana.

b- una evolución posterior realizada en el tiempo más breve que va desde final de la República hasta el Principado.

c- una intervención decisiva de los compiladores justinianos(vid supra Cap.I)

La redacción de la formula sería la siguiente:

Recuperatores sunt. Quantae pecuniae paret dolo malo familiae P.Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M.Tullio, duntaxat sestertium tot milium tantae pecuniae quadrupum recuperatores P.Fabium M.Tullio condemnato. Si non paret absolvunt.

Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicitur, sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum qui id fecisse dicitur iudicium dabo. Item si servus fecisse dicitur, in dominum iudicium noxale dabo.

Ulpiano 56 ed. D.47-
.8.2.pr

Cicerón pro Tullio 3.7

Balzarini reconstruye la formula originaria con el siguiente tenor literal:

"SI CUI DOLO MALO FAMILIAE VI HOMINIBUS ARMATIS COACTISVE DAMNUM DATUM ESSE DICETUR, IN EUM, CUIUS FAMILIA ID FECISSE DICETUR, IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, IN QUADRUPlum, POST ANNUM IN SIMPLUM IUDICIUM RECUPIRATORIUM DABO" (1).

La diferencia principal entre las dos fórmulas consiste en que mientras Cicerón trata del daño causado por la cuadrilla de hombres armados con violencia en la que interviene el *dolus malus familiae*, el juicio previsto en la clausula del Digesto sanciona al que causa el daño con hombres reclutados con dolo con independencia de la circunstancia de que estén armados o lleven a cabo una sustracción violenta¹¹⁶. Por otra parte, en la clausula del Digesto no se hace referencia al dolo de la familia, ni al término *vi* ni a *armatis*. Se dice *damni quid factum* en lugar de *damnum datum*; no se añade la clausula *sive cuius bona rapta esse dicen-*

¹¹⁶ cfr. Vacca L. Editto di Lucullo cit. p.224

tur. Tampoco se especifica la cuantía de la condena ni se hace referencia a los límites temporales.

Se añade la cláusula noxal y no se trata de la competencia de los órganos judiciales¹¹⁷. Especial importancia tiene el momento histórico en que a la originaria previsión del daño se añade la rapina¹¹⁸

La redacción del Digesto sería el resultado de la fusión realizada por los compiladores de los dos distintos comentarios ulpianos dedicados a la *actio de hominibus coactis* y a la *actio vi bonorum raptorum*¹¹⁹.

2.- Casuística:

Con independencia de los difíciles problemas exegéticos que plantea el estudio de las cláusulas edictales voy a ocuparme del estudio de la casuística del *damnum hominibus coactis* y de la rapina en D.47.8.2.

A) Sujetos:

- El que daña: *damni quid factum esse dicetur*

¹¹⁷ Vid. Balzarini Ricerche cit. p. 46

¹¹⁸ cfr. BALZARINI, Ricerche p.47

¹¹⁹ Cfr. Balzarini, Ricerche cit. p.51.

Praetor ait: 'Si cui dolo malo hominibus co-
'actis' damni quid factum esse dicetur sive cuius bona
'rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur,
'iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in
1 'dominum iudicium noxale dabo.'

Ulpiano 56 ed. 47.8.2.pr

Dice el Pretor: <<Daré juicio contra aquel del que se diga que ha causado con dolo malo algún daño o ha robado algunos bienes a alguien valiéndose de una cuadrilla de hombres armados. Asimismo, si se dice que lo hizo un esclavo, daré acción noxal contra su dueño>>

En el capítulo primero se contempla el supuesto de que alguien robe una cosa con violencia. El capítulo segundo pr. se refiere a los casos en que el robo se hubiera cometido valiéndose de una cuadrilla de hombres armados. Cuando el Pretor dice *iudicium dabo* hay que entender que se refiera a la *actio furti* y la *actio vi bonorum raptorum* contempladas en el capítulo primero.

La primera parte del texto, trata de un supuesto edictal mediante el cual se castiga a aquel que con dolo malo ha causado un daño. En este texto aparece el caso jurisprudencial que contempla el

supuesto general en que el robo se ha cometido valiéndose de una cuadrilla de hombres armados.

Como una variante dentro de este texto se contempla el supuesto en que el delito haya sido cometido por un esclavo para lo cual el Pretor dice dará acción noxal contra su dueño; en esta variante hay que interpretar que el delito de robo ha sido cometido por el esclavo valiéndose también de una cuadrilla de hombres armados.

El primer problema que se plantea a quien lea las cláusulas edictales aquí referidas, es, si la expresión "*Dolo malo hominibus (armatis) coactis* (ve) se refiere en el edicto juliano a ambos casos en cuestión¹²⁰ o si efectivamente resulta esencial sólo en relación a la hipótesis de daño.

Vacca¹²¹ refiriéndose al 47.8.4.6 dice que el texto es relativo al edicto de <<turba>> y la crítica de la doctrina se ha centrado en la parte final, en la cual Ulpiano señala la diferencia entre el caso en cuestión de este edicto y aquel previsto en el relatado en 47.8.2.pr.; los autores casi coinciden en considerar el texto retocado basándose

¹²⁰ SAVIGNY, Ueber Ciceron Pro Tullio und die actio.v.b-r., cit in Vermischte Schriften, III p.230 ss.
BALZARINI Ricerche cit .pag.5 ss.

¹²¹ vacca L. Ricerche p.48

en la incorrección formal que presenta la frase "damno quod dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum" donde la frase "de eo damno praetor loquitur" no puede impedir "vel raptum etiam no coactis hominibus"¹²².

-El que se adelanta con su consejo y reúne la cuadrilla de hombres armados para causar daño o robar algo.

item 'malo facere' potest (quod
atum is qui rapit, sed et qui
d hoc ipsam homines colligit
'et bonave rapiat'¹⁰

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.2

El Jurista Ulpiano en este fragmento nos dice:
Puede obrar <con dolo malo> como dice el edicto, no

¹²²cfr. COHN, Romische Vereinsrecht, cit., p.195 ss.
KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte, cit 11, p. 1138; LENEL, E-
di. Perpt., cit., p.393; Ebert, Geschichte, cit., p.116.123;
BALZARINI, Ricerche cit pag. 263 ss.;

NIEDERMAYER, Crimen plagii, cit., in Studi Bonfante, II, p.
406.

LONGO, La complicitá, cit., in BIDR, 61 1958, p.122.

sólo el que roba, sino también el que se adelanta con su consejo reuniendo la cuadrilla de hombres armados para causar un daño o robar algo.

Existe en este supuesto edictal una equiparación del delito de robo entre el que roba y aquel que reúne la cuadrilla para causar el daño y robar algo.

Dolo autem malo facere potest (quod edictum ait)

Vacca dice que el parágrafo no sólo se refiere a la rapina, para la autora, Ulpiano evidenció que actúa dolo malo no sólo quien realiza el caso en cuestión, sino también quien se limitó a este fin a reunir una banda de hombres armados. *Is qui rapti* ha actuado de todas formas dolo malo (está implícito) si hay rapina hay violencia directa en el robo y por tanto intencional.

Se trata de una variante de la cláusula edictal o supuesto edictal donde existe una equiparación del delito de robo, entre el que roba y aquel que reúne la cuadrilla para causar el daño o robar algo; también al que induce a robar o el cómplice o el inductor. La cláusula edictal considera que en el

delito de robo no sólo obra con dolo malo el que ejecuta materialmente el hecho sino que también obra con dolo malo aquel que reúne una cuadrilla de hombres armados para causar daño o robar algo.

El párrafo que estudio examina los siguientes Hechos:

a) sujetos.- el que roba, el instigador que reúne la cuadrilla de hombres armados.

En su 1ª parte nos narra que en el delito de robo no sólo obra con Dolo Malo el que ejecuta materialmente el hecho, sino que también obra con dolo malo, nos dice en su 2ª parte, aquel que reúne la cuadrilla de hombres armados para causar daño o robar algo.

b) Elementos: de la lectura del párrafo¹²³ se puede llegar a la conclusión de que el Dolo está presente en este supuesto edictal, así como el daño y también la complicidad. Es precisamente por el aspecto de la complicidad como exponente claro de la instigación, por el que debe ponerse en relación este texto con el

¹²³ Para Vacca este párrafo estudiado conjuntamente con el 12 presenta incongruencias que han justificado la sospecha de interpolación, llevada a cabo según la interpretación que cada autor dá al edicto Juliano.

47.8.2.3 ¹²⁴ ya que en ambos supuestos se comete el delito en cuadrilla, hecho este muy frecuente, por lo que la participación, la cooperación y la instigación eran muy comunes.

En este texto se construye claramente un supuesto de complicidad intelectual, ya que existe un sujeto que instiga a los demás para que se reúnan y formen una cuadrilla armada para robar alguna cosa.

Balzarini¹²⁵ comenta este texto diciendo que aunque en el fondo de él se puede entrever un claro caso de rapina, Ulpiano no lo refiere expresamente, ya que para la comisión de este delito no es necesaria la presencia de una cuadrilla de hombres armados sino una simple forma de violencia, y da mucha importancia a la expresión edictal Dolo Malo como presupuesto esencial del texto.

¹²⁴ Vacca sostiene que la aparente falta de lógica entre el 2.2 y el 2.3 puede ser explicado teniendo en cuenta la actitud diferente del requisito de dolo en relación al daño y con respecto al robo, la violencia presente en el robo implica necesariamente el dolo.

¹²⁵ BALZARINI, Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano. Padova 1.969, p.230 y ss.

c) *Actio Vi Bonorum Raptorum* contra el demandado.

En la parte relativa al edicto sobre la rapina, se concede al perjudicado por el acto ilícito cometido, la posibilidad de ejercitar la a.v.b.r no sólo contra el que ejercitaba materialmente la rapina sino, que, incluso podía proceder con la misma a.v.b.r. en contra del instigador.

Si por el contrario si se ha causado un daño y el instrumento utilizado ha sido el uso de homines coactis, se ejercitaba la *actio hominibus coactis*¹²⁶

Balzarini hace una reconstrucción según la cual Ulpiano hace la siguiente hipótesis:

a: alguien reúne una banda y con el auxilio de esta causa daño;

b: alguien reúne una banda con el fin de causar daño pero no participa directamente en la acción criminal, verdadera y propia.

¹²⁶ Según Vacca , estos dos casos tan heterogeneos habrian sido unidos y confundidos por los compiladores.

En ambos casos el demandado es quien ha reunido a los hombres, esto justifica que para introducir el argumento relativo al caso de no participación del demandado en el momento de la convocatoria, el Jurista escribe "*Sed utrum hoc solum contineat edictum*"

Para Vacca este texto es considerado genuino por los autores que sostienen la presencia en el edicto clásico, ya sea de la rapina ya del daño, sobre la base de opiniones formales.

Cohn eliminó como no clásico todo el fragmento dos y lo interpretó como producto de la intervención de los Compiladores con el fin de manifestar la unidad de los dos edictos, intervención que se habría explicado precisamente por unificar frases pertenecientes al comentario de los dos respectivos edictos.

- El instigador que reúne la cuadrilla de hombres armados o el que se vale para robar de la cuadrilla reunida por otro: *sive ipse qui cogat homines sive ad alio coactis utitur ad rapiendum.*

igitur ipse quis cogat homines sive ab alio coactis
nūtur 'ad rapiendum'¹⁰, dolo malo facere videtur. | Sive¹¹

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.3

En este parágrafo el Jurista nos dice que se entiende que obra con Dolo Malo, tanto el que reúne la cuadrilla como el que se vale, para robar de la que ha reunido otro.

Se trata de una variante del supuesto edictal donde se contempla la actuación dolosa en dos supuestos equiparables: reunir la cuadrilla para cometer el delito (supuesto estudiado ya en el D.-47.8.2.2.) y cometer el delito aprovechándose de la cuadrilla que otro ha reunido.

Esta variante que analizo presenta los siguientes hechos:

- a) Sujeto.- el que se vale para robar de la cuadrilla reunido por otro.

De una parte existe complicidad intelectual, ya que existe un sujeto que instiga a los demás para que se

reunan y formar una cuadrilla armada para robar alguna cosa, y de otra la participación en el acto de ejecución, lo que podemos definir como coautoría del sujeto que o bien reúne una cuadrilla de hombres armados o se vale para robar algo de la que ha reunido otro, en este sentido Balzarini ya citado.

b) Elementos.- Dolo.

En ambos supuestos se contempla el dolo malo¹²⁷. Se considera que se comete el mismo delito y que se obra con dolo malo tanto si se ha reunido la cuadrilla como si se ha valido de ella.

c) *Actio vi Bonorum Raptorum*.- contra el demandado , que obra con dolo malo.

En este párrafo se considera la actuación dolosa tanto del que reúne la cuadrilla como del que se vale para robar de la reunida por otro; se hace

¹²⁷ Según Vacca, falta referencia al daño y la *coactio* se refiere a la rapina Ricerche pag 57,

mención de la rapina, pero además se dice "*Homines ab alio coactis utitur ad rapiendum*"¹²⁸;

De la lectura parece que se exigiese la utilización específica de la banda para llevar a cabo el acto delictivo.

Queda por analizar contra quien se dirige la a.v.b.r., si contra cada "*homo coactus*" o por el contrario contra el que se ha servido de la banda reunida por otro para causar el daño; el problema que se plantea es la exclusión de responsabilidad de cada *homo coactus*.

Para Vacca este párrafo constituye la siguiente conclusión lógica: aquel que pone en práctica un caso de rapina procede necesariamente con dolo malo, aunque no sea el autor de la *coactio*; la referencia al daño habría estado fuera de lugar: es en efecto discutible si el autor del daño pero no de la *coactio* proceda con dolo malo.

Referente a la interpretación de la expresión edictal Vacca y Balzarini están de acuerdo en que presenta algunas contradicciones¹²⁹.

¹²⁸ Según Vacca ha sido añadida la palabra *ad rapiendum*.

¹²⁹ Para Karlowa este texto ha sido interpolado en *Igitur* y añade al inicio del párrafo *et*, también añade *ad damnum dandum*

- Se considera cuadrilla la de hombres reunidos para causar un daño, ya sean libres o esclavos e independientemente de que estén o no armados.

Homines coactos accipere debemus ad hoc coactos, ut damnum daretur./

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.4

Ulpiano en este párrafo dice, debemos entender por cuadrilla la de hombres reunidos para causar algún daño.

En este texto el Jurista nos da una definición de lo que deber ser una cuadrilla, hombres armados con la finalidad de cometer un delito o causar algún daño.

Balzarini sostiene que la aplicabilidad del edicto estaba limitada a la sola circunstancia en las cuales el mismo demandado hubiese personalmente proveído a reunir los hombres, no basándose en la interpretación de la expresión "*Hominibus coactis*" es decir en sentido ablativo sino que hacía referen-

cia al significado, para el autor citado, el término *coactis* implicaba la existencia de la actividad material del reunir.

Ulpiano inspirado en un criterio de *utilitas* entendía el término "*coactis*" en un sentido más extenso que el literal, es decir, también en el sentido de organizados, instruidos, instigados con el fin de causar daño; por tanto cuando se habla de cuadrilla hay que entender que se trata de hombres reunidos para cometer un delito.

Para Vacca la expresión "*hominibus coactis* no es empleada por Ulpiano como ablativo instrumental sino como ablativo absoluto, la expresión en cambio no debe ser entendida, habiendo reunido hombres con el fin de causar daño, lo que implicaría la necesidad de la convocatoria de la banda por parte del demandado sino, en un sentido más amplio, ..habiendo sido reunidos hombres con el fin de ocasionar un daño.

En este punto no se precisa el número de hombres necesarios para hablar de cuadrilla; se presume la premeditación para cometer el delito; se da uno de los elementos necesarios para el hurto, el

animus furandi, es necesaria la reunión de hombres para que se de el caso de daño.

Vacca, sostiene, que de todas maneras, la reunión ha tenido que ser realizada con el fin específico de causar daño; agrega que la presencia de la *coactio* es suficiente para integrar los extremos del dolo.

Balzarini, con cuya tesis Vacca no está de acuerdo, dice que se sanciona el comportamiento de quien utilice para causar daño, hombres reclutados por un tercero, se exige que el tercero haya reunido la banda con el fin específico de causar un daño. Para este autor el fragmento debe ser interpretado en términos restrictivos.

Este parágrafo, desde el punto de vista de la casuística, presenta los siguientes aspectos:

a) Sujetos, cuadrilla: hombres libres o esclavos, reunidos para causar un daño, tanto armados como sin armas.

b) Elementos: Vis -violencia o en cuadrilla

homines: qualescumque sive liberos sive servos. |
Neque additur, quales |

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.5

El jurista en este párrafo nos dice que no se especifica qué clases de hombres: cualesquiera que sean, libres o esclavos.

Vacca entiende que el jurista se limita a resaltar como los "homines coactis" pueden ser hombres libres o siervos, lo que es perfectamente coherente con la interpretación de Ciceron pro Tullio II,27.

De otra parte, Balzarini opina que la interpretación de Ulpiano aparece perfectamente correcta, ésta podría ser incluso superflua a menos que se tenga en cuenta una circunstancia de carácter histórico, el primitivo edicto de Lúculo se dirigía contra los daños causados por las familias serviles, por dolo de estas bandas armadas y como no, por el autor material del delito. A Balzarini sorprende que Ulpiano advirtiera la exigencia de especificar de

que cosa debía entenderse por hombres armados. Que el periodo relativo a tal argumento haya sido sucesivamente eliminado del comentario no debe sorprender, si es verdad como sostiene Balzarini que el término *armatis*, presente en la cláusula edictal clásica ha sido eliminado del texto de Ulpiano.

Centrándonos en el aspecto de la casuística y en primer lugar en atención al Sujeto podemos decir:

En este supuesto edictal no se especifica que clase de hombre comete el delito por lo que hay que entender que el mismo puede ser cometido por hombres libres o esclavos, el hecho de que no se especifique qué clase de hombres cometen el delito, hay que entenderlo en el sentido de que en una cuadrilla pueden haber hombres libres y esclavos, sólo esclavos o sólo hombres libres.

Elementos: en este párrafo la violencia ejercitada por la cuadrilla es el elemento central del mismo.

- Cuando se reúne uno solo también hay cuadrilla.

Sed et si unus homo coactus sit, adhuc dicemus:
homines coactos.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.6

El jurista Ulpiano nos dice en este párrafo lo siguiente:

Incluso diremos que hay cuadrilla cuando se ha reunido uno sólo.

En este supuesto jurisprudencial el término cuadrilla es tan amplio que abarca desde el supuesto de varios hombres (libres o esclavos) hasta cuando el delito es cometido por un sólo hombre.

Ulpiano resalta que para la presencia del requisito de la *coactio* no se requiere un número mínimo de participantes sino que bastan en sustancia dos personas, "*is qui coegit e is qui coactus est*", a diferencia de lo comentado en el edicto de turba,

en el cual para formar la turba se requiere la presencia de al menos 10 personas¹³⁰.

De los varios autores que tratan este texto, recojo la opinión de Balzarini y de Vacca, ambos están de acuerdo en cuanto al número de personas necesarias, para formar cuadrilla, referidas por Ulpiano en este párrafo.

Según Vacca, Ulpiano dice que el requisito *hominibus coactis* subsiste también en el caso en que en realidad reunido haya sido sólo otro.

En opinión de Balzarini debido a la aparente ambigüedad del texto, el mismo puede ser interpretado por algunos autores en sentido erróneo, ¿Ulpiano habría querido recomprender en la previsión edictal...el comportamiento del que instiga y luego no participa, a uno solo, a cometer el delito?

Balzarini se refiere a Rein, Rouvier y sobre todo a Beseler que considera el texto interpolado *pro parte*¹³¹.

El autor manifiesta no estar de acuerdo con esta interpretación tan extensiva de la expresión

¹³⁰ Digesto 47.8.4.3

¹³¹ BESELER, SZ 52 (1932) 38

"*hominibus coactis*", porque la misma llevaría a anular casi totalmente la diversificación entre el hecho delictuoso castigado por el recurso de la *actio hominibus coactis* y la *actio legis aquiliae*.

Balzarini argumenta refiriéndose a la cláusula edictal, comentada por Ulpiano, que la expresión "*hominibus coactis*" sirve para dibujar el elemento discriminante y calificante de la mayor gravedad, entre el hecho delictuoso que se quiere sancionar y aquella que da lugar al ejercicio de la *actio legis aquiliae*; lo afirmado en el parágrafo 6, debe ser entendido en un sentido mucho más restringido y quedar firme el principio por el cual en la acción verdadera y propia deben participar varios individuos; el jurista quiere especificar que no se necesita un número mínimo de componentes de la banda, basta con que la acción delictuosa sea perpetrada por 2 individuos:

Item si proponas solum¹² damnum dedisse, non puto deficere verba: hoc enim quod ait 'hominibus coactis'⁷, ut siue solus vim fecerit siue etiam hominibus coactis, sic accipere debemus etiam hominibus coactis¹³ 'vel armatis vel inermibus'

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.7

En este caso Ulpiano nos refiere lo siguiente: Hasta si pones el caso de un daño causado por una sola persona, no creo que no se ajuste este caso a los términos del edicto, pues lo de cuadrilla debemos entenderlo en el sentido de que se aplica este edicto, tanto si es uno solo como si es con varios hombres reunidos, tanto si van armados como sin armas.

En este caso se aplica la cláusula edictal independientemente de que el daño se cometa por una sola persona o por una cuadrilla; es decir que el edicto se aplica sin tener en cuenta el número de personas que cometen el delito; hay que destacar que no se contempla en este apartado el

hecho de que vayan o no armados; este fragmento hay que relacionarlo con los números 6 y 9 de este mismo capítulo; la aplicación del edicto que inicialmente se dio por los delitos cometidos por las bandas de malhechores que asolaban a Italia y cuyo presupuesto de la acción discutían Mommsen y Ferrini¹³², hacía referencia a "cuadrilla" en el sentido de que normalmente la sustracción fraudulenta era cometida por varios; en este apartado parece tener menor importancia el hecho de que el delito sea cometido por una sola persona y la equiparación, por tanto, a la cuadrilla. Del final del párrafo parece que se deduce (a pesar de que en pr. habla de hombres armados) que el edicto se aplica tanto en los casos en que los hombres vayan o no con armas.

Para Beseler el texto ha sido interpolado en su totalidad; Lenel por su parte añade en su reconstrucción la palabra "*armatum*" después de "*solum*" también añade la palabra "*armatis*" y "*ve*", es decir que el texto que presenta Ulpiano dice <<*hominibus coactis*>> quedando según la reconstrucción de Lenel

¹³² Supra. citados p.

de la siguiente manera <<*hominibus armatis coactis-*
ve>>.

Niedermayer que no acepta la reconstrucción de Lenel, dice que la palabra "*Non*" ha sido interpolada y también que todo el segundo periodo ha sido totalmente interpolado, es decir desde "*Hoc*" hasta el final. Según Niedermayer en este texto¹³³ Ulpiano intentaba sólo afirmar que estaba contemplado en el edicto el daño cometido por un sólo hombre, el resto del texto sería fruto de los compiladores basándose en el problema que Ulpiano afronta en el 9., en conclusión para Niedermayer el texto sería :*Item si proponas solum damnum dedisse puto deficere verba.*

¹³³ NIEDERMEYER, *Crimen plagii*, cit., en Studi Bonfante, II, p. 406

Si quis non homines ipse coegerit,

sed inter coactos ipse¹⁹ fuerit et quid aut rapuerit aut damni dederit, hac actione tenetur. sed utrum hoc solum contineat edictum, quod dolo malo hominibus a reo coactis damnum datum sit vel raptum, an vero quod dolo malo rei raptum vel damnum datum sit, licet ab alio homines sint coacti, quaeritur. et melius esse dicitur etiam hoc contineri, ut omnia haec contineantur et quod ex coactis ab alio damnum datum sit²⁰, ut et is qui coegit et is qui coactus est contineri videatur.

Ulpiano 56 ed. DS.47.8.2.12

Responde por esta acción el que no reunió él mismo la cuadrilla, sino que se hallaba en ella y robó algo o causó algún daño. Pero se pregunta si este edicto se refiere exclusivamente al que causó un daño o robó algo con dolo malo y valiéndose de una cuadrilla reunida por él mismo, o también a cuando se ha robado una cosa o causado un daño con dolo malo, aunque la cuadrilla haya sido reunida por otro; y es mejor decir que se refiere también a este último, de modo que se comprendan todos los casos, incluyendo el de daño causado con cuadrilla reunida por otro, de modo que se aplique tanto al que la reunió como al que fue reunido <por otro>.

Este fragmento trata de diferentes variantes en cuanto a la forma de cometer el delito de robo:

- hallarse en la cuadrilla y robar algo o causar daño.

- no reunir él mismo la cuadrilla; es indiferente que al cometer el delito el sujeto que lo lleva a cabo se haya valido de la cuadrilla formada por otro o que la haya reunido él; la pena en ambos casos sería la misma. Responderá por la actio legis aquiliae el que no reunió él mismo la cuadrilla, sino que se encontraba en ella y robó algo o causó daño a alguien.

B) Elementos:

-Dolo

... edicto teneatur. Doli mali mentio
hic et vim in se habet. nam qui vim¹⁶ facit, dolo
malo fecit¹⁶, non tamen qui dolo malo facit, utique
et vi facit. ita dolus habet in se et vim: et sine vi
si quid callide admissum est, aeque continebitur.

Ulpiano 56 d. D. 47.8.2.8

La mención del dolo malo implica aquí la violencia, pues el que lo hace con dolo malo, lo hace ciertamente con violencia: así, el dolo implica la violencia, y se se ha cometido el delito maliciosamente, sin ejercer violencia, también se aplica igualmente este edicto.

Este supuesto edictal se aplica tanto en los casos en que no ejerciéndose la violencia se ha llevado a cabo con Dolo malo y en los que existe concurrencia de dolo malo y violencia.

La mención de dolo malo o *animus furandi* como elemento necesario en el hurto, implica en este supuesto la equiparación a la violencia; si se comete un delito con dolo malo quiere decir que existe en el individuo la intención de llevar a cabo un acto injusto; el cometer el delito sin violencia (*vis fisica*) se considera de igual gravedad y por tanto se aplicaría la misma pena, ya que a pesar de que no ha habido violencia física sí hubo intencionalidad, es decir que se llevó a cabo con malicia.

En opinión de Vacca¹³⁴, Ulpiano con la expresión "*vi facere*" se refiere a la rapina, calificada dolosa por la violencia intencional y con la expresión "*non tamen qui dolo malo facit utique et vi facit*" a los casos en los que el reo no haya puesto en práctica materialmente el caso ni haya sido tampoco el instigador.

Vacca sostiene que el texto se refiere al problema de la legitimación pasiva. a.v.b.r contra el instigador, no tanto por la expresión "*cuis dolo fuerit raptum*" sino por la exclusión de la legitimación de la *actio furti*, este problema parece estar en relación con la redacción edictal del 47.8.2.pr.

En estos supuestos se podría plantear el paralelismo que existe entre la *actio vi bonorum raptorum* y la *actio de metus causa*¹³⁵, se podría pensar que el Pretor tuviese presente en el momento de otorgar la *actio vi bonorum raptorum* la citada *actio de metus causa* aplicable a aquellos casos en los que el apoderamiento de alguna cosa se lograba mediante coacción, esta acción de *metus causa* se

¹³⁴ Vacca, Ricerche

¹³⁵ sobre la *actio de metus*. P.Girard, Manuel cit., pag. 425 ss.

concedía por el cuádruplo dentro del año útil, y por el *simplum* pasado el año . En este supuesto interpreto que a pesar de no existir la violencia se aplica la *actio vi bonorum raptorum*¹³⁶.

Vi bonorum raptorum actio in impubèrem, qui doli mali capax non est, non dabitur: nisi²⁴ servus ipsius vel familia eius admisisse proponantur, et servi et familiae nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenentur.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.19

Dice el Jurista que la acción de bienes robados con violencia no se podrá dár contra un impúber que no sea capaz de dolo, a no ser en el caso de que haya cometido el delito un esclavo de aquél o su

¹³⁶ Este texto para Beseler está interpolado en su totalidad, Tijdschrift l.c

servidumbre<pues entonces> queda obligado con la acción noxal en nombre del esclavo o de la servidumbre.

Se trata en este fragmento de una variante del delito cometido con dolo malo por un impuber¹³⁷; se interpreta que no procede la a.v.b.r. si el delito es cometido por un impuber que no sea capaz de dolo; sí procede la acción si el delito es cometido por un esclavo suyo o su servidumbre procediéndose al ejercicio de la acción noxal; es necesario poner en relación este fragmento con el pr. de este mismo capítulo ya que en éste también se concede la acción noxal pero sólo si es el esclavo quien comete el delito, en este mencionado pr. no se contempla el supuesto en el que el delito sea cometido por la servidumbre.

Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat
contra legem vectigalis aliquid a me factum: quam-
vis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum rapto-
rum non posse Labeo ait: ¹³⁷sane dolo caret: si tamen
ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam

Labeon ap. Ulpiano 56 ed. D. 47.8.2.20

¹³⁷vid. Floría pag.91 y ss.

El jurista narra el caso siguiente: si un publicano me hubiese quitado mi ganado, creyendo que yo habia hecho algo contra lo establecido para el canon vectigal, dice Labeón que no puedo, a pesar de haberse equivocado, demandarle con la acción de bienes robados con violencia, pues es cierto que carece de dolo.

En este fragmento se estudia una variante del que obra con dolo malo; la interpretación jurisprudencial es que al publicano no se le puede aplicar la *actio vi bonorum raptorum* ya que a pesar de la equivocación no ha actuado de forma dolosa; Labeón opina que a pesar de haberse equivocado el publicano, hay que entender que ha actuado con violencia, de lo contrario no se citaría en este capítulo, no se le puede demandar con la *actio vi bonorum raptorum*. Este fragmento es necesario ponerlo en relación con el 39.4. De los publicanos; 39.4.1.pr. se trata de un supuesto edictal donde se analiza el hecho de que un publicano o alguien de su familia hubiese quitado con violencia, se dará acción al duplo, en el mismo fragmento también se concede acción cuando injustamente se causó daño o se cometio hurto; si ponemos en relación este fragmento con el capítulo que estudiamos podemos observar como en ambos se

está tratando el tema del hurto y el robo, es decir sustracción fraudulenta y sustracción violenta. en nuestra opinión existe diferencia con el 47.8.2.pr y 19.

En cuanto a la acción noxal, esta no se dá en el supuesto edictal de los Publicanos. Especial atención merece el 39.4.1.2 y 3 donde en el fragmento segundo se pone de manifiesto la diferencia entre el delito cometido bien por un publicano o alguien de su familia o cometido por cualquier otra persona haciéndose hincapié en la necesidad de publicar un edicto diferente contra los publicanos, en el fragmento tres se pone de manifiesto la atenuación de la pena por los delitos cometidos por los publicanos o su familia.

- Vis

Hoc edicto
contra ea, quae vi committuntur, consulit praetor.
nam si quis se vim passum docere possit, publico
iudicio de vi potest experiri, neque debet³ publico
iudicio privata actione praeiudicari quidam putant;
sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi
Juliae de vi privata fiat, nihilo minus tamen non esse
denegandam actionem eligentibus privatam persecu-
2 tionem.³

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.1

Con este edicto prevé el Pretor los actos de violencia; porque si alguno puede probar que ha sufrido algún acto violento, puede ejercitar el juicio público de violencia y algunos creen que no debe prejuzgarse el juicio público con la acción privada <del edicto>, pero parece más práctico que, aunque se prejuzgue <el juicio de> la ley Julia sobre violencia privada, no debe denegarse, a pesar de ello, esta acción a los que prefieran la reclamación privada.

En esta cláusula o supuesto edictal el pretor prevé los actos de violencia, existe la posibilidad de ejercitar el juicio público de violencia o el juicio privado de la *lex Julia*¹³⁸ siempre y cuando se pueda probar que se ha sufrido un acto de violencia.

¹³⁸ VACCA, ricerche p.138 y 142

Según Niedermeyer¹³⁹ este texto está interpolado.

'Damni' praetor inquit: omnia ergo damna continent et clandestina¹⁷. sed non puto clandestina, sed ea, quae violentia permixta sunt. etiam quis recte definit, si quid solus admiserit quis non vi¹⁸, non contineri hoc edicto, et si quid hominibus coactis, etiamsi sine vi¹⁸, dummodo dolo sit admissum, ad hoc edictum spectare.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.9

Ulpiano dice que el Pretor habla de <<algún daño>>, y comprende así toda clase de daños, incluso los causados clandestinamente. Pero yo no creo que sean los clandestinos, sino los causados con intervención de la violencia. Con razón se puede decir que cometió el acto uno solo sin violencia, no entra ese caso en el edicto, pero sí cuando es en cuadrilla, aunque sea sin violencia, con tal de que haya sido con dolo.

En primer lugar se pone de manifiesto nuevamente el hecho discutido en los párrafos 6º y 7º de

¹³⁹ NIEDERMEYER, Stud.Bonfante 2, 408 T Flores Stud.Bonfante 4,34 n.26

este capítulo en los que se planteaba si la cuadrilla podría llegar a ser de uno solo; hay que tener en cuenta en segundo lugar que cuando el acto es cometido por uno solo sin violencia no procede el Edicto, en este supuesto se puede interpretar que el acto delictivo es considerado como un hurto con la intención de causar un daño; en tercer y último lugar destacar cuando el acto es cometido por varios individuos y sin violencia pero también con la intención de causar daño, si procede el Edicto, en este supuesto se interpreta que el acto delictivo cometido sin violencia sí se ha ejecutado dolosamente. En este párrafo a diferencia de los comentados 6º y 7º de este mismo capítulo, el hecho de que el delito haya sido cometido por una o varias personas es muy importante puesto que a pesar del no ejercicio de la violencia, se aplicará el Edicto sólo cuando se haya cometido el acto delictivo por un grupo de hombres.

Para Balzarini¹⁴⁰ en la exégesis del término edictal <<damni>> el contenido del mismo guarda relación con el 7º y 8º evidente contradicción entre la conclusión del primer periodo <<omnia ergo damna

¹⁴⁰ BALZARINI, ricerche

continet et clandestina>> y la frase con la que se inicia el segundo <<*sed non puto clandestina*>>.

Esta segunda circunstancia induce a Balzarini a sostener que el primer periodo del párrafo 9º sea del todo extraño a los argumentos tratados en los periodos sucesivos.

En cuanto al segundo periodo <<*sed non puto clandestina, sed ea, quae violentia permixta sunt*>>.

La lógica conclusión de todo el discurso iniciado en el 7º, aparece después constituida en el tercer periodo del 9 que Balzarini considera sustancialmente genuino: aquí el jurista especifica y ratifica, que, según la propia interpretación del texto edictal no podrán ser sancionados los daños que hayan sido causados por un sólo individuo y sin ejercicio de violencia, mientras sí lo serán, aquellos causados por *hominibus <armatis> coactis*, también aunque existiese violencia en sentido estricto, porque hayan sido cometidos con dolo.

En opinión de Vacca este texto se considera genuino por Balzarini que se limita a añadir el término *armatis* junto a *coactis*, según esto, en el edicto estaban previstos:

a. los hechos de *damni quid datum vi*.

b. *di damni quid datum hominibus armatis coactisve* (donde siempre hay presente un elemento intrínseco de violencia que permite diferenciarlo de los daños *clam*)

Para Vacca esta hipótesis no es aceptada por entender que existe contraposición terminológica en el término referido a la violencia, que no encuentra fundamento en las fuentes, el texto contendría la afirmación que, estando todas las formas de daño previsto, en el edicto, violentas en sentido lato, entran en el mismo, también los hechos realizados *dolo malo hominibus armatis coactisve*, también sin el uso de la violencia.

Según la exposición de Cicerón el daño realizado por una banda reclutada con fin delictuoso constituye incluso una cualificación del tipo de violencia empleada como lo constituye alternativa-mente el uso de las armas.

Para Vacca la lógica del texto es aceptada con la integración propuesta por Lenel que inserta el requisito del uso de las armas junto a las dos menciones de la violencia *si quid solus admiserit quis non vi armata et si quid hominibus coactis, etiam si sive vi armata*.

De este modo el texto refleja el mismo orden de ideas que, hemos visto, resultaban, de los otros testimonios del comentario de Ulpiano.

En este texto el jurista destaca que el término *damnum* de la cláusula edictal podría referirse a cada caso de daño, también a los daños *clam*.

El edicto no es aplicable a las circunstancias llevadas a cabo clandestinamente y dirigidas contra la violencia.

La violencia armada es equiparable a la coacción, si alguno actúa sólo *non vi armata*, esta hipótesis no entra en el ámbito del edicto, pero si, aún no utilizando la violencia armada actúa *hominibus coactis*, debe integrarse el elemento del dolo y por tanto es perseguible con la *actio in quadruplum*.

- *Damnum*

Para referirnos a los daños causados creemos oportuno remitirnos a los siguientes textos 47.8.2.4 y 47.8.2.9, ya comentados en p. 71,160 y 172,180

- Daños en el patrimonio; también si se trata de una sola cosa

bona rapta esse dicuntur. quod ait praetor 'bona rapta', sic accipiemus: etiam si una res ex bonis rapta sit.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.11

<<o ha robado algunos bienes a alguien>>: lo que dice el Pretor de robar <<algunos bienes>> lo entendemos aplicable aunque sólo se haya robado una cosa.

En este supuesto edictal Ulpiano nos plantea el supuesto en que los bienes sustraídos o robados hayan sido "sólo una cosa", se trata de una interpretación extensiva que hace Ulpiano al edicto del Pretor.

En el parágrafo que estudio se podría interpretar que el edicto así contemplado persigue el hecho de la sustracción más que contemplar el daño causado por la conducta violenta del o de los malhechores;

siguiendo la tesis de Ferrini se podría argumentar que el presupuesto de la *actio furti* desde un primer momento, fue la sustracción violenta de la o las cosas¹⁴¹.

Basándonos en esta interpretación que del edicto hace Ulpiano, se podría argumentar que en un caso planteado, se daría la siguiente situación

Sujeto: el que roba un sólo bien a alguien, el elemento sobre el que recae la sustracción es patrimonial, es decir sobre los bienes de alguien; en este supuesto y de acuerdo con lo que ya he expuesto referente a la sustracción, al sujeto se le impondría la pena a consecuencia de la misma.

¹⁴¹ Para Cohn este texto en el primer periodo está interpolado entre *vel* y *dicuntur*; en este sentido y refiriéndose al mismo periodo, Balzarini hace un análisis textual del mismo parágrafo en cuestión y dice que este no refleja de forma literal el correspondiente párrafo del 47.8.2.pr. donde se ha escrito *<sive cuius bona rapta esse dicuntur>* y no *<vel cuius bona rapta esse dicuntur>*. Esta distinta interpretación, hace que Balzarini dude de la genuinidad de este mismo periodo. El autor refiriéndose al segundo periodo no niega el origen Ulpiano del mismo y que este es el único resto conservado del comentario Ulpiano a la autónoma cláusula relativa a la a.v.b.r. insertado en la época sucesiva en el cuerpo de la cláusula relativa a la *actio de hominibus coactis*, con el fin de complementar la operada fusión entre las dos acciones.

In hac actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse: ²⁶sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignoratim proponatur sive deposita apud me sit, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usum fructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit ²⁷ mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ²⁸ ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur ²⁹

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.22

El jurista dice que en esta acción no tenemos en cuenta si la cosa está o no en los bienes del demandante: tanto si están como si no están tendrá lugar esta acción; por lo que si tengo la cosa en comodato, arrendada, pignorada o depositada, de tal modo que me interese que no se me quite, o si la estaba poseyendo de buena fé, o tengo el usufructo de la misma, u otro derecho cualquiera sobre ella, que me interese que no me la roben, deberá decirse que me compete esta acción, de forma que no exigimos la propiedad, sino tan sólo el hecho de que se haya arrebatado de mis bienes, es decir, de mis recursos-

En este supuesto jurisprudencial se dice que para que se puede ejercitar la acción es irrelevante que el objeto esté en propiedad o no del dueño, lo

fundamental es el hecho de que se hayan arrebatado los bienes del propietario

C) *Actio vi bonorum raptorum*:D.47.8.2

-Valor real de la cosa y no interés del demandante:dentro del año útil el cuadrúplo,después *in simplum*.

Haec actio volgo vi²² bonorum raptorum dicitur.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.17

Dice el jurista que esta acción se llama corrientemente de bienes robados con violencia.

La acción que el Pretor Lucio Terencio Varrón Lúculo concedió a aquellos a los cuales les fueran arrebatos sus bienes con violencia, comenzó a llamarse *actio vi bonorum raptorum*; en la fórmula

procesal se incluyó ya, no sólo el daño causado violentamente, sino la apropiación indebida¹⁴².

in hac actione intra
annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non
etiam quod interest.

Ulpiano 56 ed. D. 47.8.2.13

EL Jurista dice que en esta acción se cuadruplica el valor real de la cosa dentro del año útil, y no el interes

Con el ejercicio de la *actio vi bonorum raptorum* se logra, si ésta se ejercita dentro del año útil, el cuádruplo del valor real que la cosa tenga en ese año; no se tiene en cuenta el valor real que la cosa pueda tener para el demandante; aunque no se hace mención de forma expresa se entiende que pasado el año se reclamará el valor simple de la cosa; se pone de manifiesto el carácter penal de la pena así como la diferencia con la *actio furti* en lo que se refiere a la sanción pecuniaria.

¹⁴² vease obras ya citadas de BALZARINI, FERRINI, MOMMSEM y VACCA.

que son libres o que nos sirven de buena fé como esclavos.

En este supuesto jurisprudencial, probablemente la necesidad de no probar cual de sus esclavos cometi6 el delito se debe a que como excepci6n el due1o de la servidumbre s6lo responde por el valor del delito y no responderá cumulativamente por cada uno de ellos, como se pone de manifiesto en el paragráfo siguiente. El propietario responde por el delito cometido por cualquiera de los esclavos independientemente de cual de ellos lo haya cometido, no existe necesidad de probar cual ha sido el esclavo de ese conjunto que cometi6 el delito. En la denominaci6n de servidumbre no hay diferencia entre que sean esclavos u hombres libres a su servicio, en relaci6n con la comisi6n del delito.

Hac actione non puto
posse actorem singulorum servorum nomine agere
adversus dominum eorum, quia sufficit dominum
semel quadruplum offerre.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.15

Según el jurista con esta acción no cree que pueda el demandante reclamar por cada uno de los esclavos contra el dueño de los mismos, pues basta que este pague el cuádruplo una sola vez.

El jurista plantea la excepción a la regla general de la cumulatividad de la pena; si el delito hubiese sido cometido por hombres libres estos tendrían que haber pagado cada uno de ellos la totalidad de la pena; nacía entre ellos una obligación cumulativa, en época justiniana se convirtió en obligación solidaria; en este supuesto planteado el dueño del o de los esclavos se libera pagando la condena pecuniaria al cuádruplo por el valor real de la cosa.

-Entrega noxal de los esclavos que han intervenido.

Ex hac actione noxae
deditio non totius familiae, sed eorum tantum vel
eius, qui dolo fecisse comperietur, fieri debet.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.16

Ulpiano opina que por esta acción, la entrega por el daño debe hacerse, no de toda la servidumbre, sino tan sólo de aquellos que resulten haber intervenido dolosamente en el delito.

En este supuesto jurisprudencial se plantea la posibilidad de la entrega en juicio noxal de los esclavos que hayan intervenido dolosamente en la comisión del delito; en este supuesto si el delito lo cometen dos o tres esclavos de su servidumbre el dueño tendría que entregar a los dos o tres esclavos, hay diferencia en detrimento de su patrimonio según que decida pagar el cuádruplo una sola vez, según se contempla en el fragmento 15º de este mismo capítulo, o que decida entregar a los culpables, en este último caso su patrimonio se ve doblemente o triplemente disminuido.

a) demandante:

-Todo el que tiene interés como en la acción de hurto y también el caso del depositario.

Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. dicit aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. sed ideo addidi 'si intersit nostra non esse raptam': nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

Ulpiano 56 ed.D.47.8.2.23

El jurista dice que hay que decir, como regla general, que tengo esta acción en los mismos casos en que me compete la acción de hurto cuando el acto ha sido clandestino (=Inst.4.2.2 fin). Se dirá quizá que no tenemos la acción de hurto cuando la cosa está depositada, pero por eso he añadido, <<si nos interesa que no se nos robe>>, pues entonces también tengo que la acción de hurto, por haber prometido responder por culpa o bien porque cobré un precio del depósito que no sea como alquiler de un arrendamiento.

En este supuesto se contempla el caso en que cuando nos ha sido arrebatado algo de forma clandestina disponemos de la *actio vi bonorum raptorum* de la misma forma en que disponíamos de la *actio furti*. Se contempla además la posibilidad de ejercitar la acción aún cuando se trate de un depósito siempre y cuando se demuestre que se tiene interés en que no se nos robe¹⁴³. Se trata de reconocer la legitimación activa no sólo al propietario de los bienes robados sino que como afirma el comentario ulpiano puede estar legitimado todo aquel que tenga interés y en especial cuando se trata de responder ante el dueño¹⁴⁴ y sobre todo por el hecho de la sustracción con violencia¹⁴⁵.

¹⁴³ VACCA, Ricerche p.64 n 29

¹⁴⁴ CANNATA Responsabilita contractuale p.92 n22

¹⁴⁵ BALZARINI, Ricerche p.384 ss.

Utilius

dicendum est et si cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, quia non minima differentia est inter eum qui clam facit et eum qui rapit, cum ille celet suum delictum. hic publicet et crimen etiam publicum admittat.

quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem.

Ulpiano ed.56 D.47.8.2.24

Debe decirse, por razones prácticas, que, aunque cese la acción de hurto por una cosa depositada, se dá, sin embargo, la de bienes robados con violencia, -pues no es poca la diferencia del que hurta del que roba ya que aquél oculta un delito y este lo publica y comete incluso un crimen público. Así, pues, si uno prueba que tiene interes aunque sea poco, debe tener la acción de bienes robados con violencia.

Aún en los supuestos en que no se dé la acción de hurto se dará la *actio vi bonorum raptorum*.; este supuesto ratifica la necesidad de tener que probar que se tiene interés, aunque sea poco en que no se nos robe¹⁴⁶; estos textos estudiados ponen de manifiesto la definición que dá Juliano de la rapina

¹⁴⁶VACCA, Ricerche passim

como hurto agravado y también las citas continuas del Digesto¹⁴⁷.

-Transmisibilidad activa: al heredero y demás sucesores.

-Transmisibilidad pasiva; solo en la medida de su enriquecimiento.

Hæc actio heredi 'ceteris-
que successoribus' dabitur. adversus heredes autem
'vel ceteros successores' non dabitur, quia poenalis
actio in eos non datur. an tamen in id, quod² lo-
cupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. et
ego puto ideo prætorem non esse pollicitum in he-
redes in id quod ad eos pervenit, quia putavit suf-
ficere conditionem.

Ulpiano 56.ed.D.47.8.2.27

Se dará esta acción al heredero y demás sucesores, pero no contra los herederos o demás sucesores pues una acción que es penal no se puede dar contra ellos; cabe preguntarse si debe darse en la medida de su enriquecimiento; pero creo que el pretor no ha ofrecido esta acción contra los herederos en la medida de lo que a ellos haya revertido porque pensaba que bastaba la condición.

¹⁴⁷vid. supra pag.

En este supuesto se contempla la posibilidad de la transmisibilidad activa, es decir, a favor de la víctima, pero no se dará acción en contra de los herederos del ladrón, debido, al carácter penal de la acción, se plantea la duda de que acción se podría ejercitar contra los herederos del ladrón por un posible enriquecimiento injusto y según Ulpiano que no contempla esta posibilidad bastaría con la *condictio*¹⁴⁸.

b) demandado: el que obra con dolo malo.

Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. si quis igitur suam rem rapuit, vi 'quidem' bonorum raptorum non tenebitur, 'sed aliter multabitur'²³, sed et si quis fugitivum suum, quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aequae hac actione non tenebitur, quia rem suam aufert. quid ergo. si sibi obligatam? debebit teneri.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.18.

Sólo responde por ella el que obró con dolo malo. Así pues, si uno robó lo que era suyo, no responde por esta acción, sino que será castigado de otra

¹⁴⁸VACCA, Ricerche pag.136 n.93.
BALZARINI, Ricerche pag.485 y ss.

manera. Y si uno robó un esclavo fugitivo de su propiedad que se hallaba en posesión de otra persona de buena fe, tampoco responde por esta acción, pues toma lo que es suyo. ¿Qué se dirá si robó una cosa que le estaba hipotecada? Que si debería responder <por esta acción>.

Este fragmento estudia diferentes variantes jurisprudenciales:

-casos en los que si responde¹⁴⁹:

_sustracción con dolo malo, es decir caso del que obra con dolo malo.

_sustracción de bienes propios entregados en hipoteca.

-casos en los que no responde:

_sustracción de bienes propios.

_sustracción de esclavo fugitivo propio.

¹⁴⁹BALZARINI, Ricerche pag. 392 y ss.

Es necesario actuar con dolo malo¹⁵⁰ para que se pueda aplicar la *actio vi bonorum raptorum*; si una persona roba algo que es de su propiedad no le será de aplicación la *actio vi bonorum raptorum* sino que será castigado de otra manera, debe entenderse por otra manera, la "*actio furti*", por haber cometido "*furtum possessionis*"; observo que en este supuesto no se tiene en cuenta si se ha ejercido la violencia. En el supuesto en que lo robado sea un esclavo fugitivo hallado en posesión de otra persona de buena fe, dice el pretor que tampoco dará la *actio vi bonorum raptorum*, en este supuesto entiendo que el esclavo sigue siendo suyo por el "*animus possidendi*".

Existe diferencia entre robar lo que era suyo y robar lo que hemos entregado en prenda o hipoteca, en el primero de los casos, observo claramente que no procede la *actio vi bonorum raptorum*; en el segundo de ellos existe un acreedor pignoraticio, ha habido desplazamiento de la cosa, y por tanto poseedor interdictal; si el Pretor en este caso concede la *actio vi bonorum raptorum* hay que entender que la sustracción se llevó a cabo con violencia

¹⁵⁰Vid. Vacca op.cit pag.70

o que el hecho de sustraer algo hipotecado es similar al ejercicio de la violencia.

-El impuber que no sea capaz de dolo.

Nos referimos al texto ya estudiado cuando hablamos del dolo como elemento, 47.8.2.19 en este mismo capítulo en pag. Añadiré en este punto que el jurista Juliano exige que el impúber sea *capax doli* y además de la *actio furti* que ya concedía Labeón concede la *condictio furtiva* contra él. También concede una *actio legis aquiliae*, estableciendo que hay que poner un limite pues los que no han pasado de la infancia no se les aplica esta responsabilidad¹⁵¹.

-Exclusión del publicano.

Se trata de otro caso de exclusión de responsabilidad, texto D.47.8.2.20 que ha sido ya comentado en relación al dolo como elemento, vease pag. 176

¹⁵¹vid. Floría op.cit. pag.91 y ss.

-El que hubiera encerrado al ganado robado.

U. ntili lege Aquilia. Si per vim abductum pecus
includerit quis, utique vi bonorum raptorum conveniri
poterit.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.21

Si alguien hubiera encerrado el ganado quitado con violencia, podrá ser demandado ciertamente por la acción de bienes robados con violencia, <pero si encerró al animal para que no comiera y se muriera de hambre, responderá también por la acción de la Ley Aquilia útil>.

En este supuesto jurisprudencial se estudian dos variantes de actuación dolosa:

- el supuesto en que un animal es arrebatado con violencia, en esta caso procede el ejercicio de la *actio bonorum raptorum*.

- caso en el que el animal es encerrado para que no pueda comer y como consecuencia se muere de hambre, en este supuesto habrían que conceder también a la víctima la *actio legis Aquiliae*.

-El que roba cosas compradas por esclavo fugitivo de mi propiedad.

. Si fugi-
tivus meus quasdam res instruendi sui causa emerit
eaeque riptae sint, quia in bonis meis hae sunt res,
possum de his vi bonorum raptorum actione agere.

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.25

Si un esclavo fugitivo de mi propiedad hubiera comprado algunas cosas para él y le han sido robadas, yo puedo ejercitar por ellas la acción de bienes robados con violencia puesto que estas cosas se hallan entre mis bienes.

En este supuesto jurisprudencial se observa claramente que el propietario del esclavo ejercita la acción correspondiente ;es propietario del esclavo y como tal, de todas las adquisiciones de bienes realizadas por su sometido.

-El que roba siendo esclavo y se le demanda luego cuando es libre.

Statuliberum, qui, si decem dederit, liber esse iussus erat, heres noxali iudicio defenderat: pendente iudicio servus datis decem heredi ad libertatem pervenit: quaeritur, an non aliter absolutio fieri debeat, quam si decem, quae accepisset, heres actori dedisset. referre existimavit, unde ea pecunia data esset, ut, si quidem aliunde quam ex peculio, haec saltem praestet, quoniam quidem si⁴ nondum ad libertatem servus pervenisset, noxae deditus ei, cui deditus esset, daturus fuerit: si vero ex peculio, quia nummos heredis dederit, quos utique is passurus eum non fuerit ei dare: contra statuendum.

Africano 8 quaest D. 47.2.62(61).9

Un heredero había defendido un juicio noxal por el delito de un esclavo manumitido en el testamento bajo la condición de dar diez mil sestercios, y este esclavo se hizo libre al dar esa cantidad al heredero cuando se hallaba pendiente todavía de juicio <noxal>, se pregunta si sólo procede la absolución <del heredero demandado> en caso de que éste diese al demandante la cantidad que había recibido <en cumplimiento de la condición>. Creía <Juliano> que

importaba saber de donde procedía la cantidad dada, de modo que ,si no procedía del peculio, diese al menos, esa cantidad, ya que si el esclavo no hubiese alcanzado ya la libertad ,había de darla éste ciertamente aquel a quien el mismo hubiese sido entregado por el daño; y si procedía del peculio, debía resolverse en sentido contrario, porque el esclavo habría dado un dinero del heredero que éste no iba a permitir ciertamente que el esclavo entregara al demandante.

En este texto al igual que en el 47.8.2.3 el esclavo atraviesa por distintas situaciones: esclavitud en primer lugar, situación de *statuliber* (semi libertad) y por último alcanza la condición de *liberto*, condición que si no es concedida por el heredero, el *liberto* podría dirigirse al Pretor y pedir la *vindicatio libertati*.

La respuesta que dá el jurista Juliano presenta las siguientes dificultades:

si la cantidad dada por el esclavo no procede del peculio¹⁵² debe dar al menos la cantidad dada por el citado esclavo, es decir se está hablando de la acción noxal, de la posibilidad que tiene siempre el heredero de si no dá la cantidad a que se le

¹⁵² vid García Garrido M. op. cit. p.456.

condene por el delito cometido por el esclavo la posibilidad de que entregue al mismo, no obstante esta respuesta encierra cierta dificultad: todo lo que adquiere el esclavo lo adquiere para su dueño, supongamos que el esclavo tiene peculio o no, supongamos que no lo tiene, los diez mil sestercios que dá el esclavo ¿ de donde los saca ? si por ejemplo esta cantidad es producto del trabajo de industria del esclavo, evidentemente todo lo adquiriría para su dueño, primero para el causante y luego para el heredero. Por tanto la respuesta de Juliano no convence mucho, porque supongamos que fuese una donación, es decir que el dinero no lo obtiene por el trabajo, sino que alguien se lo regala, estaríamos en el mismo caso, todo lo que adquiere el esclavo redundaría en favor del paterfamilias, por tanto es una cuestión que no parece quedar muy clara.

continúa diciendo Juliano, si procede del peculio debe resolverse en sentido contrario, En el supuesto de que la cantidad entregada procediese del peculio, es decir que el heredero lo ha pagado con su dinero.

Esta explicación de Juliano si se tiene en cuenta la cualidad de esclavo y luego la de liberto no convence en absoluto; es posible que la explica-

ción del texto pueda estar en lo ya expuesto, es decir, las tres situaciones por las que pasa el esclavo: esclavo, *statuliber* y *liberto*. Las adquisiciones que hace un esclavo cuando es *statuliber*, cuando no está pendiente del cumplimiento de la condición, puesto que la libertad se retrotrae al momento de la muerte del testador, si pasan a ser propiedad del *statuliber* y no al dueño puesto que está en una situación de semilibertad, lo que no ocurre cuando era esclavo, es decir, que si alguien le dió la cantidad al *statuliber*, él si puede disponer de ella para dársela al heredero, de otra manera este texto no tendría mucha explicación.

De lo que no cabe duda es de que siendo *liberto* puede ser demandado mediante la acción correspondiente derivada del delito, para que supla la cantidad que el heredero no tiene porque pagar.

En este punto se plantea otra duda puesto que el delito lo comete mientras era esclavo y de este delito responde su dueño, bién pagando o entregándolo. ¿ puede considerarse obligado el esclavo una vez que ya es *liberto* , por una obligación que contrajo cuando era esclavo ? esta es una duda de este texto ya que la opinión del jurista no aclara mucho.

