



ISSN 1989-1970

Abril-2021

www.ridrom.uclm.es

Full text article

<b>Fecha de recepción:</b> 15/01/2021	<b>Fecha de aceptación:</b> 22/01/2021
<b>Palabras clave:</b> <i>Concurrencia y paralelismos de acciones, Actio legis Aquiliae, Actio furti.</i>	<b>Keywords:</b> <i>Concurrency and parallelism of actions, Actio legis Aquiliae, Actio furti.</i>



## CONCURRENCIA Y PARALELISMOS ENTRE LA ACTIO LEGIS AQUILIAE Y LA ACTIO FURTI

## CONCURRENCE AND PARALLELISMS BETWEEN ACTIO LEGIS AQUILIAE AND ACTIO FURTI

**Armando Torrent**

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(TORRENT, Armando. *Concurrencia y paralelismos entre la actio legis aquiliae y la actio furti*. RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 1-63. <http://www.ridrom.uclm.es>)

### Resumen:

El plebiscito aquiliano fue ampliado por la jurisprudencia a partir del contenido originario de la *lex Aquilia*, y como ley penal concurrió entre otras acciones con la *actio furti* que había seguido una evolución independiente hasta que en algunos textos parecen ponerse en una línea paralela o concurrente con la *actio legis Aquiliae* en casos de *daños* similares como el *furtum* que permiten advertir la concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio furti*, cuyo deslinde se estudia en este escrito.

### Abstract:

The aquilian plebiscite (286 B. C.) was a penal law that experimented an important jurisprudential extension from the original aquilian text for her application to new cases of *dammum* (faults). As a penal law the texts show a competition of procedural instruments in cases of similar torts (the *furtum*), and having in mind these circumstance seems posible a concurrency between *actio legis Aquiliae* and *actio furti*.

**Sumario.** 1. El concurso de acciones. 2. El *furtum*, 3. Concurso y paralelismo entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio furti*.

1. El concurso de acciones.

La arrolladora evolución creadora y ampliatoria de la *interpretatio* jurisprudencial y pretoria *ad legem Aquilianam de damno*, no sin agudas *controversiae* entre los juristas recogidas en la Compilación justiniana –la primera manifestación documentada se debe a Ofilio (mediados del s. I a. C.) citado por Ulpiano (18 *ad Ed. D. 9,2,9,3*)- iban ampliando los confines originarios del plebiscito aquiliano del 286 a. C.<sup>1</sup> aunque por comodidad de citación y porque así lo citan los juristas romanos todos hablamos de *lex Aquilia de damno iniuria dato* que admitió por primera vez en el ordenamiento jurídico romano la responsabilidad extracontractual, ley sumamente innovadora que entiendo debe enmarcarse en el proceso histórico y político democratizador que intentaba superar las luchas entre patricios y plebeyos que arranca de las *leges Licinia-Sextiae* del 367 a. C. admitiendo por primer vez que uno de los cónsules pudiera ser plebeyo,<sup>2</sup> continúa con las reformas

---

<sup>1</sup> Se discute en la romanística la fecha exacta de la *lex Aq.* Comparto con la mayoría doctrinal la fecha del 286 a. C.; vid. con fuentes y lit. TORRENT, <*Culpa*> *vero casu id est negligentia. Gayo (3 ad Ed. prov.) D. 47,9,9*, en *Ad legem Aquilianam. I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, (Madrid 2019) 271 ss.

<sup>2</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, (Napoli 2007) 99 ss.

democráticas del censor Apio Claudio Ciego del 312<sup>3</sup>, y llega al 286 coincidiendo en esta misma fecha con la *lex Hortensia* que puso en un mismo plano de vigencia, y por tanto de eficiencia normativa, las *leges publicae* y los *plebiscita*.

Desde la *lex Aq.* quedó abierto el surco fecundísimo de la responsabilidad civil extracontractual que sigue impregnando la jurisprudencia europea actual<sup>4</sup>, que en Roma creaba una nueva *obligatio* entre un agresor que sin dolo pero con *culpa*<sup>5</sup> (*neglegentia*) había engendrado un *damnum*<sup>6</sup> a un tercero propietario de bienes valiosos (esclavos, animales, cosas inanimadas) causándole una lesión patrimonial injusta (*iniuria, sine iure*), llegando a tener

---

<sup>3</sup> C. A. VALMAÑA, *Las reformas políticas del censor Apio Claudio Ciego*, (Murcia 1995).

<sup>4</sup> Vid. M. F. CURSI, *Damno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, (Napoli 2010) 97 ss.

<sup>5</sup> Vid. G. MacCORMACK, *Aquilian culpa*, en *Daube noster*, (Edinburgh 1974) 201 ss.; TORRENT, <*Culpa*>, cit.; ID. *Aproximación al concepto de "culpa ex lege Aquilia"*. *Paul (10 ad Sab.) D. 9,2,31 y 9,2,78*, en L. GAGLIARDI (cur.), *Antología jurídica romanística ed antiquaria*, II (Milano 2018) 75 ss.; = *Ad leg. Aq.*, I, 21 ss.; ID., *Concurrencia de culpas de causantes sucesivos del "dannum iniuria datum" y responsabilidad "ex lege Aquilia"*, en *Ad leg. Aq.*, I, 79 ss.

<sup>6</sup> Vid. A. CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e "lex Aquilia" nell'esperienza romana*, en *Studi Franciosi*, I (Napoli 2007) 607 ss.

legitimación activa incluso los *non domini*<sup>7</sup> sin haber entre agresor y víctima ninguna relación contractual anterior. La doctrina posterior a partir de los glosadores fue construyendo lo que hoy llamamos llanamente responsabilidad extracontractual, que la romanística del s. XIX: la Pandectística<sup>8</sup> acrítica con las fuentes, la doctrina interpolacionista sumamente crítica de la primera mitad del s. XX, y la más conservadora desde 1967 a nuestros días, extrae de las *controversiae* documentadas en la última época republicana y desarrolladas en la clásica sobre *lege Aquilia teneri*, ampliando la jurisprudencia romana a partir de los *verba legis* originarios los supuestos previstos en los caps. I y III de la *lex Aq.* Seguimos hoy por tanto un romanismo más atemperado que se ha esforzado en ir sentando una doctrina general de la responsabilidad extracontractual basada en la antijuridicidad y culpabilidad<sup>9</sup> de actos ilícitos dañosos sancionados al amparo de la *lex Aq.*, advirtiendo que ambos

---

<sup>7</sup> G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai non domini*, (Milano 1997) 304 ss.

<sup>8</sup> Vid. TORRENT, *La Pandectística del siglo XIX último gran andamiane teórico de fundamentos del derecho europeo*, en SDHI 83 (2015) 450 ss.

<sup>9</sup> Cfr. CURSI, *"Iniuria cum damno". Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002); CORBINO, *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en SDHI 75 (2009) 75 ss.

conceptos van indisolublemente unidos desde las previsiones originarias de nuestra ley.

La romanística actual precisa que *culpa* (entendida como criterio de imputación de responsabilidad), *iniuria* y *damnum* constituyen los tres principios rectores de la *lex Aq.* cuyo contenido originario, especialmente sus caps. I y III conocemos gracias a Gayo 3,210-219 y D. 9,2,2 pr. (7 *ad Ed. prov.*) En mi opinión debe añadirse un cuarto principio rector: la *causa*<sup>10</sup>. A partir de los *verba* originarios de la ley la *interpretatio* jurisprudencial fue ampliando la protección aquiliana a *damni* no previstos originariamente<sup>11</sup> hasta el punto que llegó un momento en que encontramos en los textos el concurso de diversas acciones, unas propiamente penales y otras contractuales, para reclamar la responsabilidad engendrada por hechos dañosos similares, problema que trato de afrontar en esta sede analizando el concurso, colisión, paralelismos entre las *actiones legis Aq*<sup>12</sup> y otras

---

<sup>10</sup> TORRENT, *La causalidad aquiliana. Conexión "corpore suo-danum dare"*. Gayo 3,219; Ulp. 18 *ad Ed.*) D. 9,1,1,7; )IJ 4,3,16, en *RIDROM*, 20 (2018) 465 ss. (= ridrom.uclm.es) = *Ad leg. Aq., I*, 247 ss.; ID., *Más sobre causalidad aquiliana. El problema de la "causalité dépoassante" (Gerkens) o "Ügerholende Kausalität" (autores germánicos). Concurrencia y paralelismos entre la actio legis Aquiliae y el "interdictum quod vi aut clam"*, = *Ad leg. Aq., I*, 271 ss.

