

POENA PRIVATA, POENA CRIMINIS Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

MARGARITA FUENTESECA DEGENEFTE
Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Vigo

1. DERECHO PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

Según Fuenteseca ¹, para comprender debidamente los conceptos penales romanos hay que partir de un mundo de ideas muy distintas a las de hoy, porque la justicia en sus primeros tiempos no fue una misión estrictamente estatal.

El primitivo Derecho romano estaba muy enraizado en un ambiente de ideas religiosas, y con mayor motivo el Derecho penal. Como ejemplo cita Fuenteseca dos de los crímenes reprimidos desde antiguo, el *parricidium* y la *perduellio*, que estaban sancionados con condenas expiatorias de tipo religioso. Al parricida se le daba muerte, que era la pena correspondiente al grave delito cometido. Lo mismo ocurría con el delito de *perduellio*. Al reo se le colgaba o ahorcaba del *arbor infelix*. Las sanciones eran infamantes y de carácter religioso ².

¹ Vid. FUENTESECA, P., *Historia del Derecho romano*, Madrid (1987), p. 216.

² NOAILLES, *Fas et Ius*, París (1948) 169 ss. Vid. sobre el concepto de derecho penal romano THOMAS, J. A. C., *Desarrollo del derecho criminal romano*, AHDE (1962) 9-23. En p. 10 afirma que en el periodo de las Doce Tablas hay una obvia superposición entre el delito público y el privado. La colectividad política se limita a una supervisión de la venganza privada. El conocido *si membrum rupsit, ni cum eo pacit talio esto* (Tab. 8,2) de la *iniuria*, pertenece a un modelo según el cual si la muerte es por casualidad, debe ser entregado un carnero al pariente del muerto como indemnización (Tab. 8,24). Según Thomas, está clara la idea subyacente de la venganza por el pariente de la víctima. Cuando el delito afecta a los dioses o al pueblo como colectividad (p. ej. la violación de la inmunidad del tribuno), la consecuencia es la *sacratio*. El delincuente es proscrito y cualquiera puede ejecutar la venganza de los dioses o llevar a cabo la venganza que como miembro de la comunidad puede solicitar. La colectividad política misma está en el trasfondo del carácter de este solicitador de la venganza en aquellas situaciones que afectan a la comunidad en cuanto tal (*perduellio* y *proditio*, i. e. traición) o en el *parricidium* (que en su origen significaba la muerte de un *paterfamilias*) cuando el que había de ser vengador había sido víctima. En tales casos había tribunales específicos —*duo-viri perduellionis* y *quaestores parricidii* (Tab. 9,4).

Otro gran rasgo a destacar, según Fuenteseca³, es que la represión penal hay que verla en función de la estructura social romana, en el sentido de que gran parte de las actividades punitivas se producían dentro del ámbito familiar. El *pater* proyectaba su autoridad respecto al grupo y sancionaba personalmente los actos delictivos que cometiesen los miembros de su familia o bien entregaba al culpable (*noxae deditio*). No obstante, afirma Fuenteseca, carecemos de líneas claras acerca del desarrollo de la jurisdicción criminal romana en sus primeros tiempos. Sólo se puede trazar un cuadro completo de la represión penal a partir de los últimos tiempos de la República.

Efectivamente, es a partir de la época republicana cuando se comienza a distinguir entre *crimina* y *delicta*, teniendo el *crimen* carácter público, igual que su sanción, conocimiento y represión. En cambio, el *delictum* fue considerado un acto ilícito de Derecho privado, fuente de *obligatio civilis*, a medida que se reconoció que el que causaba un daño tenía la obligación, es decir, el deber jurídico de resarcir el *damnum*.

Más adelante, a partir de la época de Sila, como se sabe, comienzan a organizarse los tribunales públicos para la sanción de actos delictivos públicos (*crimina*) y se desarrolla el derecho penal público. Kunkel⁴ ha señalado precisamente la época de Sila como la frontera histórica entre la represión penal procedente de la época de las XII Tablas, dominada por la idea de la venganza y la aparición del verdadero proceso penal en el siglo II a. C. con el *iudicium publicum* de las *quaestiones perpetuae*. Y más tarde, en época del Principado, aparecerá la extraordinaria *cognitio* en materia criminal.

A la vez, el *delictum privatum* fue restringiendo su ámbito de aplicación en un proceso histórico de despenalización del proceso civil romano. Algunos *delicta privata* pasan a la esfera de la represión pública, como la *iniuria*, a partir de la *lex Cornelia de iniuriis* de Sila⁵. Asimismo fueron atraídas a la esfera del derecho público algunas hipótesis de daños a partir de la *lex Iulia de vi* y de la *lex Cornelia de falsis*. También algunas figuras de *furtum* fueron objeto de represión pública (así cuando se trataba de cosas hereditarias o sagradas). La *rapina* fue absorbida por el *crimen de vis*, y también el *crimen stelionatus* equivale, en cierto modo, al *dolus* en derecho privado.

³ Vid. FUENTESECA, P., *Historia del Derecho romano*, op. cit. *ibid*.

⁴ KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München (1962).

⁵ Vid. sobre la *iniuria* la más extensa monografía de FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La difamación en Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia (2002), donde afirma en p. 116 que la *lex Cornelia de iniuriis* de la época de Sila introdujo un procedimiento público —*quaestio de iniuriis*— para ciertos casos de *iniuria*, cuyo alcance es aún discutido. También vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, A., *Reflexiones sobre el problema de las lesiones a un hombre libre*, Estudios en Homenaje al Prof. Juan Iglesias II (1988) 773-789, en esta última página, a modo de conclusión, señala cómo de la noción genérica de *iniuria* se pasó al concepto técnico restringido, y este fue luego ampliándose hasta llegar a comprender incluso los daños morales. Siendo, por último, la *lex Cornelia* la que parece reprimir inicialmente ciertos casos de ofensas de carácter material, o lesiones físicas (*pulsatio, verberatio*), con lo cual se volvería, en cierto sentido, a esa primera consideración de la *iniuria* en sentido técnico (lesiones causadas a otros contra *ius*, es decir, ilícita o antijurídicamente).

En el derecho justiniano emerge más claramente la función de resarcimiento de la *lex Aquilia* que sirve de sanción para cualquier daño, incluso debido a culpa levísima, aunque Justiniano no declara abiertamente el carácter reipersecutorio de la *actio legis Aquiliae*⁶. La Jurisprudencia jugó un gran papel en esta despenalización del derecho privado, tarea a la cual contribuyó el *praetor* con las *actiones poenales in simplum*, en especial en la esfera del *furtum*. Esta figura sufrió una distorsión hasta comprender cualquier comportamiento doloso respecto a cosas sometidas a un derecho ajeno, en definitiva fueron apareciendo aplicaciones suavizadas de la *actio furti*. El ámbito del *furtum* se fue reduciendo mientras se ampliaba la esfera del *damnum* y, por tanto, la idea de resarcimiento. En esta dirección está la *actio iniuriarum aestimatoria*, que es un ejemplo significativo⁷. Y la noción de *poena* fue desapareciendo del derecho privado para trasladarse al ámbito del derecho público.

Por otra parte, para llegar a un concepto de derecho penal, desde Roma hasta nuestros días, hay que partir de la existencia del Estado como único titular del poder de castigar (*ius puniendi*)⁸. Si actualmente para perseguir los llamados delitos privados se exige la denuncia o querrela de la parte agraviada, no es porque la persecución de estas infracciones pertenezca a la víctima, sino porque el Estado, con objeto de evitar a ésta nuevos perjuicios, establece ciertas condiciones para actuar el procedimiento. Se trata, pues, de una condición especial de procedibilidad en virtud de la cual la parte ofendida resulta hasta cierto punto órgano en el cual el Estado delega el ejercicio de la acción penal, según la definición de Antón Oneca⁹.

⁶ Sobre este tema desarrollé mi tesis doctoral, titulada *El delito civil en Roma y en Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia (1997).

⁷ Vid. sobre esta acción NÖRR, D., *Zur taxatio bei der actio iniuriarum*, *Collatio iuris romani* II (1995), pp. 398 ss.

⁸ Vid. THOMAS, J. A. C., *Desarrollo del derecho criminal romano*, *op. cit.*, p. 7: llama la atención que mientras el derecho civil de Roma ha sido, durante siglos, objeto de estudio y admiración, su derecho criminal —con respeto debido a los nombres ilustres de Mommsen, Ferrini, Levy y Kunkel— ha sido, en comparación, descuidado. Y no es éste un fenómeno de los últimos tiempos. Los mismos romanos parece que prestaron a su derecho criminal la misma atención de ciencia jurídica que caracteriza la evolución del derecho civil. En el Digesto, *verbi gratia*, sólo los libros 47, 48, 49 (y no exclusivamente) tratan materias criminales. Los comentarios de Gayo no hablan de derecho criminal y las Instituciones de Justiniano tienen un título único *De iudiciis publicis*. ¿A qué se debe esta relativa ausencia de la ciencia jurídica criminal? Es cierto que el derecho de los crímenes parece haber servido simultáneamente a fines públicos y privados cuando se regulaba originariamente la venganza privada y que el derecho privado a la persecución del delito se desarrolló ampliamente con el transcurso del tiempo. Pero en otros sistemas jurídicos, el similar origen conjunto de crimen y delito no impidió o descuidó un desarrollo separado de un derecho criminal maduro. Una parte de la respuesta hay que encontrarla en el concepto inicial que persistió siempre como un rasgo fundamental de la *praxis* criminal romana. Aunque existieron muy pronto algunas tipificaciones sustantivas introducidas por la *lex*, el derecho criminal romano estuvo dominado —ciertamente en la república— por la idea de una acción administrativa de magistrados ejerciendo poderes coercitivos derivados de *imperium*.

⁹ Vid. ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 1.ª ed. Reus, Madrid (1930), p. 5. Citamos a este ilustre penalista español por considerar que refleja los conceptos más tradicionales de la doctrina penal.