Aunque como ya he indicado en el punto dos de este capítulo, la intención de ocuparme del estudio de la casuística en D.47.8.2., existe otro texto, también importante en Digesto 47.8.3, que creo oportuno comentar y donde se narra el siguiente caso

Si servus rapuerit et cum liberō agatur, etiam, si cum domino experiundi potestas fuit, non recte cum manumisso post annum agatur, quia cum quo-cumque experiundi potestas fuerit, excluditur actor. *si cum domino intra annum actum sit, deinde cum manumisso agatur, rei iudicatae exceptionem nocere
Labeo ait.

Paulo 54 ed. D.47.8.3

Paulo nos dice que si uno hubiera robado siendo esclavo y se le demanda cuando ya es libre aunque hubo posibilidad de demandar al dueño < antes de la manumisión > no se le puede demandar después de haber transcurrido el año, pues el demandante queda excluido < después del año > sea quién sea la persona a la que pudo demandar. Si se demandó al

dueño dentro del año y luego se demanda al ya manumitido, dice Labeón que se opondrá la excepción de cosa juzgada.

En este supuesto jurisprudencial se destaca la importancia de la necesidad presentar la demanda antes de transcurrido el año, pues el ejercicio de la acción penal ha de hacerse dentro del año útil. Se deduce que el ejercicio de la acción penal excluye la posibilidad de recuperar el cuadrúplo del valor pasado el año¹⁵³, más no, el poder pedir el valor simple pasado el mismo.

¹⁵³BALZARINI Ricerhe passim

CAPITULO V

ROBO CON OCASION DE INCENDIO, DERRUMBAMIENTO, NAUFRAGIO O ASALTO DE BARCA O NAVE

In eum, qui ex incendio ruina
'naufragio rata nave expugnata quid rapuisse rece-
'pisse dolo malo damnae quid in his rebus dedisse
'dicetur: in quadruplum in anno, quo primum de ea
're experiendi potestas fuerit, post annum in sim-
'plura iudicium dabo. item in servum et in familiam
'iudicium dabo'

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.1.pr

En opinión del jurista el Pretor dice.<<Daré acción contra aquel del que se diga que ha robado, tomado con dolo malo o causado algún daño en las cosas de un incendio, derrumbamiento, naufragio o asalto de barca o nave, durante el primer año en que sea posible demandarle, por el cuádruplo, y después, por el simple>>.

El Pretor en su edicto concede acción contra aquel que valiéndose de una catastrofe o asaltando

barca o nave comete robo; en este supuesto se equipara el hecho de causar daño con dolo malo , valiendose de la vis moral de la victima con otro , como es el asaltar una barca o una nave; existe relación entre el daño causado con vis fisica y vis moral.

EL edicto contempla :

- En cuanto al **contenido:**

Abarca supuestos en los que el delito es cometido mediante el robo, causando daño en las cosas de un incendio, naufragio o asalto; es necesario detenerse en este punto y recordar la polémica del texto también de Ulpiano 47.8.2.pr.acerca del contenido del mismo, es decir ,si contempla solo el daño causado o abarca por el contrario supuestos de hurto cometido con violencia;en la interpretación de este texto creo que el Pretor con este edicto quizo abarcar aquellos casos en los que el delito era cometido con violencia tanto fisica como moral.

El texto en su última parte se refiere al asalto de barca o de nave donde probablemente el Pretor quiere proteger el daño causado en el asalto o el robo causado en el asalto o por el contrario es posible que quiera equiparar que el hecho de lle-

vase algo de una nave que ha naufragado sea equiparable al asalto.

- En cuanto a la **acción**:

Creo que existe un cierto paralelismo entre la *actio quod metus causa* y la *actio vi bonorum raptorum* en cuanto que la pena impuesta es la condena al cuadrúplo¹⁵⁴, en este edicto el Pretor dice:...durante el primer año en que sea posible demandarle, por el cuadrúplo, y después por el simple.

Al paralelismo al que hago referencia hay que añadir que esta acción concedida por el Pretor, en cuanto a que la condena pecuniaria coincide con la de la *actio quod metus causae* y la de la *actio vi bonorum raptorum*, creo que existe un hilo conductor entre la acción concedida inicialmente por el Pretor, llamada también fórmula octaviana para aquellos casos de delito cometidos con violencia moral, la acción concedida por el Pretor Lucullo y todas aquellas que de alguna manera directa o indirecta castiguen el daño o robo causado con violencia física o moral.

¹⁵⁴ infra capítulo II

Se trata de una cláusula edictal donde dice el Pretor que el texto comprende las siguientes hipótesis:

-1 El que ha robado cosas de un incendio

-2 El que se ha llevado con dolo malo cosas de un incendio, derrumbamiento, naufragio o asalto de barca o nave.

-3 También el que causa daño a cosas de un incendio etc...

Consecuencias: - acción por el cuadrúplo dentro del año.

- acción por el valor simple de la cosa pasado el año.

En estas hipótesis existe una notable diferencia entre el robo y el hurto doloso ; y en ambos supuestos, el daño causado en las cosas.

**-1 EL QUE HA ROBADO COSAS EN LOS SIGUIENTES SU-
PUESTOS:**

- A INCENDIO
- B DERRUMBAMIENTO
- C NAUFRAGIO DE BARCA O NAVE
- D ASALTO DE BARCA O NAVE

-A INCENDIO

Huius edicti utilitas evidens et iustissima severitas est, si quidem publice interest nihil rapi ex huiusmodi casibus. et quamquam sint de his facinoribus etiam criminum executiones, at tamen recte praetor fecit, qui forenses quoque actiones criminibus istis praeposuit¹⁴.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.1.1

Afirma el jurista que es evidente la utilidad de este edicto y justísima es su severidad, si es que hay interés público en que no se robe en esas ocasiones. Aunque existen acciones de trámite criminal para estas fechorías, sin embargo, hizo

bien el Pretor en anunciar también acciones privadas para estos crímenes.

En este párrafo del texto estudiado se hace referencia a la utilidad de la acción y también a la severidad del edicto, matizando...si es que hay interes público en que no se robe.. es decir, castiga por aprovecharse de una calamidad pública.

En cuanto a la acción:

La segunda parte del párrafo hace referencia a las acciones de trámite criminal que existen, pero que a pesar de esto el Pretor hizo bien en anunciar también acciones privadas para estos crímenes; existe una concurrencia entre acciones privadas y públicas para este tipo de delitos,

¿Hay que entender que el ejercicio de la acción criminal no era suficiente para la persecución del delito? es decir¿la pena impuesta no seria proporcional al daño causado u objeto robado?. Interpretando el término *severitas est* probablemente se trate de un edicto ya del final de la época clásica donde las acciones de derecho privado se ven sustituidas por otras de caracter público.

Gran parte de la doctrina considera que el texto no tiene nada que ver con el texto originario¹⁵⁵;

A pesar de que este hecho, perseguido también criminalmente ya en épocas clásicas¹⁵⁶, no se puede afirmar con certeza que tal represión estuviese ya contemplada en la *lex Iulia* o si los susodichos crímenes estuviésemos contemplados *extra ordinem* en las Constituciones Imperiales.

¹⁵⁵Beseler, *Beiträger*, citados por M. Balzarini

¹⁵⁶Balzarini, *in* tema di repressione *extra ordinem*

quemadmodum accipimus, utrum ex ipso igne an vero ex eo loco, ubi incendium fit? et melius sic accipietur¹⁸ propter incendium, hoc est propter tumultum incendii vel trepidationem incendii, rapit: quemadmodum solemus dicere in bello amissum, quod propter causam belli amittitur. proinde si ex adjacentibus praediis, ubi incendium fiebat, raptum quid sit, dicendum sit¹⁹ edicto locum esse, quia verum est ex incendio rapi.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.1.2

El jurista se pregunta ¿Como entenderemos lo << de un incendio>>? ¿ como del mismo fuego o como del lugar en que se produce? Y es mejor entenderlo así:< que roba en incendio el que lo hace> con ocasión de un incendio, es decir, por el tumulto o el desorden del mismo; del mismo modo que solemos decir que se pierde en la guerra lo que se pierde con ocasión de una guerra. Por lo tanto, si se ha robado algo en los predios vecinos al del incendio, deberá decirse que tiene lugar <este> edicto, pues es verdad que se roba de <<un incendio>>.

En este supuesto edictal no solo se considera robo la sustracción en el lugar del incendio; también se considera robo cuando se sustrae algo del predio vecino al del incendio.

Esta última parte del párrafo hay que entenderla como una variante dentro del edicto para proteger no solo a la persona que sufre directamente el daño sino también a aquellas personas que por su proximidad al lugar del incendio puedan ser objeto de robo o daño, en esta variante podría darse el supuesto en que la víctima del predio vecino lo hubiera abandonado por miedo a perecer, con lo cual el delito se cometería aprovechándose en el miedo insuperable que sufre la víctima,

Esta interpretación pone de manifiesto al igual que en el párrafo anterior que se protege de las agresiones realizadas tanto con vis física como con vis moral.

Si suspicio fuit incendii vel ruinae, incendium vel ruina non fuit, videamus, an hoc edictum locum habeat. et magis est, ne habeat, quia neque ex incendio neque ex ruina quid raptum est.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.1.4

Ulpiano dice, si surgiera la sospecha de un incendio o derrumbamiento, pero estos no se produjeran, cabe preguntarse si tiene lugar este edicto,

y es mejor decir que no, pues no se robó nada << de un incendio o derrumbamiento>>.

Este fragmento parece no ofrecer ninguna duda en cuanto a su interpretación ;en la génesis del mismo se tiene en cuenta los hechos que podrían dar lugar a la aplicación del edicto, aunque en este caso concreto a la no aplicación del mismo.

Podría interpretarse esta cláusula arbitral en el supuesto en que el ladrón sustrajese algo de un lugar donde se hubiese producido en un momento anterior un derrumbamiento o un incendio.

Comparando este fragmento con los 47.eod 1.5 y 3.5 no se puede dar como válida esta interpretación, por lo que me remito a lo inicialmente expuesto, es decir a la no aplicación del edicto.

-B DERRUMBAMIENTO

item ruinae appellatio
refertur ad id tempus, quo ruina fit, non tantum si
ex his quae ruerunt tulerit quis, sed etiam si ex
adiacentibus.

Ulpiano. 56 ed.D.47.9.1.3

Según la opinión del jurista, la denominación de << derrumbamiento >> se refiere al tiempo en que aquél tiene lugar, y no sólo si alguien se llevara algo de lo que cayó, sino incluso de los predios vecinos.

En este supuesto jurisprudencial se entiende que en los casos en que se produce un derrumbamiento, se dará acción también contra aquel que sustraiga algo de los fundos vecinos.

Del análisis exégetico del texto cabe destacar que el edicto del Pretor protege no sólo al perjudicado directamente con motivo de un derrumbamiento o naufragio, sino que además protege a los propietarios de los fundos colindantes.

-C NAUFRAGIO DE BARCA O NAVE

Item ait praetor: 'si quid ex naufragio hic illud quaeritur, utrum, si quis eo tempore tulerit, quo naufragium fit, an vero et si alio tempore, hoc est post naufragiumque: nam res ex naufragio etiam haec dicuntur, quae in litore post naufragium jacent. et magis est, ut de eo tempore.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.1.5.

El jurista resalta lo que el Pretor señala:<<de un naufragio>>.Aquí se pregunta si debe ser en el momento mismo del naufragio o puede ser en otro momento, es decir, después, pues también se llaman <<cosas del naufragio>>las que aparecen en las costas después del mismo; y es mejor decir que <solo> en el mismo momento.

El edicto del pretor contempla dos posibles variantes :

-Delito cometido en el momento mismo del naufragio;cuando alguien roba cosas en el momento mismo en que se produce el naufragio será condenado, y se

dará contra él la acción al cuadrúplo en virtud del edicto "de incendio, mina...".

-Delito cometido cuando se apoderan de las cosas del naufragio; en esta variante se pone de manifiesto al igual que en D.47.9.3.5 la diferencia entre robar y hurtar; si se llevan o cogen cosas procedentes de un naufragio no se dará el edicto mencionado en la primera variante; se condenará al autor de la sustracción con la *actio furti*.

GAIUS libro vicensimo primo ad edictum provinciale et loco,

Gayo 21 ad prov. D.47.9.2

y en el mismo lugar(Gayo 21 ad. prov.)

Para Gayo, en este párrafo se pone de manifiesto que el delito no solo ha de ser cometido en el momento del naufragio, como lo atestigua el 47.eod. 9.1. sino que además ha de ser en el mismo lugar donde ocurrió el naufragio.

quo naufragium fit vel factum est, si quis raperit, incidisse in hoc edictum videatur. qui autem rem in litore iacentem, postea quam naufragium factum est, abstulit, in ea condicione est, ut magis lursit quam hoc edicto teneatur, quemadmodum is, qui quod de vehiculo excidit tulit, nec rapere videtur, qui in litore iacentem tollit².

Ulpiano.56 ed. D.47.9.3.pr.

Ulpiano dice lo siguiente: en el que el naufragio sucede o ha sucedido, si se roba, se considera aplicable este edicto. En cambio el que se lleva una cosa que aparece en la costa después de ocurrir el naufragio es un ladrón que no está sujeto a este edicto, de la misma manera que el que se lleva lo que ha caído de un vehículo; y no se considera robar el llevarse lo que aparece en la costa.

Se aplica este edicto si se roba en el momento mismo del naufragio; el ladrón que sustrae fuera del lugar del naufragio no comete el delito de robo; no se considera robo lo que aparece en la costa. ¿si cuando se coge algo que aparece en la costa no se roba <¿porqué se dice que es un ladrón que no está sujeto a este edicto?

¿debo entender que existia la posibilidad de ser condenado con otro edicto?

En este fragmento se observa la existencia de una cláusula edictal en su primera parte y de una variante jurisprudencial en la segunda.

En cuanto al contenido: la primera parte del fragmento no presenta dificultad cuando se refiere la calificación al delito de robo; el hecho de sustraer algo en el momento en que sucede o ha sucedido no parece que atenue o agrave la pena, ni tampoco la consideración del mencionado delito de robo.

En esta primera parte lo que tipifica el delito de robo es la sustracción con motivo de naufragio en el mismo momento y en el mismo lugar , como pone de manifiesto el fragmento ya comentado del D.47.9.2.

Refiriéndome a la segunda parte del fragmento, donde se nos presenta como una variante de la cláusula edictal, y donde se sigue calificando de ladrón a quien sustrae cosas de un naufragio, procede hacer el siguiente análisis del mismo: la sustracción no se produce en el mismo momento del naufragio, lo que modifica la tipicidad del delito; interpreto que esta modificación consiste en sustraer las cosas objeto de naufragio en lugar diferente del que ocurrieron (veáse D.47.9.10).

En cuanto a la acción: en la primera parte del fragmento se aplica la acción al cuádruplo, entendiendo que ha existido violencia en las personas si ha sido en el momento en que sucede, o fuerza en las cosas cuando ya ha sucedido el naufragio.

En la segunda parte se nos dice que no se considera robar lo que aparece en la costa, pero se sigue calificando de ladrón a quien sustrae "cosas de un naufragio"; del análisis de esta segunda parte se llega a la conclusión de que será de aplicación la acción de hurto. Se distingue en este fragmento la acción de hurto simple del hurto agravado.

Senatus

consultum Claudianis temporibus factum est, ut, si quis ex naufragio clavos vel unum ex his abstulerit, omnium rerum nomine teneatur. item alio senatus consulto cavetur eos, quorum fraude aut consilio naufragi suppressi* per vim fuissent*, ne navi vel ibi* periclitantibus opitulentur, legis Corneliae, quae de sicariis lata est, poenis adficiendos: eos autem, qui quid ex miserima naufragorum* fortuna rapuissent lucrative fuissent dolo malo, in quantum edicto praetoris actio daretur, tantum et fisco dare debere.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.3.8.

Se dió un senadoconsulto en época del <emperador> Claudio para que si alguien, con ocasión de naufragio, quitara los timones, aunque sólo sea uno, responda como por el todo de la nave. Se dispone también en otro senadoconsulto que se debe castigar con las mismas penas de la **ley Cornelia** contra los sicarios a aquellos con cuyo fraude y consejo < se hubiera ocultado un naufragio o hubieran procurado> que no se fuera en socorro de una nave o de los que en ella corrian peligro; y que los que, aprovechándose de la misérrima situación de los náufragos,

hubiesen robado o lucrado algo, debieran pagar al fisco otro tanto de lo que fuera la condena de la acción dada en el edicto pretorio.

Según la primera parte de este supuesto legislativo. El senadoconsulto del Emperador Claudio se aplicaría no solamente cuando alguien quitara el timón de la nave, hay que entenderlo referido a cualquier elemento de la nave, si un ladrón roba un timón se le condenará al pago de toda la nave si le han robado sólo un timón.

El edicto del Pretor Luculo , que posteriormente se define como la *actio vi bonorum raptorum*, contempla los supuestos de daños causados en las cosas y también la sustracción violenta de bienes ajenos; esta misma acción se ejercita cuando se roba algo con motivo de naufragio, incendio, derrumbamiento etc..etc.

D. 47.9.1.pr. concede la acción para estos casos mencionados y también cuando se trata de asalto.

Es probable que el senadoconsulto de Claudio extreme las medidas de seguridad cuando se trata de calamidad pública y que se considere que el ejercicio de la *actio vi bonorum raptorum* en los casos

de vis física sea insuficiente en cuanto a la condena.

El fragmento octavo contempla otro senadoconsulto donde dice que se debe castigar con las mismas penas de la Ley Cornelia contra los sicarios a aquellos que de alguna forma colaboran en la obtención de lucro con motivo de calamidad pública ayudando a ocultar el naufragio.

En este fragmento se contempla el supuesto de la denegación de auxilio tanto a la nave como a los que en ella corrian peligro, se trata en este caso del ejercicio de la vis moral, esta se aprecia en la parte en que el senadoconsulto castiga a los que roban o se lucran aprovechandose de la miserrima situación de los naufragos.

Este senadoconsulto contempla dos tipos de penas, la ya mencionada de la *lex cornelia* contra los sicarios(aplicada por extensión) y la condena que consiste en el pago al fisco de otro tanto similar al de la condena de la *actio* dada en el edicto pretorio.

Esta última parte del senadoconsulto contempla la sustracción mediante la vis moral, es decir que los naufragos(victimas) estan presentes en el momento del robo y se comete delito valiendose del

miedo insuperable que sufren los mencionados naufragos.

Si se pone en relación este s.c. con el 47.9-1.pr se observa que en este último lo que se tiene en cuenta es la sustracción de los objetos con dolo malo; en el frag, cinco se indica que debe ser en el momento mismo del naufragio, pero no se contempla como en el s.c. el miedo insuperable de los naufragos...

En cuanto a la pena, destacar que en el D. 47.9.1.pr. se contempla la pena del cuádruplo en el primer año y después por el simple; en el s.c la pena ha de ser el pago total del valor de la nave en su primera parte; esta condena al pago de toda la nave hay que entenderla según el tenor literal del fragmento como una medida de protección o de garantismo en favor del perjudicado y para evitar la sustracción de elementos de una nave ; probablemente el hecho de que en este senadoconsulto no se contempla el cuádruplo del valor durante el primer año y el simple pasado el mismo, se debe a la indemnización que supone el pagar por el todo de la nave aún cuando lo robado fuese solo un elemento de la misma.

Y el pago al fisco de igual cantidad de lo que fuere la condena de la acción del Pretor en la

segunda parte del mismo; en esta se observa que el Pretor ha tenido en cuenta el miedo insuperable que pueden tener las víctimas distinguiéndose la vis física y vis moral.

*/ Pedius posse etiam dici ex naufragio rapere,
/ qui, dum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat.*

Paulo 54 ed. D.47.9.4 pr.

El jurista Paulo afirma: < Cree > Pedio que también puede decirse que roba con ocasión de un naufragio el que lo hace durante el mismo, aprovechándose de aquella confusión.

En este supuesto jurisprudencial se equipara el hecho de aquel que comete el delito al que aprovechándose de la confusión roba objetos del naufragio, entendiéndose en ambos casos que existe actuación dolosa.

Divus Antoninus de his, qui praedam ex naufragio diripuissent, ita rescripsit: 'Quod de naufragiis¹⁰ navis et ratis scripsisti mihi, eo pertinet, ut explores, qua poena adficiendos eos putem, qui diripuisse aliqua ex illo probantur. et facile, ut opinor, constitui potest: nam plurimum interest, peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint. ideoque si gravior praeda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis aut, si sordidiores erunt, in opus publicum eiusdem temporis dabis: servos flagellis caesos in metallum damnabis. si non magnae pecuniae res fuerint, liberos fustibus, servos flagellis caesos dimittere poteris.' et omnino ut in ceteris, ita huiusmodi causis¹¹ ex personarum condicione et rerum qualitate diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulat.

Paulo.54 ed. D.47.9.4.1

Paulo destaca que el emperador Antonino <Pio> de consagrada memoria, dió un rescripto sobre los depredadores de un naufragio<con estas palabras>:<<Lo que me has escrito acerca de los naufragios de naves y barcas es para averiguar con qué

pena pienso yo que deben ser castigados los que se pruebe que han robado algo en ellos, pero opino que es fácil decirlo, pues hay mucha diferencia entre que hayan recogido lo que se iba a perder o que hayan ocupado sin vergüenza lo que podía salvarse; así, pues, si resulta que se hizo un saqueo grave, castigarás con el destierro de tres años a los autores del hecho que sean libres, después de ser apaleados; a los de baja condición los mandarás a trabajos forzados por el mismo tiempo, y a los esclavos, los condenarás a una mina, después de ser flagelados. Si no se trata de cosas de mucho valor, podrás soltar a los libres después de ser apaleados y a los esclavos después de ser flagelados>>.

Y siempre, en estos casos como en otros, debe estimarse con cuidado las circunstancias de las personas y cosas, para no decidir nada con más severidad o tolerancia de lo debido.

En este fragmento donde se pone de manifiesto la actividad legislativa del Príncipe ;el Emperador Antonino Pio dió un rescripto probablemente dirigido a un magistrado o a un juez.

En cuanto al contenido:

-Se trata de un punto de vista jurídico compuesto por:

-Un elemento objetivo como es el de robar en un naufragio cosas que podían salvarse; siendo la variante del caso, el supuesto en el que se haya recogido lo que se iba a perder.

-Un elemento subjetivo: en este fragmento no se trata del castigo o pena impuesta al ladrón, como ocurre en los fragmentos anteriormente tratados, el elemento subjetivo del delito es aquí la figura del "depredador".

En cuanto a la acción:

-Caso en el que se produce un saqueo grave de algo que pueda salvarse:

-1 Delito cometido por hombres libres a los cuales se les impone la pena del destierro por un tiempo de tres años, después de haber sido apaleados.

-2 Caso en el que el delito es cometido por hombres de baja condición; estos serán condenados a trabajos forzados por un período de tiempo de tres años.

-3 Caso en el que el delito es cometido por esclavos, siendo la condena, después de haber sido flagelados, a trabajar en una mina.

-Caso en el que lo sustraído sea algo de mucho valor:

-1 Cuando el delito es cometido por hombres libres la pena se limita al apaleamiento.

-2 En el supuesto en que el delito lo cometiera un esclavo, la pena que se le impone es la de flagelación.

-3 No se menciona el supuesto en que el delito sea cometido por hombre de baja condición pudiéndose interpretar que la pena que le correspondería sería la misma que para el supuesto anterior.

Por lo tanto en todos los casos la pena se impone según las circunstancias personales de quién comete el delito y también según las cosas sustraídas.

Balzarini sostiene que no se puede afirmar con certeza si la represión en este caso estaba ya contemplada en la *lex Iulia* o si por el contrario los mencionados casos estuviéser tipificados en las Constituciones Imperiales.

Ne quid ex naufragiis diripiatur vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam prospectum est. nam et divus Hadrianus edicto praecepit, ut hi, qui iuxta litora maris possident, scirent, si quando navis vel inficta vel fracta intra fines agri cuiusque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipsos iudicia praesides his, qui res suas directas queruntur, reddituros, ut quidquid probaverint ademptum sibi naufragio, id a possessoribus recipiant. de his autem, quos diripiuisse probatum sit, praesidem ut¹² de latronibus gravem

sententiam dicere. ¹³ut facilius sit probatio huiusmodi admissi, permisit his et quidquid¹⁴ passos se huiusmodi queruntur, adire praefectos et ad¹⁵ eum testari reosque petere, ut pro modo culpae vel vinculi vel sub fideiussoribus ad praesidem remittantur. a domino quoque possessionis, in qua id admissum dicatur, satis accipi, ne cognitioni desit, praecipitur. sed nec intervenire naufragiis colligendis aut militem aut privatum aut libertum serrarumve principis placere sibi ait senatus.

Calistrato.2 quaest D.47.9.7.

El jurista señala que muchas han sido las admoneciones de no robar nada en los naufragios y de que ningun extraño intervenga para recoger los restos. Ya Adriano , de consagrada memoria, ordenó en un edicto que los que poseen terrenos próximos a las costas del mar debian saber que, cuando una nave encalla o se rompe entre los confines del terreno de cualquiera de ellos, no habian de roba nada del naufragio, y que los gobernadores darían acciones a los que denunciaran el robo de cosas de su propiedad, a fin de recuperar de los que las poseyeran las cosas que probaran haberles sido robadas en el naufragio, y que el Gobernador dictaría grave condena como por bandidaje contra aquellos que se probara que habian sido autores del robo; <y>, para facilitar la prueba de tal crimen, permitió <Adriano a los que> denunciaran haber sufrido algo de este género el acudir a los prefectos, presentarles las pruebas y citar a los reos para que sean remitidos al Gobernador bien presos, bien bajo fiadores, según su

culpabilidad. Se ordena también que se reciba garantía del propietario en cuya posesión se diga haberse cometido el acto, para que no falte aquél a juicio de cognición. Y dice el senado que no quiere que ni un militar, ni un particular, ni un liberto o esclavo intervenga para recoger los restos de un naufragio.

Este texto de Calistrato en su libro segundo de *Quaestionum* pone de relieve en su inicio la prohibición de robar cosas de un naufragio, destacando el hecho de que ningún extraño intervenga para recoger los restos.

En la parte final del texto del Senado dice que no quiere que ningún militar, particular, liberto o esclavo intervenga para recoger restos de un naufragio.

Analizando el edicto del Emperador Adriano se puede extraer la siguiente casuística:

"Nave encallada o rota en terreno de otro"

-Supuesto de hecho:

Cuando con motivo de un naufragio o rotura de barca o nave esta encalla o se rompe entre los confines de otro.

-Contenido:

Si el propietario de la nave o barca denuncia el robo al Gobernador este le concede acción para reivindicar los objetos robados de quién los poseyese siempre y cuando probara que le habían sido robados en el naufragio y que se demostrara la culpabilidad de los autores del robo.

-Acción:

El Emperador Adriano para facilitar los medios de prueba permitió que el demandante presentara las pruebas ante el prefecto y citar a los reos para que puedan ser remitidos al Gobernador bien presos, bien bajo fiadores, según su culpabilidad. Para garantizar la presencia del demandante en el juicio de cognición se ordena que recibe garantía del que resulte ser autor del delito.

La pena que se impone al autor o autores del robo es según el edicto del Emperador Adriano es de grave condena y bajo el título de bandidaje.

-D ASALTO DE BARCA O NAVE

Deinde ait praetor
'rate navi expugnata'. expugnare videtur, qui in
ipso quasi proelio et pugna adversus navem et ratem
aliquid rapit, sive expugnet sive praedonibus ex-
pugnantibus rapiat.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.3.1.

Ulpiano afirma lo que dice el Pretor: <<asalto de barca o nave>>Se considera que asalta el que roba algo como en batalla y en abordaje de una nave o barca, ya sea que él mismo la asalte ya que robe con ocasión del asalto de otros bandidos.

Este texto al jurista Ulpiano nos presenta como una variante de la rapina "el asalto de nave o barca";se considera robar ,el asaltar ,como si fuese en batalla y en abordaje,una nave o barca.

En este supuesto edictal se distinguen:

-Caso en que la nave o barca es asaltada por un solo individuo:en este supuesto la pena que se impone al autor del delito es el cuadrúplo del valor de lo

sustraído, si se ejercita durante el primer año en el que sea posible demandarle y después por el simple. -Caso en el que el delito sea cometido con ocasión del asalto de otros bandidos: en esta variante se nos presenta el caso en que alguien aprovechando que unos bandidos asaltan una nave o barca, comete el delito de robo. En este supuesto se pone de manifiesto que la condena es la misma a pesar de que se puede interpretar que en el primero de los casos, es cometido por el mismo. La comisión del delito implica una vis física distinta al caso planteado como variante.