<sup>11</sup> Vid. S. GALEOTTI, *Rupit, rupitia, noxia, damnum: il danneggiamento nella normativa postaquiliana*, en *SDHI* 80 (2014) 229 ss.; EAD., *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, (Napoli 2015); II. *I criteri di imputazione del danno tra "les" e "interpretatio"*, (Napoli 2016).

*actiones*. Quizá la misma ampliación de acciones aquilinas ya fueran éstas *directae, in factum*<sup>13</sup>, *utiles*<sup>14</sup> para la reparación de daños cuya sanción en ocasiones se alinea con las previsiones de otras acciones como la *actio iniuriarum, furti*<sup>15</sup>, *locati-conducti, depositi, pigneraticia, ad exhibendum, actio vi bonorum raptorum*, e incluso con el *interdictum quod vi aut clam* (D. 43,24,7,4)<sup>16</sup>, y con la *quaestio de sicariis et veneficiis*, respondiera a una línea jurisprudencial tratando de evitar el confusionismo procesal entre las acciones aq. y otras acciones. De todos modos no puede decirse que la concurrencia de acciones fuera

---

<sup>12</sup> Cfr. P. van WARMELO, *Les actions autour de la loi Aquilia*, en *Studi Biscardi*, III (Milano 1982) 351 ss.; U. von LÚBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia. Amwehr gegen Georg Thielmann*, en *LABEO*, 30 (1986) 317 ss.; TORRENT, *Previsiones aquilianas III. Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae*, supra ss.

<sup>13</sup> P. GRÓSCHLER, “*Actiones in factum*”: *eine Untersuchung zur klage-Neuschöpfung in nichtverträglichen Bereich*, (Berlin 2002); ID., “*Actioones in factum*” e *actiones utiles*” intorno alla *lex Aquilia* fra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionistico, en M. MIGOLIETTA – G. SANTUCCI (cur.), *Problemi e prospettive della ceritica testuale*, (Trento 2011) 29 ss.; CORBINO, *Actio directa, actio in factum e actio utilis nella disciplina giustiniana del danno oaquiliano*, en *Studi Nicosìa*, III (Milano 2007) 1 ss.

<sup>14</sup> LÚBTOW, Vid. *Aktionen im Umkreis*, 353, “*die actio furti und die actio damni iniuriae also die actio utilis entfällt*”, algo que ya había enunciado O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I.1, (Leipzig 19011) 1337.

<sup>15</sup> TORRENT, *Ad leg. Aq.*, II, cap. IV

<sup>16</sup> TORRENT, *Más sobre causalidad aq.*, cit.

un tema nuevo, pues Levy ya había escrito una obra monumental sobre el tema<sup>17</sup> que había sido objeto de atención para los pandectistas.

Estas consideraciones ayudan a explicar la coincidencia o confluencia de las *actiones legis Aq.* que tienen una finalidad penal con condenas físicas que llegaban hasta la muerte del *reus*, *interdictio aqua et igni*, y penas económicas y resarcitorias reprimiendo actos delictivos culposos extracontractuales, con algunas acciones contractuales como la *actio ex locato* y estrictamente penales como la *actio furti*.

¿Cómo explicar esta confluencia si la *lex Aq.* se promulgó para proteger la propiedad agredida por actos dañosos extracontractuales? Vicenti<sup>18</sup> ha dicho que “se si considera la struttura argomentativa del diritto occidentale, il suo farsi e rifarsi ogni giorno attraverso interpretazioni nuove di regole preeistenti, si potrebbe affermare che esso è fondato, in definitiva, sulle opinioni di chi deve decidere. Ma questo è solo un modo per descrivere come da noi

---

<sup>17</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I (Berlin 1918), II (Berlin 1922), reed. Aalen 1964; cfr. *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadeneratz und Privatstrafe*, (Göttingen 1972), rec. de A. BISCARDI, en *SHDI* 40 (1974) 489 ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, (München 1966) 301 ss.

<sup>18</sup> U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, (Bari 2010) vii.

funzioni l'istituzione diritto. Sono alcune migliaia di anni que l'Occidente ha affidato la sua normatività alla prescrizione scritta: l'applicazione pratica del testo è sempre stata delegata, anche nelle epoche di assolutismo político all'interpretazione condotta da un soggetto diverso dall'autore del testo stesso. Alla volontà prescrittiva si aggiunge così la volontà esplicativa ed entrambe sono volontà impositive perchè volte a modificare la realtà sociale secondo un certo progetto". En realidad, éste fué el *iter* de la *lex Aq.* procediendo juristas y el pretor a ir ampliando su tenor originario a nuevos supuestos que iban ensanchando la protección de las víctimas a través de la creación de nuevas acciones aquilianas pretorias: *in factum utiles*, *ad exemplum* que en cierta manera habian turbado el pensamiento de los pandectistas al encontrarse con el concurso de acciones.

En general, dice Volterra<sup>19</sup>, los autores juegan con el término concurso de acciones para calificar el ejercicio sucesivo de diversas acciones para conseguir el mismo resultado, y pone el ejemplo del caso del heredero que después de haber ejercitado infructuosamente la *hereditatis petitio* intenta ejercitar contra el poseedor de cosas de la herencia una *reivindicatio*, declarando Volterra que examinando las fuentes se puede argumentar que los juristas romanos, teniendo en cuenta este concurso para resolver casos prácticos, no habían construido teóricamente la figura de concurso de acciones, pero es cierto que algunas fuentes conocen esta concurrencia aunque fuera

---

<sup>19</sup> E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, (Roma 1061) 237.



para negar su ejercitabilidad: *si que earum factum fuerit, aliae tolluntur; altera efecta alteram... consumi*. Volterra explica que la Pandectística estudió el concurso de acciones en relación con la consunción de la acción en virtud del principio *ne bis in eadem sit actio*. Adelantando conclusiones diré que no es éste el caso del concurso entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti*, y desde luego es cierto que algunos textos permiten analizarlo desde sus paralelismos. Comparto con Volterra que “non sempre in practica è facile determinare quando si hanno veramente gli estremi della concorrenza e quando no”. En la romanística “per tale azioni è ammesso il cumulo (così) nel caso di furto, in cui caso il derubato può agire con la *condictio furtiva* per la restituzione della cosa rubata e con *l’actio furti* per il pagamento della pena pecuniaria”.

Todos sabemos que en general el análisis de los problemas inherentes a la *lex Aq.* presenta muchas dificultades sustantivas (*damnum, culpa, iniuria, causa*) y procesales que he intentado analizar en algunos escritos míos que acaso pueden tener un contenido polémico, mal entendidos en alguna “peer-review” por un ignorante, mal educado y atrasado romanista en mi opinión anclado en un enfoque excesivamente dogmático de los problemas aquilianos que por ello mismo es antirromano, porque los juristas romanos generalmente no pretendían hacer dogmática sino ofrecer soluciones prácticas. Esto es cierto en la inmensa mayoría de los textos conocidos, pero también debo decir que en ocasiones se puede comprobar en ellos algunos delineamientos sustanciales, o si prefiere,

dogmáticos, en los juristas de finales de la República: Servio<sup>20</sup>, Of. y Alfeno Varo, en mi opinión los más excelsos de los *auditores Servi*, que profundizaron en el estudio de las instituciones jurídicas romanas que había iniciado en los albores del s. I a. C. el gran Quinto Mucio Scaevola, o incluso poco antes los *conditores iuris* del último tercio del s. II a. C. No deja de ser significativa la cita de Marco Junio Bruto por Ulp. D, 9,2,27.22<sup>21</sup> en un caso de responsabilidad aquiliana, labor proseguida en el Principado y especialmente por Jul. (último seguidor de la escuela sabiniana), y por los severianos aunque éstos más que innovadores fueron esencialmente grandes sistematizadores, hasta llegar a Justiniano que fundamentalmente fue el primer gran positivista de la Historia<sup>22</sup> con todos los inconvenientes que tiene hablar de positivismo en la historia jurídica romana. Pero entiendo que la dogmática en sí misma es histórica; que la historia del derecho es esencialmente historia de la dogmática, y por ello es de rechazar el planteamiento absolutista de algunos romanistas que analizan el derecho romano abstrayéndolo de su

---

<sup>20</sup> Declaro mi admiración por la esforzada obra de M. MIGLIETTA, "*Servius respondit*" *Studi in torno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena*, I (Trento 2010).