En consecuencia, según esté mismo penalista español, el actual concepto de Derecho Penal en sentido subjetivo es, pues, una facultad del Estado para definir los delitos bajo la amenaza de una pena y para aplicar ésta cuando se realicen los hechos previamente definidos en la ley como delitos. En sentido objetivo, también según Antón Oneca, el Derecho Penal es el conjunto de normas que regulan el ejercicio de la función penal propia del Estado.

Así, lo que pretendemos con esta ponencia, en primer lugar, es poner de relieve la diferencia entre las nociones romanas de *poena criminis* y *poena privata*, aplicada esta última a los *delicta privata* en virtud de la problemática *actio poenalis*, y una vez constatada la verdadera naturaleza de la *poena privata*, tratar de recomponer el fundamento jurídico que enlaza esta idea de *poena privata* romana con la actual institución de la responsabilidad civil derivada del delito.

En efecto, según la doctrina penalista tradicional las dos consecuencias jurídicas del delito son la imposición de la pena y obligación de reparación civil del daño ¹⁰. Así, la responsabilidad civil derivada del delito es una consecuencia civil del delito que no participa del fundamento y del fin de la pena. En consecuencia, al determinar su importe se debe prescindir del propósito ejemplarizante o preventivo de que está revestida la pena, que es inadecuado e inaplicable para la fijación de la responsabilidad civil. Por otra parte, las leyes penales pueden facultar a los tribunales para reducir la pena o prescindir de ella por diferentes razones de prevención o de política criminal, pero, en cambio, nunca podrían permitirles hacer lo mismo con la obligación de reparar el daño. Esto es debido a que la responsabilidad civil derivada del delito persigue una reparación que se configura como la compensación económica de los efectos del delito, es decir, un mecanismo jurídico que pretende la plena satisfacción de la víctima por los daños causados.

Sin embargo, como se sabe, se incluye en el ámbito del Derecho penal español la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, se insertan en la ley punitiva una serie de normas de naturaleza civil, ubicación que no ha satisfecho ni a la doctrina penalista ni a la civilista, y que ha motivado la aparición de posturas enfrentadas en relación a la ubicación de esta *obligatio ex delicto*.

Por tanto, tratamos de constatar en esta ponencia el origen común de la responsabilidad *ex delicto* romana y de la responsabilidad civil derivada del delito, hoy en día cla-

¹⁰ Vid. ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 1.^a ed. Reus, Madrid (1930), p. 121, afirma que ambas medidas sirven como medio de lucha contra el hecho ilícito y realizan una función protectora del derecho. Pero, según este mismo autor, la pena se da, en primer término, en interés general y la reparación sin embargo afecta primeramente al interés privado. La pena sólo se aplica cuando existen condiciones de imputabilidad y se mide por la culpa y la peligrosidad, mientras que la responsabilidad civil puede darse sin culpa y se mide por el daño. Por otra parte, la pena se aplica solamente a los autores y participantes en el delito, siendo una prestación estrictamente personal de los culpables, mientras que la obligación de resarcimiento se extiende a otras personas y se transmite a los herederos. No es posible tratar la pena como una especie de resarcimiento, ni el resarcimiento como una especie de pena.

ramente diferenciadas de la responsabilidad penal o criminal, una vez afirmado con rotundidad el carácter público de la pena. Así, el delito, además de daño público, puede producir un daño privado. Sin embargo, la antigua justicia penal identificaba los dos, ya que en época de la venganza privada y de la composición, como veremos, con la pena se proponía a la vez dar satisfacción a la víctima y resarcir el daño privado.

2. POENA SACRAMENTI

Una primera directriz metodológica consiste en encuadrar la idea de *poena*, en la medida de lo posible, en el ámbito de la represión de las actividades ilícitas en la sociedad romana primitiva, en concreto, en el panorama de la represión de las actividades ilícitas que nos ofrecen las XII Tablas, tema éste bastante analizado por los romanistas. En dicho panorama histórico se distinguen ya instrumentos jurídicos de defensa, es decir, procedimientos judiciales (*vindicationes*) para defender la *potestas* dominical y paterna del *paterfamilias*. Se trata en este caso de afirmar un poder basado en la estructura gentilicio-familiar de la incipiente comunidad política.

Mediante el formalismo ritual de las *legis actiones* se determina y declara la conducta justa, el *ius* (lo justo) en cada caso concreto en litigio. Además del poder dominical (como *dominus* y como *pater*) del *civis* se puede también exigir un deber jurídico de prestación (*dare facere oportere*) nacido de una promesa verbal solemne (*sponsio*), que habría surgido, según Gayo 4,17a con las mismas XII Tablas. La conducta contraria al *ius*, es decir, antijurídica, se halla ya entonces sancionada con una *poena sacramenti* en el caso de defensa del poder dominical del *paterfamilias* ciudadano (*meum esse aio ex iure Quiritium*). Se trata de una *poena* procesal contra una conducta *iniusta*, contra una actividad *non iure facta* (*iniuria*). El ritualismo de la *legis actio sacramento in rem* delata claramente la finalidad de definir un poder (*potestas*) justo *inter cives*, que aparece calificado como *vis civilis vel festucaria*, por tanto, un poder (*vis, potestas*) civilmente *iustum*, es decir, propio del *ius civile* como *ius inter cives*.

Nos hallamos así inicialmente ante una jurisdicción civil que sanciona con una *poena sacramenti*, y nos hallamos también con un nuevo *modus agendi* (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) que se nos presenta en las fuentes como un *agere sine poena sacramenti* que significa una gran novedad, no suficientemente clarificada todavía. Se trata de la posibilidad de exigir el cumplimiento de una promesa realizada mediante *sponsio*, antiguo *iusiurandum* promisorio laicizado, que hace nacer un vínculo civil, es decir, una obligación civil y no religiosa, que surge mediante la pregunta y la respuesta congruentes de las partes que verbalmente se vinculan. Aquí aparece ya la primera noción de *obligatio civilis*, primer germen histórico de las *obligationes ex contractu* de época clásica. Pero no aparece en el panorama de las XII Tablas el germen de una *obligatio ex delicto*, porque los daños ilícitos entre ciudadanos engendraban la venganza, regulada por la ley del Talión, salvo acuerdo entre ofensor y ofendido (*pactio o pactum*).

Se ha afirmado por Betti ¹¹, que este *pactum* o composición voluntaria sería un acto de naturaleza contractual, para reafirmar con ello la tesis de la prioridad del *contractus* frente al *delictum* en la conocida polémica respecto a la primera fuente de la *obligatio* romana.

El pago de una cantidad pactada (*pecunia* = cabezas de ganado) parece una composición que evita la venganza del ofendido si nos atenemos a las mismas XII Tablas (*ni cum eo pacit talio esto*, tab. 8,2) que, además de la composición voluntaria admiten también una tasa legal de sanción pecuniaria. Esta idea de que el *pactum* libera al delincuente pervive en la *obligatio ex delicto* clásica que puede ser extinguida mediante *pactum*. No puede hablarse de una *obligatio ex delicto* en las XII Tablas porque los diversos actos ilícitos sancionados en éstas no implican el nacimiento de un vínculo obligatorio civil entre ofensor y ofendido como el que surge del antiguo *iusiurandum* transformado en *sponsio* laica. De ésta nacía un *iudicium* en el que se subsumía el objeto de la *sponsio*, es decir, el contenido real de la promesa que mediante *litis contestatio* quedaba *deductum in iudicium* (*res in iudicium deducta*), de donde procede la *reipersecutio* del proceso formulario civil.

El delincuente no está obligado, no tiene todavía el deber civil (*oportere*) de cumplir mediante pena pecuniaria, ya que ésta se entiende como opción que puede ser objeto de pacto (composición voluntaria) o puede ser aceptada como tasa o cuantía pecuniaria legal (composición legal). Pero el delito, entendido como *nox*a o daño nocivo, vincula sólo corporalmente al delincuente que, si no resarce el daño, debe entregarse bajo el poder del perjudicado ¹². Este es el probable ámbito de vigencia de la arcaica *poena privata*, que implicaría prisión privada o sumisión al poder del ofendido. La huella histórica de esta prisión privada se percibe en las XII Tablas y la *manus iniectio* constituye una prueba de que, en materia de delitos, existía una *manus iniectio damnati* junto a la *manus iniectio iudicati*. Son las dos vías ejecutivas de la sanción o pena privada, una en caso de *iudicatio* y la otra de *damnatio*. Se ha admitido por Magdelain que en las XII Tablas los términos *damnatus* y *iudicatus* significarían, respectivamente, la concepción reipersecutoria y la penal ¹³.

¹¹ Vid. BETTI, E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, 2.^a ed., Milán (1955).

¹² BIONDI, B., *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, AUPA (1925) 52; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, París (1960), pp. 283 ss.; DE VISSCHER, F., *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles (1947), pp. 537 ss.; *Études de droit romain. L'origine de l'obligatio ex delicto*, París (1931), pp. 261 ss.

¹³ Vid. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice archaïque à Rome, Ius Imperium Auctoritas*, Études de droit romain, L'Erma, Roma, De Boccard, París, (1990), pp. 619 ss, establece una correspondencia entre las figuras del *iudex* y del *arbiter* con el binomio *iudicare* y *damnare*. La fórmula *iudicatus sive damnatus* se refiere al autor del delito declarado culpable (*iudicatus*) y condenado por otra parte a pagar el daño (*damnatus*). Vid. BURDESE, *Condanna pecuniaria nel processo civile romano*, en Seminarios Complutenses de

3. POENA PRIVATA Y POENA CRIMINIS

El término *poena*¹⁴, según afirma Albanese, es probable que no haya tenido desde el origen una aplicación técnica general¹⁵. Ya en las XII Tablas aparece el término *poena*, con el significado de aflicción impuesta al sujeto por el ordenamiento jurídico, y, según Albanese, aparece el término en relación con la *iniuria* (XII Tab. 8,4: *si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunt*). La misma idea de aflicción, en relación a otros comportamientos ilícitos aparece expresada, sin embargo, en las mismas XII Tablas, con expresiones en las que no se recurre al término *poena*: *duplione damnum decidito, sarcito, talio esto, iure caesus esto, inprobis intestabilisque esto, sacer esto, em capito, manum endo iacito, manus iniectio esto, litem addicito, ob portum obvagulatum ito, vincito, partes secanto, qua volet iumento agito*. Así, según Albanese, en un momento histórico se reafirmó el uso del término *poena*, como término general para expresar una forma particular de reacción del ordenamiento jurídico frente al ilícito.