En ambos interpreto, como en fragmentos anteriores, que al considera como robo el asalto, la pena que se les impone es la misma que en los casos de robo.

Labeo scribit aequum fuisse,
ut, sive de domo sive in villa expugnatis aliquid rapiatur, huic edicto locus sit: nec enim minus in mari quam in villa per latrunculos inquietamur vel infestari possumus.

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.3.2.

Ulpiano dice que según Labeón hubiera sido justo aplicar este edicto cuando se roba con ocasión del asalto a una casa o finca rústica, pues nos pueden inquietar y acometer los bandidos lo mismo en una finca que en el mar.

Según este supuesto jurisprudencial se comete el delito tanto si nos asaltan en una finca como si nos atacan en el mar.

El jurista Labeón interpreta que en ambos casos hay daño en la propiedad ajena causado con violencia.

Según la respuesta de Labeón probablemente se aplicaría la *actio vi bonorum raptorum*.

También se podría interpretar que este edicto sólo se aplicó inicialmente a los casos de daño causado con violencia a barca o nave.

En este supuesto el asalto de nave es equiparado a robar pero de la lectura del texto interpreto que el asaltar (según el jurista Labeón) una cosa o finca no es considerado semejante a robo por tanto probablemente se trate de dos edictos distintos.

Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. sed enim additum est 'dolo malo', quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit³. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit. ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique⁴ non debet teneri.

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.3.3

Según el jurista queda obligado < con esta acción> no solo el que robó, sino también el que tomó algo en una de las ocasiones susodichas, pues los que se aprovechan de ellas para quedarse con algo no delinquen menos que los agresores; pero añade:<<con dolo malo>> porque no delinque el que toma algo sin más, sino el que lo hace con dolo malo. Pues ¿ que decir del que lo hizo sin saberlo? ¿ y si lo hizo para custodiar aquello y salvarlo para el que lo perdió? Ciertamente no debe el tal quedar obligado.

En este supuesto jurisprudencial se pone de manifiesto al igual que en el parágrafo anterior la equiparación entre el hecho de robar con el de tomar algo con ocasión de naufragio;se añade que el acto de apoderamiento ha de hacerse con "dolo malo".

Se distinguen las siguientes hipótesis:

-Caso del que roba con "dolo malo" aprovechándose del asalto llevado a cabo por otros bandidos:

En este caso procedería el ejercicio de la *actio vi bonorum raptorum*¹⁵⁷.

-Caso del que se apodera de algo de un naufragio sin saberlo(posible relacion con D.47.9.1.4):

Es necesario interpretar este supuesto jurisprudencial en el sentido en que alguien sustrae algo de un lugar donde en apariencia no hubo asalto, caso contrario, es decir si se toman cosas de un asalto siempre habrá actuación dolosa por parte de quien sustrae.

-Caso del que toma algo para custodiarlo y salvarlo para el que lo perdió:

Esta tercera hipótesis no plantea la dificultad en cuanto a la intención de custodiar objetos del asalto, para salvarlo para el dueño, constituyendo una figura atípica del depósito irregular, y por lo tanto no procederá contra él ningún tipo de acción penal.

¹⁵⁷M. Balzarini, Ricerche pag.234 nota 12.

Non solum autem quapuit,
sed et qui abstulit vel amovit vel damnum dedit vel
recepit, hac actione tenetur.

Ulpiano.56 ed. D.47.9.3.4.

Ulpiano afirma que queda obligado con esta acción, no solo el que robó algo, sino también el que la quitó o se la llevó, o causó algún daño o la escondió.

El jurista Ulpiano en este fragmento plantea nuevas hipótesis en las que el quitar o llevar,causar daño o esconder algo con motivo de un asalto es considerado de igual gravedad que el robar algo en un asalto.

En este texto se plantea de nuevo el problema de si la acción se concede por el delito de robo,o por el daño causado;esta problemática ,tratada por Balzarini,plantea la cuestión de si se trata realmente de un mismo edicto o por el contrario se trata de "hilo conductor" entre la *actio vi bonorum*

raptorum y las acciones dadas para los casos de incendio etc...

El quedar obligado con la misma acción tanto si se roba como si se quita, se lleva o se esconde, quiere decir que en este caso se obliga por la sustracción de los bienes y también por el daño causado en los mismos; es necesario distinguir:

- Para que se cometa el delito de robo es necesaria la violencia; para llevarse algo, quitarlo o esconderlo no es necesario el ejercicio de la violencia física. Es importante destacar el hecho de que a pesar de las circunstancias en las que se lleva a cabo el delito (con violencia o sin ella) la acción a ejecutar sea la misma y por lo tanto la pena imputada en ambos casos sea la misma.

En opinión de Vacca los juristas Gayo y Ulpiano llegaron a comprender el supuesto de *amotio* como comprensivo de desplazamiento, como una interpretación extensiva del edicto, la cual puede ser entendida si se relaciona con el edicto de Lúculo.

Qui eiecta nave quid rapuit, hoc edicto
tenetur. 'eiecta' hoc est quod Graeci aiunt εξ-
εβραστῆ.

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.3.6

El jurista resalta que el que robó algo de una nave encallada responde por este edicto.<<Encallada>> es lo que los griegos llaman *exebraسته*.

Entiendo este texto como una interpretación jurisprudencial del 47 eod.1.pr. equiparándose el hecho de naufragio y encallamiento.

Er-
pugnatur navis, cum spoliatur aut mergitur aut
dissolvitur aut pertunditur aut huiusmodi eius praeci-
duntur aut vela conscinduntur aut anchorae involantur
de mare.

Calistrato.1 ed mon. D.47.9.6.

Calistrato explica que es asaltada una nave cuando se la despoja o se hunde, deshace, rompe, o

se cortan las cuerdas, rasgan sus velas o arrancan sus anclas del mar.

Este texto de Calistrato no plantea dificultad en cuanto a su hermeneútica, el mismo se limita a enumerar la circunstancias que se han de dar para que se produzca el asalto de una nave.

Ne piscato-
res nocte lumine ostenso fallant navigantes, quasi
in portum aliquem delaturi, eoque modo in pericu-
lum naves, et qui in iis sunt, deducant, sibi que
execrandam praedam parent (2), Praesidis pro-
vinciae religiosa constantia efficiat.

Ulpiano.1 opin. D.47.9.10

En este texto Ulpiano destaca que la constante vigilancia del Gobernador de la provincia hará que los pescadores no engañen a los navegantes encendiendo luces de noche como si se dirigieran a algún puerto y pongan de ese modo en peligro las naves y a los que ellas van, para procurarse una presa ignominiosa.

Este supuesto legislativo contempla la posibilidad de que se pueden poner en peligro las naves por parte de los pescadores.

Al interpretar la génesis del texto hay que ponerla en relación con los supuestos de naufragio ,pero con una variante de los mismos:

-Caso en que el naufragio ocurre como consecuencia del engaño de los pescadores; en esta situación de hecho poco probable según el contenido del texto debido a "la constante vigilancia del Gobernador";habrá que pensar en los medios procesales del demandante o del propietario de la nave que ha sufrido el naufragio provocado.A pesar de que el jurista Ulpiano no menciona el tipo de acción a ejercitar,hay que pensar que será de aplicación el mismo edicto que para el supuesto típico de naufragio.

Si quis ex naufragio vel ex incendio ruinae servatam rem et alio loco positam subtraxerit aut rapuerit, furti scilicet aut alias vi bonorum raptorum indicio tenetur, maxime si non intellegebat ex naufragio vel incendio ruinae eam esse. iacentem quoque rem ex naufragio, quae fluctibus expulsa sit, si quis abstulerit, plerique idem putant quod ita verum est, si aliquod tempus post naufragium intercesserit: alioquin si in ipso naufragii tempore id acciderit, nihil interest, utrum ex ipso mari quisque rapiat an ex naufragiis an ex litore. de eo quoque, quod ex rate nave expugnata raptum sit, eandem interpretationem adhibere debemus.

Gayo 21 ed. prov. D.47.9.5.

Gayo dice que si alguien hubiera sustraído o robado una cosa procedente de un naufragio, incendio o derrumbamiento que se había dejado en otro lugar, responderá de hurto o de robo, respectivamente, sobre todo si no sabía que procedía de un naufragio, incendio o derrumbamiento. Lo mismo piensan la mayoría de los autores cuando alguien arrebatara una cosa del naufragio que ha sido llevada por las o las a la costa; lo que solo es cierto cuando ha sucedido algún tiempo después del naufragio, pues si hubiera ocurrido en el mismo momento del naufragio, no hay diferencia entre robar algo del naufragio, en el mismo mar o en la costa. La misma interpretación debemos mantener en el caso de lo robado con ocasión de un asalto a barca o nave.

Este supuesto jurisprudencial trata conjuntamente los casos de naufragio, incendio o derrumbamiento en los que lo sustraído o robado se había dejado en otro lugar. La variante de este texto está en que se sustraen o roban cosas que proceden de un naufragio, derrumbamiento, depositados en otro lugar .

En esta interpretación jurisprudencial el aprovecharse del naufragio es lo que califica el acto como robo y no hurto, con exclusión de que haya o no violencia.

En la referida calificación de robo hay que tener en cuenta el conocimiento por parte de quién delinque de la procedencia de los objetos, en caso contrario se limitaría a la sustracción.

La segunda parte del texto analiza el supuesto en que alguien arrebatara una cosa del naufragio que ha sido arrastrada por las olas a la costa; la mayoría de los autores coinciden en equiparar este supuesto, al analizado en la primera parte del texto confirmando así lo expuesto en D.47.9.1.5 referente al momento mismo del naufragio.

También el texto ya estudiado D.47.9.3 pr confirma que el que se lleva una cosa que aparece en

la costa después de un naufragio no esta sujeto al edicto de incendio .

En su última parte se sostiene que la opinión mayoritaria de los juristas consiste en mantener el mismo criterio en lo casos de robo con ocasión de un asalto a barca o nave.

El jurista Gayo distingue dos posibles circunstancias:

-Sustracción y rapina legitimando respectivamente con la *actio furti* y la *actio vi bonorum raptorum*.

Según Vacca,este texto demuestra que también para Gayo ambos hechos, sustracción y rapina,entraban en el ámbito de aplicación del edicto "de incendio,rui-na..."

-2 EL QUE SE HA LLEVADO CON DOLO MALO O CAUSA
DAÑO EN LAS COSAS DE UN INCENDIO, DERRUMBAMIENTO, NAU-
FRAGIO O ASALTO DE BARCA O NAVE

Aliud esse autem
rapi, aliud amoveri patam est, si quidem amoveri
aliquid etiam sine vi possit: rapi autem sine vi non
potest.

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.3.5

El jurista señala que es evidente que una cosa es robar y otra llevarse algo, pues esto último puede hacerse también sin violencia, pero no el robar.

Las fuentes hasta ahora estudiadas atestiguan que lo que califica el robo es el empleo de la violencia¹⁵⁸, este texto del jurista Ulpiano así lo afirma.

¹⁵⁸Ulpiano D.47.8.2.10 y Gayo 3.209 citados por Vacca, *Ricerca in tema di "actio vi bonorum raptorum"*

El texto en cuestión forma parte del comentario Ulpiano al edicto "de incendio , ruina, naufragio o asalto de barca o nave.

En cuanto al contenido:

-El empleo de la violencia , es sin duda lo que caracteriza en general al edicto; Balzarini¹⁵⁹; sostiene que la violencia no es inherente a la noción de *rapere* basándose en que Ulpiano afirma que en las circunstancias de hecho contempladas en el edicto esta comprendida la simple *amotio*.

En cuanto a la acción:

-Si el delito es cometido sin violencia, es decir se ha llevado algo, procedería la *actio furti* contra el que sustrae. En el supuesto en que se ejercita la violencia la acción que se ejercitaría sería la *actio vi bonorum raptorum*.

De las fuentes estudiadas se puede concluir que la aplicación de la *actio in quadruplum* se da en todas las hipótesis de sustracción violenta con la dificultad según Vacca de diferenciar la *actio vi bonorum raptorum* y el supuesto previsto en el edicto "de incendio, ruina...".

¹⁵⁹Ricerche cit., p.464 ss. citado por Vacca

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo⁴ damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. an tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. et ita Celsus scribit⁵.

Ulpiano. 56 ed. D.47.9.3.7.

El jurista destaca, lo que dice el Pretor sobre el daño causado tiene lugar tan sólo si se ha causado con dolo, pues si falta el dolo malo, cesa este edicto. ¿ como se explica, pues, lo que escribe Labeon de que debe darse contra mi la acción, tanto a mi nombre como a nombre de mi servidumbre, si, al surgir un incendio, demoliera en defensa propia el edificio de mi vecino? pues, al haberlo hecho en defensa de mi propia casa, carezco ciertamente de dolo. Así, yo creo que no es cierto lo que escribe Labeón. ¿Acaso se podrá ejercitar contra él la acción de la Ley Aquilia? Creo que no, pues no causó el daño injustamente el que deseaba defender lo suyo

y no podía hacerlo de otro modo. Y así lo escribe Celso.

En este fragmento se discute cuando el daño causado se lleva a cabo con "dolo malo"; se trata de supuestos edictales en los que existe controversia.

En cuanto al contenido :

-El jurista Labeón probablemente se haya basado en la irracionalidad del medio empleado ya que para salvar mi propiedad destruyo la de otro ; es posible que este jurista equipare este acto con un daño causado dolosamente.

De otra parte el jurista Ulpiano analiza el contenido basándose en que el que causa el daño para defender algo que es de su propiedad, no puede cometer el delito de daño injustamente causado, el jurista Celso según Ulpiano se manifiesta en el mismo sentido. En este supuesto no se dan los requisitos para el dolo ni tampoco para el daño injustamente causado.

En cuanto a la acción:

Según el jurista Labeón se dará la acción a nombre del propietario como a nombre de la servidumbre del mismo cuando se ha causado un daño como es la demolición del edificio del vecino alegando que ha sido en defensa del propietario del fundo.

¿Se refiere Labeón a la *legis aquiliae* ? para Celso no puede ser la acción a utilizar, pues no causo el daño injustamente el que deseaba defender lo suyo y no podía hacerlo de otro modo, por tanto no cabe hablar de la aplicación del edicto.

CAPITULO VI

CAPITULO VI
LOS CASOS DEL CRIMEN DE ROBO

1. CORTABOLSAS D.47.11.7

larii²¹, qui vetitas in sacculos artes exercentes partem subducunt, partem subtrahunt, item qui detectarii appellantur, hoc est hi, qui in aliena cenacula se dirigunt furandi animo, plus quam fures puniendi sunt: idcircoque aut ad tempus in opus dantur publicum, aut fustibus castigantur et dimittuntur, aut ad tempus relegantur.

Ulpiano.9 de off.proc. D.47.11.7

El jurista opina que los tramposos que, con sus malas artes de cortabolsas, sustraen dinero combi-

nando la maña y la fuerza, así como los que llaman <<derectarii>> o <introdutivos> porque se introducen en las viviendas ajenas para hurtar algo en ellas, deben ser más castigados que los ladrones; así, o se les condena a trabajos forzados por cierto tiempo, o se les suelta después de sufrir apaleamiento, o son temporalmente relegados.

Supuesto jurisprudencial en el que el jurista Ulpiano hace referencia a la gravedad del delito cometido por los *sacularis* y *derectaris*, definición que ha sido ampliamente discutida por la doctrina, ya que se duda de la genuinidad del término empleado para referirse a los que cometen este tipo de delito, aunque parece que esta discusión no afecta para nada a la sustancia del fragmento.

En cuanto al contenido:

El jurista Ulpiano en este fragmento dedicado en parte a los crímenes extraordinarios hace referencia a la gravedad del delito cometido por los *sacularis* y *derectaris* tratando de dos variantes o supuestos: -Sustracción de dinero siendo el elemento agravante del delito la combinación de maña y fuerza y de

modo especial el arte de ser cortabolsa, de lo contrario se estaría ante un supuesto de *furtum* o de rapina; en la segunda variante se analiza el hecho de entrar en vivienda ajena con la finalidad de hurtar algo en ellas entendiendo, como elemento que dá distinta fisonomía, el término *derectari*; vuelvo aquí a remitirme a lo dicho en la primera variante en lo que se refiere al *furtum* y a la *rapina*.

En la exégesis del texto el término *puniendi*, hace referencia a una sanción de carácter criminal donde el delito es castigado como *crimina*; este último aspecto es discutido no solo por la doctrina romanística sino también en los textos de los *Basílicos* y en la glosa¹⁶⁰.

Este texto ha sido tratado por Balzarini¹⁶¹, - quién analiza la primera parte del mismo y en con-

¹⁶⁰ 60.22.7. Los basilicos interpretan el término *saculari* como *borseggiatori* (robar con habilidad, carteristas por ej.).

La glosa dá tres definiciones diferentes;
Primera.- *Qui saccos ferunt plenos mercibus falsis, et falsis nummis, et cum eis solvitur pro merce pecunia partem pecuniae furantur, negantes se accepisse quantum acceperant: et quod reddunt, ex parte fuit dantis ex parte eorum tantum. et ideo fallunt retenta bona pecuniae cum sibi cambiari traditam poscunt;*

Segunda.- en la segunda definición *saculari* se identificaría con los *giocolieri* (*ioculatores*) jugadores de mano, escamoteadores.

Tercera.- según esta tercera definición los *sacularis* serían <<Qui in saccis portant merces desuper bonas, inferius malas in eodem sacco>> esta última interpretación es seguida por Falchi, *Dir, pen. rom. cit.*, 246 s.

¹⁶¹ Balzarini *In tema di repressione <<extra ordinem>> del furto nel diritto clasico.* pag. 234

creto desde *hoc est...animo*, dice refiriéndose a la genuinidad de la definición del término *derec-tari*, puesta en duda en Albertario y otros, fuese considerado no genuino desde el punto de vista sustancial, no se podría hacer referencia al hecho clásico del crimen o al menos no poderlo relacionar con la P.S.,V,4,8.

Acerca de la configuración del crimen de *saculari*, existen divergencias no solo en la doctrina romanística, sino también en los *Básilicos* y en la *Glosa*.

Según Balzarini existen dudas acerca de la individualización del crimen *derec-tari* (relación entre D.47.11.7. y D.47.18.1.2) donde se hace referencia a los *sacularis* y otros infractores. Verdaderamente el hecho no parece ser calificado como un hurto agravado, coincidiendo con la opinión de Ulpiano, bastaría para configurar la la violación de domicilio acompañada del *animus furandi*, Ulpiano hacía alusión a la existencia de sanciones de carácter criminal, aunque sean de carácter leve contra los simples *fures*.

En algunas fuentes se ponen de manifiesto los elementos necesarios del supuesto como para que

entre,el mismo, en la clasificación de hurto simple o agravado.

La razón de distinguir este hurto, la encuentran los modernos estudiosos en la necesidad de establecer si se puede proceder *extra ordinem* o bien según el *ordo* por vía de acciones penales privadas.

Para Balzarini la distinción se efectuaba también para establecer qué tipo de sanciones deberían ser aplicadas en la *cognitio extra ordinem criminal*, mientras en caso de hurto cualificado la única vía de persecución del autor del delito sería el recurso a la *cognitio*, en caso de hurto simple, estaría siempre abierta la vía para la víctima y de forma alternativa, de utilizar la acción privada; concluye Balzarini diciendo que lo expresado se puede deducir de la simple lectura de las fuentes tratadas.

En cuanto a la acción:

Corresponde al Gobernador de la provincia el hacer la valoración de la gravedad de los *crimina* y aplicar las penas a su arbitrio, basándose en la gran variedad de formas de represión, a los casos reprimibles o circunstancias dignas de relieve,a-

nalizando los elementos que darían fisonomía al hecho reprimible.

Ulpiano en este párrafo al valorar los hechos interpreta que la aplicación de la pena no podrá ser la misma que se daría contra un ladrón. En este punto hay que detenerse e interpretar que el jurista distingue entre ser ladrón y *saculari* y *derectari* como delito tipificado de distinta forma; esta distinción terminológica probablemente es la que agrava la pena impuesta y que el jurista condena de la siguiente manera:

- a) Trabajos forzados durante cierto tiempo.
- b) Se les somete a apaleamiento y luego se les libera.
- c) La pena consiste en la relegación temporal del condenado, interpretando que esta pena supone la pérdida de la ciudadanía y todas las consecuencias jurídicas que esta trae consigo.

Es probable que en virtud del imperio del Gobernador la aplicación de una u otra estaría en función de la personalidad del *derectari* o *saculari*, caso contrario no se entendería el párrafo " más castigados que los ladrones" puesto que estos según se tratase de *furtum manifestum* o de *rapina*

se les impondría la pena pecuniaria del cuádruplo del valor de la cosa.

2. CUATRERIA D.47.14

Bajo el título XIV se estudia la figura del crimen de cuatrería, así como, la pena impuesta a los autores del delito, es decir a los cuatrerros.

Los tres fragmentos de que se compone el título objeto de estudio, tratan:

-El 14.1 contempla:

Pr. el rescripto de Adriano acerca del castigo de los cuatrerros.

1. Definición de la figura del cuatrero
2. Diferencia entre sustraer ganado mayor o menor.
3. Graduación de la pena según la condición social.
4. Sustracción de ganado cuya propiedad se haya pendiente de juicio.

Este fragmento está contemplado en Ulpiano libro octavo de off.proc.= *Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum* (Coll.leg.M.e.R) 11,7,1-11,8,4.

De abigeis puniendis ita divus Hadrianus consilio Baeticae rescripsit²²: 'abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est id²³ genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam

f' 'temporarium' dantur²⁴. 'Abigei autem proprie hi habentur, qui pecora ex pascuis vel⁴ ex armentis subtrahant et quodammodo depraedantur, et abigendi studium quasi artem exercent equos de gregibus vel boves de armentis abducentes. ceterum si quis bovem aberrantem vel equos in solitudine relictos⁵ 2 abduxerit, non est abigeus, sed fur potius. 'Sed et qui porcam⁶ vel capram vel vervicem abduxit⁷, non tam graviter, quam⁸ qui maiora animalia ab- 3 igunt, plecti debent.' Quamquam autem Hadrianus metalli poenam, item operis vel etiam gladii praestituerit, attamen qui honestiore loco nati sunt, non debent ad hanc poenam pertinere, sed aut relegandi erunt aut movendi ordine. sane qui cum gladio 4 abigunt, non inique bestiis obiciuntur⁹. Qui pecora, de quorum proprietate faciebat controversiam, abegit, ut Saturninus quidem scribit, ad examinationem civilem remittendus est. sed hoc ita demum probandum est, si non color abigeatus quaesitus est, sed vere putavit sua iustis rationibus ductus.

sub titulo de abigeis:

1. De abigeis puniendis ita divus Hadrianus rescripsit concilio Baeticae: 'Abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. Puniantur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est hoc genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium damnantur.

Romae tamen etiam bestiis subici abigeos videmus: et sane qui cum gladio abigunt, non inique hac poena adficiuntur.

Ulpiano 8 de off. proc.

Coll.leg.M.e.R

D.47.14.1

11,7,1-11,8,4

En el pr. de este fragmento acerca del castigo de los cuatrerros hay un rescripto de Adriano, emperador de consagrada memoria, dirigido, al Concejo de la Bética, en estos términos:<<Cuando se castiga con extrema dureza a los cuatrerros, se les suele condenar a muerte, pero no en todas partes se les castiga tan duramente, sino tan sólo allí donde es más frecuente esta clase de maleficio; en otras partes, se les condena a trabajos forzados y a veces solo por cierto tiempo>>.

El pr. del fragmento trata del rescripto del Emperador Adriano dirigido al Concejo de la Bética; el parágrafo en estudio es necesario analizarlo solo en cuanto a la condena, ya que el contenido del mismo se estudia en otros fragmentos.

En cuanto a la acción:

-El rescripto del Emperador Adriano contempla los siguientes supuestos de aplicación de una pena:

1-Si el lugar donde se comete el delito es frecuente esta clase de maleficio, los cuatrerros son condenados con extrema dureza; la graduación de la pena según el lugar hay que entenderla en este caso como la condena a muerte del cuatrerro.

2-Cuando el cuatrero es condenado a trabajos forzados y a veces solo por cierto tiempo, es importante poner de manifiesto la graduación de la pena según el lugar donde se haya llevado a cabo el **crimen de cuatrería**; en cuanto a la sanción impuesta es importante resaltar el fragmento del D.47.11.7 que contempla la pena a la que son sometidos los tramposos que es coincidente con la de este texto.

En el **parágrafo 1º** del fragmento en estudio se tiene propiamente como cuatrerros a los que se llevan cabezas de ganados de los pastos o de sus rebaños, y son a modo de ladrones de ganado que practican como profesión el arte de llevarse el ganado sustrayendo el caballar o vacuno de sus respectivos rebaños; porque el que se lleva una vaca extraviada o unos caballos abandonados en descampado no es cuatrero, sino tan solo ladrón.

Este fragmento estudiado en su contenido nos da una definición de la figura del cuatrero¹⁶², como ladrones de ganado.

El contenido examina los siguientes hechos delictivos:

1-Sustraer ganado caballar o vacuno:

Caso en que con arte se sustrae ganado caballar o vacuno, pero siempre, del propio rebaño; en este supuesto se castigaría como crimen de cuatrería.

2-Llevarse una vaca extraviada o caballos abandonados.

En esta variante se contempla el supuesto en que una vaca o unos caballos han sido hurtados, pero no directamente del rebaño, sino que han sido hurtados en un descampado; podría interpretarse que lo que califica el crimen de cuatrería es el lugar de donde se sustrae el ganado.

¹⁶²MATTHAEUS, De Criminibus, Vesaliae, 1679, pag. 203 y ss.; MOMMSEN, Strafrecht, Duncker, Leipzig, 1889, pag. 775; ID. Droit Penal (Manuel de Antiquités romaines de MOMMSEN y MARQUARDT, Paris, 1901, vol III (XIX della collezione), pag. 775 y ss.; FERRINI, Esposizione storica del diritto penale romano (Enciclopedia del diritto penale italiano, a cura di E. PESSINA, Soc. Ed. libr., Milano 1905, vol I, pag 224. y ss.; REIN, Criminalrecht der Römer, Kohler, Leipzig, 1944 pag 223 y ss.; HARTMANN, in P.W. voce Abigeatus, vol I, pag. 97.; HUNBERT, voce Abigeatus, D.S. vol I pag 6-7.)

Según Balzarini¹⁶³ refiriéndose al texto Ulpiano en estudio y que en su opinión ha sido contemporaneamente conservado con variaciones¹⁶⁴ poco importantes en D.eod,I,1-2 y en Coll XI,8,1-2.

En el primer período de este fragmento Ulpiano dá una definición de los cuatrereros que no se identifica plenamente con la de Calistrato por no poner de manifiesto el elemento del número y por detenerse en el oficio de los cuatrereros.

Se debe por tanto advertir que el jurista habla de ovejas, caballos y boves, de lo que parece deducirse que en todo caso e independientemente del tipo de bestias sustraídas, para la configuración del crimen de cuatrería era necesaria la sustracción de más de un capo. Una hipótesis similar se contradice en el segundo período del mismo 1º, donde se habla de <<bovem aberrantem>> (si el apoderamiento de un solo buey no hubiese constituido cuatrería, no habría valido la pena de especificar <<aberrantem>> en cuanto se consideran los equinos en la versión del Digesto se habla de <<equos>> y en la Collatio de

¹⁶³Balzarini In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico pag.241

¹⁶⁴WIEACKER, Textstufen p. 399 s.

<<equuum>>; esta es sin duda la versión original¹⁶⁵, como resulta también en los basílicos 60,25,1

En el **parágrafo 2º** del mismo fragmento Ulpiano nos dice que no deben ser castigados tan severamente como los cuatrereros de ganado mayor los que llevaron cabezas de ganado porcino, caprino o lanar.

Este parágrafo se puede interpretar como variante de sustracción de cabezas de ganado del rebaño.

A diferencia del parágrafo anterior dónde se distinguía el ser cuatrero o ladrón según el lugar dónde se sustrajesen él o los animales ,en este,el término *abduxerit* solo se refiere a la clase de ganado sustraído,entendiéndose que el llevarse cabezas de ganado porcino,caprino o lanar supone un hecho delictivo que no reviste o alcanza la gravedad de la sustracción del llamado ganado mayor.

¹⁶⁵ BESELER, Unkl. Wörter, cit., <<ZZS>>57,24, califica como falsa la expresión <<et quadammodo depraedantur>> y (en la versión de la collatio) o el <<equum in solitudine>> la supresión no aparece justificada ,en atención a la tradición del texto y en definitiva no incidente en la sustancia del mismo.