<sup>21</sup> Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,27,22: *Si mulie pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto.*

<sup>22</sup> TORRENT, *La fractura justinianea en la producción del derecho, la prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista*, en *SDHI*, 79 (3023) 181 ss.

contenido histórico presentándolo como una realidad metahistórica, en definitiva alineándose con lo que siguen haciendo algunos estudiosos de los derechos vigentes<sup>23</sup>.

Al examinar las confluencias y paralelismos entre las acciones aquilianas y de otro tipo, no debemos olvidar que hasta el Bajo Imperio las acciones eran típicas en el sentido que cada derecho violado su reparación no podía reclamarse *in iudicio* si no contaba con una acción propia para reprimir los atentados a cada derecho material concreto, no llegando Roma a concebir acciones genéricas hasta que empezó a desarrollarse el sistema de la *actio praescriptis verbis*, y de ahí la aparente contradicción de §§ que documentan a partir de Sab. comentado por Ulp. D. 19,5,14,1 que diversas acciones, en nuestro caso la *actio legis Aq.* y la *actio furti*, parecen tener una andadura y eficacia paralelas que implican una quiebra de la tipicidad de las acciones (al menos durante toda la época clásica); también es indudable que ambas acciones tenían en común el dirigirse a reparar un daño<sup>24</sup>: extracontractual en las aquilianas; de otro tipo (convencionales, penales rozando los *crimina*) en las otras acciones e incluso algunas podían ser enjuiciadas ante tribunales penales específicos que conducían a *iudicia publica* como las que se podían presentar mediante el procedimiento de la *quaestio de sicariis et*

---

<sup>23</sup> P. GROSSI, *Una costituzione da vivere*, en *Legal Roots*, 7 (2018) 20.

<sup>24</sup> Vid. C. AEDO BARRENA, *Los requisitos de la ley Aquilia con especial referencia al daño. Lecturas sobre las distintas teorías sobre el capítulo tercero*, en *Ius et praxis*, 15 (2010) 315-337.

*bveneficiis* que asimismo presentan el problema de su concurrencia con la *actio leg. Aq.*).

La concurrencia de acciones fue un fenómeno procesal evidente en Roma, y en relación con el *furtum* cabe preguntarse ¿concurren en ciertos casos o hay colisiones unas veces y paralelismos otras entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti*? ¿qué acción es preferible ejercitar?, pregunta que es pertinente plantearla para las mismas acciones aquilianas entre sí: *directae, in factum, utiles* como he tratado de aclarar en otro estudio anterior<sup>25</sup>; ¿hay concurso entre acciones aquilianas *in factum* y *utiles*?. Entiendo que en época clásica eran intercambiables; ¿qué significan las *actiones ex cap. III*?<sup>26</sup> ¿depende el ejercicio de la acción aquiliana u otra distinta de la voluntad del legitimado activo como pretende Barton<sup>27</sup>? ¿depende exclusivamente del magistrado

---

<sup>25</sup> TORRENT, *Previsiones aquilianas III*, cit.

<sup>26</sup> Vid. CORBINO, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martinii*, I (Milano 2008) 599 ss.

<sup>27</sup> J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, en *Daube noster*, cit. 212. Me viene a la memoria la conocida tesis De SANTER (Weimar 1911) donde revisando el origen de la *cognitio extra ordinem* defendía la elección del proceso formulario o la *cognitio* a elección del actor. Quizá y desde un punto estructural podría haber un cierto paralelismo con la elección por el actor aquiliano entre una *actio in factum* y una *actio utilis*. No puedo detenerme en esta sede sobre la tesis de Samter; me remito a su valoración por G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di método. I cosiddetti rimedi pretori*, (Bologna 1965) 19 ss.

la elección de la acción a ejercitar? ¿hay diferencias entre ejercitar una *actio legis Aq. ex cap. I* y *ex cap. III*? De todos modos la concurrencia de acciones que aparece en los textos no es el único caso de concurrencia, porque observo otro tipo, esta vez de culpas, en el caso de distintos causantes sucesivos del daño que en este supuesto obliga a dirimir el grado de culpa de cada uno<sup>28</sup>, y en su caso ordenar el pretor distinta *condemnatio*.

En relación con esta última pregunta entiende Corbino<sup>29</sup> que no había diferencia si la *aestimatio ex cap. III* hubiese tenido por objeto la valoración del interés del actor (el íntegro valor económico de la cosa dañada considerada en el cap. I.) Para Corbino el hecho que en las dos acciones aquilianas se previeran dos distintos criterios de valoración (*quanti id fuit* y *quanti ea res fuerit*<sup>30</sup>) comportó importantes problemas aplicativos, en parte debidos a los diversos tiempos en que debía efectuarse la *aestimatio damni*.

---

<sup>28</sup> Vid. TORRENT, *Concurrencia de culpas de causantes sucesivos del damnum iniuria datum y responsabilidad en lege Aquilia*, pendiente de publicación.

<sup>29</sup> CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*<sup>2</sup>, (Padova 2008) 184.

<sup>30</sup> Vid. TORRENT, *Previsiones aquilianas. II. Momento de la "aestimatio damni" para el cálculo del resarcimiento del damnum. La discordancia entre "quo plurimum in eo anno fuit (Gayo 3,210 y D. 9,2,2 pr; IJ 4,3 pr.) e "in diebus XXX proximis". Gayo 3,210 Ulp. 9.2,27,5, en RIDROM 21 (2019) 240 ss.*

Pero como ya he dicho, no sólo había coincidencias de las *actiones legis Aq.* con otras acciones, unas contractuales como la *actio locati* y otras estrictamente penales como la *actio vi bonorum raptorum* y la *actio furti*; y la misma *lex Aq.* era una ley penal<sup>31</sup>: todas las acciones aquilianas son penales predispuestas para reprimir *delicta privata*, y desde estrictos ángulos procesales puede observarse en la Roma clásica distintas *actiones poenales* según se basaran en el cap. I o en el III en relación con el valor *aestimatum* del *damnum*, es decir, según que el resultado lesivo fuera consecuencia de una *occisio* o una *vulneratio* como reza Gayo 3,212 y confirman las IJ. 4,3,10; ambos §§ muestran las dificultades clásicas para fijar una valoración del daño *ex cap. I* que fuera más allá del valor del *corpus peremptum*. Coinciden también en diversos textos las *actiones in factum* y las *utiles legis Aq.* que hacen presumir el uso promiscuo de tales acciones, uno de los temas discutidos en el campo procesal aquiliano.

Gayo 3,212. *Non solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si seruo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, veluti si serui antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit, si meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. item, si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit*

---

<sup>31</sup> Vid. T. FINKENAUER, *Pönale Elemente der lex Aquilia*, en *Ausgleich oder Busse als Grundprobleme des Schadenesatzrechts von der lex Aquilia zur Gegenwart*. Symposium Hausmaninger, (Wien 2017) 35-71.

*aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quod ceteri qui supersunt depretiati sunt. ídem iuris est etiam si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.*

IJ 4,3,10. *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum pertempti corporis aestimationem habendaum esse secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea, perempto eo corpore damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret; nam hereditatis quodque amissae rationem esse habendam constat. ítem si ex pari mularum unam vex ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus: non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt.*

I, 203 ss. una *condemnatio* por la *occisio* y determinadas formas de *vulneratio*, la *interpretatio* jurisprudencial fué ampliando el concepto de *damnum* y consiguientemente la *aestimatio damni* a todo *quod interest* a la víctima<sup>32</sup>, pudiéndose reclamar no solamente la *occisio* del esclavo o del animal sino además el montante del daño no sólo por el valor del *corpus peremptum*, es decir, que cabía la *aestimatio damni* apreciando lo que se habían depreciado las cosas conjuntas cuando se agredía dando muerte o lesionando un bien patrimonial ajeno, caso de la muerte de una mula que dejaba inútil la pareja, o la del caballo que dejaba en nada la cuadriga, o la del esclavo actor de teatro que impedía la representación teatral de los cómicos sobrevivientes. Gayo, y lo repiten los comisarios justinianeos, añade la agresión a un

---

<sup>32</sup> Cfr. TORRENT, *Id quod interest*,: daño emergente, lucro cesante en la aplicación de la *lex Aquilia*. Reflexiones sobre Jul.-Ulp. D. 9,2,23,1-2, en *Ad leg. Aq.*, I, 203 ss.

bien incorporal que implicaba una disminución del *patrimonium domini*: la muerte culposa de un esclavo que había sido instituido heredero antes de que el *dominus* hubiese dado su *iussum* para la aceptación de la herencia en forma de *cretio*. Estas afirmaciones de Gayo, ferviente sabiniano, muestran de una parte que la discusión sobre aquella ampliada *aestimatio damni* ya se practicaba en el s. I d. C. por Sab. que a su vez se conectaba con la escuela muciana; de otra parte la situación anticuada de Gayo respecto al estado del derecho de su época al mencionar la *cretio*<sup>33</sup>, modo formal primitivo de aceptación de la herencia junto a la discutida *usucapio pro herede*<sup>34</sup> que

---

<sup>33</sup> Vid. TORRENT, s. h. v. en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 230.-231. Cfr. H. LÉVY-BRUHL, *Etude sur la cretio*, en *NRH*, (1914) 153 ss.; S. SOLAZZI, "Heredis institutio cum cretione" e giustizia salomónica, en *SDHI* 21 (1955) 314 ss.; C. BEDUSCHI, *La "cretio" nelle fonti letterarie*, en *Sudi Donatuti*, I (Milano 1973) 153 ss.

<sup>34</sup> Sobre el tema vid. B. KÜBLER, *Die usucapio pro herede nach klassischen Recht*, en *ZSS* 34 (1934) 80 ss.; P. COLLINET, *Les variations de la "usucapio pro herede" avant Hadrian*, en *Studi Riccobono*, 4 (Oalermo 1936) 131 ss.; G. GANDOLFI, *Sull'origine della "usucapio pro herede"*, en *BIDR* 61 (1953) 271 ss.; G. FRANCIOSI, "Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell'antica "hereditas", (Napoli 1965); ID., *Due ipotesi di interpretazione "formatrice" dalle XII Tavole a Gai 2,42 e il caso dell'"usucapio pro herede"*, en *Nozione formazione interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, I (Napoli 1997) 247 ss.



ya habían sido sustituidas por la *pro herede gestio*<sup>35</sup> y la *aditio*, incluso la *aditio nuda voluntate*<sup>36</sup>.

La moderna ciencia romanística se ha centrado de modo especial en distinguir las distintas acciones aquilianas (*directae, in factum, utiles, ad exemplum*) tratando de precisar la que fuese aplicable en cada momento. En mi opinión las *actiones in factum* y las *utiles* eran intercambiables en época clásica, proponiendo la sistemática justiniana (IJ 4,3,15) criterios generales para distinguir las acciones aquilianas, fundamentalmente las *actiones in factum* y las *utiles*<sup>37</sup>. En esta sede centraré mi atención sobre la concurrencia, colisiones, paralelismos entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti* y la *actio iniuriarum*.

## 2. El *furtum*.

La noción de *furtum* tal como había sido perfilada en las XII Tab. se fue ampliando<sup>38</sup> por la *interpretatio* jurisprudencial en los tiempos republicanos y no menor fue la ampliación conceptual del *damnum*

---

<sup>35</sup> Cfr. C. SANFILIPPO, *La valutazione dell' "animus" nella "pro herede gestio"*, en *Annali Catania*, 2 (1947-48) 166 ss.; KASER, *Pro herede vel pro possessore*, en *Studi Biscardi*, II (Milano 1982) 2221 ss.

<sup>36</sup> Cfr. A. CALZADA, *La aceptación de la herencia en el derecho romano. "Aditio nuda voluntate"*, (Zaragoza 1995).

<sup>37</sup> Cfr. TORRENT, III, *cit.*

<sup>38</sup> Vid. H. NIEDERLÄNDER, *Die entwicklung des "furtum" und seine etymologischen Ableitungen*, en *ZSS* 68 (1950) 185 ss.

*iniuria datum* a partir del texto originario de la *lex Aq.* tal como informa Gayo 3,210 y 219<sup>39</sup>. En opinión de Zimmermann<sup>40</sup> “*furtum* and *damnum iniuria datum* were, after all, the two principal offences against the property, and the scope of *damnum iniuria datum* was fairly rigidly determined by the provisions of the *Lex Aquilia* (Gayo 3,195). That it was to the as yet undefined notion of *furtum* that one tended to turn when a property related offence occurred that deserved to be punished, without however, strictly speaking, fitting the requirements of either of these delicts”. Hay ciertamente una “borderline between *furtum* y lex Aq. aludida por Zimmermann<sup>41</sup>: “were cases involving the defacing of documents” (supongo que se refiere a D. 9,2,41), y se encuentra también esta “borderline” en otros casos; incluso hay §§ en que no sólo se discute la confluencia de la *actio legis Aq.* con la *actio furti*, sino también con la *actio iniuriarum*.

El *furtum* como actividad delictiva tiene una compleja historia en Roma<sup>42</sup> que encuentra su primera sanción en el antiquísimo *ius*

---

<sup>39</sup> TORRENT, *Más sobre Gayo* 3,219, 2 ss.

<sup>40</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of civilian Tradition*, (Cape Town 1992, reed. Oxford 1996) 975 ss.

<sup>41</sup> ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 928 nt. 45.

<sup>42</sup> Vid. B. ALBANESE, en *IVS* 9 (1958) 315 ss. = *Scritti giuridici*, I (Palermo 1991) 10 ss.; ID., *Furto (Storia)*, en *ED* 8 (1989) 313 ss. = *Scritti giur.* I, 573 ss.; ID., *La*

*Quiritium*, más tarde recibió una regulación normativa más o menos coherente en las XII Tab.<sup>43</sup> llegando a ser teorizado como delito privado en época postclásica como consecuencia de una laboriosa *interpretatio* jurisprudencial que en época clásica consiente advertir ciertos paralelismo entre la *actio furti* y las *actiones legis Aq.*; no olvidemos que la *lex Aq.* era una *lex poenalis privata*<sup>44</sup> dirigida al resarcimiento de actos lesivos injustos culposos cuya *condemnatio* consistía en una *poena* pecuniaria indemnizatoria por el daño causado, siendo el *furtum* uno de los delitos privados que más ha atraído la atención de la romanística<sup>45</sup>. Muchas veces objeto del *furtum* eran los esclavos siempre que no hubieran participado voluntariamente en el acto ilícito, además obviamente de cosas inanimadas, y como agresión a la propiedad ajena es lógico que

---

*nozione di furto fino a Nerazio*, en *AUPA* 24 (1953) 5 ss.; ID., *La nozione di "furtum" da Nerazio a Marziano*, en *AUPA* 25 (1956) 85 ss.; M. LEMOSSE, *Les actions pénales du vol dans l'ancien droit civile romain*, en *Mélanges Lévy-Bruhl*, (Paris 1959) 179 ss.

<sup>43</sup> Vid. D. PUGSLEY, *Furtum in the XII Tables.*, en *The Irish Jurist*, 4 (1969) 149 ss. Desde un plano general, sobre el contenido penal de las XII Tab., vid. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, en CURSI (cur.), *XII Tabulae. Testo e commento*, II (Napoli 2018) 470 ss.

<sup>44</sup> Cfr. FINKENAUER, *Pönale Elemente*, 35 ss.

<sup>45</sup> Cfr. P. HUVELIN, *Etudes sur le "furtum" dans le très ancien droit romain. Les sources*, I (Paris 1925, reed. Paris 1968); W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII 2 (de furtis)* and the methods of the compilers, en *TR* 10 (1930) 117 ss.; CURSI, *Gli illeciti privati*, en CURSI (cur.), *XII Tabulae*, cit., II, 583 ss.

podiera haber puntos de contacto entre las *actiones legis Aq.* y la *actio furti*.