Albanese afirma la existencia de un doble significado del término *poena*. Por un lado, *poena* es una aflicción impuesta por el ordenamiento jurídico frente a un comportamiento antijurídico¹⁶, y así en D. 50,16,131¹⁷ la *poena* aparece definida en general como *noxae vindicta*, como *omnium delictorum coercitio*, con referencia a la *poena pecuniaria*, a la *poena capitis*, a la *poena existimationis*, y en consecuencia, tanto referida al de-

Derecho romano, I (1990), Madrid, pp. 159 ss. Hacia fines de la república ambos términos tendieron a aproximarse, según Burdese. La aparición del *arbiter* y del *iudex* en la *iudicis postulatio* atribuida a las XII Tablas y la correspondencia de esta dualidad con la mención del *iudicatus* y del *damnatus* como objeto de la *manus iniectio* encierran una clave que conduce a la dualidad entre *iudicatio* y *damnatio*. Hay que aceptar, por tanto, una diferencia entre el sujeto *damnatus* y el *iudicatus* tanto en el plano procesal como en el plano sustancial.

¹⁴ Vid sobre la *poena*: DE ROBERTIS, F. M., *La funzione della pena nel diritto romano*, Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantésimo anno del suo insegnamento universitario, Napoli (1949), pp. 169-196; FUHRMANN, v. *Poena*, PW, suppl. IX (1962), pp. 843 ss; VENTURINI, C., *Premessa romanistica*, Le pene private, a cura di F. D. Busnelli-G. Scalfi, Milano, Giuffrè (1985), pp. 13-25; BURDESE, A., *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, Seminarios Complutenses de Derecho romano, I: Cuestiones de Jurisprudencia y proceso, Madrid (1990), pp. 175-203.

¹⁵ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, ED XX, Milano (1970), p. 70.

¹⁶ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p. 71. Son textos especialmente significativos para Albanese D. 50,16,244; D. 19,5,14,1; D. 48,19,41.

¹⁷ D. 50.16.131, pr. *Ulpianus libro III ad legem Iuliam et Papiam*.- *Aliud fraus est, aliud poena; fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. Poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur, et quasi poenae quaedam praeparatio. I.- Inter mulctam autem, et poenam multum interest, quum poena generale sit nomen, omnium delictorum coercitio, mulcta specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est; poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet; et mulcta quidem ex arbitrio eius venit, qui mulctam dicit; poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est; quin imo mulcta ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item mulctam is dicere potest, cui iudicatio data est. Magistratus solos, mandatis permissum est; poenam autem unusquisque irrogare potest, cui huius criminis sive delicti executio competit.*

recho privado como al derecho público. Según Albanese, con este primer significado está relacionado el fenómeno de la *poena* procesal, es decir, la aflicción patrimonial, ligada por el ordenamiento jurídico a un comportamiento procesal ilícito, sea del actor como del demandado, ya que aparece violada la norma de no litigar temerariamente.

Un segundo significado técnico, según Albanese, implica que la *poena* es una aflicción pecuniaria determinada, a cargo de un sujeto, en virtud de una obligación asumida libremente por él frente a otro sujeto. Este es el caso de *poenae* establecidas por medio de *stipulatio*, en las relaciones privadas entre particulares, de la que sería un ejemplo la *stipulatio dupli* en la compraventa.

Además, destaca Albanese que en el caso de la *poena* procesal la aflicción a cargo del litigante temerario se realizaba según el ordenamiento jurídico no por vía directa, sino a través de la mediación de un acuerdo impuesto a las partes. En definitiva, para Albanese, la consecuencia que se deriva de estas afirmaciones es que la forma de la pena convencional se utiliza para realizar una verdadera y propia pena *ex lege* ya que aparece idéntica en el ámbito tanto de la pena convencional como de la pena *ex lege*, la esencia aflictiva del fenómeno, y considera Albanese que en toda la experiencia romana no se ha cuestionado la enorme extensión de la idea de pena, como aflicción personal y patrimonial al autor del ilícito.

Por otra parte, para lograr una más clara distinción entre las nociones de *poena privata* y *poena criminis*, siguiendo a Talamanca¹⁸, el concepto de *poena privata* es una noción amplia que incluye, en la experiencia jurídica romana, dos grandes sectores: el de las *actiones quibus poenam persequimur* (o penales) en contraposición a las reipersecutorias y en el ámbito de estas últimas el sector formado por la pena convencional, entendida también en sentido amplio. El ámbito de la *poena* convencional, según Talamanca, aparece cubierto en gran parte por la figura de la *stipulatio poenae*, a la que se pueden añadir el legado penal y la cláusula que prevé el pago de una suma pecuniaria como pena convencional en un contrato tutelado por *iudicia bonae fidei* (*pactum adiectum*).

Respecto a la noción de *poena criminis*, siguiendo la definición de Santalucía¹⁹, sería la sanción que el Estado romano impone a los responsables de un delito público (*crimen*), que asume fisonomías y caracteres diversos según las variadas épocas históricas. Según Santalucía, en supuestos específicos, que aparecen como una infracción de la *pax deorum*, es decir, de la paz y amistad que debe subsistir perpetuamente entre la *civitas* y sus dioses, el Estado interviene para el restablecimiento del orden perturbado. Y puesto que el custodio natural de la paz en relación con los dioses es el rey, sumo sacerdote de la comunidad, le corresponde a él la aplicación de sanciones idóneas de naturaleza religiosa frente a quien, con su comportamiento, ha causado la exposición del grupo entero a la cólera divina.

¹⁸ Vid. TALAMANCA, M., v. *Poena privata* (*dir. rom.*) ED XXXII, p. 712.

¹⁹ Vid. SANTALUCÍA, B., v. *Poena criminis*, ED XXXII, p. 734.

Respecto a esta definición queremos hacer notar que, como afirmamos al inicio, la existencia del *ius puniendi* del Estado es la base para imponer una *poena criminis*, y en los tiempos más arcaicos los crímenes aparecen reprimidos con penas expiatorias religiosas o en el ámbito familiar. La idea de imposición por el Estado de una *poena criminis* es necesariamente posterior, cuando se organizan los tribunales públicos para sanción de los *crimina* y se desarrolla un derecho penal público, cuyo titular es la comunidad de ciudadanos.

Para Santalucía²⁰, no siempre la intervención punitiva del Estado aparece, sin embargo, reconducible a la idea de purificación de la colectividad frente a la cólera divina. Junto a los reos culpables de pena sacral se pueden individualizar otros hechos criminales, que por haber sido realizados contra la propia existencia de la comunidad estatal, son objeto de pública persecución no para fines purificadores, sino por el principio de que a la ofensa se responde con la ofensa. En la persecución de estos ilícitos el rey no actúa en calidad de sacerdote, sino en la de comandante militar, y el poder ilimitado de coerción deriva de su *imperium*. En este caso la pena tiene carácter laico, no sacral. En época republicana, según Santalucía, se perfila una transformación del carácter de la pena, que pasa de ser un instrumento de expiación religiosa a ser un medio para la realización de una exigencia social de justicia.

Se conservan amplias huellas del sistema punitivo fundamentado sobre la expiación social en las *leges regiae*, según Santalucía²¹. La crítica moderna reconoce en ellas las fuentes más antiguas del derecho criminal romano. Según Santalucía²², la normativa regia se limita simplemente a acoger los antiguos *mores gentilicios* (y recuerda la ley, atribuida a Rómulo, que permite al marido, asistido por el *consilium* doméstico, castigar con la muerte el adulterio u otra culpa grave de la mujer): la mayoría de las veces la antigua persecución, familiar o del grupo, cede el puesto a la persecución estatal, fundamentada sobre el concepto de expiación religiosa.

Santalucía recuerda con relación a las *leges regiae* una célebre norma, atribuida a Numa, sobre la muerte violenta de un hombre libre, relatada por Festus²³: *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit parricidas esto*. Para Santalucía es indudable que esta normativa, pese a estar anclada todavía en las concepciones religiosas que caracterizaban el ambiente y cultura de la época, representa una decisiva progresión en la evolución del derecho criminal romano, no sólo por la relevancia atribuida a la distinción entre acto voluntario y acto involuntario, sino porque aparece la vía para la avocación del Estado de la persecución del homicidio: por un lado, en efecto, se transforma el homicidio voluntario en un crimen no susceptible de composición; y por otro, fija un límite a la in-

²⁰ Vid. SANTALUCÍA, B., v. *Poena criminis*, *op. cit.*, p. 736.

²¹ Vid. SANTALUCÍA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano (1989), p. 2.

²² Vid. SANTALUCÍA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, *op. cit.*, p. 3.

²³ Vid. FESTUS, *De verb. signif.*, 247, 22-24 L.

discriminada reacción de los parientes del fallecido, consintiendo que pueda matarse al homicida sólo en el caso de que haya actuado voluntariamente (en caso contrario deberán contentarse con la entrega de un carnero como sacrificio sustitutivo).