En la exégesis de este fragmento no se duda sin embargo que el que sustrae una u otra clase de ganado es llamado cuatrero.

En el 3º **parágrafo** aunque Adriano señaló la pena de mina, trabajos forzados o incluso la muerte, sin embargo, los de condición más elevada no deben sufrir tal pena, sino que deben ser relegados o removidos de la curia, por más que < en Roma > los cuatrerros que actúan armados son lanzados, no sin razón, a las fieras del circo.

En éste parágrafo el jurista Ulpiano comenta el castigo impuesto a los cuatrerros según el rescripto del Emperador Adriano (47.eod.1.pr.) y de forma concreta añade la pena de mina no contemplada en el fragmento pr.

El jurista al interpretar el texto y probablemente para fijar su verdadero sentido , explica o expresa de un modo personal , la realidad de una clase social más elevada como puede ser el pertenecer a la clase de los honestiores ¹⁶⁶ , añá-

¹⁶⁶GOTHOFREDIIACOBI, ad. Cod. Theod., I, 8; T. MOMMSEN, Staatsrecht, vol, III, pag. 565 e segg. (Traduzione franc. vol VI parte (continúa...))

diendo que no debe ser castigada con las penas ya mencionadas.

Referente a los *honestiores*¹⁶⁷ siguiendo la opinión de Brasiello en el derecho romano las expresiones *honestus honoratum* etc...han estado relacionadas con la categoría social. La honorabilidad era un requisito de los caballeros y consistía en no estar tachado de alguna nota y de forma especial las relacionadas con la infamia.

El Emperador Marco Aurelio estableció (C.11.C de quaest 9,41) tres grandes clases de caballeros privilegiados:

virii eminentissimi, virii perfectissimi, virii egregii.

Las personas de condición social elevada gozaban de privilegios especiales también en el

166 (...continuación)

2º. pag 176 y segg.); *Id. Strafrech* pag.1031 esegg. (trad. franc in *Manuel des Antiquités rom. Mommsen-Marquardt-Krüger. vol XIX, pag 389 e segg.*). JULIAN, in *DS. voces* <<Honestiores-Humiliores>>, Paris 1900; BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano, Napoli, 1937, cap. II, VII e passim*; DE ROBERTIS, *La variazione della pena* <<pro qualitate personarum>> nel diritto penale romano (RISGS 1939 59-110); CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'<<honestiores>> et d'<<humiliores>>* (RHD, 1950, XVII-I, pag 305 e segg., 461 e segg.).

167 DE ROBERTIS, *La variazione della pena* <<pro qualitate personarum>> nel diritto romano, <<RISG>>, n. s. 14, 1939, 59, ss y cit 6I ss; CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'<<honestiores>> et d'<<humiliores>>*, <<RHD>>, 28, 1950, 319, ss.

derecho penal y se empieza a distinguir con denominaciones diversas en los diferentes ambientes. Los *honestiores* eran una clase social superior que gozaban de ciertos privilegios ,pero no llegaban a constituir una categoría jurídica bien definida, si se considera por tanto que la distinción se encuentra sobre todo en relación al derecho penal y en especial en lo referente a la pena, es fácil comprender que se trataba de una categoría indeterminada de personas de rango superior ,para los cuales una sanción menos grave o menos infamante parecía suficiente en cuanto que la misma asegura la pérdida de cargo y de honor y en general el descrédito de la opinión pública.

Se podría hablar de una interpretación declarativa en el sentido en que el tenor literal del texto ,podría admitir varios sentidos o bien de una interpretación crítica o correctiva para, en este caso, ponerla de acuerdo con el espíritu o intención del texto, planteandóse las siguientes variantes:

-Cuando el hecho delictivo es cometido por alguien de condición social más elevada, éste debe ser relegado o removido de la curia.

Esta variante presenta la siguiente excepción: cuando los cuatreros actúan armados, serán lanzados a las fieras del circo.

El **parágrafo 4º** y último del fragmento en estudio, dice que el que se lleva un ganado cuya propiedad se haya pendiente de una sentencia judicial debe ser sometido a la jurisdicción civil, como dice Saturnino; pero esto solo es admisible cuando no fuera sospechoso como cuatrero sino que creyera por justas razones que aquel ganado era suyo.

En este parágrafo se nos presenta la siguiente variante jurisprudencial:

-Caso del que se lleva ganado, cuya propiedad se haya pendiente de sentencia judicial.

En cuanto al contenido:

Según la opinión del jurista Saturnino el autor de este hecho sería juzgado por la jurisdicción civil.

Ulpiano añade¹⁶⁸ que sólo en los casos en que el que sustrae no fuese sospechoso de ser cuatrero¹⁶⁹, es decir, es requisito indispensable para

¹⁶⁸veáse Balzarini In tema di repressione <<extra ordinem>> pag 293.

¹⁶⁹veáse Balzarini In tema di repressione <<extra ordinem>> pag 298.

someterse a la jurisdicción civil no ser sospechoso como cuatrero, la sustracción debe ser realizada con el convencimiento de que lo sustraído era suyo.

En cuanto a la acción:

Basándome en la opinión de los juristas citados las acciones que se podrían ejercitar en esta variante jurisprudencial estarían en función de la calificación de hurto o de **crimen de cuatrería**.

Para Balzarini¹⁶⁵ averiguar a quién compete el derecho de propiedad sobre el animal, podría considerarse perjudicial respecto al desarrollo del procedimiento *extra ordinem* lo que se refiere al crimen de cuatrería.

Este autor continua diciendo que Saturnino y Ulpiano se habían limitado a sugerir al proconsul que suspendiera el procedimiento *extra ordinem* en espera de la resolución, en juicio privado, de la controversia de la propiedad.

Esta interpretación no concuerda con el segundo período del texto ,donde dice que el recurso al juicio civil debe ser limitado al caso en que el autor de la sustracción creyese por justas razones

¹⁶⁵BALZARINI In tema di repressione <<extra ordinem>>pag.258,pag 294 y ss.

que el animal en cuestión era suyo, lo que solo tendría sentido si se considerase definitiva la exclusión del recurso al procedimiento criminal. La doctrina actual duda del origen de este segundo período

¹⁶⁶. En opinión de Balzarini y en relación con este texto es importante destacar algunas otras fuentes en materia de cuatrería como son las siguientes:

¹⁶⁶ Ctr. DONATUTI, <<Ann. Perugia>> , 33, 1921, 430; BESELER, Miscellanea Graecoromana, <<Studi Bofante>>, II; Milano, 1930, 83; VOCI, Errone, cit. 184; BESELER Beiträge cit. <<ZZS>>, 66, 283; DELL'ORO, I libri de officio cit 179, n. 288.

Abactores sunt, qui unum equum, duas equas totidemque boves vel capras decem aut porcos, quinque abegerint. quidquid vero intra hunc numerum fuerit ablatum, in poena furti pro qualitate eius aut in duplum aut in triplum convenitur, vel fustibus caesus in opus publicum unius anni datur aut sub poena vinculorum domino restituetur.

P.S.V, 18, 1

Abactor si usque ad unum equum, duas equas, totidemque boves, et usque ad decem capras, et quinque porcos tulisse tam de stabulis, quam de pascuis fuerit adprobatus, sive per surreptionem sive ea violenter abduxerit, severissime puniatur: quidquid vero intra suprascriptum numerum animalium vel porcorum a quocumque sublatum fuerit, tanquam furtum sub quadrupli poena solvatur.

Ed. Theod. 57

Si ea pecora, de quibus quis litigat (271), abegerit, ad forum remittendus est, atque ita convictus in duplum vel in triplum juris more damnatur.

P.S.V. 18.3

Coll. XI, 4, 1

Qui pecora, de quibus litigabat, abegit, ad forum remittendus est et, si victus fuerit, in duplum vel quadruplum condemnandus.

L. sing de poen. pag.

Coll. XI, 6, 2

En estos textos se considera la hipótesis de que, alguno, existiendo controversia sobre la propiedad de cabezas de ganado, se apoderase de un número de ellas y en las circunstancias idóneas para configurar el crimen de cuatrería. Entre estos textos, incluido el ya tratado 47.14.1.4, existen algunas diferencias cuya discusión ya no procede.

Este autor al referirse a la P.S.V.18.3. destaca que a pesar de la explícita referencia <<*furis more damnatur*>> lo que no se puede negar es que se afirma la perseguibilidad del autor de la sustracción en calidad de ratero antes que cuatrero, lo que puede ser explicado si se interpreta el texto.

Para Balzarini no existen en estos textos referencias a disposiciones dadas por la autoridad, asimismo, el principio de los textos resulta algo diferente respecto a Ulpiano y de forma breve decir que sin especial referencia a las opiniones jurisprudenciales. La duda de recomposición, según la cual Paulo se habría limitado a afirmar <<*ad forum remittendus est*>> y la sucesiva especificación se debería a la obra de los postclásicos, el autor afirma que no es fácilmente demostrable esta labor y que es probable que Paulo hubiese encontrado el texto del <<*liber singularis de poenis paganorum*>> ya modificado. Admitido, de hecho que los juristas clásicos se hubiesen limitado a escribir <<*ad forum remittendus est*>> hay que entenderlo como la sugerencia al órgano de la cognitio de suspender el procedimiento criminal en espera de la solución que se derive de la controversia de la propiedad en juicio privado ordinario, desde el inicio de la edad

postclásica, siendo ya caduca cada distinción entre <<cognitio>> y <<ordo iudiciorum privatorum>> y en sentido material entre tribunal juzgador *extra ordinem e forum*.

Balzarini concluye diciendo que la única forma de represión del hurto agravado y en atención a como estos se manifiestan ,sería ya en la época clásica la referida a *extra ordinem* ,por iniciativa ,bién de la parte ofendida o directamente por al autoridad.

Abigeatus crimen publici iudicii non est, quia furtum magis est. sed quia plerumque abigei et ferro utuntur, si deprehendantur, ideo graviter et puniri¹⁰ eorum admissum solet.

Macro.1 de iud.pub.D.47.14.2

El jurista opina que el crimen de cuatreria no es de juicio público, porque, en el fondo, es un hurto pero como los cuatrerros suelen ir también armados, se acostumbra a castigar severamente su crimen cuando son sorprendidos con armas.

Este texto de Macro pone de relieve y de nuevo la diferencia entre hurto y robo ,diferencia que convierte en ardua la tarea de presentar una síntesis de las líneas maestras del derecho penal de este

período;pero resulta posible realizar el siguiente análisis:

-En cuanto al contenido:

El texto en cuestión equipara el crimen de cuatrería con el hurto simple y que por lo tanto no se tramitaría en juicio público.

Según esta interpretación y poniendo este párrafo en relación con el ya estudiado 47.14.1.1 lo que calificaría el crimen de cuatrería,se podría explicar,como el arte de llevarse el ganado y la práctica habitual con que se hace,llegando a considerarse como una profesión,no teniendo en cuenta la violencia (discutida en el capítulo IV) con que se podía llevar a cabo.

El texto de Macro continua diciendo que los cuatreros suelen ir también armados,y añade que se acostumbra a castigar severamente su crimen cuando estos (los cuatreros) son sorprendidos con armas. Analizando esta segunda parte nos dá la impresión de que el texto presenta más coherencia con todo el título XIV en lo siguiente:

"Se acostumbra a castigar severamente"

Esta forma de castigar al autor o autores del crimen de cuatrería la podemos equiparar al rescripto que

dá el Emperador Adriano dirigido al Concejo de la Bética donde dice "se les castiga con extrema dureza" 47.14.1.pr.

"Son sorprendidos con armas"

Esta última frase se puede interpretar, en el sentido siguiente: cuando el o los cuatreros son sorprendidos con armas en el lugar de la sustracción.

-En cuanto a la acción:

Si se interpreta equiparando el crimen de cuatrería al hurto simple, la acción a ejercitar podría ser la equivalente a la *actio furti* o esta misma, por tanto se resolvería mediante juicio privado.

Si por el contrario el acto delictivo es considerado como grave, entendiéndose que lo que califica como acto delictivo es el portar armas, esto nos pone en situación de poner este texto en relación con el también ya estudiado 14.1.3 donde dice "por más que en <Roma> los cuatreros que actúan armados son lanzados, no sin razón, a las fieras del circo..".

Existe una posibilidad de elegir entre la acción privada y la pública (vid: concurso de acciones).

Balzarini¹⁶⁷ refiriéndose a la distinción entre hurto y el crimen de cuatrería analiza un texto de las sentencias de Paulo, otro del Breviario y también en Coll.XI,3,I en los que resulta tratados con variantes el comentario 57 del edicto de Teodorico, que proporciona la prueba más segura de la existencia de la represión criminal del simple hurto en época clásica ;añade también este autor que el simple hecho de que el texto este comprendido en una obra postclásica ,no puede ,en efecto indicar por esa misma razón la no clasicidad de lo que hasta ahora ha afirmado.

En opinión de Brasiello¹⁶⁸en este texto de Macro se precisa la situación sustancial procesal;no se trataba ciertamente de un crimen seguido en juicio público,se refería a un caso de hurto ,pero sin embargo los cuatrereros si se servían de armas y si estos fuesen sorprendidos eran castigados severamente.Para Brasiello " *gravitor et* " pudiera estar considerado en el texto original como *extra ordinem* en opinión de los juristas y es por esta razón por

¹⁶⁷Balzarini In tema di repressione <<extra ordinem>> pag.240 nota 116,pag.244.
Ricerche pag.485,n.62.

¹⁶⁸Ugo Brasiello N.D.I.pag.42

lo que la distinción no tendría importancia sustancial.

El jurista Calistrato , en el fragmento que a continuación comentamos del libro VI "*de cognitionibus*", recoge los siguientes aspectos:

- 3.pr. Diferencia entre ser ladrón o cuatrero.
- 3.1 Diferencia entre llevarse ganado de las cuadras, del monte o del rebaño.
- 3.2 Hurto reiterado de cabezas sueltas.
- 3.3 Encubridores de los cuatreros.

Oves¹¹ pro numero abactarum¹² aut furem aut abigenum faciunt. quidam decem oves¹³ gregem esse putaverunt: porcos etiam quinque vel quattuor abactos, equum bovem vel unum abigeatus crimen facere.

Calistrato.6 de cognit.D.47.14.3.pr

El jurista dice que el ser ladrón o ser cuatrero depende del número de ovejas llevadas: algunos autores han pensado que diez ovejas hacen ya un rebaño y que también constituye crimen de cuatrería el llevarse cuatro o cinco cerdos, o una sola cabeza de ganado caballar o vacuno.

En un intento de llegar a conocer los principios o elementos en los que se basa el jurista Calistrato, se pueden extraer los siguientes casos:

-Caso del que sustrae o se lleva diez ovejas en este supuesto se interpreta que se comete el crimen de cuatrería y por tanto se le impone la pena como cuatrero con los atenuantes y agravantes citados en los fragmentos anteriores.

-Caso del que se lleva cuatro o cinco ;en esta hipótesis se equipara al crimen de cuatrería el llevarse cerdos en un número igual a cuatro o cinco cerdos;en este caso la pena impuesta al autor del delito no sería la misma que en el caso anterior ,según la interpretación del citado y comentado

14.1.2 donde se distingue el hecho de llevarse ganado mayor o menor, es decir, el sustraer ganado porcino se interpreta como un delito de menor gravedad.

-Caso del que se lleva una sola cabeza de ganado caballar o vacuno; en esta tercera variante nos dice que será condenado como cuatrero el que se lleva aunque sea una sola cabeza de ganado caballar o vacuno ;esta interpretación nos lleva a dudar que realmente, a pesar de que las fuentes ya lo demuestran, lo que califica el ser cuatrero sea el número de cabezas sustraídas.

Si nada, puede ser directamente deducido de D.47.14.3.pr. donde nuevamente el hurto se distingue de la cuatrería sobre la base del número de cabezas de ganado sustraídas, una ulterior prueba en favor de la tesis de Balzarini¹⁶⁹ es el texto de Ulpiano(8

¹⁶⁹El elemento que diferencia el hurto de la cuatrería lo constituye el número de cabezas de ganado sustraído y dicho número varía según el tipo de animal que se trate, en este punto hay común acuerdo en las fuentes tratadas(D.48,19,16,7 e D.-47,14,3pr., P.S.V,18,I; Coll XI,3,I; Ed. Theod.57; Lex Rom. Burg.4,4). Existen diferencias entre las fuentes acerca del número requerido según los casos para la configuración del crimen de cuatrería lo que probablemente se puede observar en D.47,14,3pr. la controversia existente sobre esta materia entre los juristas clásicos; Balzarini in tema di repressione pag.240 ; pag 244, n.128, pag.257; Ricerche pag.485, n.62

(continúa...)

de off. proc.D.47,14,1). Para este autor parece estarle claro, como lo demuestran las fuentes, que el elemento que califica el hecho criminoso del hurto y de cuatrería es el número de cabezas de ganado sustraídas y que dicho número varía según el tipo de animal sustraído; existen diferencias entre las fuentes acerca de cual sea el número preciso de animales sustraídos para configurar el delito de cuatrería, que probablemente aumenta, como parece deducirse en D.47.14.3.pr; y donde existe controversia sobre esta materia, entre los juristas clásicos. Balzarini insiste en que nada se puede encontrar de nuevo en en el citado D.47.14.3.pr.. Dado el caso de que, por tanto se aceptase con las suficientes motivaciones, la reconstrucción de este texto y del sucesivo primero, la cual ha sido propuesta por Berger¹⁷⁰.

Para Balzarini el texto de Calistrato en cuestión vendría a constituir una ulterior testi-

¹⁶⁹(...continuación)

BONINI ,I, << libri de cognitionibus >>, Cit.134; REIN, Criminalrecht, cit.323 ss.; HUBERT, s.v.abigei, <<DS,I, Paris 1877,6,s; HARTMANN, sv.abigeatus <<PWRE >>, I, Stuttgart, 1894,97 MOMMSEN, Strafrecht, cit.775.s; COSTA ,Crimini e pene, cit. 174 FALCHI, Dir.pen.rom.cit 227 y ss.; BRASIELLO s.v abigeato <<NNDI >>I,I,Torino,1957,42 s; CANCELLI s.v.Abigeato <<ED >>,I; Milano,1958,74 s.

¹⁷⁰BERGER Some Remarks on Cattle-stealing in Roman Law(Dig. 47.14.3.pr.I and Bas. 60,25,3) <<Seminar >>2. 1944,37

monianza en favor de su tesis, Digesto 47,14,3 pr.-I es reconstruido por Berger de la siguiente forma: (pr)

Oves pro numero abactarum aut furem aut abigeum faciunt. Quidam decem oves gregem esse putaverunt: porcos etiam quinque (vel quattuor) abactos, equum (bovem) vel unum abigeatus crimen facere < eum vero qui pecora intra hunc numerum abegerit, non esse abigeum, sed furem(?) > (i) Eum quoque (p) lenius coercendum, qui a stabulo abegit domitum pecus (non a silva nec grege).

Balzarini destaca como punto más interesante en esta reconstrucción el hecho del añadido del periodo final en el principio (añadido llevado a cabo en relación con P.S.V, 18,1) y la corrección de <<plenius>> en <<lenius>> (basada esta última en las correspondientes fuentes bizantinas--Bas. 60,25,3 y los relativos sch. 1 y 5).

Enum quoque plenius coercendum, qui a
(stabulo abegit domitum pecus, non a silva nec grege.

Calistrato 6 de cognit.D.47.14.3.1

También debe ser castigado sin miramientos el que se lleva ganado casero de la cuadra, no del monte o del rebaño.

Este texto se puede estudiar desde el siguiente punto de vista :

-Caso del que se lleva ganado casero: se trata de una interpretación extensiva de los supuestos anteriores ;partiendo del supuesto planteado por el jurista Calistrato se puede llegar a reconstruir lo siguiente:

-Hechos:cuando alguien, ladrón o cuatrero ,se lleva ganado casero de la cuadra, será castigado severamente.La consideración de ladrón o cuatrero debe entenderse probablemente según el número de animales sustraídos.

-Acciones:el jurista dice que el autor de este delito debe ser castigado sin miramientos ¿cómo debe interpretarse esta referencia a la forma de pena?.En el 14.1.3 Ulpiano al comentar el rescripto de Adriano,considera que la pena debía de ser impuesta en atención a la condición social

del autor del delito, tratándose lógicamente del crimen de cuatrería.

Resulta difícil interpretar que por el hecho de llevarse ganado casero, entendiendo como tal animales domésticos, el autor de éste delito deba ser castigado severamente y nos basamos para dar esta opinión en el tenor literal del 14.1.2.

Qui saepius abegerunt, fiet semper unum vel alterum pecus subripuerint, tamen abigei sunt.

Calistrato.6 de cognit.D.47.14.3.2

También son cuatrereros los que se llevan reiteradamente cabezas sueltas una y otra vez.

De este texto, creemos que a la única conclusión a la que se puede llegar es la siguiente:

-La última parte del 3.pr. dice " una sola cabeza de ganado caballar o vacuno ", ya hemos estudiado que en este supuesto se comete el crimen de cuatrería.- Probablemente este fragmento sea una interpretación extensiva en el sentido de que se comete el crimen

de cuatrería no solo cuando se sustrae una cabeza de ganado caballar o vacuno sino cualquier clase de cabezas sueltas; con tal que se haga reiteradamente.

part.
1840

Calistrato.6 de cognit.D.47.14.3.3

Este jurista destaca que se dispone en una epístola de Trajano, emperador de consagrada memoria, con qué pena debe castigarse a los encubridores de los cuatreros: deben ser relegados del territorio de Italia por diez años.

En esta respuesta que da el Emperador sobre la consideración que merecen y trato que debe dársele a los encubridores de los cuatreros solo cabe analizar el parágrafo:

-En cuanto a la acción:

El trato que se le dá al condenado es el de la pena del destierro ,probablemente lo que atenue o agrave la pena sea la repersecución jurídica que tenga para el condenado,el ser relegado del territorio durante un período de diez años.

3. ENCUBRIDORES D.47.16

Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest: et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. in pari causa habendi sunt, qui, cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta vel subreptorum parte dimiserunt.

Marciano.2 de iud.pub.D.47.16.1

El jurista dice que los encubridores son un género muy pernicioso, pues sin ellos ningún criminal podría ocultarse mucho tiempo y está mandado que sean castigados como atracadores: deben ser tenidos como tales los que, pudiendo detener a los atracadores, los dejan escapar a cambio de una cantidad o de parte de lo robado.

Este fragmento tomado de Marciano trata sobre el tema de los encubridores, pero a diferencia del ya estudiado 47.14.3.3 "encubridores de cuatreros"; en éste se castiga al encubridor de los atracadores.

Analizando el origen del texto, en su primera parte, donde se observa: "cuando alguien oculta a un atracador que haya cometido un delito, será conside-

rado como persona perniciosa y será castigado con igual pena que el atracador".En este caso si el encubridor es castigado como si fuese atracador, se puede equiparar la figura de encubridor con la del autor como si actuase en coautoría;en cuanto a la pena que se le impone ,esta la entendemos referida a la ejercitada contra los que actúan armados y con violencia,es decir la *actio vi bonorum raptorum*.

La segunda parte del texto desarrolla de forma más precisa la manera en la que los encubridores llevan a cabo el delito;éste es cometido cuando teniendo conocimiento de la comisión del mismo,bién, a cambio de una cantidad de dinero o quedándose con una parte de lo robado;es decir estos actúan como receptadores.

Eos, apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos neque severe admodum puniendos: non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt.

Paulo., de poen. pag. D. 47. 16. 2.

Según este jurista no debe absolverse, ni tampoco castigarse tan severamente, a los que ocultan a un atracador afín o pariente, pues no es lo mismo su delito que el de los que encubren a personas extrañas. Se trata de la aplicación de una circunstancia atenuante como sería el parentesco natural o por afinidad.

Eos, qui se cum alieni criminis reo occultando eum sociarunt, par ipsos et reos poena expectat. Et latrones quisquis sciens susceperit vel offarum iudicium superaverit, supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personae et iudicis aestimatione plectatur.

Valentiniano, Valente y Graciano C. 39. 1

Creemos importante destacar las constituciones de los Emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, mediante la cual se castiga con severas penas a los que ocultan consigo reos de crímenes ajenos. - Cualquiera que a sabiendas acoje a ladrones o deja de presentarlos en juicio será castigado con suplicio corporal o con quebranto de bienes, según la calidad de la persona y la apreciación del juez.

Comparando este texto con los estudiados anteriormente se observa:

-en relación con el D.47.16.1, la consideración de atracadores en ambos textos, a los que ocultan a los autores del delito y la gravedad de la pena impuesta a los mismos.

-en relación con el D.47.16.2 no se contempla en la referida constitución la atenuación de la pena en los supuestos de parentesco entre el encubridor y el atracador.

4. LOS LADRONES DE BAÑOS PUBLICOS D.47.17

Bajo este título XVII se constituyen hipótesis nuevas, que no estaban anteriormente previstas en

ninguna ley creándose por lo tanto un tipo de "crímenes extraordinarios", estos en opinión de Brasiello¹⁷¹, estarían en una de las dos directrices en las que se basaba la actividad imperial.

Las figuras que se estudian en este título ,no cabe duda que guardan íntima relación con el hurto,- lo que en palabras de Brasiello son hipótesis nuevas solo en cuanto a figuras criminales y perseguidas ya en la jurisdicción ordinaria.

La importancia de este título ,al menos en cuanto al estudio e investigación de la figura de la rapina, radica en que en el mismo, se pone de manifiesto la diferencia entre el hurto simple y el hurto agravado¹⁷² así como el sometimiento a la jurisdicción ordinaria o el someterse a juicio extraordinario respectivamente.

Los tres fragmentos de que consta el título tratan de los siguientes supuestos jurisprudenciales:

¹⁷¹Ugo Brasiello, Note introductive allo studio dei crimini romani pag 171 y ss.

¹⁷²Balzarini In tema di repressione <<extra ordinem>> pag.289 y ss. vid. cap. II.

-El primero contempla el caso en el que el delito es cometido durante la noche, equiparándose con el supuesto en el que la actividad delictiva es realizada en baños públicos.

-El segundo estudia el supuesto donde se comete el hurto simple.

-EL tercero y último nos presenta una variante del delito cometido en baños públicos, en esta ocasión, el delito es efectuado por un militar.

Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt³² et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum³³ operis publici temporarii modum non egrediendum. idem et in balneariis furibus. sed si telo se³⁴ fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam³⁵ percusserunt, metalli poena vel honestiores relegationis³⁶ adficiendi erunt.

Ulpiano. 8 de off.proc.D.47.17.1

El jurista señala que los ladrones nocturnos deben ser juzgados en juicio extraordinario y castigados previa cognición de causa, siempre que sepamos que no debe excederse la pena temporal de trabajos forzados; así también los ladrones de los baños públicos. Pero los que se defienden con armas, los quebrantadores de cierres y otros semejantes, si no hirieron a nadie, deben ser castigados con pena de mina, o con la relegación los de condición más elevada.

Bajo este título se estudian las siguientes hipótesis de los siguientes hechos delictivos :

- Cuando los ladrones cometen el delito durante la noche.
- Cuando se comete en los baños públicos.
- Caso en que los ladrones se defienden con armas, quebrantadores de cierres y otros semejantes.
- Cuando se comete el hurto durante el día.
- Caso del militar que es sorprendido al hurtar en un baño público.

En estos casos se puede apreciar:

- la diferencia existente entre ladrón nocturno y diurno.
- La equiparación entre ladrones nocturnos y ladrones de baños públicos a efectos de la penalidad.
- La diferencia entre herir o no herir, en este último caso la pena es de trabajos forzados en una mina.

Balzarini comenta algunas de las fuentes donde se afirma que las hipótesis delictuosas de hurto no agravado serán llevadas por la jurisdicción ordinaria.

Entre las fuentes citadas¹⁷³ por este autor y con referencia al hurto simple o agravado, destaca el texto tratado por Ulpiano que nos ha llegado en diferentes ocasiones :en Coll.VII,4,1-2 y en D.47-17.1 donde se añade un breve texto del 2.iud. publ. de Marciano, que constituye el fragmento dos del digesto citado y de un texto de las Sentencias de Paulo que se conserva en Coll.VII,2,1.

¹⁷³D.47.1.1 y 2; Coll.VII,4.1; D.47.14.1.4; Coll XI,4,1; Coll XI,6,2; P.S.V.18,3.

Coll. VII, 4, 1-2

Fures ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi et causa cognita puniendi, dummodo in poena eorum sciamus operis publici temporari modum non egrediendum. 2 Idem et in balneariis furibus. sed si se telo fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena humiliores, honestiores vero relegatione adficiendi erunt.