Originariamente el *furtum*, como dice Guarino<sup>46</sup>, era el acto ilícito consistente en la sustracción voluntaria pero no violenta de una cosa mueble (esclavos, animales, cosas inanimadas) a su detentador aunque no fuese propietario del bien. En los textos muchas veces se identifica el *furtum* con la *contrectatio*<sup>47</sup> de modo que desde antiguo frente a este acto arbitrario la conciencia social se orientó en el sentido que el robado pudiese reaccionar y recuperar la *res furtiva* del ladrón o de quien la hubiese recibido del ladrón que en los casos más graves: *furtum manifestum*, ladrón cogido *in fraganti* mientras estaba robando, las XII Tab. establecían que la víctima podía matarlo inmediatamente si el robo se producía de noche (*si nox*) o el ladrón se defendía con armas (*si te telo defendit*), o en su lugar ejercer sobre él la *manus iniectio* y llevarlo esposado ante el magistrado para que éste ordenase la *addictio* en favor de la víctima que lo tenía *in mancipio* con la facultad de venderlo como esclavo (*venditio trans Tiberim*) si durante tres mercados consecutivos ninguno se ofrecía para rescatarlo. En esta extrema dureza primitiva de la reacción contra el ladrón, las XII Tab.

---

<sup>46</sup> A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, (Napoli 2001) 985.

<sup>47</sup> Cfr. F. BATTAGLIA, *Furtum est contrectatio. La definizione del furto e la sua elaborazione moderna*, (Pavia 2012). Paul. (39 *ad Ed.*) declara: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendae gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittitur*. Cfr. TORRENT, s. v. *contrectatio*, en *Dicc.*, 217.

dejan entrever un eco de la antiquísima venganza privada, pero también admiten las XII Tab. otras reacciones, y el mismo texto decenviral presenta para otros casos una represión evolucionada del *furtum* que mitigaba la ferocidad primitiva; ya he dicho en otra parte<sup>48</sup> que con las XII Tab. comienzan a admitirse usos más humanos intentando proporcionar la venganza a la ofensa tratando de dar fin a la contienda facilitando la composición económica entre delincuente y ofendido. Acierta Zimmermann<sup>49</sup> cuando al hablar del *furtum* declara que nunca debemos ver el derecho romano de forma estática, y habría sido inconcebible que a lo largo de la historia del derecho romano la noción de *furtum* hubiera permanecido inalterable.

Junto al *furtum manifestum* las XII Tab. distinguen un *furtum nec manifestum* (robo no flagrante) susceptible de una condena *in triplum* en sus formas agravadas: A) *furtum conceptum*: cosa robada escondida en casa de otro (receptación la califica Guarino<sup>50</sup>) siendo responsable el dueño de la casa donde el ladrón depositaba la *res furtiva* para esconderla. El rito para descubrir la *res furtiva* en casa del ladrón o en la receptador era muy complejo: la *perquisitio lance licioque* que no podía ser eludida por el ladrón cuando era practicada por el que

---

<sup>48</sup> TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008) 132.

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 927.

<sup>50</sup> GUARINO, *Dir. priv. rom.*, 987.

trataba de recuperar la *res furtiva* con el rito solemne de entrar en la casa vestido sucintamente con un taparrabos (*licium*) portando en la mano un platillo de bronce (*lanx*); B) *furtum oblatum* si el reo de *furtum conceptum* hubiese logrado demostrar que la *res furtiva* le había sido entregada por un tercero (fuese o no el ladrón) para guardarla en su casa (algunos §§ en este caso relacionan la *actio furti* con la *actio depositi* y otros con la *actio ex lege Aq.* Estos supuestos fácticos muestran las dificultades para perfilar la responsabilidad por el *furtum*, sistema de responsabilidad que Guarino considera rudimentario. Estas eran las hipótesis extremas y agravadas de *furtum* que Gayo expone distinguiendo *furtum manifestum* y *nec manifestum* prescribiendo distintas sanciones para otras hipótesis de *furtum* que delineaban la responsabilidad del *fur* y la pena económica a percibir por la víctima.

Gayo 3,184. *Manifestum furtum quidem id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur; alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit, aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea oliveto aut vineto fur sit. alii adhuc ulterius eo usque manifestum surtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset; alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et ullorum sententia, qui existimaverunt, donec perferre eo quo fur destinasset, deprehendum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem utrum diei an etiam plurimum dierum spatium id terminandum sit. quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorrem probant.*

3,185. *Nex manifestum furtum quid sit, es iis quae diximus intellegitur, nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.*

3, 189. *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat*<sup>51</sup>.

Podría decirse que las XII Tab. preveían una durísima pena cuando el ladrón era cogido *in fraganti*<sup>52</sup>, en el momento en que estaba robando (*furtum manifestum*), lo que hacía que esta hipótesis fuera la más feroz en cuanto la víctima podía dar muerte al ladrón al ser evidente el acto del robo, lo que implicaba su punición inmediata<sup>53</sup>. ¿Quiere decir esto que la *poena capitalis* era la más satisfactoria para la víctima? No sabría decirlo, pero dado que no se trata en este caso de recuperar la *res furtiva* pues el ladrón había sido cogido *in fraganti*, acaso fuera ésta la máxima pena admitida en la conciencia social por el implícito allanamiento del domicilio de la víctima y su ataque a la propiedad privada<sup>54</sup>. Sólo para otras clases de *furtum* se resolvía el

---

<sup>51</sup> Cfr. Gell., 1,18,12.

<sup>52</sup> Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *La repression du vol flagrant et non flagrant dans l'ancien droit romain*, en *Scritti di diritto romano*, II, (Napoli 1974) 371 ss.. (el escrito original es de 1932).

<sup>53</sup> XII Tab. 8,12,13; Cic. pro Tull. 20,47 y 21,50; Gell. 11,8,7, 8, 11, 15; Gayo (41 ad Sab.) D. 9,2,4,1; Paul. (41 ad Sab.) D. 47,2,4 pr.; Ulp. 41 ad Sab.) D. 47,2,3 pr.-1. Me parece significativo que estos *ff* de Gayo, Paul. y Ulp. proceden de comentarios ad Sab, lo que prueba la preocupación por el tema en tiempos de Sab. que probablemente vendría de tiempos anteriores.

problema mediante penas económicas, factor que desde mi punto de vista puede ser una de las conexiones entre la *actio legis Aq.* siempre conducente a soluciones económicas, y la *actio furti*. De todos modos las noticias gayanas se resienten de una cierta nebulosidad que suscita dudas en la moderna romanística sobre si la *poena* del *furtum* era pública o privada<sup>55</sup> en cuanto era el magistrado quien debía pronunciar la *addictio* del *reus* a la víctima. Las XII Tab. sólo preveían las actuaciones delictivas dolosas, previendo hipótesis agravadas de *furtum* si el robo se realizaba de noche<sup>56</sup> o si el ladrón se defendía con

---

<sup>54</sup> Me pregunto: ¿esta punición se sigue dando en la actualidad? Estoy pensando en la situación de los Estados Unidos de América donde la Segunda enmienda a la Constitución permite a los particulares poseer libremente armas de fuego y hasta pasearse con ellas por las calles, de modo que si cualquiera entra en casa ajena puede perder la vida por disparos del propietario quedando impune la muerte del asaltante.

<sup>55</sup> Vid. M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, en *ACOP* (= *Atti Copanello*) 5 (1992) 49 ss. Sobre la primitiva reacción privada ante hechos delictivos graves, vid., G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. I. Esercizio dei diritti e difesa privata*, (Bologna 1946).

<sup>56</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche. I. Furto di notte e desuetudine della legge*, (1932) = *Scritti* 3 (Napoli 1960) 399 ss.; CORBINO, *Ssi nox furtum faxit, si in occisit, iure caesus esto*, en AA. VV. *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, (Napoli 1993) 245 ss.



armas<sup>57</sup>; en este último caso la víctima debía haber pedido expresamente al ladrón que depusiera las armas (*endoploratio*<sup>58</sup>).