Así se sientan las bases, según Santalucia, para una gradual configuración del homicidio como crimen de interés público, sancionado con pena impuesta por el Estado, y en cuanto tal dotado de su propia individualidad frente a los otros delitos originariamente incluidos en la esfera de la venganza gentilicia como el hurto o las lesiones corporales (*membri ruptio, ossis fractio*), los cuales acaban confluyendo en la sanción general de la pena pecuniaria privada.

Resultan, por tanto, perfectamente delimitados los conceptos de *poena privata* y *poena ciminis*, quedando por precisar, sin embargo, el concepto de *poena privata* en el ámbito del proceso civil, procedente de una *obligatio civilis*, y, sobre todo, su relación con la controvertida *actio poenalis*, cuestión que abordamos a continuación.

4. LA POENA PRIVATA Y EL PROBLEMA DE LA ACTIO POENALIS

En la doctrina romanística se halla planteada desde hace años una importante discrepancia acerca del concepto romano de la *actio poenalis*. Según la interpretación de Savigny, debido a una imprecisión terminológica en las fuentes romanas, aparecen algunas *acciones poenales* cumpliendo una función reipersecutoria²⁴.

Así, Savigny distingue entre acciones reipersecutorias, acciones penales unilaterales y penales bilaterales. Con las acciones reipersecutorias se pretende la conservación del patrimonio de una persona, o bien, si este fue destruido, su restablecimiento, de modo que se impedía un daño injusto por un lado, y una ganancia injusta por el otro.

En las acciones penales bilaterales la consecuencia del acto ilícito es que el ofensor deba hacerse más pobre y el ofendido más rico en relación a su situación anterior al ilícito, y esta modificación patrimonial sería la pena. Sin embargo, según Savigny, en las acciones penales unilaterales, la suma pagada es el resarcimiento para el ofendido y a la vez pena para el ofensor. Un ejemplo de este tipo de acciones es la *actio doli* por un acto

²⁴ SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín (1841) realizó el gran impulso de potenciación de la idea de resarcimiento frente a la *poena*, afirmando que la denominación romana de *actio poenalis* encierra una función reipersecutoria. Esta idea de Savigny lanzada hacia mediados del siglo pasado sirvió de apoyo a los pandectistas para la elaboración de la teoría del daño extracontractual, que llegó al Derecho civil moderno desde Roma. En efecto, aunque Savigny debilitó la eficacia de las *acciones poenales* romanas considerando que fueron en gran parte reipersecutorias, y potenció así la *actio mixta*, relegando la idea penal frente a la resarcitoria, debe tenerse en cuenta que tampoco la jurisprudencia clásica nos transmitió una distinción clara entre *rei persecutio* y *poena persecutio*. No parece haber transmitido pues, Savigny, a los pandectistas una visión de las fuentes distorsionada.

que había empobrecido al ofendido sin enriquecer al ofensor, y cuando se trata de subsanar los efectos del acto doloso, el ofensor sufre una disminución patrimonial, pero esta sólo tiene la función de restablecer el equilibrio en el patrimonio del ofendido. Las dos categorías tienen en común, como afirma Savigny, que cualquier acción penal, pertenezca a uno o a otro tipo, consigue un efecto mínimo de resarcir al ofendido: puede ser más amplia, pero no desciende jamás de aquél *minimum*. Así determina Savigny la función reipersecutoria de la *actio poenalis*.

En la doctrina posterior, propiamente romanística, se mantuvo la interpretación, convertida ya en tradicional, en virtud de la cual algunas obligaciones nacidas de delito pueden tener un contenido reipersecutorio. De ello resultó como consecuencia que las *actiones poenales* parecían todas ellas nacidas de un *delictum*, tuviesen o no función penal, consecuencia ésta que sería debida a la imprecisión de las fuentes romanas, como ya había pensado Savigny ²⁵.

Ilustres romanistas se han ocupado del tema bajo esta directriz hasta que Levy, dentro de esta línea de ideas distinguió entre las *actiones* de presunta naturaleza penal, las que tenían función reipersecutoria ²⁶. Con ello logró Levy una explicación dogmática de las fuentes, distinguiendo en la interpretación de éstas la naturaleza de la acción (que sería *causa actionis*) frente a su función, que sería la finalidad de la misma acción, conceptos estos que parecen poco adecuados para una revisión histórica de los textos romanos. Sin embargo, Levy lanzó un destello que ilumina un camino sin duda aprovechable: la idea de otorgar a las *actiones in factum* la naturaleza penal.

Voci, partiendo de las teorías de Savigny y Levy expuestas, realiza una revisión de las teorías romanistas en este punto, ya que planteada así la polémica respecto a la *actio poenalis*, la noción romana de *poena* se convirtió en el punto más importante para aclarar el sentido de la *actio poenalis*. En esta dirección realizó Voci ²⁷ un esfuerzo importante, que intentó rehabilitar la noción de *actio poenalis* como tal, atribuyéndole una función punitiva y no reipersecutoria, pero el esfuerzo no resultó fructífero, precisamente por haber otorgado a la noción de *poena* un sentido general no muy alejado del actual. Voci realizó un gran esfuerzo, utilizando la crítica de las interpolaciones como método que todavía se hallaba en auge en su época, pero no logró superar los planteamientos de Levy y de Kaser, el cual siguió básicamente al primero.

²⁵ Así PERNICE, *Zur Lehre v. d. Sachbeschädigungen*, Weimar (1867), pp. 116 ss, para quien la *actio poenalis* tiene como característica mínima la de nacer del delito y puede tener a la vez, además, la característica de llevar un pena. También KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 2,1, Lipsia (1901) 973, y SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, Lipsia (1907) 172, que hace suya la observación de Savigny de que los romanos no habrían sido precisos en su terminología.

²⁶ Vid. LEVY, E., *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht* (Berlín, 1915) Id. *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht.I* (Berlín, 1918) (= Aalen, 1964) 1, pp. 80 ss. y passim.

²⁷ Vid. VOCI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Giuffrè, Milano (1939).

Así intentó Voci la defensa a ultranza de un derecho penal privado, sosteniendo la existencia de la *poena privata* y de la *actio poenalis* como instituciones vivas e intactas, por lo menos todavía durante la época clásica. Una característica del pensamiento de Voci es la estrecha vinculación que establece entre *poena* y *actio poenalis*. La *poena* verdadera y propia sólo puede ser impuesta, según él, por la vía de una *actio poenalis*, de modo que donde no se utiliza esta *actio* no hay *poena*, aunque sí pueda existir una sanción, pero no será una *poena*. La *actio poenalis*, según Voci, permanece intacta durante toda la época clásica. En cambio, al final del Derecho romano, la *poena privata* no es una institución viva, porque se produjo una cancelación y oscurecimiento de las *actiones poenales*.

En consecuencia, distingue Voci radicalmente entre la *poena persecutio*, que tendría la finalidad de castigar al reo y la *rei persecutio* dirigida a devolver al patrimonio del perjudicado todo lo que le había sustraído por el acto ilícito²⁸. La *poena persecutio* mira la punición del reo, aunque sólo sea pecuniariamente, si bien puede admitirse una finalidad patrimonial inmediata. Históricamente la *poena* se transformó de aflicción corporal en *poena* pecuniaria y así permaneció durante toda la historia del Derecho romano.

Esta afirmación de Voci estableciendo un concepto estereotipado y permanente de *poena* en Roma y, en consecuencia, de la *actio poenalis*, constituye, uno de los puntos más débiles del pensamiento de Voci, que opera bajo la influencia de la visión de Ihering respecto a la *poena privata* y también bajo el influjo de ideas penales modernas²⁹.

De este modo Voci plantea su teoría utilizando el método de la crítica de las interpolaciones para afirmar que la *lex Aquilia* sería *actio poenalis* para los clásicos y reipersecutoria para los justinianos. Con ello planteó Voci una revisión de las fuentes según sus puntos de vista, frente a las conclusiones alcanzadas por Pernice³⁰, De Francisci³¹ y Levy³², para

²⁸ Vid. VOCI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, op. cit., p. 9.

²⁹ Para VOCI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, op. cit., p. 10 la *poena privata* es una institución de derecho privado dirigida a la aflicción del culpable y, por tanto, nace como aflicción corporal, una vez superado el estadio de represalia en que el culpable era entregado al grupo ofendido. A esta responsabilidad corporal sucedería la responsabilidad pecuniaria, y así se mantendría durante la historia del Derecho romano la *poena* pecuniaria sin perder su estructura originaria.

³⁰ Vid. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, 21 (1967), Weimar.

³¹ Vid. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità pasiva*, Milano (1912). ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità pasiva nei limiti dell'arricchimento dell'eredità*, BIDR 26 (1914), pp. 90 ss. = Studi 4 (1946), pp. 369 ss. Pernice, De Francisci y Albertario siguen la doctrina tradicional de Savigny y la pandectística, según la cual muchas *actiones* nacidas de un *delictum* tienen contenido reipersecutorio. Pernice, y con él De Francisci y Albertario, propugnan como característica mínima que nazcan un delito.

³² LEVY, *Konkurrenz der Aktionen*, pp. 80 ss., mantiene la posición más original. Admite *actiones* penales mixtas con función reipersecutoria en época clásica. Levy atribuye naturaleza penal a las *actiones in factum* y a las que tienen su origen en un delito, como la *actio ex lege Aquilia*. Pero esta naturaleza penal no impide que la función de estas *actiones* sea reipersecutoria. KASER, M., *Quanti ea res est*, Múnich, 1935, estudiando la *condemnatio quanti ea res erit* distinguió, en línea con Levy, acciones penales puras, con condena a la *vera aestimatio rei*, y acciones penales mixtas, con *condemnatio al id quod interest*.

quienes la distinción entre *poena* y *reipersecutio* no presenta la nitidez que Voci supone al vincular la *poena* con una *actio poenalis* y la *reipersecutio* con una *actio reipersecutoria*. La construcción de Voci de la *poena privata* y el resarcimiento está impregnada de influencias modernas que la hacen inaceptable hoy, ya que no existe en Roma un proceso penal distinto del proceso civil, así como tampoco puede hablarse de *poena privata* en referencia a un hipotético derecho penal privado.