D. 47, 17, 1

Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum operis publici temporarii modum non egrediendum. idem et in balneariis furibus. sed si telo se fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena vel honestiores relegationis adficiendi erunt

D. cod., 2

*Sed si interj
runt, ad ius
tendi sunt (2)*

*lece.
remit.*

Discute Balzarini que en este texto Ulpiano se pueda interpretar que el procedimiento *extra ordinem* estuviese limitado a los casos de hurto nocturno y a aquellas hipótesis asimilables como el hurto de balneario, hurto con quebranto, defensa con armas, en general hipótesis de hurto cualificado; mientras que los casos de hurto diurno serían llevadas en un procedimiento ordinario (*ad forum o ad ius ordinarium remittendi sunt*¹⁷⁴). Para este autor esto no sería de esta forma no solo por la existencia de las numerosas fuentes que tratan de la posibilidad de actuar en procedimiento extraordinario también en los casos de hurto no cualificado. Continúa diciendo

¹⁷⁴ MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 759 n. 2; HITZIG, *Beiträge* cit. 332; LEVY, *Westr. Vulgar*, cit. 303, DE DOMINICIS, *Crimina ex delictis* pag 249 y ss.

Balzarini, que el texto en objeto, puede ser sin dificultad interpretado de diversas maneras.

Se debe tener presente que Ulpiano afirma que "*i fures nocturni <<extra ordinem audiendi sunt>>*" Si la represión *extra ordinem* hubiese estado limitada solamente al hurto cualificado, esta afirmación estaría en contraposición con otras afirmaciones de Ulpiano, según el cual *<< nunc furti plerumque (criminalitater) <extra ordinem> agli>>*, pero *<< si quis velit poterit (civiliter) <iure ordinario> agere>>* D.47.2.93(92) y *<< si quis actionem, qua ex maleficiis oritur velit exsequi... ad ius ordinarium remittendus est>>* (D.47.1.3).

En el siguiente texto de Paulo, se confirma, aunque de forma indirecta, que las hipótesis de hurto nocturno y de defensa de mano armada por parte del ladrón serán seguidos en procedimiento *extra ordinem*.

Si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit.

Coll.VII,2,1(Paul.sent,V y 1.Corn.de sic.et ven.)

Sed si interdum furtum fecerunt, ad ius ordinarium remittendi sunt.

Marciano 2 de iud pub.D.47.17.2

El jurista Marciano comenta que si cometieron el hurto durante el día, deben ser dejados a la jurisdicción ordinaria.

En opinión de Balzarini este texto debe ser estudiado conjuntamente con el D.47.17.1; para la comparación de los mismos el autor se remite a Wieacker¹⁷⁵, los motivos de la anulación justinianea de la referencia hecha por Ulpiano a los "fures diurni" y la utilización, en su lugar, del fragmento de Marciano, quedan, en verdad oscuros según Balza-

¹⁷⁵WIEACKER, Textstufen cit. pag. 394 y ss.

rini¹⁷⁶ ;para este autor el hurto diurno es distinto del hurto nocturno basándose en el tiempo: *Tempus discernit...effractorem vel furem diurnum a nocturno*¹⁷⁷.

qui in furto balneario adprehensus est, ignis,
michi debet.

Paulo.de poen.mil.D.47.17.3

¹⁷⁶La expresión <<ius ordinarium>>en contraposición a <<extra ordinem>>no resulta extraña al lenguaje de los juristas clásicos y de forma particular a Ulpiano.Cfr.D.25.5.1.3(Ulp.34 ad ed.);D.42.15.4(id.3 de off.cons.);-D.47.1.3(id 2. de off. proc.)(sul quale infra)D.50.16,178,3(id.49 ad Sab);D:47.17.2(Marciam de iud.publ.)sul quale infra)D.47.19.3(id eod.);P.S.III,5,18 sobre la clasicidad de la expresión ,veáse también LEVY,Paulo.-cit.276,n.7(=Ges.Schr.cit.I.102 n.22 Cfr.<<ordinaria actio>> in. D.4.8.33.9(Paul.13 ad ed.) e D.50.17.155.I(id.65 ad.ed.).

¹⁷⁷Texto definido <<UNBESCHREIBLICH>>por Wieacker Textstufen cit.395 n.37 quién sostiene,según parecer de Balzarini injustificadamente,que el hecho y el mismo termino de "effractura"hay que referirlos sólo a la época clásica.

Dice el jurista que debe ser licenciado con deshonra el militar que es sorprendido al hurtar en un baño público. Este fragmento de Paulo ,trata de las penas impuestas a los militares cuando esros son sorprendidos cometiendo el delito de hurto en baños públicos.

La pena que se describe es la de ser licenciado con la deshonra;entendemos que una vez que haya sido apartado del ejercito se le impondría la misma pena que al resto de los ladrones de baños públicos.

5. QUEBRANTADORES DE CIERRES Y EXPOLIADORES D.47.18.

De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat in eos, qui de carcere eruperunt sive effractis foribus sive conspiratione cum ceteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos: quod si per negligentiam custodum evaserunt, levius puniendos.

Ulpiano. 8 de off.proc.D.47.18.1.pr

Ulpiano comenta que los emperadores hermanos de consagrada memoria <Marco Aurelio y Lucio Vero>, decian en un rescripto dirigido a Emilio Tirón que debia imponerse la última pena a los que se evadieran de la cárcel quebrantando su cierre.

También admite Saturnino que deben sufrir pena de muerte los que se evadieron de la cárcel, sea quebrantando las puertas de la misma, sea por conspiración con otros presos de la carcel; pero

debe ser más leve la pena cuando se hayan evadido por negligencia de los vigilantes.

Aunque ciertamente este parágrafo del fragmento 1º no se refiere al robo podemos analizarlo en cuanto a las circunstancias de agravación de los quebrantadores¹⁷⁸ de puertas.

Balzarini¹⁷⁹ analiza el término *effractor* diciendo que en las fuentes se contempla y en esta en concreto, referida al que se evade de la cárcel donde esta detenido quebrantando las puertas.

En la primera parte del texto se estudia la respuesta de los Emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero dirigido a Emilio Tirón sobre la siguiente cuestión jurídica o supuesto de hecho:

-Caso del que se evade de la cárcel-

En cuanto al contenido:

-El parágrafo analiza la cuestión de que alguien se fuga de la cárcel quebrantando su cierre.

En cuanto a la acción:

¹⁷⁸Cfr. REIN, *Criminalrecht*, cit, 319. s; HUMBERT, s. v. *effractor*, <<DS>> II, Paris, 1892, 490, II, Paris, 1982, 490; MOMMSEN, *Strafrecht*, cit , 776 s. HITZIG, s. v. *effractor*, <<PWRE>>, V, , Stuttgart, 1905, 1979; FALCHI, *Dir. pen. rom*, cit, 234 s.

¹⁷⁹Balzarini In tema di *represione* pag.232 n.94.

-La pena a la que se hace referencia ,entendemos que probablemente hace alusión a la pena de muerte.

La segunda parte del texto, que estudiamos, ,puesta en relación con la primera, podríamos decir que se trata de una interpretación extensiva de la del párrafo en cuestión, realizada por Saturnino donde se contemplan las siguientes variantes:

-Caso en el que se quebrantan las puertas de la cárcel-

En cuanto al contenido:

Hay que destacar que lo único que lo diferencia del estudiado anteriormente es una cuestión, creemos, terminológica como es la referencia al término "cierre" o "puerta".

En cuanto a la acción:

Saturnino dice que debe sufrir la pena de muerte, -según hemos interpretado en el primer párrafo, la referencia a "última pena" la estudiamos como pena de muerte ,con lo cual en ambos supuestos se impone la misma.

-Caso en que la evasión se efectúa mediante conspiración-

En cuanto al contenido:

En este supuesto se puede interpretar que lo que califica la evasión como acto delictivo no es la violencia empleada en las cosas ,como en los anteriores; de la lectura del texto se puede concluir que es el hecho de conspirar con otros presos para llevar a cabo la evasión, lo que da lugar a la calificación.

En cuanto a la acción :

A pesar de la diferente calificación, la pena que se impone es la misma.

-Caso en que la evasión es por negligencia de los vigilantes-

En cuanto al contenido:

Esta tercera variante analiza el caso en que la evasión se ha llevado a cabo aprovechando la negligencia de los vigilantes.

En cuanto a la acción:

El texto hace referencia a que la pena ha de ser más leve en estos casos, se podría interpretar que la atenuación de la misma es a criterio del Emperador o del Gobernador de la provincia dado que el texto en estudio solo hace referencia a que debe ser más leve.

Expilatores, qui sunt atrociores fures (hoc enim est expilatores), in opus publicum vel perpetuum vel temporarium dari solent, honestiores autem ordine ad tempus moveri vel fines patriae iuberi excedere. quibus⁴ nulla specialis poena rescriptis principalibus inposita est: idcirco causa cognita liberum erit arbitrium statuendi ei qui cognoscit.

Ulpiano.8 de off.proc.D.47.18.1.1

Ulpiano dice que los expoliadores, que son ladrones más peligrosos, pues esto quiere decir expoliadores, suelen ser condenados a trabajos forzados, a perpetuidad o temporalmente, y los de rango más elevado son removidos temporalmente de la curia o se les hace abandonar los confines de su pa-

tria; los rescriptos imperiales no señalan para ellos pena especial, y por eso tiene el juez libre arbitrio para fijar la condena.

Este párrafo estudiado en su contenido nos da una definición del ladrón atroz o más peligroso ,según el jurista Ulpiano estaríamos ante los llamados "expoliadores".

Dado que el tema central de esta tesis es analizar la casuística de la rapina, no podemos dejar de preguntarnos a cerca de la relación ya discutida¹⁸⁰, entre hurto y robo, lo que califica esta última hipótesis es la violencia que ejerce el autor del delito ;se podría interpretar que en este texto la diferencia entre ladrón y expoliador es en su origen la misma que existe entre el que hurta o roba algo ,se tratarían como ya dijimos¹⁸¹, en la calificación dada a nuevas hipótesis a supuestos ya contemplados en la jurisdicción civil que reciben ahora nueva calificación.

En cuanto a la pena:

¹⁸⁰Balzarini, Ricerche pag.112, nota 68; pag.485 nota 62. Vid. cap. II.

¹⁸¹Ver D.47.17.1 y Ugo Brasiello pag. 172.ya citado.

Es de destacar en primer lugar el rango de quién comete el delito ,si es llevado a cabo por persona cuyo rango no es elevado la pena que se impone es la de trabajos forzados a perpetuidad o temporalmente. Si el delito es cometido por persona de rango más elevado, la pena es diferente ya que estos serán removidos de la curia si pertenecen a ella o se les hace abandonar los confines de su patria.

La última parte del texto pone de manifiesto la libertad de que dispone el juez para imponer la pena ,entendiendo que se hace referencia a la atenuación o agravación de la misma.

Simili modo et saeculari et drectarii⁴ erant puniendi, item effractores. sed enim divus Marcus effractorem equitem Romanum, qui effracto perforatoque pariete⁶ pecuniam abstulerat, quin-quennio abstinere iussit provincia Africa, unde erat, et urbe et Italia. oportebit autem aeque et in effractores et in ceteros supra scriptos causa cognita statui⁷, prout admissum suggerit, dummodo ne quis in plebeio operis publici poenam vel in honestiore relegationis excedat.

Ulpiano 8 de off.proc.D.47.18.1.2

Ulpiano en este fragmento señala que del mismo modo deberán ser castigados los <<cortabolsas>> y los <<derectarii>> <es decir los que se introducen en viviendas ajenas para hurtar algo en ellas> así como los quebrantadores de cierres. Marco<Aurelio> ,de consagrada memoria, a un quebrantador de cierres que era ciudadano de rango ecuestre, por haberse llevado una cantidad abriendo un boquete en la pared, le condenó a no entrar en la provincia de Africa, de donde él era, ni en Roma ni en Italia, y convendrá condenar de este modo a los quebrantadores de cierres y demas que se han mencionado, previa cognición de causa y en consideración a lo que el hecho requiera, con tal de que la pena no exceda de los trabajos forzados en caso de ser un hombre de la plebe y la relegación si se trata de persona de clase más elevada.

La primera parte del texto ya ha sido tratada en este mismo capítulo en la parte en la que se analiza el D.47.11.7 ,texto del mismo jurista, recogido en el 9 de off.proc. por lo que creemos

oportuno remitirnos a lo allí expuesto¹⁸², en lo que se refiere a "cortabolsas" y "drectaris".

También contempla esta primera parte que los quebrantadores de cierres deberán ser castigados del mismo modo que los expoliadores.

La segunda parte del texto de Ulpiano nos presenta el siguiente caso:

-Caso del que se lleva una cantidad abriendo un boquete-

El Emperador Marco Aurelio mediante un rescripto condena a un ciudadano de rango ecuestre a la pena de relegación prohibiéndole entrar en su patria así como en Roma y en Italia.

La última parte del texto pone énfasis en la expresión con la que se inicia este texto que examinamos ,destacando la especial atención a la cognición previa de la causa y las circunstancias en las que el hecho se desarrolla.

¹⁸²Vid comentario citado en D.47.14.1 referente a *Honestiores-Humiliores*

Inter^s effractores varie animadvertitur. atrociores enim sunt nocturni effractores, et ideo hi fustibus caesi in metallum dari solent: diurni vero effractores post fastium castigationem in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt.

Paulo.de off.praef .vig.D.47.18.2.

Paulo en este texto señala que las penas para los quebrantadores de cierres son variables. Los más peligrosos son los nocturnos, y por eso se les suele condenar a una mina, previo apaleamiento; los diurnos deben ser condenados a trabajos forzados, perpetua o temporalmente.

Este fragmento analiza un texto de Paulo en el cual en su inicio habla de la viabilidad de la pena impuesta a los quebrantadores de cierres.

Creemos que es importante poner este texto en relación con el ya estudiado de Ulpiano¹⁸³ para analizar las siguientes diferencias:

-En el ya comentado texto de Ulpiano se asemeja la pena impuesta a los quebrantadores de cierres a aquellas de los expoliadores, con ello se interpreta que la calificación del hecho se equipara a la gravedad de los expoliadores; según la definición, eran considerados ladrones atroces o más peligrosos.

En este texto, Paulo, nos da una interpretación de la calificación del delito en atención a que, el mismo, se haya cometido durante el día o la noche, pero no parece tener en cuenta el rango de quién lo comete.

Paulo interpreta que la condena a trabajos forzados se dará sólo en aquellos casos en que el delito sea cometido durante el día; en los casos de nocturnidad la pena será la condena a mina, previo apaleamiento.

Es probable que estas diferencias de penas observadas en los textos mencionados se deban al hecho de que los rescriptos dados por el Emperador fuesen para el caso que los había motivado y que los

¹⁸³D.47.18.1.2

juristas las aplicasen extensivamente para casos análogos ,extrayendo de algunos rescriptos reglas y principios jurídicos de carácter general.

En opinión de Balzarini, Beseler¹⁸⁴, suprime de este texto sin dar una adecuada justificación, las siguientes frases: <<atrociores enim sunt>> y <<et ideo hi>>.

sit et capite luendum vel minore supplicio. Tem-
pus discernit emansorem a fugitivo et effractorem
vel furem diurnum a nocturno.

Homero I11,23,85.D.48.19.16.5

Creemos oportuno comentar este texto de Homero en cuanto que en el mismo se marca la diferencia entre quebrantador diurno y nocturno; el texto en cuestión dice: "el tiempo hace que se distinga entre el esclavo que se retrase en volver, del esclavo fugitivo, y el que roba o hurta de día del que lo hace de noche".

¹⁸⁴BESELER, *Miszellen*, <<ZZS>> 45, 1925, 487

6. CRIMEN EXPILATAE HEREDITATIS D.47.19

En este título XIX se estudian los supuestos de expolio de herencia¹⁸⁵ son procesos de carácter *extra ordinem* pero que en opinión de Balzarini¹⁸⁶ se trataría todavía de acusación pública sino perseguible a instancia de parte.

La razón por la que entendemos que este título debemos analizarlo, es la siguiente:

Se trata de casos en los que no se puede ejercitar la acción de hurto por no darse las circunstancias necesarias del hurto simple, sin embargo, el expoliar es despojar con violencia o iniquidad, o llevar acabo la acción con maldad o injusticia; es la mención de la violencia lo que nos lleva al estudio de esta figura del expolio de herencia y lo que suponemos llevo a juristas clásicos a la creación del nuevo delito llamado "*crimen expilatae hereditatis*"¹⁸⁷.

¹⁸⁵C.9.32.6; SOLAZZI, sobre el crimen expilatae hereditatis Ril, 69(1936), pag.978 y ss.; BONINI, D.48.19.16 (Claudius Saturninus de poenis paganorum), RISG, 10 (1961) p.39.

¹⁸⁶Balzarini ya citado pag. 280.

¹⁸⁷ARIAS RAMOS, Dcho. Romano tomo II pag.855; la creación del *crimen expilatae hereditatis* es de Marco Aurelio, persiguiendo por vía criminal al que saquea una herencia no aceptada.

En opinión de Schultz¹⁸⁸ el problema se planteaba en el intervalo entre la muerte del *de cuius* y la adquisición de la herencia este momento es lo que la doctrina moderna llama "**herencia yacente**"; en los escritos clásicos aparecen expresiones *hereditas iacet* y *bona iacet*.

El porqué no puede utilizarse la *actio furti* hay que buscarlo en la época de los juristas republicanos ya que estos consideran la *hereditas iacens* como una *res nullius*, esta podía ser sustraída y no se podía ejercitar la *actio furti* por el o los herederos ,ya que el o los mismos cuando adquirirían la herencia ,adquirían la propiedad ,pero su adquisición no se retrotraía al momento de la muerte del *de cuius* y por tanto carecían de acción.

Los juristas clásicos para restringir las normas republicanas crearon un nuevo delito el "*crimen expilatae hereditatis*"; en opinión de

¹⁸⁸Schulz, Derecho Romano Clásico. pag.279 y ss.

Schultz, y con respecto a la *actio furti*, los juristas clásicos no mantuvieron la norma republicana, ya que, precisamente de la carencia en tal supuesto de una *actio furti*, dependía nada menos que la institución de la *usucapio pro herede* no pudiendo conceder una *actio furti* sin destruir al mismo tiempo la base sobre la que se cimentaba la *usucapio pro heredere*.

Si quis
alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet
coereri per accusationem expilatae hereditatis, sicut
et oratione divi Marci cavetur.

Marciano.3 ins D.47.19.1

Este jurista afirma que si alguien ha expoliado una herencia ajena, suele castigarse en juicio extraordinario por la correspondiente acusación, como se dice en un discurso senatorial de Marco <Aurelio>, emperador de consagrada memoria.

Este primer fragmento comenta el discurso senatorial del emperador Marco Aurelio, según el

cual previa la correspondiente acusación, se castigará en juicio público y por el crimen de expolio de herencia si se dan los siguientes requisitos de comisión de este delito:

- Despojar con violencia o maldad.
- Ajeneidad del objeto sustraído.
- Conciencia o conocimiento de la ajeneidad de la cosa.
- Animo de lucro.

Si
expilatae hereditatis crimen intendatur, praeses¹⁰
provinciae cognitionem suam accommodare debet:
cum enim furti agi non potest, solum superest auxi-
1 lium praesidis. Apparet autem expilatae here-
ditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti
agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel
post aditam antequam res ab herede possessae sunt.
nam in hunc casum furti actionem non competere
palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, si qui
vindicturus exhiberi desideret, palam sit.

Ulpiano .9 de off.proc.D.47.19.2

El jurista señala que cuando se denuncia el crimen de expolio de herencia, el gobernador de la provincia debe ejercer su jurisdicción, pues como no se puede ejercitar la acción de hurto <en ese

caso>.sólo queda el remedio de la protección del gobernador.(1) Parece que se puede acusar del crimen de expolio de herencia cuando no se puede ejercitar la acción de hurto ,es decir, cuando la herencia no ha sido todavía adida,o, después de la adición pero antes de que el heredero entre en posesión de las cosas hereditarias,pues es evidente que en este caso no compete la acción de hurto,aunque es claro que si puede ejercitarse la acción exhibitoria si se pide la exhibición de las cosas que se van a reivindicar.(Ulpiano 9.de off.proc).

En este fragmento de Ulpiano se reitera tanto en el pr. del mismo como en el párrafo primero en que ya no se puede utilizar la acción de hurto;las razones han sido ya expuestas al inicio del capítulo;la falta de propietario actual impide que haya *furtum* en los casos de la herencia yacente aunque pueda apreciarse un crimen *expilatae hereditatis*.

En el pr. del fragmento se destaca el hecho de que el gobernador de la provincia debe ejercer su jurisdicción, es decir ,como único medio de protección.

En el siguiente párrafo primero, en su parte final, se añade que aunque no se dé la acción de hurto se puede ejercitar la exhibitoria con la finalidad de reivindicar. De esta última parte del texto se deduce el carácter penal del crimen del expolio por el hecho siguiente:

-Caso en que se pretenda la restitución del objeto sustraído .

En este caso se dará la acción exhibitoria previa a la reivindicatoria.

-Caso en que se pretenda la condena del responsable de la sustracción-

En este supuesto se dará la aplicación del nuevo delito de *crimen expilatae hereditae*.

Creemos oportuno citar un texto de Juliano 22.Dg. recogido en D.9.4.40 así como el texto de Gayo 3.201.

Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere: sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit.

Juliano 22. D Digesto 9.4.40

Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. Item debitor rem quam fiducia causa creditori mancipauerit aut in iure cesserit, <secundum> dum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Gayo 3.201

Del texto de Juliano se puede extraer los siguientes casos:

-Cuando un esclavo legado comete el delito de hurto sobre alguna propiedad del futuro heredero, responderá por la comisión del mismo, el legatario que ha aceptado el legado. Procede en este supuesto la acción de hurto.

-La variante al supuesto anterior sería el hecho de que el mismo esclavo sustrajese un objeto hereditario, en este supuesto cesaría la acción de hurto y procedería la acción exhibitoria.

El texto referido de Gayo comenta algunos casos en los que se permite ocupar y usucapir cosas ajenas sin que por ello se cometa el delito de hurto.

Nos hemos limitado solo a mencionar estos textos por no tratar directamente del tema central del capítulo ,crimen de expolio.

lectio-
heredi-
apud
s iure

Marciano.2 de iud. pub.D.47.19.3

En este fragmento el jurista destaca que <Septimio> Severo y Antonino <Caracala,emperadores> de consagrada memoria,decían en un rescripto que se

podía elegir entre reclamar el juicio extraordinario, ante el prefecto de la ciudad o ante los gobernadores por el crimen de expolio de herencia, o vindicar la herencia de los poseedores, por el derecho ordinario.

Se trata de un rescripto de los citados Emperadores donde se contemplan las siguientes posibilidades para reclamar en caso de sustracción de algo de la herencia yacente:

A) Crimen de expolio de herencia

Reclamar en juicio extraordinario:

-Ante el prefecto de la ciudad

-Ante los gobernadores

B) Reivindicar la herencia

Reclamar por el derecho ordinario.

Res hereditarias omnium heredum fuisse communes, et ideo eum, qui expilatae hereditatis crimen obicit et optinuit, etiam coheredi profuisse videri.

Paulo.3.resp.D.47.19.4

Paulo <respondio que> las cosas hereditarias son comunes a todos los herederos, y se entiende por ello

que aprovechó también el coheredero la acusación de expolio de herencia y la victoria del otro heredero. En este fragmento solo comenta la solidaridad que conlleva la denuncia del crimen de expolio de herencia interpuesta para uno de los coherederos.

Uxor expilatae hereditatis condanne idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur.

Hermogeniano.2 iur.epit.D.47.19.5

El jurista dice que no puede acusarse de expolio de herencia a la propia mujer ,pues tampoco se la puede demandar por hurto.

Se observa en este fragmento , al igual que el ya comentado D.47.16.2, que se trata de la aplicación de una circunstancia atenuante como sería el parentesco natural o por afinidad.

¹³Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuerit, furtum te facere respondit. PAULUS: rei hereditariae furtum non ¹³ fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis ¹⁴.

Paulo.1 ad. Nerat.D.47.19.6

El jurista comenta que si has sustraído una cosa de la herencia sin saber que era de una herencia yacente, respondió <Neracio> que cometías un hurto. <Anota>Paulo: no se puede cometer hurto si la cosa es de una herencia yacente, como tampoco de lo que no tiene dueño, y por eso nada importa la opinión que tenga el que la sustrae.

Paulo en este texto distingue la *res hereditariae* de la *res sine domino* destacando en su parte final que nada importa la opinión que tenga el que la sustrae.

Esta opinión del jurista Paulo está en contradicción con la opinión de Neracio, ya que para este, si importa el saber si proceden o no de la herencia yacente.

7. EL CRIMEN DE ESTELIONATO

A través del estudio de las fuentes que tratan de este nuevo crimen extraordinario llamado "*Stellionatus*" ,se observa que en las mismas no se expresa de forma manifiesta la causa de aparición del delito ni tampoco dan una definición precisa del crimen de estelionato.

Creemos oportuno, antes de entrar en el análisis de la casuística destacar algunas de las definiciones de la doctrina.

Para D'ors¹⁸⁹ el estelionato abarca sin mucha precisión todo tipo de fraudes no sancionados de otro modo ,es decir, se trataría de casos en los que el supuesto de hecho no estuviese contemplado.

¹⁸⁹D'ORS Derecho Romano, EUNSA 1.986, Pag.387.

En opinión de Mentxaka¹⁹⁰ el estelionato es un crimen de tipo residual ,supletorio¹⁹¹ y que juega un papel semejante en los juicios criminales al de la *actio doli* en el ámbito del derecho privado.

Según Berger¹⁹² se tratarían de crímenes cometidos por fraude, astucia, engaño o trampa, si tal maldad no esta calificada en específicas circunstancias como crimen ("*si alium non sit*"), por ejemplo, hurto ("*furtum*") o una falsificación ("*falsum*").

Beauchet ¹⁹³ describe la figura del crimen de estelionato de la misma forma en que esta está definida en el derecho actual, este autor es también de la opinión ,en cuanto a la posible definición de esta figura de que en la misma se sustentarian todas aquellas controversias no contempladas en disposiciones legislativas.

¹⁹⁰ MENTXAKA, *Stellionatus* BIDR., MILANO-DOTT.A. BIUFFRE EDITORE, pag.309.

¹⁹¹ En este sentido v. ZILLETI, *Annotazioni*. cit. 89 ss; VÖLKL, s.v. *Stellionatus* en <<Kl. Pauly>>, V, München, 1975, 356; BRASIELLO, s.v. *Stellionatus*, en <<NNDD>>, XVIII, Torino, 1971, 427; DELL'ORO, *Libri* , cit. 181; H. DERNEBURG, *Das Pfandrech nach den grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II; leipzig. 1864, 9; MERKEL , *Lebre* cit 4; REIN, *Kriminalrecht*. cit. 332; STRACHMAN-DAVIDSON, cit. 163.

¹⁹² E.D. of Roman laws s.v. Philadelphia 1953. pag 715

¹⁹³ BEAUCHET, DS. (D.S) s.v.

Creemos oportuno mencionar el análisis funcional que del crimen de estelionato hace Zilleti¹⁹⁴ donde estudia el origen del término *stellionato* en torno a tres aspectos:

- Problemática propuesta por la individualización del estelionato como crimen extraordinario.
- La construcción ulpiana del estelionato.
- El problema del principio ,del cual desciende consecuencia de la condena a causa del estelionato.

Zilleti también estudia las fuentes que en su opinión ,atestiguan, que ha sido la jurisprudencia la que se ha preocupado de calificar la naturaleza *extra ordinem* del crimen de estelionato¹⁹⁵.

Para concluir esta breve introducción del crimen de estelionato¹⁹⁶,mantenemos la opinión de que el estelionato aparece en la edad de los Severos;antes no se conocía:se penalizaban los supuestos

¹⁹⁴UGO ZILLETI,Annotazioni sul crimen stellionatus pag 73.

¹⁹⁵D.47.20.1-2;D.47.20.3.2;.D.47.11.3

¹⁹⁶Es de destacar lo siguientes autores que sobre el crimen de estelionato han escrito PFAFF.V.Stellionatus ,in PW2,5 (1927) 2329-30;otro artículo del mismo Pfaff(i-bid.,2326 ss.)cfr.VOLTERRA,Stellionatus,in Studi Sassaresi,2^as.,(1929),107-143;TOLOMEI,L'evoluzionestorico-giuridica del delitto di truffa,in Rivista penale,77(1913)565-581;BRASIELLO v.Stellionato,in ND,12,1(1940),884;DELL'ORO I libri di officio nella guirisprudenza romana,Milano 1960,181 s.

como *furtum* o mediante el ejercicio de la *actio doli*.