En la época de las *legis actiones* en casos agravados de *furtum nec manifestum* (Gayo 3,186-187) la víctima podía llevar al ladrón ante el magistrado mediante una *legis actio sacramento in personam* para verificar la realización del acto delictivo y obtener una condena *in duplum* si se hallaba en casa del ladrón la *res furtiva*, y ya hemos visto que previamente la víctima debía cumplir el rito solemne de la *perquisito lance licioque* que requería la presencia de testigos. La concurrencia, colisiones, paralelismos entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti* tuvo que acentuarse sobre todo a propósito del *furtum nec manifestum* y sus distintas variantes; ambas acciones se dirigían a proteger al propietario de la cosa robada<sup>59</sup>, concurriendo ambas

---

<sup>57</sup> M. BOHACEK, *Si te telo defendit*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I (Napoli 1953) 147 ss.; CURSI, *L'uccisione del "fur nocturnus" e "diurnus que telo se defendit" tra norma e interpretazione*, en *Studi Corbino*, II (Tricase 2016) 395 ss.

<sup>58</sup> Vid. A. BERGER, *D. IX,2,41 und das "endoplorare" der Zwölftafeln*, en *Studi Albertoni*, I (Padova 1934) 379 ss.; F. WIEACKER, "Endoplorare". *Diebstahlsverfolgung und Gerüf im altrömischen Recht*, en *Festschrift Wenger*, I (München 1944) 239 ss.

<sup>59</sup> Cfr. R. BONINI, *D. 48,19,16 (Claudio Saturnino "d poenis paganorum"*, en *RISG*, s. III, 20 (1953-62) 148 ss.; R. THOMAS, *D. 47,2,21*, en *Suynteleia Arangio-Ruiz*, 2 (Milano 1964) 607 ss.; R. YARON, *Si adorat furto*, en *TR* 34 (1966) 510 ss.;

acciones siempre que el *damnum* se produjera *sine iure* y *cum culpa*, como se desprende de Ulp. (41 *ad Sab.*) D. 9,2,41,1<sup>60</sup> atribuyéndolo a Pomp. que el *damnum* se hubiera producido *non animo furti faciendi sed tantum damni dandi*, con lo que volvemos al espinoso tema de la *aestimatio damni* que presenta la *interpretatio ad legem Aq.* y veo en este caso una colisión entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* Pomp. da a entender que el eje de la distinción entre *actio furti* y la acción aquiliana se basaba en el *animus: lucri faciendi causa* en la *actio furti* y *damni dandi causa* en la *actio legis Aq.* que Ulp. denomina en este caso *actio damni iniuriae*, o visto desde otro punto de vista, entre haber actuado con dolo o con culpa, en una hipótesis complicada de alteración de un testamento (*si quis testamentum deleverit*<sup>61</sup>) o de hacer público el contenido de un testamento (*si iniuriae faciendae causa secreto iudiciorum publicavit*) que trae Ulp. citando la opinión dubitativa de Marcel. sobre la acción a ejercitar. El § es muy complejo y mezcla una serie de conductas dañosas que van desde la cancelación y/o alteración de los *verba testatoris* por aquél a quien el testador había confiado la conservación del testamento, a la consideración del *animus* del causante del daño. Ulp. pregunta qué acción compete

---

BALZARINI, *Cic. pro Balbo e l'editto di Lucullo*, en *Studi Grosso*, I (Torino 1968) 123 ss.; A. WATSON, *Si adorat furto*, en *labeo* 21 (1973) 193 ss.

<sup>60</sup> O. £, *Palingenesia iuris civilis*, II (Lipsiae 1889) c. 1165, coloca este § en la rúbrica *de furtis*.

<sup>61</sup> Y me pregunto en este caso ¿no cabría también colisión entre la *actio ex lege Aq.* y la *actio ex lege Cornelia de falsis*?

ejercitar contra el que borra *damni iniuriae* un testamento informando de la opinión de Marcel. que niega la oportunidad de esta acción seguida por Ulp. en lo que respecta al testador, pero no a herederos ni legatarios para quienes las *tabulae* testamentarias *chirographa sunt* (*verum tamen in herede vel legatario diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt*).

D. 9,2,41 pr. (Ulp. 41 ad Sab.). *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum<sup>62</sup> dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatario diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographa deleta competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreto iudiciorum publicavit. 1. Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo lucri faciendi, sed tantum damni dandi dederit: nam furti non tenebitur; cum facto enim animum furis furtum exigit.*

Por lo que se refiere a D. eod. 41,1 una explicación plausible diría que Pomp.-Ulp. pensando en el *damnum iniuria datum* aquiliano

---

<sup>62</sup> LENEL, *Pal*, I c. 595, coloca este § bajo la rúbrica *ad exhibendum*, con lo que complica aún más la cuestión, porque también podía haberlo colocado en la rúbrica *de furtis* e incluso en la rúbrica *ad legem Aquilianam*. De considerar indubitada la rúbrica leneliana incluso podría verse una colisión entre la *actio ad exhibendum* y la *actio legis Aq.*

alejaban en este supuesto el ejercicio de la *actio legis Aq.* para primar la *actio furti* tomando como criterio de imputación principal el *animus lucri faciendi* que apuntaba a los delitos dolosos pretendiendo el ladrón enriquecerse con la *res furtiva*, diferenciándolo del *animus damni dandi* que sería el propio de la *lex Aq.*, y si esto fue así el § hay que tomarlo como colisión entre las acciones de *furtum* y aquilianas; pero a mi juicio no se desprende esta consideración de la opinión de los juristas sino más bien de concurso o paralelismo entre ambas acciones, que no tiene nada de criticable por lo que se refiere a la labor de los juristas sino que al contrario demuestra su agudeza. Yo diría que aquellos juristas captaron la vecindad y paralelismo entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* desde un punto de vista procesal considerando que ambas eran disponibles para responder mejor a la exigencia fundamental de todo ordenamiento jurídico: aprestar a los ciudadanos un arsenal de instrumentos para sancionar el *damnum* causado por otro en sus propios intereses; la represión del *damnum* es factor común (presento mis excusas por utilizar esta terminología matemática) entre ambas *actiones*, como también era común su estructura penal. Sustantivamente además los actos ilícitos reprimidos por ambas acciones eran *damni* extracontractuales y asimismo eran realizados *sine iure*. No tiene nada de extraño que Marcel. dudara sobre cuál acción ejercitar, porque Marcel. ante todo, veía sus paralelismos, viéndolas Pomp. y Ulp. desde sus colisiones que explican desde el *animus* requerido para ejercitar una u otra. Pomp. parece tajante en sus afirmaciones compartidas por Ulp. que las considera además *eleganter*: no compete en caso de borrado de las *tabulae* la *actio furti* sino la *actio damni iniuriae*, acaso porque el borrado

de las *tabulae* se hubiera producido por *culpa-neglegentia* de los custodios del testamento que probablemente serían el heredero o los legatarios que con acto culposo verían aumentada su participación en los beneficios hereditarios.

En este sentido advierto el paralelismo entre el *animus furandi lucri faciendi* sancionable con la *actio furti*, y el *animus damni dandi* perseguible con la *actio legis Aq.* que por los efectos que consiguen ambos tipos de *animus* no son tan diversos, porque para calificar el *damnum* como hecho material era indiferente el ánimo de causar daño. Quizá la diferencia estaría en la magnitud del *damnum*: brutal ataque a la propiedad ajena en el caso del *furtum*, y más sibilino en las *tabulas deletas* en cuyo caso Marcel. admite la competencia de la *actio legis Aq.* que también es dudoso, pues el borrado de las *tabulae* tiene todas las trazas de constituir una actividad dolosa, a no ser que se hubiera producido culposamente por negligencia de los custodios testamentarios. Suscita por tanto nuestro § muchas incógnitas al estudioso actual. Es probable que aquella diferenciación del *animus* la tomara Pomp. de Sab. En su análisis de D. 9,2,41,1 que Corbino<sup>63</sup> trae en causa a propósito de la *aestimatio damni*, observa que un daño puramente “moral” como el que sufre un testador por el borrado o cancelación de las *tabulae* o por la divulgación de su contenido no es aquiliano, pero yo no afirmaré tan rotundamente que nuestro § tratara efectivamente de los daños morales<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CORBINO, *Danno qual.*, 108.