En definitiva podemos adelantar que el verdadero enfoque en el tema de la *poena privata* proviene de su relación con la *condemnatio* formularia, en cuanto la condena puede limitarse solamente a una estimación del daño ocasionado o bien añadirle además un múltiplo de la *aestimatio pecuniaria* como *poena*. Se trata de que la condena pecuniaria propia del proceso civil, que sanciona una *obligatio civilis*, la cual vincula al cumplimiento de un deber jurídico (*dare facere oportere*) y persigue un valor pecuniario equivalente a la obligación incumplida por el *obligatus*, que se debe someter a la condena después de la *litis contestatio*, a partir de la cual quedará el demandado sujeto a la condena pecuniaria (*res in iudicium deducta*). Aquí se opera en virtud de la *actio in personam* nacida de una *obligatio civilis* (*ex sponsione, mutui datione*, etc.) y, por tanto, la acción es reipersecutoria. Pero, se debe admitir la existencia de otro tipo de deber jurídico (*oportere*), que exige una *damni decisio ex delicto* que surge con la *lex Aquilia de damno*, apareciendo así una auténtica *obligatio civilis ex delicto*. La *condemnatio*, en este caso, ha de ser resultado de una *aestimatio damni* pecuniaria, y, por tanto, constituye más bien un *arbitrium* que un *iudicium*.

5. ACTIO POENALIS-ACTIO REIPERSECUTORIA

La presunta dicotomía *actio poenalis-actio reipersecutoria* constituye un grave problema que los romanistas críticos ya en el siglo pasado han acrecentado, admitiendo cambios de pensamiento atribuidos a presuntas interpolaciones³³.

³³ Vid sobre los conceptos de *actio mixta*, *actio poenalis*, *actio reipersecutoria*: DE FRANCISCI, P., *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva*, Milano (1912), pp. 8 ss.; ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e la loro trasmissibilità pasiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, BIDR (1913), pp. 90 ss.; *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, ZSS, R., 32, 313; DE ECHEVARRÍA MARTÍNEZ DE MARI-GORTA, L., *Acciones que nacen del delito*, Rev. Española de Derecho canónico, 6 (1951), pp. 529-569; SANFILIPPO, C., *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, Ann. Sem. Giur. Catania 5 (1951), pp. 118-131; BRASIELLO, U., *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè (1957); BETTI, E., *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale —Atto illecito— Negozio giuridico*, Roma. Edizioni Ricerche (1959); DE ROBERTIS, F. M., *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, Annali Fac. Giur. Bari, 3.^a serie, 1 (1965-1966), pp. 223-236; MACQUERON, J., *L'interêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, Études offertes a A. Audinet, Presses Univ. de France (1968), pp. 173-188; PUGSLEY, D., *The Roman Law of Property and Obligations. An historical introduction to some of the main institutions*, Cape Town-Wynberg-Johannesburg, Juta & Comp. Ltd (1972), pp. 121 ss.; TILLI, G., *Dominus sciens e servus agens*, Labeo 23 (1977), pp. 16-41;

Así, Albanese³⁴ afirma que la determinación, para el derecho clásico, del concepto de la *actio poenalis* como rígidamente contrapuesto —sin una tercera vía— a la *actio rei-persecutoria*, es uno de los más tenaces prejuicios de la doctrina reciente.

Hemos mencionado ya a este respecto la conocida obra de Voci, que revisó las ideas de Savigny y de los romanistas anteriores y coetáneos a él mismo y basta recordar aquí que, según Voci, la *rei persecutio* tendría por finalidad la devolución al patrimonio del perjudicado lo que éste había perdido con un acto ilícito, mientras la *poena persecutio* tendría la finalidad de penalizar al *reus*. Este pensamiento de Voci se complementa con la idea de que la *poena* verdadera y propia solamente puede ser irrogada por medio de una *actio poenalis*. Este rígido planteamiento no admite la figura intermedia de la *actio mixta* en época clásica.

Sin embargo, se puede abordar una revisión de los textos que han provocado la polémica en la doctrina romanística, cuyo núcleo está formado por la noción de *poena* y *actio poenalis*.

El texto básico es Gayo IV, 6-9: 6. *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.* 7. *Rem tantum persequimur velut actionibus «quibus» ex contractu agimus.* 8. *Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.* 9. *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relictas sunt.*

En el contexto de la exposición gayana de los *genera actionum* (IV,1) y concretamente en los textos que nos ocupan (IV,6-9) se refiere Gayo al objeto de la *actio* señalando tres posibles fines. En primer lugar, *rem tantum persequimur*, que persigue un interés nacido del contrato. En segundo lugar *poenam tantum* persigue una pena pecuniaria mediante una *actio ex delicto* existiendo la posible concurrencia de una *vindicatio* o una *condictio*, tratándose entonces de una *poena damni* (= *damni decisio*). Y en tercer lugar,

VACCA, L., *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, Studi Economico-giur. (Pubbl. Fac. Giur. Univ. Cagliari), 1978/1979, pp. 223-277; Id. *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, Aufstieg und Niedergang II,14, Berlin/New York (1982) 682-721; Id. *Actiones poenales e actiones quibus rem persequimur*, IURA 40 (1989), pp. 41-54; Id. *Azioni penali ex delicto: pena e reintegrazione patrimoniale, Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli (1993), pp. 195-217; ROSSETTI, G., *Problemi e prospettive in tema di struttura e funzione della azioni penali private*, BIDR 96-97 (1993-1994), pp. 343-394; CRIFÓ, G., *Le obbligazioni da atto illecito. Caratteristiche delle azioni penali*, Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener, Madrid (1994), pp. 731-738; LOVATO, A., *Sulle azioni di furto e di rapina nell'esperienza giustiniana*, Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana XI, Napoli (1996), BLANCH NOUGUÉS, J. M., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid (1997); VOCI, P., *Azioni penali e azioni miste*, SDHI 64 (1998), pp. 1 ss.

³⁴ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito*, *op. cit.*, p. 84, nota 44.

rem vero et poenam persequimur corresponde a las *actiones in duplum adversus infiantem*.

Hay otro conocido texto relacionado con esta problemática, que se refiere de modo especial, en el ámbito del *ius honorarium*, a las *actiones quae rei persecutionem habent*, que es D. 44,7,35,pr. (*Paulus, libro I ad edictum praetoris*): *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur; nec in heredem dandae sunt; ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto Unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur*³⁵.

Es la interpretación de estos dos textos la que ha suscitado la polémica doctrinal, que exponemos, en primer lugar analizando la postura de Albanese, ya que elabora su teoría en torno al ilícito, que consideramos el punto de partida adecuado³⁶.

a) La postura de Albanese

Confrontando el texto gayano con el de Casio, Albanese llega a la conclusión de que el texto gayano no es más que una aplicación de una distinción, que la escuela sabiniana había elaborado referida a un único tipo de acciones: las acciones honorarias (es decir, acciones *in factum*), que serían las acciones ficticias (esto es, según dice el propio Gayo en el texto citado, la *actio Publiciana* y la *actio adversus bonorum possessionem debitoris nostri*), y las acciones con trasposición de sujeto (como las *actiones adiectitiae qualitatis: de peculio et de in rem verso, quod iussu*, etc.).

Según Albanese, los párrafos gayanos contienen una adaptación general de la distinción casiana, aunque bajo otro aspecto. Así, Casio parece que elabora la distinción, no con fines clasificatorios generales, sino teniendo como objetivo establecer si la acción honoraria debería considerarse anual o perpetua. Si se acepta esta teoría de Albanese

³⁵ Trad. D. 44,7,35,pr.: En cuanto a las acciones honorarias, dice Casio que se debe determinar, que las que contengan la persecución de una cosa, se den también después de un año, y las demás dentro del año. Mas las honorarias, que no se dan después del año, tampoco se han de dar contra el heredero; pero sí para que a este se le prive del lucro, como sucede en la acción de dolo malo, en el interdicto *Unde vi* y en otras semejantes. Mas aquellas contienen la persecución de una cosa, con la que perseguimos lo que nos falta del patrimonio, como cuando ejercitamos la acción contra el poseedor de los bienes de nuestro deudor; asimismo la Publiciana, que se da a la manera de reivindicación. Pero cuando se da después de anulada por la usucapión, se extingue con el año, porque se da contra el derecho civil.

³⁶ Vid. también SCADUTO e RUBINO, v. *Illecito (Atto) (Diritto moderno)*, NDI, VI, (1938), pp. 702 ss.; SCOGNAMIGLIO, v. *Illecito (Diritto vigente)*, NNDI, VIII (1962), pp. 164 ss.

estaríamos ante dos diferentes redacciones del manuscrito veronés, según él mismo afirma³⁷.

Además, Albanese realiza el análisis de los textos controvertidos (Gayo IV 6-9 y D. 44,7,35,pr.) bajo otro aspecto: en el texto de Casio aparece la contraposición entre las acciones (honorarias) *quae rei persecutionem habent et ceterae actiones* (siempre honorarias), mientras que en el texto gayano se distingue entre *agere ut rem tantum consequamur*, *agere ut poenam tantum consequamur* y *agere ut rem et poenam consequamur*.

Según Albanese³⁸, a Casio le interesaba aislar, entre las acciones pretorias, aquellas *quae rei persecutionem habent*, para afirmar sólo respecto a ellas su validez *post annum* (e *in heredem*), que sería un fenómeno excepcional en el ámbito de la jurisdicción pretoria. Así todas las restantes acciones pretorias aparecerían genéricamente indicadas como *ceterae actiones*, incluyendo, según los dos únicos ejemplos que aparecen en el propio texto (D. 44,7,35,pr. cit.), tanto acciones que tienen una *poena* no procesal verdadera y propia (como la *actio de dolo*), como las acciones que de ninguna manera se pueden llamar penales en un mismo plano (como la *actio ex interdicto e unde vi*). A Gayo, sin embargo, según Albanese, le interesaría, más ambiciosa y arriesgadamente, improvisar una naciente y completa clasificación del *agere*, más concretamente del *persequi*. Este es el punto de partida del que Albanese deduce su teoría en cuanto a la configuración del ilícito en el derecho privado romano.