Para tratar la casuística de este crimen nos hemos basado en los fragmentos existentes en las fuentes clásicas tardías, como son las procedentes del digesto: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y las referidas en los códigos.

Bajo el título XX del libro 47 del digesto se estudia el crimen de estelionato donde en su fragmento tercero y cuarto se podrían analizar los supuestos de hecho que nos van a permitir elaborar la casuística objeto de nuestro estudio.

Los fragmentos primero y segundo del mencionado título tratan de la problemática de la jurisdicción, la cual comentaremos muy brevemente por no ser este nuestro objetivo principal.

Actio
stellionatus¹⁸ neque publicis iudiciis neque privatis
actionibus continetur.

Papiniano.1.resp.D.47.20.1.

El jurista afirma que la acción de estelionato no está ni entre los juicios públicos ni entre las acciones privadas. Interpretamos que el jurista ha querido hacer referencia a los crímenes extraordinarios, es decir, a los crímenes surgidos durante la aplicación de la *cognitio extra ordinem*, el contenido del pasaje en opinión de Mentxaka¹⁹⁷ no resulta extraño ya que responde a lo manifestado en otros fragmentos referentes al estelionato.

Stellionatus
iudicium famosum quidem non¹⁹ est, sed coercitio-
nem extraordinariam habet.

Ulpiano.8.Sab.D.47.20.2

¹⁹⁷ ROSA MENTXAKA, infra citada, pag.302.

Ulpiano señala que el juicio de estelionato <es> ciertamente infamante, pero es de jurisdicción extraordinaria.

Crimen
stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium.

Ulpiano ad.ed.D.3.2.13.8

El crimen de estelionato implica infamia en el condenado ,aunque el *iudicium* no es público.

En primer lugar nos encontramos con el problema de una posible contradicción en ambos textos del mismo jurista;en D.3.2.13.8,según la palíngenesia de Lenel¹⁹⁸,se dice que el crimen arroja infamia sobre el condenado,según el D.47.20.2 en su redacción dice...*quidem non est...*,de acuerdo con estas dos versiones de los dos textos de Ulpiano ,habría que

¹⁹⁸O.LENEL,Palíngenesia iuris civilis,II,lipsiae,1889,439,ss.nrs.274-291.

plantearse si el crimen de estelionato acarrea o no infamia. Citamos de nuevo el trabajo de Mentxaka¹⁹⁹ donde la romanística , para dar solución al problema que planteaba esta contradicción, ha dado las siguientes soluciones:

-La primera de ellas considera que uno de los dos textos, el D.47.20.2 esta interpolado, quedando así su redacción -: *stellionatus iudicium famosum quidem (non) est...*

-Otra sería hacer coincidir ambos textos en su dicción actual por suponer que la misma no es incompatible; esta tesis es la seguida por Volterra²⁰⁰.

-Como tercera y última solución, considerar que cada uno de ellos tiene un ámbito peculiar y autónomo, Zilleti es partidario de esta opinión y mantiene la autenticidad de ambos pasajes²⁰¹.

Antes de finalizar este comentario acerca de ambos textos creemos necesario hacer referencia a la interpretación que sobre el tema aporta Mentxaka, para la cual es posible aceptar la validez de ambos pasajes tal y como se nos han transmitido.

¹⁹⁹MENTXAKA, o.c. , pag.303.

²⁰⁰VOLTERRA, *Stellionatus* cit.139.

²⁰¹ZILLETI, *Annotazioni*, cit., 102.ss

Stellionatus vel
expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem
habent, sed non sunt publica.

Ulpiano 3 de adult.D.47.11.3

Dice el jurista los juicios de estelionato o de despojo de herencia requieren un acto de acusación ,pero no son juicios públicos.

Este texto pone de manifiesto al igual que los otros tratados ,que este crimen es de jurisdicción extraordinaria.

— Stellionatus accusatio
inter crimina publica non habetur.

Gordiano C.I.9.34.3

Por último destacar esta Constitución imperial del Emperador Gordiano, en la cual a pesar de su brevedad destaca también el hecho de que este crimen de estelionato no se encuentra entre los crímenes públicos.

7.1 CASUISTICA DEL CRIMEN DE ESTELIONATO

Algunos textos se refieren en general al estelionato; así el siguiente de Ulpiano:

Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non est quod obiciatur: quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. 'ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus.'³⁰ maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aequè stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.

Ulpiano. 8 de off.proc.D.47.20.3.1

Este jurista explica que debe saberse que puede acusarse de estelionato a los que han hecho algo con dolo malo, es decir, cuando no se puede acusar de otro crimen: lo que es la acción de dolo entre los juicios privados, eso es la acusación de estelionato entre los juicios criminales; así, pues, allí donde

falta el título de otra acusación especial, allí podemos acusar de estelionato; pero procede sobre todo en el caso de que alguien vendiera, permutara o diera en pago astutamente, ocultando la hipoteca, de una cosa que estaba hipotecada a otra persona, pues todos estos supuestos son de estelionato; y será igualmente reo de estelionato el que cambiara unas mercancías por otras, o bien quitara o estropeará las cosas hipotecadas; así mismo se puede acusar de estelionato al que hubiera obrado como impostor o cometido colusión en perjuicio de otro. Para decirlo como regla general, este crimen tiene lugar cuando falta otro título de acusación, y no es necesario enumerar todos los casos. Después de esta enumeración general, otros textos tratan de otros supuestos específicos:

De per-
iurio, si sua pignora esse quis in instrumento iu-
ravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus
exulat.

Modestino.3 de poen.D.47.20.4

El jurista dice que si alguien juró en un documento que los objetos pignorados eran suyos, se dá por el perjurio el crimen de estelionato, y por eso se le destierra temporalmente.

De estos dos fragmentos (D.47.20.3.1 y D.47.-20.4) se observa que el elemento común encontrado en la casuística de los mismos, hace referencia a la actuación dolosa por parte del autor del delito; la misma se contempla en los siguientes casos, en los que falte otro título de acusación:

1-Caso en que se ha vendido, permutado o dado en prenda a favor de otro una cosa ya gravada.

--En cuanto al contenido:

En esta hipótesis se plantean tres supuestos:

A) Que alguien venda dolosamente a otro algo de su propiedad gravado a favor de otra persona (47.-20.3.1).

B) Se trata del caso en que alguien cambie una cosa de su propiedad por otra mediante un contrato especial que se perfecciona con la dación de una de ellas, el delito es cometido cuando el que entrega o cambia el objeto ya lo había pignorado a favor de otra persona (47.20.3.1).

C) En este tercer supuesto se plantea el caso en que un deudor entrega al acreedor para garantizar el pago de una deuda una cosa que ya estaba hipotecada a favor de otro (47.20.3.1).

En los tres supuestos ,aquí planteados,se pueden dar las siguientes circunstancias bién que se trate de cosas muebles o de inmuebles.

Es probable que se trate de bienes inmuebles,lo que facilita el hecho de que se puedan gravar de forma indefinida a favor de uno o de varios acreedores por ejemplo ,nada impide que pueda tratarse de cosas muebles ,entregadas a otro como prenda ,pero en estas circunstancias habría que hablar de hurto para poderla entregar posteriormente.

--En cuanto a la acción:

En las tres situaciones planteadas existe una relación con el derecho de prenda por lo que cabe hablar del ejercicio de la acción pignoratícia contraria planteada en la *acussatio* contra el demandado y también por el crimen de estelionato(47.20.3.1 - 47.20.4).

Se podría hablar del ejercicio de otras acciones,como por ejemplo la *actio in factum* en el caso de la permuta para reclamar la cosa convenida como

contraprestación ,pero entendemos que es nuestro principal objetivo el centrarnos en el crimen de estelionato.

2-Caso en el que se da como prenda,una cosa ajena

Se podría hablar de forma genérica del supuesto en que alguien ,deudor,para garantizar el pago de una deuda ,entrega algo que no es de su propiedad o bién hipotecado ya a favor de otra persona;de los diferentes textos que tratan del referido supuesto citamos el siguiente texto cuya casuística estudia García Garrido²⁰² bajo el título de:<< Ticia da en prenda un fundo ajeno>>

/- Titia praedium alicuius Titio pignori dedit, post Maevio, deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, quum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, quum Maevio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii (2) convalescere possit; haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse.

Africano 8 quaest.D.20.4.9.3

²⁰²GARCIA GARRIDO,Derecho Privado Romano pag.521;Responso,cien casos prácticos de derecho romano planteados y resueltos, ,pag 181 y ss.

<<Ticia dió en prenda a Ticio un fundo ajeno y luego a Mevio. Entonces, después de haberse hecho propietaria del objeto pignorado, lo dió a su marido en dote estimada(¿se considera que al hacerse propietaria se confirma la prenda de Mevio?)">>

En el contenido de este supuesto se observa que Ticia ha entregado en hipoteca algo que no es de su propiedad;decimos en hipoteca ya que Ticia para entregarlo a su marido debio tener la propiedad;en este caso concreto existe actuación dolosa por parte de Ticia.

Según la respuesta de Juliano (D.47.2.67(66)-pr.) comete hurto aún en el caso de que fuese propietaria ,es decir,Ticia comete hurto al hipotecar un fundo ajeno y también un delito de estelionato,cosa que Juliano no dice.

3-Caso en que se da en prenda un objeto diverso.

En Digesto 47 eod.3.1 dice Ulpiano que serán reos de estelionato los que cambiaran unas mercancías por otras;en relación con este supuesto de

entregar en prenda objeto diverso, es necesario estudiar los siguientes textos también del Digesto.

Si quis tamen, cum aes pignori daret, affirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit¹¹.

Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum. 1. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dedit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

D.13.7.1.2.

Ulpiano 40 Sab.

D.13.7.36.pr.

Ulpiano 11 ed.

El jurista Ulpiano en D.13.7.1.2 dice que si al pignorar un objeto de bronce declaró que era de oro y como tal lo hubiera pignorado, hay que ver si quedó obligado en prenda el objeto de bronce y si se considera pignorado porque hubo consentimiento respecto al objeto, que es, lo más probable. Pero el pignorante quedará obligado por la acción pignoratícia contraria, a parte el estelionato que cometió.

En el fragmento 36.pr, también del mismo jurista este nos dice que si el deudor, al dar la prenda suplanta al acreedor un objeto de oro por otro de bronce, se pregunta cómo queda obligado. Sobre este caso escribe Sabino con toda razón que si hubiese suplantado por el bronce el oro que ya había dado, responde por la acción de hurto, y que si lo suplantó al dar bronce, obró maliciosamente pero no es ladrón. Mas creo que también en este caso tiene lugar la acción pignoratícia y así lo escribe Pomponio. Por lo demás, como disponen muchos rescriptos, debe aplicarse en vía extraordinaria la acción de estelionato.

De los referidos textos y concretamente del D.13.7.36.pr. se puede hacer el siguiente análisis casuístico:

-Supuesto en que se sustituye un objeto de oro por otro de bronce al constituir una prenda; en este caso hay que distinguir si el cambio se produce en el momento de la entrega o si la sustitución se lleva a cabo en un momento posterior:

A) Sustitución en momento posterior:

Según Sabino en este caso ,el demandado responderá por hurto, es decir, según nuestra opinión el demandante en este caso no puede ejercitar en el proceso contra el demandado la acción basada en el crimen de estelionato ;la razón por la que no procede el ejercicio de esta acción nos parece que esta fundamentada en que los elementos que se dan en este caso son los propios del *furtum possessionis*.

B) Sustitución en el momento de la entrega:

En opinión de Sabino si el cambio se efectúa en el momento ,se trataría de una actuación dolosa pero no de un hurto. Creemos que el acreedor podrá ejercitar en juicio *extra ordinem* ,como así lo manifiestan los

rescriptos acerca del estelionato, el ejercicio de la acción correspondiente al mencionado crimen de estelionato.

El jurista Pomponio añade que se ejercitaría la acción pignoratitia, entendemos que independientemente del ejercicio en vía extraordinaria del crimen de estelionato.

De los textos estudiados creemos que el de Ulpiano 8 de off. proc. en D. 47.20.3 es el que recoge la más variada y amplia casuística acerca del crimen de estelionato; hemos analizado algunos de los supuestos de hecho que dan lugar a este crimen; se podría extraer una extensa casuística del título XX del citado Digesto así como del resto de los textos estudiados; en todos los supuestos de hecho que nos ofrecen las fuentes lo que nos interesa destacar es el nexo existente entre el crimen de estelionato y el hurto agravado o robo.

4-Caso en que el acreedor recibe dinero no pactado o recibe dos veces el dinero.

¹In
omnibus autem visionibus, quae praepositae sunt²,
ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel
numeratam iterum accepit, repetitio contra eum com-
petit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta:
tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repe-
titio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine
propter suam calliditatem³ plectetur.

Ulpiano 7 disput.D.17.1.29.5

Dice el jurista en todos los supuestos que han sido presentados ,cuando el acreedor cobra una cantidad que no entregó o la cobra dos veces ,compete contra él la repetición ,salvo que le fuese pagado el dinero en virtud de condena,pues entonces- ,a causa de la autoridad de la cosa juzgada,no ha lugar la repetición,pero el acreedor será castigado como si hubiese cometido crimen de estelionato a causa de su falacia.

Con relación al contenido:

En esta hipótesis se plantean dos supuestos no relacionados con el derecho de prenda :

-A) Cuando un acreedor recibe dinero que no se había pactado ;en este caso el acreedor si tiene conciencia de su falsedad , y por tanto ha obrado con argumento aparente para confundir al supuesto deudor,es obvio que le ha causado daño ya que le ha inducido a creer y tener por cierto lo que no es.

-B) Como una variante se nos presenta el caso en que el acreedor recibe dos veces el dinero del deudor.

En este supuesto a diferencia del anterior ,entendemos que si se había pactado la devolución de cierta cantidad ;el acreedor ha tenido la habilidad de confundir al deudor para inducirle a pagar lo ya restituído.

En cuanto la acción:

En ambos supuestos se dará contra el acreedor las siguientes acciones:

-acción de repetición para que restituya lo cobrado indebidamente.

-crimen de estelionato a consecuencia del engaño con el que ha intentado defraudar.

5-Caso del heredero que vende un *statuliber* sin expresar su condición.

Si
statuliberum non eadem condicione heres vendat,
causa eius immutabilis est et luere se ab eo⁷ po-
test simili modo ut ab herede. si tamen suppresserit
condicionem statuliberi⁸? et ex empto quidem tene-
tur: graviores autem etiam stellionatus crimen in-
portant ei, qui sciens dissimulata condicione statulae²
libertatis simpliciter eum vendiderit.

Ulpiano 28.Sab.D.40.7.9.1

El jurista señala que si el heredero vende al <<estadolibre>> con una condición distinta ,la posición de tal esclavo no cambia por ello y puede liberarse del <comprador> del mismo modo que del heredero que lo vendió.Y si éste hubiera silenciado la condición del <<estadolibre>>,queda también obligado por la acción de compra,y algunos<jurisconsultos> más severos imputan incluso el crimen de

estelionato al que a sabiendas hubiera vendido un tal esclavo sin más ,silenciando la condición de que dependía su libertad.

Como contenido señalar:

En este texto jurisprudencial se plantea el caso en que un esclavo es vendido,bajo condición distinta,- para lograr un beneficio a favor del vendedor mediante astucia.

Otra variante,quizá más agravada,como se verá en la aplicación de la acción ,es el caso de la compraventa de un esclavo donde el vendedor hubiera silenciado la condición del<estado libre>;nos parece que el motivo por el que algunos juristas consideran esta actuación como más severa sea la actuación dolosa del vendedor.

Como acción, destacar:

En ambas variantes la acción que compete al comprador es la acción de compra ;en opinión de Ulpiano,algunos juristas imputan incluso el crimen de estelionato ;en opinión de Mentxaka²⁰³ las diversas fuentes estudiadas hacen referencia a un elemento de carácter subjetivo,es decir la conducta

²⁰³Mentxaka pag 331

realizada *sciens*, o lo que es igual llevada a cabo con premeditación.

6- Caso en el que alguien sustituye mercancías.

En cuanto al contenido:

Del estudio del texto de Ulpiano (47.20.3.1) extraemos el supuesto en el que unas mercancías son sustituidas por otras; la forma y el momento en que estas pueden ser sustituidas puede ser interpretada de diferentes maneras; hemos centrado el análisis en el caso en el que un vendedor engaña al comprador en la compraventa de mercancías ; en este caso el elemento "engaño" es el requisito criminalizador , es decir, donde se ha inspirado el sujeto activo del crimen de estelionato, faltando a la verdad, mediante la simulación de querer entregar una cosa y dar otra.

En cuanto a la acción:

La actividad o conducta por parte del sujeto activo del delito y que produce un beneficio a su favor y un perjuicio en contra del sujeto pasivo , nos lleva

al engaño como elemento subjetivo del delito, y por tanto a la culpabilidad del sujeto activo del mismo.

Al sujeto pasivo (comprador) del delito le compete el ejercicio de la acción de compra ,además de la correspondiente acción del crimen de estelionato.

7- Caso del hurto de mercancías gravadas.

Contenido:

Este supuesto contemplado en el citado D.47.20.3.1 lo podemos contemplar como una variante en la que alguien hurta mercancías que había entregado en prenda.

Acción:

El sujeto activo del delito será acusado del crimen de estelionato a falta de otro título específico por el que se pueda acusar.

8- Caso en el que se interviene como impostor o se comete colusión en perjuicio de otro.

Este supuesto, también del citado 47.20.3.1,- contempla el daño causado a un tercero, siempre que esta conducta no de lugar a un crimen ;en el apartado quinto hemos estudiado el caso de "la venta del *statuliber* ocultando su condición",por lo que no creemos oportuno citarlo de nuevo.

9- Caso del que oculta mercancías.

Qui merces suppressit, specialiter hoc crimine postulari potest.

Ulpiano 8 de off.proc.D.47.20.3.3

Dice el jurista,el que oculto mercancías puede ser acusado concretamente de este crimen.

En cuanto a contenido:

Este párrafo tercero se limita a mencionar el caso en el que se ocultan mercancías, pero sin especificar si se trata de mercancías ya gravadas.

En cuanto a la acción:

El sujeto activo que oculta mercancías con la finalidad de engañar a otro será acusado de estelionato.

En opinión de Menxtaka²⁰⁴ la utilización del adverbio *specialiter* permite suponer que si bien sería posible acusar empleando otros medios jurídicos, debido a la ocultación de mercancías, la protección adecuada vendría especialmente de la mano del estelionato.

²⁰⁴Mentxaka, citada, pag 313.

10- Caso del que jura que sus prendas están en su patrimonio.

De per-
ario, si sua pignora esse quis in instrumento iu-
ravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus
exulat.

Modestino 3 de poen. D.47.20.4

Dice el jurista que si alguien juró en un documento que los objetos pignorados eran suyos ,se da por el perjurio el crimen de estelionato,y por eso se le destierra temporalmente.

Como contenido hay que señalar que en este texto se analiza la conducta dolosa del que jura en documento,que, las cosas pignoradas,eran de su propiedad,cuando en realidad se trataba de cosas ajenas²⁰⁵;esta forma de comportamiento con ánimo de inducir a error al que recibe el objeto pignorado es considerada como crimen de estelionato;se trata

²⁰⁵Sobre la pignoración de cosas ajenas ver VOLTERRA, *Osservazioni*, cit.; F.WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960; FREZZA, *Garanzie II*, cit 127.ss y ANKUM *Pignus rélatif*.cit.279 ss.

de proteger al acreedor pignoraticio frente a conductas fraudulentas del deudor.

En cuanto a la acción :

Se trata de relegación temporal, pena en que a tenor del 47.20.3.2 se imponía a las personas de alta condición social.

11- Caso en el que se pignoran las mismas cosas a varios.

.. - Improbum
quidem et criminösum fateris, easdem res pluribus
pignorasae, dissimulando in posteriore obligatione,
quod (!) eadem aliis pignori tenerentur. Verum
securitati tuae consules, si oblato omnibus debito
crimini instituendi causam peremeris.

Alejandro C. 9,34,1

El Emperador dice << Reconoces ciertamente el hecho despreciable y criminal de que has pignorado las mismas cosas a varios, habiendo ocultado en el gravamen posterior que las mismas cosas están sujetas a prenda a favor de otros. Pero velarás por tu seguridad si habiendo ofrecido a todos el pago de

la deuda hicieras desaparecer la causa (existente) para entablar la acusación>>

En cuanto al contenido de este rescripto, Se trata de la constitución de un derecho de prenda a favor de varios acreedores, ocultando a los posteriores que las cosas estaban ya pignoradas a favor de otro u otros. Se trata de la pignoración de un objeto gravado a favor de otro ocultando al acreedor semejante circunstancia²⁰⁶.

En el estudio de este texto se observa al igual que en los ya estudiados anteriormente que lo habitual en todas las fuentes es el omitir el hecho de la pignoración a favor de otro; sin embargo en este documento es de destacar la recomendación del Emperador Severo Alejandro al deudor pignoraticio de que ofrezca a los diversos acreedores el pago de las cantidades y así evitar que estos entablen la acusación. En opinión de Mentxaka²⁰⁷ y basándome de que el texto en cuestión no especifica nada, el ofrecimiento del pago de la deuda podría hacerse tanto antes del vencimiento de la misma como después.

²⁰⁶veáse casuística del D.13.7.36.1;13.7.16.1;47.20.3.1

²⁰⁷Mentxaka cit.pag.318

En cuanto a la acción:

A pesar de que el texto no hace mención a que el deudor actúe de forma dolosa, hay que pensar en el paralelismo que existe con los supuestos mencionados en el digesto; por tanto si el deudor pignoraticio no hiciera desaparecer la causa existente, se le impondría la pena correspondiente al crimen de estelionato.

12- Caso en que se grava algo que ha sido donado

— Si pater tuus in te donationem contulit (13), et, quum emancipatus esses, traditionibus dominium corporum intransulit, posteaque creditorem soritus, quasdam earum rerum sine voluntate tua, velut proprias, obstrinxit, ius tuum non laesit. Nec tamen iniuria stellionatus crimine petetur (14), cum sua alienam rem, te non consentiente, velut propriam suo nexuit (15) creditori.

Gordiano C.9.34.2

Este rescripto dice <<si tu padre efectuó una donación a tu favor y, estando tu emancipado, te transfirió mediante la entrega la propiedad de las

cosas y después ,al haber tenido que hacer frente a un acreedor grave sin tu voluntad como si fueran propias algunas de estas cosas no lesionó tu derecho.Sin embargo no se demandará injustamente por el crimen de estelionato ya que gravó a favor del acreedor concientemente una cosa ajena como si fuera propia sin tu consentimiento>>.

Contenido:

Se trata del caso²⁰⁸ en que un padre efectúa una donación a favor de un hijo emancipado y le transmite la propiedad de alguna cosa,posteriormente esta es pignorada por dicho padre sin el consentimiento del hijo;en este supuesto el padre ,como deudor,ha constituido un derecho de prenda a favor de un tercero sobre bienes ajenos sin el consentimiento del propietario en este caso del hijo.

En cuanto a acción:

Este rescripto imperial califica la conducta conciente y deliberada del sujeto activo que pignora

²⁰⁸Veáse Mentxaka cit.320

cosa ajena sin el consentimiento del propietario como crimen de estelionato.

13- Caso en el que se abusa de la ignorancia del acreedor.

-Ignorantia creditoris, cui res, pridem apud alios obligatae, pignoris sive hypothecae iure obligantur, non sine periculo capi consuevit. Etenim huiusmodi fraudes ad extraordinariam criminis executionem spectare (3), ac stellionatus commissum severissime esse vindicandum, saepe rescriptum est. Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire tentaverit, seu (4) obligatione rite perfecta, participato fraudis consilio, per subiectam quasi anteriorem personam dispendium tuum ad occultum compendium suum trahere (5) pertentat, adire suum iudicem potes, congruentem iuri ac debitae religioni sententiam relaturum.

Philípus C.9.34.4

En esta constitución se dice <<se ha abusado mucho, no sin peligro de la ignorancia del acreedor a quien se da un derecho de prenda o hipoteca sobre cosas que previamente han sido gravadas a favor de otro. Porque con frecuencia se ha establecido por rescripto que semejantes hechos fraudulentos corres-

ponden a la represión extraordinaria del crimen y que el delito de estelionato ha de castigarse severísimamente.1.Por tanto, sea que el deudor haya intentado aprovecharse de tu ignorancia, o, que una vez contraída formalmente la obligación pretende hacer de tu gasto una oculta ganancia habiendo participado en su intención fraudulenta una persona interpuesta como (acreedor) anterior, puedes acudir a su juez que dictará sentencia congruente al derecho y a la debida justicia>>.

Se trata de la última constitución imperial dedicada al estelionato recogida en el título correspondiente del código de Justiniano.

En cuanto al contenido:

Hay que destacar dos supuestos de hecho en el parágrafo 1º:

-A) Un deudor después de pignorar algo de su propiedad a favor de un acreedor, lo pignora de nuevo a favor de un segundo acreedor, ocultando la existencia de la primera hipoteca.

-B) Se trata del caso en que un deudor para perjudicar al acreedor pignoraticio le hace creer que un tercero interpuesto es acreedor anterior.

En cuanto a la acción:

El rescripto dice que el acreedor puede acudir al juez del deudor y pedirle que dicte sentencia conforme al derecho y a la debida justicia calificando el supuesto de estelionato, castigando por tanto el fraude que comete el deudor.

CAPITULO VII

C O N C L U S I O N E S

CONCLUSIONES

1ª) Los juristas romanos distinguían claramente el hurto del robo, el *furtum* de la rapina. Juliano afirmaba que el que roba (*qui rapit*) es un ladrón mas malvado (*furem esse improbiorem*) :

D.47.8.2.10). Para Ulpiano existía una notable diferencia entre el que hurta (*qui clam faciet*) y el que roba (*qui rapit*): el primero oculta un delito y el segundo lo publica, es decir lo hace en público y comete incluso un crimen público. La diferencia como veremos entre delito y crimen público no es precisa, y pudo diferenciarse ya a partir de la época de Ulpiano. Gayo señala también una diferencia entre hurto y robo en relación con el conocimiento del ladrón de la procedencia de las cosas hurtadas: si sabe que proceden de un naufragio, incendio o derrumbamiento, el ladrón comete robo, y se ejercitará contra él la *actio vi bonorum raptorum*; si no lo sabía cometerá hurto y responderá por la *actio furti*. Estas declaraciones generales no son completas y es necesario descender a la compleja casuísti-

ca sobre las dos figuras. Entre los comentaristas posteriores, un concepto mas claro aparece en S. Isidoro: *fur est qui alienum involat, qui furatur et occidit latro est*. A continuación pone al que huta en relación con la ocultación y con la negrura o nocturnidad, lo que vendria a coincidir con el clam, ocultamente de Ulpiano.

2) La primera figura de hurto admitida en las XII Tablas y definida en la jurisprudencia es el hurto flagrante (*Furtum manifestum*) que ha sido descubierto en el momento de su realización y se descubre con el objeto hurtado, es decir con las manos en la masa, como se dice en castellano popular. El hurto que no puede relacionarse con el objeto que se hurta tiene una connotación negativa (*furtum nec manifestum*). Originariamente el *furtum manifestum* se castigaba con una pena corporal: azotes o muerte, según fuera libre o esclavo y *addictio* del primero, luego se sustituye por una pena pecuniaria. Las primeras circunstancias de agravación, nocturnidad y atraco con armas, son consideradas como causas de exculpación o de exención de responsabilidad de la víctima del hurto que mata al ladrón, que requieren una cierta publicidad.

En los últimos juristas clásicos, Ulpiano y Paulo, se consideran como causas de justificación de la legítima defensa, y se desancoseja la utilización de la venganza privada sustituida por la entrega al magistrado.

3ª) El punto de partida de los delitos de *damnum hominibus coactis* y la rapina es el Edicto de Luculo, sobre el que existe una abundante bibliografía romanística, especialmente del Prof. M. Balzarini. Se trata de la introducción de una cláusula edictal que castigaba los daños causados con violencia por medio de esclavos armados y reclutados con este fin.