La mayor información sobre la situación del derecho penal y procesal de los primeros tiempos romanos las debemos a Gayo<sup>65</sup>. Necesariamente dada la íntima relación entre derecho y proceso tengo que apelar a los sistemas procesales que rigieron las mencionadas acciones a partir de las *legis actiones*<sup>66</sup> a las que siguió el

---

<sup>64</sup> Vid. TORRENT, “*Pretium affectionis*” o daños morales en la “*aestimatio damni ex lege Aquilia*”, en *Ad leg. Aq.*

<sup>65</sup> La lit. sobre Gayo es abundantísima; cfr. sin afán de exhaustividad F. KNIEP, *Die Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktcommentare*, (Jena 1914); ID., *Faii Institutiones commentarii tertius, frs. 88-124*; (Jena 1917); KASER, *Gaius und die Klassiker*, en *ZSS* 70 (1953) 127 ss.; ID., *La classicità di Gaio*, en *Gaio nel suo tempo*, (Napoli 1966) 42 ss.; G. G. ARCHI, *Dubbi su Gaio*, *ibid.* = *Scritti di diritto romano*, I (Milano 1981) 173 ss.; F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, en *labeo* 1 (1966) 7 ss.; G. FALCONE, *Appunti sul IV comentario delle istituzioni di Gaio*, (Torino 2003); F. BRIGUGLIO, *La paternità di Gaio in uno scritto ritrovato del códice veronese deolle Istituzioni*, en *MEP*, 11 (2008) 205 ss.; A. CASTRO SAENZ, *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Anotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, en *SDHI* 79 (2013) 627 ss., y todos conocemos las numerosas ediciones de las *Gaii Institutiones* como también los numerosos escritos antigayanos de Solazzi.

<sup>66</sup> Sobre las *legis actiones* en general vid. LUZZATTO, *Procedura civile romana. III. Le legis actiones*, (Bologna 1948); G. PUGLIESE, *Il proceso civile romano I. Le legis actiones*, (Rma 1962); P. FUENTESECA, *Las “legis actiones” como etapas del proceso romano*, en *AHDE* 34 (1964) 209 ss. = *Investigaciones de derecho procesal romano*, (Salamanca 1969); G. NICOSÍA, *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, (Catania 1984); KASER- HACKL, *Rom. Zivilprozessrecht*, 64 ss.

proceso *per formulas* incluidos conjuntamente en el *ordo iudiciorum privatorum*. También Pomp.<sup>67</sup> ha aportado muchas noticias sobre la historia del derecho romano, y conocía los temas aquilianos. De todos modos, la gran distancia temporal entre las XII Tab. y la información de Gayo sigue siendo un freno para el conocimiento de la legislación penal decenviral como también de la andadura de las *legis actiones* y del posterior procedimiento formulario, dando la impresión de ser demasiado lineal la información de Gayo de las variantes y formas del *furtum manifestum* y *nec manifestum*, además de dar noticia de otras variantes del *furtum*: *conceptum* y *oblatum*.

Gayo 3,186. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.*

Gayo 3,187. *Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te, potius quam apud eum qui dederit, conciperetur. nam tibi apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblata.*

---

<sup>67</sup> Cfr. D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, en *Gaio nel suo tempo*, c98t., 61 ss.; D. NÖRR, *Pomponius oder zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, en ANRW 2.15 (Berlin-New York 1976) 497 ss.; M. TALAMANCA, *Pomponio lib. sing. Ench. D. 1,2,2,49 e le forme del responso dei giuristi repubblicani: una vicenda forse esemplare*, en *Studi Labruna*, VIII (Napoli 2007) 5498 ss.

Se trata de dos tipos de *furtum* del que deben responder el ladrón y aquél en cuya casa se encuentra la *res furtiva*: Hay *furtum conceptum* cuando en presencia de testigos es buscada y encontrada la cosa robada en casa de alguno, pues se concede contra éste aunque no sea el ladrón la *actio furti concepti*. En el *furtum oblatum* la cosa robada te es ofrecida por alguien y descubierta en tu poder habiéndote sido dada con la intención de que fuera descubierta mejor en tu poder que en el que te la dió, y puedes ejercitar contra éste aunque no fuera el ladrón la *actio furti oblata*. De nuevo Gayo centra en el *animus, in mente*, los criterios diferenciadores entre *furtum conceptum* y *furtum oblatum*, en la distinta intención de quien dio y recibió la *res furtiva*, y por parte del receptor el conocimiento o desconocimiento de que la *res* era *furtiva* pudiendo ser condenado *in triplum*<sup>68</sup>, requiriendo en ambos casos la *persiquitio* e *inventio* de la cosa robada en casa del receptor funcionando el *animus* como criterio diferenciador de la aplicabilidad de la *actio legis Aq.* y la *actio furti*. Son muy complicadas estas diferenciaciones, y para mí es dudosa la responsabilidad del receptor si meramente la hubiese recibido a título de depósito y reconociese el origen furtivo de la cosa depositada.

Las líneas evolutivas del *furtum* y del *damnum* aquiliano estaban condenadas a entrecruzarse precisamente porque los juristas no trataban de buscar soluciones dogmáticas sino prácticas, y en ambos casos el *damnum* habría sido el factor común de las dos figuras desde los primeros momentos de la *interpretatio ad legem Aq.*, del mismo modo que la *interpretatio* del *furtum* vendría de época más antigua

---

<sup>68</sup> Vid. GUARINO, *Dir. priv. rom.*, 987.



propia de la jurisprudencia pontifical posterior a las XII Tab. La *interpretatio* a ambos tipos jurídicos debió incrementarse a partir de Tiberio Coruncanio, primer *pontifex maximus* plebeyo que en el 254 a. C. empezó a emitir *responsa* públicamente dando un pasp importante para arrebatarse a los patricios el monopolio del saber jurídico que perfeccionarían los *conditores iuris* de finales del s. II a. C., las escuelas muciana y serviana a lo largo del I a. C., y las tensiones entre sabinianos y proculeyanos en el Principado. La evolución del saber jurídico a finales de la República con las consiguientes tensiones entre la decreciente jurisprudencia aristocrática y la pujante e innovadora de los juristas procedentes del *ordo equester*, permite encontrar razones para reflexionar sobre las eventuales relaciones entre *furtum* y daño aquiliano, o lo que es lo mismo, para deslindar las relaciones entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* partiendo del factor común indiscutible del *damnum* causado a la víctima; de que ambas acciones eran penales; de que ambas tendían a defender la propiedad frente a todo tipo de ataques; de que el *damnum* en ambos casos constituía una actuación *sine iure* con la diferencia de que la *lex Aq.* engendraba una acción resarcitoria por el esclavo, animal o cosa dañada que lo incapacitaba o disminuía para seguir cumpliendo con sus funciones esenciales, y la *actio furti* tendía a la recuperación de la *res furtiva* cuando fuese posible, y de no ser así a la imposición de fuertes sumas económicas a título de *poena* en función de las modalidades del *furtum*.

La feroz represión del *furtum* en las XII Tab. probablemente se remontaba a reglas más antiguas, acaso de *leges regiae* (¿de Numa?) y

de ritos sacrales que iban perfilando el *ius pontificium*, con el gran mérito de los *decemviri legibus scribundis* de exponer públicamente a todos los ciudadanos en el 450 a. C. las reglas fundamentales de convivencia, o sea el *ius*, hasta entonces uno de los *arcana* más celosamente custodiados y monopolizados por la clase patricia en medio de una áspera lucha de clases entre patricios y plebeyos que se arrastraba desde las primeras décadas de fundación de la República (509 a. C.). En este sentido aquellos *decemviri* presididos por Apio Claudio con la pretensión de lograr un sistema jurídico unitario<sup>69</sup>, aportaron un paso importante aunque no definitivo en la vía la hacia equiparación entre las clases<sup>70</sup>; en este sentido otro paso adelante significaron las *leges Liciniae-Sextiae* del 367 a. C. con la pretensión de lograr la igualdad política en el sentido de poder aspirar cualquier ciudadano a los cargos supremos de la ciudad; otro hito importante fueron las reformas democráticas de Apio Claudio en el 312<sup>71</sup>, y la *lex Hortensia* del 286 a. C. estableciendo la *exaequatio* entre *leges publicae* comiciales y *plebiscita*. En mi opinión no menor tendencia igualitaria tuvo el plebiscito aquiliano del mismo año que trajo una importante innovación sobre las XII Tab., porque si éstas habían comenzado a

---

<sup>69</sup> Cfr. J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, (Berlin- New York 1975) 91.