Pero el intento de coordinación de ambos textos según la interpretación de Albanese, pone de manifiesto las dificultades que él mismo expone respecto a los textos gayano y casiano³⁹.

³⁷ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., pp. 74 ss., donde destaca un hecho singular: entre los tres tipos de *agere* señalados por Gayo, todos son ejemplos de *actiones in personam* (a. acciones *ex contractu*, para el *agere ut re tantum consequamur*; b. acciones *ex delicto*, para el *agere ut poenam tantum consequamur*; c. la *actio iudicati*, *actio depensi*, *actio legis Aquiliae*, *actio ex testamento*, para el *agere ut rem et poenam consequamur*). Esta limitación gayana a las acciones *in personam* le parece lógica a Albanese para las dos últimas categorías de acciones, pero no la considera razonable para la primera categoría. Y esto porque el primer ejemplo que viene a la mente del *rem persequi* sería la *reivindicatio*, la más típica e importante de las acciones *in rem*. Esta singularidad la explica Albanese del siguiente modo: la versión de Gayo estaría ligada únicamente a las acciones honorarias, y en consecuencia, guardaba silencio acerca de la *reivindicatio*, que era una acción civil. Se limita a las *actiones ex contractu* de un modo que sorprende, afirma Albanese, ya que la mención de la naturaleza reipersecutoria de la *reivindicatio* aparece inserta únicamente en el inciso del párrafo 8, a propósito de la disputa acerca de la *actio vi bonorum raptorum*. Según Albanese, en este caso, para fundamentar la opinión de quienes reconocieron en aquella acción un *poenam tantum persequi*, Gayo dice: *nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit*.

³⁸ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p. 75.

³⁹ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p.76. Así, respecto al texto de Casio, considera que la noción de *poena* es el presupuesto de la distinción casiana, implícito y necesario para entender el discurso del jurista. La característica más distintiva para Casio es la *rei persecutio* y las acciones respecto a las que no se puede hablar de *rei persecutio* no aparecen en absoluto designadas como acciones penales, sino genéricamente como *ceterae actiones*. En definitiva, según Albanese, para Casio la pena y la acción penal no son

La dificultad que se deduce del esquema casiano, para Albanese⁴⁰, es que en el complejo fenómeno de la *poena* de algunas acciones honorarias se deberá distinguir una cuota de verdadera y propia pena —en el sentido de pura aflicción del demandado no correlativa a un empobrecimiento del actor— y una cuota de *rei persecutio* —en el sentido de restitución de aquello que *ex patrimonio nostro abest*.

Pero, como el propio Albanese afirma, esta interpretación no es compatible con en el esquema de la *actio vi bonorum raptorum* de la que quedan huellas postclásicas de su ejercitabilidad *post annum*, por la cuota *reipersecutoria*, contra el directamente legitimado (D. 47,8,4,9); pero, sin embargo, en cuanto a la exigibilidad *in heredem*, en la porción del enriquecimiento, no se admite. Reconoce, por tanto, que existe incongruencia de su teoría con el régimen de esta acción, y, reconoce, por tanto que el régimen casiano falla en este caso⁴¹.

Afirma Albanese también que la clasificación gayana, más que la casiana, tiene dificultades y límites. Afirma que el mérito del esquema gayano sería la consideración de que las acciones penales propias y verdaderas son las que *poenam tantum persequimur*. Pero esta conclusión implicaría negar la calificación de penal a acciones indudable e indiscutiblemente penales, nada menos que la *actio legis Aquiliae*, de cuya clásica naturaleza penal no se puede dudar, según Albanese, quien sostiene que Gayo no podía entender en absoluto la acción penal en este sentido restringido y contrario a la realidad. Así califica Albanese la sistematización gayana de arriesgada y poco oportuna⁴².

en absoluto términos equiparables a *rei persecutio* y a *actio quod habeat rei persecutionem*. Así, Albanese intenta una explicación: Casio presupondría la existencia de acciones que presentan conjuntamente *rei persecutio* y *poena*. De ahí la singular terminología, puesto que no habla de acciones *reipersecutoriae* o *quibus rem persequimur*, sino con el matiz: *actiones quae habent, quae continent, rei persecutionem*.

⁴⁰ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p.77.

⁴¹ Vid. sobre la *actio vi bonorum raptorum* nuestra teoría expuesta en Studi ni memoria di Giambattista Impallomeni, Milano, Giuffrè (1999), *La función de los recuperadores a la luz de dos documentos epigráficos: Tabula Contrebiensis y Lex Irnitana*, 2.ª parte, *Visión de las fuentes y de la literatura*, p. 225: los *recuperadores* debían ser competentes para casos en los cuales se habían causado daños bajo determinadas circunstancias, es decir, *damnum vi hominibus armatis coactisve datum*. Cicerón trata de ello en *Pro Tullio* 3,7: *iudicium vestrum est recuperadores quanta pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. Eius rei taxationem nos fecimus: aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum*. El *iudicium recuperatorium* (...) se dirige a reparar el *damnum vi hominibus armatis coactisve datum*. Va más allá del *damnum iniuria datum* aquiliano al objeto de reprimir el *damnum* causado por la violencia armada o coactiva. Este nuevo tipo de delincuencia con violencia y agresividad organizada, superaba el marco del *damnum* civil aquiliano y exigió la intervención del *praetor pergrinus* otorgando un *iudicium imperio continens* y nombrando en cada caso *recuperadores* con la función de hacer la *aestimatio damni* y la consiguiente *damnatio in quadruplum*.

⁴² Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p.79. Además, según Albanese, la clasificación gayana puede dar la impresión paradójica, de que los clásicos hubiesen dudado de la naturaleza penal de la *actio vi bonorum raptorum*. Efectivamente, como afirma Albanese, esta acción se cita en D. 4,8 a propósito de las acciones en las que *poenam tantum persequimur*. Se dice: *velut actione furti et iniuriarum et secundum quo-*

b) Interpretación desde la perspectiva de la *actio civilis in personam*

Respecto a los textos enunciados que han suscitado la polémica, parece indudable, en primer lugar, que Gayo se refiere a la finalidad de la *actio civilis in personam* y a lo que por medio de ésta se puede perseguir, aunque habla primero de *consequi* (IV, 6: *agimus... ut rem tantum consequamur*) y después de *persequi* (IV,7: *... rem tantum persequimur*). La expresión *res* se entiende como objeto, asunto, o bien interés deducido en juicio (*res in iudicium deducta*). Este *rem persequi* gayano no tiene relación ninguna con las *actiones in rem*. No hay que olvidar que la misteriosa tricotomía *actio, petitio, persecutio* parece referirse a tres medios procesales distintos⁴³, y, según Fuenteseca, surge probablemente en el último siglo de la república y es un intento de síntesis de todos los medios de reclamación del proceso que fundamentalmente denominaríamos privado⁴⁴.

La expresión *poenam tantum persequi* (Gayo IV,8, cit.) a propósito de las *actiones furti, iniuriarum y bonorum raptorum* puede referirse a la *poena damni* resultante de una *aestimatio damni* más un múltiplo de esta como *poena*. Así podría leerse: *poenam «damni» tantum persequimur*. Esta lectura correspondería mejor a las *actiones ex delicto* que sancionan el *furtum*, la *iniuria*, la *rapina*. En cambio, el *damnum iniuria datum (ex lege Aquilia)* se encuadra perfectamente entre las *actiones* dirigidas a *poenam et rem per-*

rundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei vindicatio et condictio nobis competit. Albanese explica esta aparente contradicción, afirmando que la duda de Gayo no se refiere a si la *actio vi bonorum raptorum* es de naturaleza penal, sino a si es ejercitable *post annum* (o *in heredem*). En consecuencia, algunos clásicos habrían considerado la *actio vi bonorum raptorum* entre las *ceterae actiones* de Casio, es decir, entre las que no tiene carácter reipersecutorio. Otros juristas clásicos, teniendo en cuenta que son ejercitables *post annum*, y considerando la existencia de algún aspecto reipersecutorio, habrían clasificado la *actio vi bonorum raptorum* entre las *quae rei persecutionem habent*. Y lo mismo quiere decir Gayo, afirma Albanese, al reproducir relatando la duda a que nos referimos. Además considera absurdo el intento de algún estudioso de eliminar la mención de la *actio vi bonorum raptorum* del texto de Gayo; afirma que más bien el esquema de Gayo resulta infeliz y poco perspicaz, ya que presenta la dificultad sustancial de encontrar algún ejemplo de acciones civiles que presentasen, junto con la *poena* algún elemento reipersecutorio.

⁴³ Vid. FUENTESECA, P., *Reflexiones sobre la tricotomía actio-petitio-persecutio*, AHDE 40 (1979), en p. 225 afirma que el término *persecutio* se presenta como un *tertius terminus* y probablemente comprenderá todas aquellas actuaciones o reclamaciones que no constituyan *actio* ni *petitio*. Más concretamente se considerarían *persecutiones*, según Fuenteseca, las *cognitiones praetoriae* que se ventilaban bajo la *auctoritas praetoris* y que más tarde a lo largo de la época clásica acabaron considerándose terminológicamente *actiones* (ej. *restitutio in integrum*). En época ciceroniana *persecutio* aparece por una parte en sentido general de *persequi ius suum*, sin duda no técnico, y por otra *persequi iudicio recuperatorio*. En este último sentido sí parece demostrarse claramente como *tertius terminus*, puesto que en los *iudicia recuperatoria* no se ventila una *actio privata* —no parecen ser *iudicia* ni *arbitria* privados— ni tampoco parece tratarse de *accusatio publica* que dae lugar a un *iudicium publicum*, puesto que éstos constituían cuestiones *ex lege (publica)*. (...) en la crisis de los conceptos procesales el término *actio* se extiende plenamente relegando los demás términos. En época de los Severos el trinomio carece de vigencia. Su verdadero sentido hay que buscarlo en época republicana final y acaso el último jurista que formuló conscientemente su sentido haya sido Sabino en sus *libri iuris civilis* en el cual se informó Ulpiano y quizá algún otro jurista de la época de los Severos.