La fórmula descrita por Cicerón, en su *pro Tullio*, presenta notables diferencias con la que aparece en D. 47.8.2 pr. y el comentario de Ulpiano que le sigue. Basándose en estas diferencias la doctrina romanística ha defendido diversas tesis sobre la evolución del Edicto, atribuyendo una mayor o menor intervención a las modificaciones clásicas o atendiendo a la obra de los compiladores. Según la tesis de Balzarini, la redacción del Digesto sería el resultado de la fusión realizada por los compiladores de los dos comentarios ulpianos dedicados a la

actio de hominibus coactis y a la *actio de vi bonorum raptorum*. En la compleja casuística que estudio, se trata del instigador que reúne la cuadrilla de hombres armados, de los elementos del delito: dolo, violencia y daño y de la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la *actio vi bonorum raptorum*.

4ª) Los supuestos de robo o rapina tratados en el Edicto pretorio y la Jurisprudencia, se concretan especialmente en las circunstancias del incendio, derrumbamiento, naufragio o asalto de barca o nave. En la numerosa casuística que plantean estos delitos, concurren la labor del pretor y la jurisprudencia primero y después de la legislación imperial, particularmente de Adriano y Antonino Pío, y de la Jurisprudencia, en la que destacan las decisiones de Labeón, Pedio, Gayo, Paulo y Ulpiano. En estas respuestas se precisan las circunstancias y los hechos que definen el aprovechamiento de situaciones de emergencia, como el incendio el derrumbamiento o el naufragio, o en la utilización de la violencia como en el asalto de nave.

5ª) En la última jurisprudencia clásica se definen y precisan una serie de figuras consideradas como crimina de robo. Así, los cortabolsas, cuatros, encubridores, ladrones de baños públicos, quebrantadores de cierres para fugarse de la cárcel y expoliadores.

En la regulación de estos crímenes interviene la legislación imperial, especialmente mediante rescriptos de Adriano y Marco Aurelio, y la jurisprudencia, sobre todo Macro, Calistrato, Paulo y Ulpiano.

Objeto de especial atención de los juristas es el crimen *expilatae hereditatis*, y la numerosa casuística estudiada del Estelionato, amplio crimen residual que puede equipararse a la moderna estafa, donde caben una serie de hechos delictivos no tipificados en otras figuras. Por ello juega un papel semejante al de la *actio doli* en el proceso privado. Los últimos juristas clásicos, Papiniano, Paulo Ulpiano y Modestino son los juristas que deciden sobre los variados supuestos que plantea este crimen residual que implica la infamia del condenado.

6ª) Tanto en la variada y compleja casuística estudiada como en la concurrencia de acciones públicas y privadas se observa una formación de este delito o crimen de robo en la que intervienen múltiples factores. La rapina se configura originariamente como una derivación del *furtum* por circunstancias de agravación, como son la intervención de una cuadrilla de hombres armados. o de la violencia personal. Posteriormente interviene también la consideración del daño causado y la tipificación de las circunstancias excepcionales o normales que determinan una especial conducta dolosa en el agente. El continuo cruzarse de acciones privadas y públicas y la doble sanción de la pena aflictiva y pecuniaria, y también del resarcimiento a la víctima que acompaña o precede a la sanción penal, determina que el régimen de este delito sea complejo y que la doctrina no haya llegado todavía a conclusiones definitivas sobre su evolución histórica. La cita de Gayo de la rapina junto al *furtum* demuestra hasta que punto se consideraba como figura independiente de delito a pesar de su origen común.

I N D I C E S

INDICE BIBLIOGRAFICO

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBANESE. La nozione del *furtum* fino a Nerazio AUPA 23, 1953.

- La nozione del *furtum* da Nerazio a Marciano AUPA 25, 1957.

- La nozione del *furtum* nell'elaborazione dei giuristi romani, Jus 9, 1958

- Voz *Furto*. Introduzione storica, Enciclopedia del Diritto.

ALBERTARIO. *Animus Furandi*, Studi di Diritti romano, vol. III

AMAYA CALERO. El hijo de la esclava hurtada y vendida, Estudios en homenaje al profesor Iglesias Madrid, 1988

AMAYA CALERO Y FLORIA HIDALGO. Del delito de hurto del torero al crimen de hurto del cuatrero en la Jurisprudencia romana clásica, en Estudios en honor de F. Hernández Tejero. (en prensa)

ARIAS RAMOS-ARIAS BONET. Derecho Romano Madrid. 1986

ARANGIO RUIZ. La répression du vol flagrant et non flagrant dans le très ancien Droit romain, *Révue al Quanon Wal Iqtisad*, Cairo 1932. p.109 y ss

ARNO. La elaborazione della teoria del furto nella serviana, Riv. Dir. e. Proc. Pen, 1924

ARU. Appunti sulla difesa privata in diritto romano in Ann. Palermo 15.1936 p.119 y ss.

BALZARINI. Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano. Padova 1.966

- In tema di repressione << extra ordinem >> del furto nel diritto classico

- L'edicto de hominibus coactis. LABEO 16 (1970) p.402 y ss.

BAUMAN. Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana, Milano 1924.

BERGER . Vi sono nei Digesti citazioni interpolate delle XII tavole ?, Studi Riccobono I, Palermo 1936 p.614 y ss.

BESELER. Unkl. Wörter, cit. <<ZZZ>> 57,24

Beträge cit.<<ZS>> 66,283

- Miscellen ZS 45,1925,487

- Miscellanea Graecoromana, <Studi Bonfante>II;- Milano 1930.83

- ,v. Errone p. 184 Miscellen <ZS> 45,1925-487

- SZ 52,1932,38 aliter Tijdschriftlc

- Unklassische Wörter, in Zss,56,1936 y Zss,57-1937

BOHACEK. Si se telo defendit, Studi V. Arangio Ruiz I, Napoli 1953.

BONINI . I,<<libri de cognitionibus>>,p.134;

D.48.19.16(*Claudius Saturninus de poenis paganorum*)RISG,10 (1961) p.39

BOSCHERINI. La lingua delle XII Tavole in Società e diritto nell'epoca decemvirale, Napoli, 1988

BRASIELLO. La repressione penale in diritto romano .Napoli,1937.

- Note Introduttive allo studio del crimini romani SDHI 12 .1946

-Corso di Diritto Romano N.D.I. Torino 1957

- v. furto.Diritto romano NNDI

- v.crimina NDI

- v. *Stellionatus* en NNDD ,XVIII Torino 1971,427.

- voz *Stellionatus* en NNDD XII,1(1940)88,4;

BURDESE. Derecho Público Romano, Barcelona 1.972

CANCELLI. v. *Abigeato* <ED>,I Milano, 1958,p. 74 y ss.

CANNATA. Profilo istituzionale del processo privato romano, I. Le Legis actiones,Torino 1980,p.30 y ss.

CARDASCIA. L'apparition dans le droit des classes d'<<honestiores>> et d'<<humiliores>> <<RHD>> 28,1950 p.319 y ss.

CARRELLI. Plinio, Nat. Hist. 18.3..12 e il delitto de danneggiamento alle messi nel sistema delle XII tavole, en Ann. Bari 2 (1939)p. 1 y ss.

- La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario, in Ann. Bari 2 (1939)

CAVARZERE. La *lex Plautia de vi* nello specchio deformante della *pro Caelio* Cicerone, in Atti del III seminario romanistico gardesano, Milano 1988.

CORNIOLEY. Danno violento e rapina nel diritto romano, Recen. a Balzarini, *Labeo* 20 (1974) 2. p.276 y ss.

COSTA. Il Diritto privato nelle commedie di Terenzio, Bologna 1983

CUIACIUS. Opera III, *Observationes* XI,27, Napoli 1722.

DONATUTI. Ann.Peruggia.33.1921 p.430

DE DOMINICIS. Rapporti tra *iudicium privatum* e *iudicium publicum* dal diritto classico a Giustiniano, Studi Giufré 1. p.221 y ss 249 y ss.

- Punti di vista vecchi e nuovi in tema di fonti postclassiche (Occidente e Oriente), Studi Biondi 2.623. y ss.(L'uccisione del ladro).

DE FRANCISCI. Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva, Milano 1912.

DE ROBERTIS. La variazione della pena <<pro qualitate personarum>> nel diritto romano <<RISG>>, n.s. 14, 1939, p.59 y ss.; p. 61 y ss.

- La Legitimazione attiva nell'actio furti, AURA 10 (1950) p.55 y ss.

DE VISSCHER. Le fur manifestus en Études de Droit romain, Paris 1931

- Les origins de l'obligatio "ex delicto" Etudes 1931 p.11 y ss.

- Le régime romain de la noxalité" Bruselles 1947.

D'ORS. Derecho Privado Romano. Pamplona 1991

DIRKSEN. XII Talfeln, Leipzig, 1824, p.578

- Die Auszüge aus den Sachtsgelehrten in den Noc.Att. A.Gellius. en Hinterlassene Schiften, Leipzig 1871, I.p.43 y ss.

DELL'ORO. I libri de officio nella giurisprudenza romana, Milano 1960. p.181 y ss.; p. 179 n 288; p.181.

DERNBURG. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, II; Leipzig. 1864, 9

DONATUTI. <<Ann.Perugia>> 33, 1921, 430

EBERT. "Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve, Heidelberg, 1968.

FALCHI. Derecho Penal Romano I

FERRINI. Concurso de más personas en el delito. Milán
1899

- Exposición histórica y doctrinal del derecho
penal romano. vol.II. Pessina, 1909

- Derecho Penal Romano, Roma 1976

- Apuntes sobre la teoría del robo, Obras V.
p.155 y ss.

FLORIA HIDALGO. La casuística del *furtum* en la
Jurisprudencia Romana. Madrid. 1991

GARCIA GARRIDO. Diccionario de Jurisprudencia
Romana, Madrid 1986.

- Derecho Privado Romano. Acciones, Casos, Insti-
tuciones Madrid, 1991

- Respuesta, cien casos prácticos de Derecho
Romano planteados y resueltos. Madrid 1992

- Realidad y abstracción de los casos jurisper-
denciales romanos, Estudios homenaje Prof. Iglesias;
Madrid 1988.

- Del *delictum furti* al *crimen furti*, Comunica-
ción al Congreso de Cagliari Ab. 1989

- Introducción al libro de M. Dolores Floría "La
casuística del *furtum* en la jurisprudencia romana
clásica" Madrid, 1991

GARCIA GARRIDO, REINOSO BARBERO. Civiliter vel criminaliter agere, en Atti Convegno Accademia Costantiniana. Perugia 1989.

GIOFFREDI. I Principi dal Diritto penale romano, Torino 1970.

GIUFFRÉ. Il diritto penale nell'esperienza romana, Jovene 1989.

HARTMANN. P.W. Stuttgart 1894 v. *Abigeatus* vol.I p. 97

HAYMANN. Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht, BIRD 59/60(19-56) p.1 y ss.

- Von Überlassen falsche Masse und Gewichte in den Digesten, ZZs 40 (1919). p.352. y ss.

HERNANDEZ TEJERO. Sobre la represión del furtum, Información jurídica 82 (1950) p.317. y ss.

HITZIG. Beiträge p. 332
s.v. *effractor* <PWRE>, V, Stuttgart, 1905, 1979

HUNBERT D.S. v. *Abigeatus* vol I p. 6.7
- D.S. v. *effractor* II, Paris, 1982

HUVELIN. Etudes sur le *furtum*, I. Paris 1915
- Etudes sur le *furtum* dans le très ancien droit romain I. Les sources, Roma 1968
- Cours Elementaire de droit romain II, Paris 1.929

IGLESIAS. Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, Barcelona 1990.

JOLOWICZ. D. XLVII, 2, de Furtis, Cambridge 1940.

KARLOWA. Röm, Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901.

KASER. Römisches Privatrecht, München, 1959;

-Die <<*actio furti*>> des verkaufers, ZSS 96 (1979) p.89 y ss.

- Zur Methodologie der Römischen Rechtsquellenforschung, Viena 1.972

- Rom. Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode Viena-Colonia-Graz 1.986

LABRUNA. *Vim fiero veto*, alle radici di una ideologia, Napoli 1971

LENEL. *Palingenesia iuris civilis*, II Lipsiae 1889, p. 439 y ss. n.274-291

- Das Edictum Perpetuum, 3ª ed. p.377 y ss, 314 ss.

LONGO. La complicitá, in BIDR, 61, 1958 p.122

LUZZATTO. Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane, Milano 1934

MARRONE. Istituzioni di diritto romano, Palermo 1989

MASCHI. Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale) Milano 1966. p.358 y ss.

MATTHAEUS. *De Criminibus, Vesaliae, 1679*

MENTKAKA. *Stellionatus* BIDR. Milano Dott.A.p. 302,303,309,313, 318,320.331

METRO. L'esperibilitá nei confronti dei publicani dell'*actio vi bonorum raptorum*. IURA 18 (1967) p.108.120

MOMMSEN Droit Penal Romain, Manuel des Antiquités Romaines par Theodore Mommsem, J.Marquardt & P. Krüger. Paris.

- Römische Strafrecht, Leipzig, 1899

NICOSIA. Il proceso privato romano I, Le origine, Torino 1986

- II La regolamentazione decemvirale, Corso di diritto romano. Torino. 1986

NIEDERMEYER. Crimen plagii in Studi Bonfante II p.406

PAMPALONI. Studi sopra il delitto di furto, BIDR 12 (1909) p.205 y ss.

PARRONDO. En torno a los delitos y a las penas en la ley de las XII tablas, Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias III, Madrid 1988 p.1525 y ss.

PEROZZI. Istituzioni di diritto romano, Roma, 1928
p.325 y ss.

PUGLIESE. Istituzioni di diritto romano, Torino

PFAFF. *Stellionatus* in PW2,5 (1927)2329-30;
otro art. del mismo PFAFF(ibid. 2326 ss.)

PEROZZI. Istituzioni di Diritto Romano 2ª edic. Roma
1.928

PERRIN. Le caractere subjectif de la repression
pénale dans les XII Tables, RH 29 1951.

PESSINA. E.D. penale italiano Soc. Ed. libr.,
Milano 1905, vol I, p. 224 y ss.

REIN. Criminalrecht der Römer, Kholer, Leipzig 1944
p. 223 y ss.; p. 323 y ss.; p.319 y ss; p.332;

RODRIGUEZ MOURULLO .La distinción hurto, robo en
el Derecho Histórico Español, A.H.D.E. 1962

ROUVIER. Remarques sur l'*actio vi bonorum raptorum*
RHD 41 (1963) p. 443 y ss.

SANTALUCIA. Diritto e processo penale nell'a
antica Roma, Milano 1989. Traducción española de
Javier Paricio y Carmén Velasco. Madrid. 1991.

SCHULZ. Derecho Romano Clásico, traducción de Sta.Cruz, Barcelona 1.969

SOLAZZI. *crimén expilatae hereditatis* Ril,69(1936) p.978 y ss.

TABERA. La definición de *furtum* en las etimologías de S.Isidoro . SDHI 8 1942 p.23 y ss.

TALAMANCA. Istituzioni di diritto romano,Milano 1990

THOMAS. Some observations of *Furtum*, RTK 10 (1963) (Mélanges Plodzien),p. 153 y ss.

TOLOMEI. l'Evoluzione storico-giuridica del delitto di *truffa* in Rivista Penale,77(1913)

TOMULESCU. Manuel de drept privat roman, 1956

- *Infractions de droit pénal public dans la loi des XII tables*, RIDA 26,1979

- *Die rolle der actio furti concepti*, F. de Visscher *Anschauung*, RIDA, 15 (1968) p.445. y ss.

VACCA. Ricerche sulla rapina nel diritto romano, I.L'editto di Lucullo e la *lex plautia*, Studi economico giuridici Universidad de Cagliari, 45 (1965-68).p.519 y ss.

- Ricerche in tema di *actio vi bonorum raptorum*. Università di Cagliari. Pubblicazioni della

Facoltà di Giurisprudenza. Milano-Dott.A. Giuffrè Editore. 1972.

VALIÑO. Instituciones de Derecho Privado Romano.Valencia 1978.

VOIGT. Die XII Tafeln, Leipzig, 1883

VÖIKL v. *Stellionatus* en <Kl. Pauly>,V.München 1975, p.356

VOLTERRA. *Stellionatus* in Studi Sassaesi 2.s.

(1929) p.107-143;p.139,

- Sull'uso delle Sententiae di Paolo,Atti Bologna I. p.138 y ss.

WIEACKER. *Endoplorare*, Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht. Festschrift Wenger, RIDA 1956

- Zwolftafelprobleme, RIDA 3, 1956.

-Textkritik und Sachforschung, en Ausgewählte Schriften, I 1983.

WLASSAK . Das Gasetz der XII Rafeln über der fur manifestum ZSS, 1904 p.25 y ss.

- Prozessrechtliche Studien zu Gaio 4,60 ; Rechtshistorische Abhandlunguen aus seinem,Nachlass herausgegeben und bearbeitet von E. Schönbauer, SAWW 248.3.1965 p.198 y ss (Die *actio furti nec manifesti*).

WUBBE. *Res aliena pignori data*, Leiden 1960

INDICE DE FUENTES

A.CORPUS IURIS CIVILIS

Digesto

1.1.1.2.....	p.17
1.3.1.....	p.75
3.2.4.....	p.68
3.2.13.18.....	p.333
4.2.1.....	p.75,77
4.8.33.9.....	p.303
9.2.4.1.....	p.136-7
9.2.49.1.....	p.76
9.2.51.2.....	p.136
9.2.52.1.....	p.135
9.4.40.....	p.323
13.7.1.2.....	p.342-3
13.7.16.1.....	p.356
13.7.36.pr.....	p.342,344
13.7.36.1.....	p.356

17.1.29.5.....	p.346
19.2.60.5.....	p.136
19.5.14.pr.....	p.76
20.4.9.3.....	p.340
25.5.1.3.....	p.303
28.1.8.4.....	p.57
34.9.22.....	p.54
39.4.1.2-3.....	p.178
40.7.9.1.....	p.348
42.15.4.....	p.303
43.16.1.3.....	p.75
43.16.1.27.....	p.75
43.16.1.43.....	p.77
43.24.1.5.....	p.75
43.24.7.4.....	p.76
44.7.32.....	p.67
44.7.35.....	p.75
7.1.3.....	p.301.303
47.2.43.4.....	p.135
47.2.55.2.....	p.133-136
47.2.62.(61)9.....	p.204
47.2.67(66).....	p.341

47.2.93.....	p.301
47.8.2.pr.....	p.24.95.100.- 145.6.9.174.8.- 186
47.8.2.1.....	p.179
47.8.2.2.....	p.151.4
47.8.2.3.....	p.154.7.205
47.8.2.4.....	p.71.160.184
47.8.2.5.....	p.71,163
47.8.2.6.....	p.71.165
47.8.2.7.....	p.71,168
47.8.2.8-9.....	p.71,172.180.- 179.184
47.8.2.10.....	p.115
47.8.2.11.....	p.185
47.8.2.12.....	p.171
47.8.2.13.....	p.189
47.8.2.14.....	p.190
47.8.2.15.....	p.192
47.8.2.16.....	p.193
47.8.2.17.....	p.188
47.8.2.18.....	p.198
47.8.2.19.....	p.175,178.201
47.8.2.20.....	p.176.201

47.8.2.21.....	p.202
47.8.2.22.....	p.187
47.8.2.23.....	p.194
47.8.2.24.....	p.113.196
47.8.2.25.....	p.203
47.8.2.27.....	p.197
47.8.3.....	p.208
47.8.4.3.....	p.166
47.8.4.6.....	p.150
47.9.1.....	p.211
47.9.1.pr.....	p.211.228,230.
47.9.1.1.....	p.215
47.9.1.2.....	p.218
47.9.1.3.....	p.221
47.9.1.4.....	p.219.243
47.9.1.5.....	p.116.222,250
47.9.2.....	p.223
47.9.3.pr.....	p.224,250
47.9.3.1.....	p.239
47.9.3.2.....	p.240
47.9.3.3.....	p.242
47.9.3.4.....	p.244

47.9.3.5.....	p.70.223.252
47.9.3.6.....	p.246
47.9.3.7.....	p.76.254
47.9.3.8.....	p.227
47.9.4.pr.....	p.231
47.9.4.1.....	p.56,232
47.9.5.....	p.249
47.9.6.....	p.246
47.9.7.....	p.236
47.9.9.....	p.51
47.9.10.....	p.226.247
47.11.3.....	p.330,335
47.11.7.....	p.258.261,312
47.14.1.pr.....	p.281
47.14.1.1.....	p.280
47.14.1.2.....	p.289
47.14.1.3.....	p.288
47.14.1.4.....	p.277
47.14.2.....	p.279
47.14.3.pr.....	p.284.5.286
47.14.3.1.....	p.288
47.14.3.2.....	p.289

47.14.3.3.....	p.290
47.16.1.....	p.292.295
47.16.2.....	p.295
47.17.1.....	p.297.9,310
47.17.2.....	p.302.3
47.17.3.....	p.303
47.18.1.pr.....	p.305
47.18.1.1.....	p.309
47.18.1.2.....	p.261.311.315
47.18.2.....	p.314
47.19.1.....	p.319
47.19.2.....	p.320
47.19.3.....	p.303,324
47.19.4.....	p.325
47.19.5.....	p.326
47.19.6.....	p.327
47.20.1.....	p.330.332
47.20.2.....	p.332
47.20.3.1.....	p.336.8.9.345.- 350.1.356
47.20.3.2.....	p.330
47.20.3.3.....	p.352
47.20.4.....	p.337.8.9.354

48.1.1.....	p.53
48.1.7.....	p.68
48.5.15.(14).....	p.54
48.1.8.1.pr.....	p.23
48.8.9.....	p.134.9
48.13.7(6).....	p.57
48.16.14.....	p.54
48.19.8.1.....	p.56
48.19.8.9.....	p.59
48.19.11.pr.....	p.56
48.19.16.....	p.317
48.19.16.5.....	p.316
48.19.16.7.....	p.285
49.16.4.10.....	p.128
50.16.178.3.....	p.303
50.17.155.1.....	p.303

Codigo de Justiniano

9.32.6.....	p.317
9.34.1.....	p.355
9.34.2.....	p.357
9.34.3.....	p.335
9.34.4.....	p.359
9.39.1.....	p.294
9.46.2.....	p.54
9.46.2.1.....	p.54
9.46.4.....	p.54

Novelas de Justiniano

134.13.....	p.200
-------------	-------

B.LEY DE LAS XII TABLAS

8.2.....	p.130
8.10.....	p.51

8.12.....	p.130
8.12.13.....	p.137.141
8.14.....	p.127
8.22.....	p.130
Lex Visigothorum	
5.62.....	p.121
7.2.1.....	p.121
7.2.10.....	p.121
Sentencias de Paulo	
2.31.2.....	p.123.4.136
2.31.22.3.....	p.123
2.31.22.5.....	p.123
3.5.18.....	p.303
5.4.8.....	p.261
5.18.1, 3.....	p.277.8.285.287
5.21.4.....	p.56
5.22.1.....	p.56
5.23.1.....	p.56
5.23.9.....	p.138
5.29.1.i.f.....	p.59

C.OTROS LIBROS JURIDICOS

Básilicos

60.22.7.....	p.260
60.25.3.....	p.286.7

Código Teodosiano

1.8.....	p.124
----------	-------

Collatio legum Mosaicorum et Romanorum

1.3.3.....	p.23
7.1.1.....	p.132
7.2.1.....	p.138.299

7.3.1.....	p.136.7
7.4.1.2.....	p.299
11.3.1.....	p.282.285
11.4.1.....	p.277
11.6.2.....	p.277
11.7.1.....	p.265
11.7.4.....	p.220
11.8.1.....	p.269
11.8.2.....	p.269
11.8.4.....	p.265

Instituciones de Gayo

3.186.7.8.....	p.123
3.189.....	p.127
3.201.....	p.323
3.209.....	p.23.69

Codigo Penal Español

art.8.4.....	p.132
art.500 y 514.....	p.117

D FUENTES LITERARIAS

Aulo Gelio
Noctes Aticae

11.18.6.7.....	p.137
11.18.7.8.....	p.126.7.141
11.18.11.....	p.124
20.1.7.....	125.6.136.139

Ciceron Pro Tulio

3.7.....	p.146
3.8 y 4.1.....	p.130
21.49.....	p.134
21.50.....	p.132.136.7
20.47.....	p.134.6
20.48.....	p.134
24.54.56.....	p.1

Macrobius

Sat. 1.4.9.....	p.130
-----------------	-------

Plinio

18.3.12.....	p.138
--------------	-------

Quintillano

5.14.18..... p.132

Tito Lívio

1.26.9..... p.130

I N D I C E G E N E R A L

I N D I C E G E N E R A L

INTRODUCCION

Método de comparación de casos

Delicta Crimina

Burdese

Santalucia

CAPITULO I

El robo en la doctrina romanística:

Tesis de Momsem

Tesis de Ferrini

Tesis de R.Mourullo

Tesis de Labruna (vis)

Tesis de Balzarini

Tesis de Vacca

CAPITULO II

Furtum y Rapina

- 1.- Distinciones terminológicas en Ulpiano 56.
ed. D.47.8.2.24 *eum qui clam facit-eum qui rapit*
- 2.- Distinciones entre *rapere*, *amovere*, *abs-
tulere*, *damnum dare*, *recipere*

3.- Gayo: hurto y robo en relación con la *scientia* o conocimiento del hecho D.47.9.5. 47.9-.3.5

4.- Otras distinciones: hurto robo S. Isidoro de Sevilla

CAPITULO III

El hurto agravado en las XII tablas

- 1.- *Fur manifestum et nec manifestum.*
- 2.- *Fur nocturnus y fur qui telo se defendit.*

CAPITULO IV

La casuística del *damnum hominibus coactis* y la rapina

- 1.- Edicto de Luculo (Balzarini, Vacca)
- 2.- La casuística del *damnum hominibus coactis* y la rapina

I. Dos cláusulas edictales o dos distintos edictos:

A) *In eum cuius dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicitur...*

II. Sujetos:

- el que daña
- el instigador que reúne la cuadrilla de hombres armados
- el que se vale para robar de la cuadrilla reunida por otro

- cuadrilla: hombres, libres o esclavos, reunidos para causar un daño, tanto armados como sin armas
- uno solo, que se hallaba en la cuadrilla, que la reunió, que fue reclutado por otro
- familia: servi

III. Elementos:

- dolo
- *vis* (violencia) o en cuadrilla
- *damnum*
- patrimonial: sobre bienes: también una cosa

IV. *Actio vi bonorum raptorum*:

- valor real (*verum pretium rei*) y no interés del demandante (cuádruplo-simple)
- familia: paga el cuádruplo una sola vez
- entrega noxal de los que han intervenido
- restitución de la cosa robada
- usucapión de cosas robadas
- a) demandante: todo el que tiene interés, también el depositario (como en el hurto), se transmite a herederos y sucesores
- b) demandado: el que obra con dolo malo
 - no responde el que roba lo que es suyo
 - no responde el que roba un esclavo o fugitivo propio

- el que roba una cosa que le estaba hipotecada
- no contra el impuber: dolo capax sit; sólo si estaba en la familia (tesis hurto)
- excluido el publicano, por falta de dolo
- el que encierra el ganado robado (arreatado con violencia)
- el que roba un esclavo fugitivo de mi propiedad (tesis hurto)
- no puede demandarse a los herederos del perjudicado
- cuando roba siendo esclavo y luego se demanda siendo libre

V. Concurrencia de acciones: edicto de turba

- 47.8.6 diferencia entre este edicto y el anterior
- 47.8.9 no de robo

CAPITULO V

Robo con ocasión de naufragio, incendio o ruina

D.47.9

CAPITULO VI

Los casos del crimen de robo

- 1.- Cortabolsas D.47.11.7
- 2.- Cuatreria D.47.14
- 3.- Encubridores D.47.16
- 4.- Ladrones de baños públicos D.47.17
- 5.- Quebrantadores de cierres y expoliadores
D.47.18
- 6.- *Crimen expilatae hereditatis* D.47.19
- 7.- *El Crimen de Stellionatus* D.47.20

CAPITULO VII

Conclusiones

I N D I C E S

- 1.Bibliográfico
- 2.De fuentes
- 3.General

-Se concede también por los delitos cometidos por los esclavos propios:el dueño paga el cuadrúplo una sola vez.

Haec actio etiam familiae nomine competit, non imposita necessitate ostendendi, qui sunt ex familia homines qui rapuerunt vel etiam damnum dederunt. familiae autem appellatio servos continet, hoc est eos, qui in ministerio sunt, etiamsi liberi esse proponantur vel alieni bona
15 fide nobis servientes.²¹

Ulpiano 56 ed. D.47.8.2.14

Según el jurista esta acción compete también por los delitos causados por la servidumbre de un propietario, sin necesidad de probar cuáles son los esclavos de ese conjunto que cometieron el robo o causaron el daño.En la denominación de <servidumbre> entran todos los servidores de aquel propietario, esto es, los que se hallan en su servicio, aunque se diga