⁴⁴ Vid. FUENTESECA, P., *Reflexiones sobre la tricotomía actio-petitio-persecutio*, op. cit., p. 218.

sequi adversus infitiantem (Gayo IV,9). Este último grupo de Gayo se refiere a las *actiones* que serán denominadas *mixtae* por Justiniano (I. 4,6,18⁴⁵) en contraposición a las anteriores en que, según nuestra hipótesis, *poenam «damni» tantum persequimur*. Ciertamente que el calificativo de *mixtae* no aparece en Gayo IV, 6-9, mientras resulta, en cambio, reiteradamente utilizado por Justiniano (I. 4, 6, 18-19) cuya *divisio* distingue *actiones reipersequendae gratia, poenae persequendi gratia* y *mixtae* (I. 4,6,16).

Gayo no emplea el calificativo de *mixtae* sino *rem et poenam persequi*, pero el hecho de que el término *actio mixta* no sea clásico, no implica la inexistencia de la doble finalidad de algunas *actiones* clásicas. La exposición de Justiniano en sus *Institutiones* no añade nada fundamental al cuadro tripartito gayano, pero sí una gran clarificación e incluso el relevante hecho de calificar como *actiones ex maleficiis* creadas *poenae persequendae causa* (no menciona el *delictum*). Gayo habla desde el *ius civile* y, por tanto, del proceso civil y de las *actiones civiles in personam*. Su información significa que la disyuntiva *res-poena* como objeto de la *actio civilis* constituía una preocupación de los juristas clásicos, más que de los postclásicos o de Justiniano.

Por otra parte, también es difícil interpretar el sentido del otro texto mencionado de Paulo (D. 44,7,35,pr. cit.), que expone una opinión de Casio, jurista quizá modelo de Gayo, pero que en este caso discrepa de este, como veremos. Casio, en efecto, se preocupa de dar una noción amplia de *rei persecutio*, función que viene atribuida a aquellas *actiones quibus persequimur quod ex patrimonio nostro abest*, esto es, aquellas que nos permiten obtener algo que falta en nuestro patrimonio. Pero así como Gayo se ocupa del problema en el ámbito del *ius civile*, Casio se refiere al *ius honorarium* y por eso Paulo recoge sus opiniones en el libro *I ad edictum praetoris* (recordamos que se trata de D. 44,7,35,pr., *Paulus libro I ad edictum praetoris*).

Cabe admitir, sin embargo, que la opinión de Casio haya sido retocada por *Paulus* y ello dificulta la interpretación. Casio parece intentar la ampliación de la noción de *rei persecutio* admitiendo que comprende (*continet*) todo menoscabo sufrido por nuestro patrimonio. Se entendería por *persecutio rei* la restitución de todo aquello en que disminuyó nuestro patrimonio. Puede entenderse que Casio amplía la *rei persecutio* más allá del ámbito de las *actiones ex contractu*, extendiéndola a toda *persecutio* de contenido pa-

⁴⁵ I. 4,6,18: *Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti; sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola poena agitur. Nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eo amplius adversus furem etiam conditio est rei.* Trad: En cuanto a las acciones nacidas de delitos, unas han sido establecidas tan sólo para perseguir la pena, otras para perseguir así la pena como la cosa, y por ello son mixtas. Persigue uno tan sólo la pena por la acción de hurto; pues ya se demande en el manifiesto por el cuádruplo, ya en el no manifiesto por el duplo, se trata sólo de la pena. Porque la cosa misma la persigue uno por una acción propia, esto es, sosteniendo que es suya, ora el mismo ladrón posea la cosa, ora otro cualquiera; además de lo cual hay contra el ladrón también la condición de la cosa.

trimonial. Casio, que se refiere a las *actiones honorariae*, parece que intenta aplicar a éstas la problemática del binomio *res-poena*.

De nuevo nos encontramos aquí con la idea de *poena* que Casio intenta diluir en el resarcimiento, mientras Gayo mantiene un criterio procesal más riguroso respecto a la finalidad de las *actiones*. Gayo, que analiza el tema en el libro IV (*De actionibus*) de sus *Institutiones*, nos presenta una visión procesal del problema de fondo, que es la dualidad entre las *actiones civiles ex contractu* cuyo contenido, después de la *litis contestatio*, queda fijado a efectos de la *condemnatio pecuniaria*, a la que se someten las partes, y por otra parte, las *actiones* en las que *poenam tantum damni persequimur*, sin llamarlas *actiones ex delicto* ni tampoco *actiones poenales*.

Ya hemos afirmado que la expresión *poenam tantum persequi* aplicada respecto a las del *furtum*, la *iniuria*, o la *rapina* hay que considerarla referida a la *condemnatio pecuniaria* resultante de la *aestimatio damni*, con un múltiplo del *damnum* como *poena* y, por tanto, cabe suponer que Gayo pensaba en *actiones quibus poenam damni tantum persequimur*. Así, desde el punto de vista del proceso civil en el que se coloca Gayo no puede hablarse de un *dare oportere ex poena*, sino de un *damnum decidere oportere* que exige una previa *aestimatio damni* o *damni decisio*.

Esta es la mecánica procesal de la *actio civilis in personam* nacida de una *obligatio civilis* y no de una *obligatio poenalis*, que no existe. De ahí la dificultad para admitir una *actio poenalis* propiamente dicha, puesto que no se trata ya de un castigo aflictivo sino de una sanción o *condemnatio pecuniaria* con base en la *aestimatio damni*. Por eso las *actiones* del *furtum*, de la *iniuria* o la *rapina* persiguen una *poena damni*, a la que puede añadirse un *plus*, según los casos, que tendrá sentido punitivo, pero la exigencia de la *aestimatio damni* como base, supone un sentido resarcitorio básico de la *condemnatio*. La condena es el resultado de la valoración del *damnum* más un *plus* añadido y no una cuantía pecuniaria fija preestablecida, como es el caso de una multa pública.

Por tanto, las *actiones civiles ex delicto* no son meramente punitivas. Mediante la aplicación de la *condemnatio* pecuniaria clásica se penalizan pecuniariamente, en un múltiplo del *damnum*, ciertas figuras delictivas privadas. Puesto que el *damnum* o hecho dañoso es privado, también la *poena* es privada y se exige mediante *actio civilis in personam*. Se sanciona una *obligatio civilis (ex delicto)* en época de Gayo y ello nos permite hablar hoy todavía de delito civil identificándolo con la responsabilidad civil *ex delicto*, que es el punto de llegada de esta ponencia. Así, la idea de *actio poenalis* como instrumento técnico procesal para irrogar una *poena* que Voci intentó imponer, no tiene fácil cabida dentro del proceso civil y de la concepción del delito civil.

Por eso es muy parca la mención de la *actio poenalis* en las fuentes, que aparece en una decena de menciones, como afirma Albanese ⁴⁶, que analizó la despenalización del

⁴⁶ Vid. ALBANESE, B., v. *Illecito (storia)*, op. cit., p. 84, nota 44.

derecho privado a través del proceso, a lo cual se añade el traspaso de algunos hechos delictivos privados al derecho criminal público, que ya hemos mencionado antes. La *poena sacramenti* y otras formas de *poena procesal* son sanciones ya de tipo público (*deponitas in sacris*) respecto a conductas antijurídicas. En cambio, la *poena damni* privada sancionaba el *damnum* o perjuicio injustamente causado a otro ciudadano.

Estas discrepancias en torno al contenido resarcitorio o penal de las *acciones*, que hemos seguido desde Casio y Gayo hasta Justiniano, se plantean dentro del proceso civil y de las *acciones civiles in personam* y respecto a la *condemnatio pecuniaria*, de tipo más bien resarcitorio, en virtud de una *aestimatio damni* a la que se añade un múltiplo como *poena*. Esta es la esencia de la *obligatio ex delicto* clásica, sancionada con una *actio in personam*, que es procesalmente análoga a una *actio ex contractu*. Así, con la *obligatio ex delicto* clásica se encauza el antiguo deber de composición pecuniaria nacida de delito, como medio para la liberación del culpable. El *damnum (noxa, maleficium)* hace surgir una responsabilidad personal del delincuente y los diversos *delicta* se unificaron procesalmente bajo el deber civil de composición del daño (*damnum decidere oportere*). En consecuencia, las cuatro figuras delictuales privadas aparecen como formas de resarcimiento del daño.

Las discrepancias de los juristas clásicos, antes analizadas, nos llevan a la conclusión de que estos circunscribieron el tema de la *poena privata* al ámbito del proceso civil y de la *obligatio civilis*, sancionada ésta con una *actio civilis* y no *poenalis*, para exigir el deber de composición del *obligatus (damnum decidere oportere)*, dirigiéndose al *reus* con una *actio in personam*. Así se admitió el deber también jurídico (esto es, legítimo) de *damnum decidere oportere*, como exigencia derivada de una *damnatio* previa que hubiese señalada culpable a un *reus*. En estos casos la *poena* se entendería como *poena damni tantum*. Tendría el sentido de pena liberadora del *reus*, cuyo *damnum* había sido objeto de *aestimatio* pecuniaria, que podría ser agravada *in duplum, triplum*, etc respecto a la cuantía escueta de la *aestimatio damni*. Aquí se manifiesta el carácter vindicativo de la *poena*, residuo histórico de la venganza privada. Es claro que la *condemnatio* en este caso conduce a un resultado punitivo, pero no aflictivo corporalmente, porque no se trata de una penalidad meramente aflictiva, sino resarcitoria, en la línea histórica del deber de *noxam sarcire* que recae sobre el autor del daño (*noxa, noxia*).

La idea de resarcimiento patrimonial aparece ya muy lograda y por ello hemos supuesto que Gayo habría pretendido referirse a la *poena damni* solamente, frente a las *acciones* que llevan añadida la *poena temere litigantium*. Pero las discrepancias teóricas de los juristas tratan de enjuiciar una realidad procesal que se había impuesto, que es el hecho de admitir como *obligatio civilis* el deber de pagar una *aestimatio* pecuniaria nacida de un acto nocivo (*damnum*). El *reus* ha sido *damnatus* como delincuente y la *aestimatio damni* constituye una *co-damnatio* o *condemnatio pecuniaria*. La *poena damni* aparece como característica común del delito civil.

En consecuencia, la *damni decisio* aparece como una función de tipo arbitral más que judicial, es decir, una tarea de valoración económica del *damnum*, que puede ser incrementada en un múltiplo (duplo, trile o cuádruplo del daño evaluado) y este incremento de la cuantía de la *condemnatio* es la *poena damni ex delicto* (ej. *duplione damnum decidito*).

Por otra parte, el *damnum* desde la *lex Aquilia* encierra un concepto genérico de perjuicio injustamente causado que obliga al resarcimiento según el antiguo principio de *damnum sarcire* mencionado ya en las XII Tablas y es la razón básica de las *actiones noxales*, residuo de una responsabilidad del delincuente con su propio cuerpo como exigencia de venganza. Esta concepción residual de la venganza privada que recae sobre el propio cuerpo del deudor (*corpus obnoxium*) aparece reflejada en la *poena* pecuniaria en un múltiplo del *damnum* y ello permitió la perduración esporádica del calificativo de *actio poenalis*, muy poco frecuente en las fuentes, como ya hemos afirmado.

El intento de convertir la *actio poenalis* en forma procesal específicamente punitiva ha sido una tarea infructuosa de Voci, influido por criterios iuspenalistas modernos, que Roma desconoció. No cabe pensar en términos modernos de derecho penal (*ius puniendi*) que supone un orden punitivo público, al referirnos a casos que pueden ser calificados como *poena privata*, en cuanto el perjuicio (*damnum*) afecta a un ciudadano privado que puede dirigirse sobre el culpable para exigir de éste la reparación (*damni decisio*) que además se libera a él como delincuente.

6. DELICTA PRIVATA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

El Digesto recoge una rúbrica *De privatis delictis* (D. 47,1) en la que se refleja claramente la doble esfera (pública y privada) de la represión penal. Se distingue entre *criminaliter agere* que constituye un procedimiento público (*iudicium publicum*) y *civiliter agere*. Así, respecto al *furtum* tenemos un testimonio de Ulpiano que distingue a su vez *criminaliter agere* frente a *civiliter agere* en D. 47,2,92: *Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam; non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere*.

La contraposición entre la *actio privata* penal (que constituye un *pecuniariter agere* —D. 47,1,3— y también un *civiliter agere*) y el proceso criminal público (*iudicium publicum*) señala una partición entre *iudicia privata* y *publica*, que preocupará hasta nuestros días⁴⁷.

⁴⁷ Vid. ARCHI, G. G., *Civiliter vel criminaliter agere*. In *tema di falso documentale*, Scritti Ferini, Pubblicación Univ. Católica, nuova serie, vol. XVI, Milano (1947), pp. 1 ss. = Scritti, vol. III, Giuffré, Milano (1981), pp. 1589-1668; MARINI AVONZO, F., *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum (Ricerche sul tardo diritto classico)*, BIDR, 50-60 (1956), pp. 125-198; DE DOMINICI, M. A., *Rap-*

Partiendo de esta distinción procesal y del panorama anteriormente descrito, vamos a entresacar los hitos más importantes que nos llevarán a la conclusión final que apuntamos al inicio.

Así, en primer lugar, la *poena damni* privada sancionaba el *damnum* o perjuicio injustamente causado a otro ciudadano. Y, por otra parte, la discrepancia en torno al carácter resarcitorio o penal de las *actiones* derivadas del *delictum*, debe resolverse en el ámbito de las *actiones civiles in personam*, concretamente referidas a las *condemnatio* pecuniaria de tipo resarcitorio, en la que se realizaba una *aestimatio damni* a la que se añade un múltiplo como *poena*.

A ello hay que añadir que en la *obligatio ex delicto* clásica se manifiesta el antiguo deber de composición pecuniaria del daño (*damnum decidere oportere*), siendo las cuatro figuras delictuales formas de resarcimiento del daño.

Y si, finalmente se acaba distinguiendo entre *criminaliter agere (iudicium publicum)* y *civiliter agere*, este último con contenido pecuniario, la conclusión necesaria es que los *delicta privata* manifiestan en su esencia exactamente la misma idea que la responsabilidad civil derivada del delito, que es la consecuencia que tradicionalmente lleva aparejada la comisión de un delito, junto con la imposición de la pena.

De estas cuatro figuras de *delicta privata* se va separando, sin embargo, el *damnum*, y a partir de la *lex Aquilia* la distinción aparece más nítida, incluso se percibe en Gayo, quien menciona en IV,8 el *poenam «damni» tantum persequimur* para los casos de las *actiones furti, iniuriarum y vi bonorum raptorum*, mientras que en IV,9 habla de *rem et poenam persequimur* al referirse al caso del *damnum* derivado de la *lex Aquilia*. Y sobre todo es en derecho justiniano, donde emerge más claramente la función de resarcimiento de cualquier daño, incluso debido a culpa levísima, por tanto, representando el *damnum iniuria datum* la idea de reparación privada de cualquier daño, en el ámbito extracontractual, como ya hemos demostrado⁴⁸.

De ahí que el *damnum* haya perdurado como indudable figura del derecho privado, en virtud del cual se ha desarrollado toda la doctrina civilista acerca de la responsabilidad por daños, basada en el daño extracontractual, que ha adquirido actualmente una dimensión mucho más amplia y extensa que la de una mera aplicación de los artículos del C. c. que la regulan (arts. 1902 a 1910), lo que incluso permite afirmar que se trata de toda una rama del derecho de obligaciones.

porti tra iudicium privatum e iudicium publicum; GARCÍA GARRIDO y REINOSO BARBERO, F., *Civiliter vel criminaliter agere*, Atti Accademia Costantiniana, Univ. Perugia, IX Convengo Internazionale (1993), pp. 439-456.

⁴⁸ Vid. FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en Derecho español*, *op. cit.*, donde me centro más bien en el origen romano de la responsabilidad extracontractual, es decir, en la figura del *damnum iniuria datum*, sin llegar a la conclusión que aquí expongo respecto a los demás *delicta privata* como origen de la responsabilidad civil derivada del delito.

Respecto a las otras figuras de los *delicta privata* clásicos, una vez desarrollado un *iudicium publicum*, en el que se realizaba un *criminaliter agere*, en el que se perseguían públicamente los delitos, subsistieron, como hemos pretendido probar, en la idea de responsabilidad *ex delicto*, es decir, la idea de que un hecho delictivo puede causar un daño patrimonial o moral, que debe ser indemnizado.

Sin embargo, como hemos expuesto al inicio, en el ordenamiento jurídico español se incluye la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el ámbito del Código Penal⁴⁹ y esto ha provocado la polémica en torno a su ubicación sistemática, ya que para la doctrina civilista carece de sentido que el Código penal regule las obligaciones que nacen de los delitos, ya que se trata de una parte del derecho civil de obligaciones. Para los estudiosos del derecho civil lo correcto sería desarrollar el tema en el articulado del C.c., terminando con la equívoca remisión que éste hace al Código Penal en el art. 1092 («Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal») por cuya virtud únicamente subsiste la aplicabilidad del C.c. en todo lo que no regule el Código penal, es decir, subsidiariamente.

A favor del mantenimiento de la responsabilidad civil en el ámbito del Código penal se argumenta que es necesario por tradición —argumento éste que creemos haber desvirtuado totalmente en este artículo—, así como por necesidad técnica, puesto que la responsabilidad *ex delicto* se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es comprensible a través de la interpretación jurídico-penal. Además, se añade que los Tribunales penales deben tener a su disposición, y dentro de un mismo código, las bases normativas de la totalidad del fallo, que está procesalmente sometido a unos principios propios en su formación y a un régimen de recursos (como el de casación) donde la responsabilidad civil ha de ser decidida, a tal efecto, como fruto de aplicación de una ley formalmente penal.

La consecuencia de esta controversia es que, aunque está pacíficamente reconocida la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito, ésta tiene dos fuentes reguladoras en el derecho español: la ley penal y subsidiariamente la ley civil. Sin embargo, desde la visión que proporciona el Derecho romano, no cabe duda que se trata de una *obligatio civilis*, que surge del *delictum*, y que crea la obligación de reparar el daño causado por la comisión de un delito. Su ámbito es estrictamente civil, y su ubicación conforme a la tradición histórica sería en el Código civil, dentro del Título XVI (De las obligaciones que se contraen sin convenio), en un capítulo inmediatamente anterior o posterior a las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia (que son los arts. 1902-1910)⁵⁰. Esta idea además coincide con las cada vez más extendidas opiniones doctrinales penalistas que propugnan la necesidad político-criminal de lograr, a la vez, la satisfacción de la víctima y, por otro lado, la renuncia, en lo máximo posible, a la imposición de una pena.

⁴⁹ Vid. los arts. 109 y ss del Código Penal y 100 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁰ Se han alegado razones históricas, concretadas en el mayor retraso sufrido en el proceso codificador civil respecto al penal, que habrían llevado a incluir en la ley penal normas de naturaleza civil.