<sup>70</sup> P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, (Roma 1974) 141; TORRENT, *Der. pub. Rom.*, 126.

<sup>71</sup> Vid con lit. A. VALMAÑA, *Las reformas políticas del censor Apio Claudio Ciego*, (Murcia 1995).

delinear la responsabilidad contractual derivada de la *nuncupatio*, como también la responsabilidad por el *furtum*, la *lex Aq.* delineó por primera vez la responsabilidad extracontractual<sup>72</sup> que llega hasta nuestros días, habiendo tratado solventemente CURSI<sup>73</sup> su evolución desde Roma al derecho actual en el arco de dos milenios.

El sistema decenviral de represión del *furtum* fue reordenado recibiendo nuevos impulsos y sistematización por la jurisprudencia y *cognitio praeetoria* (Gayo 3,189-194), y durante algún tiempo debió seguir vigente la reacción de la víctima frente al *furtum manifestum* hasta que quedó abolida la *addictio* del ladrón a la víctima sustituida por una *actio furti in quadruplum* en los casos más graves; también se aboliría más tarde la *perquisitio lance licioque*. En otras hipótesis la reacción de la víctima se instrumentó procesalmente mediante el ejercicio de la *actio furti* contra el sospechoso de haber robado, o en su caso contra el *paterfamilias* del presunto ladrón con penas *in duplum* e *in triplum* del valor de la *res furtiva*, concurriendo además con la no siempre clara distinción entre *crimina* y *delicta*<sup>74</sup>, entendiéndose por

---

<sup>72</sup> Vid. TORRENT, <*Culpa*>, cit.

<sup>73</sup> CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale*, 133 ss.

<sup>74</sup> Vid. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, (Milano 1924); U. BRASIUELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, en *SDHI* 12 (1946) 148 ss.; VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, en *RISG* s. III, 5 (1930) 117 ss.; en contra Giannetto LONGO, *Delictum e crimen*, (Milano 1946).

*crimina* los delitos contra el Estado, contra la comunidad en su conjunto (*crimen maiestatis*, *poerduellio*<sup>75</sup>, *proditio*, *ambitus*<sup>76</sup>), y por *delicta* los actos dañosos ilícitos contra los particulares, siendo los producidos con *culpa*<sup>77</sup> e *iniuria* los contemplados por la *lex Aq.* creadora de la figura del *damnum iniuria datum* extracontractual que llegó a configurarse como figura autónoma en época postclásica. A todo esto hay que añadir que durante mucho tiempo coexistieron el procedimiento formulario y la *cognitio extra ordinem*, circunstancia que enrarecen los procesos *ex lege Aq.*, o desde otro punto de vista entre los *iudicia publica* notoriamente ampliados en las leyes promulgadas por Sila creadoras de nuevas *quaestiones perpetuae*<sup>78</sup>, y los *iudicia privata* republicanos y del Principado.

---

<sup>75</sup> Cfr. Ch. BRECHT, “Perduellio”. Eine Studie zu ihren begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik, (München 1935) ; ID., Perduello e crimen maiestatis, en ZSS 64 (1944) 354 ss.

<sup>76</sup> Cfr. L. FASCIONE, *Crimen ambitus nell'età repubblicana*, Contributo allo studio del diritto criminale romano, (Milano 1984); F. D'IPPOLITO, *Un caso di 2ambitus” nel 66 a. C.*, en LABEO, 11 (1965) 354 ss.

<sup>77</sup> Vid. TORRENT, <Ciulpa>, cit ; ID. *Aproximación al concepto de culpa*, 75 ss. Todavía quedaban zonas oscuras entre el proceso penal público y la represión de los actos delictivos privados; cfr. A. BÜRGE, *Zwischen Eigenmacht und Recht zur Praxis der lex Iulia (privata) von Seneca bis Mark Aurel*, en “Jurisprudentia universales” *Festschrift Mayer-Maly*, (Kön-Weimar-Wien 2002) 65 ss.

El *furtum* y el *damnum iniuria datum* de la *lex Aq.* compartían zonas fronterizas de complicado deslinde de lo que dan noticia las fuentes clásicas. Ciertamente es también que la ciencia romanística no se había ocupado específicamente del derecho penal romano hasta que Mommsen publicó su rompedor *Römisches Strafrecht*<sup>79</sup> abriendo un campo continuado entre otros por Ferrini, Wlassak, Costa, Brasiello, Kunkel, Garofalo, Santalucia<sup>80</sup>. Actualmente se puede decir que aún con las dificultades que suscita el estudio del derecho criminal

---

<sup>78</sup> La primera *quaestio* de la que tenemos noticia fue la *quaestio de repetundis* creada en el 171 a. C. ante la reclamación de los españoles por la rapacidad de los gobernadores romanos; vid. TORRENT, *Municipium latinum flavium Irnitanaum. Reflexiones sobre la ocupación militar de Hispania y subsiguiente romanización hasta la lex Irnitana*, (Madrid 2010) 50 ss.

<sup>79</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, (Leipzig 1899; reed. Graz 1955) vii, que situó la mater penal en un lugar intermedio entre el derecho y la historia.

<sup>80</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storia e dottrina*, en *Enciclopedia del diritto penale italiano*, (1902; reed. Roma 1976); cfr. ARCHI, *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi*, en *RIDA* 4 (1950) 21 ss. = *Scritti di diritto romano*, III (Milano 1981) 1395 ss.; M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, (Wien 1917); E. COSTA, *Crimini e pene da romolo a giustiniano*, (Bologna 1922); BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, (Napoli 1937); W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, (München 1962); L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, (Padova 1997); ID., *Concetto e vitalità del diritto penale romano*, en *Studi Talamanca*, IV (Napoli 2001) 83 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, (Milano 1998).

romano, para su mejor conocimiento contamos con una serie de estudios sobre delitos concretos y sobre las características del sistema penal que van situando cada con mayor precisión la historia del derecho penal romano,<sup>81</sup> y vuelvo a insistir en que la *lex Aq.* era una *lex poenalis* propia del *ius civile* cuya sanción al agresor causante del *damnum* consistía en pagar a la víctima en vía resarcitoria una suma de dinero.

La *condemnatio* aquiliana era una *poena privata* para la represión del nuevo delito privado aquiliano del *damnum iniuria datum* que fue experimentando una laboriosa ampliación en la *interpretatio* jurisprudencial, y entiendo que la consideración del *damnum* aquiliano en relación con el *damnum* implicado en el *furtum*, es lo que llevó a los juristas a advertir ciertas coincidencias o paralelismos entre ambos en cuanto apuntan a un *damnum* sobre cosa ajena, con la diferencia que la *lex Aq.* engendraba una responsabilidad civil extracontractual por acto ilícito culposo creando una *obligatio*<sup>82</sup> civilística entre agresor y víctima, mientras que el *furtum* en su

---

<sup>81</sup> Vid. sin afán de exhaustividad A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, en *BIDR*, 69 (1966) 342 ss.; TORRENT, *Derecho penal romano. I. Epocas monárquica y republicana*, en A. CALZADA - F. CAMACHO DE LOS RIOS (coords.), *El derecho penal, de Roma al derecho actual*, (Madrid 2005) 11 ss.; VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma republicana* (Torino 2015).

<sup>82</sup> Cfr. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, en *Syntheseia Arangio-Ruiz*, I (Nápoli 1964) 104 ss.

contenido estrictamente penal consistía en una conducta antijurídica consciente de la antijuridicidad configurada por un específico *animus furandi damni causa* dirigido a despojar a su titular del derecho sobre la cosa propia. Desde este punto de vista entra en la lógica que los juristas advirtieran ciertas confluencias entre el *damnum* aquiliano y el *furtum* teniendo en cuenta las sanciones específicas de cada uno mediante la *actio legis Aq.* y la *actio furti* viendo sus paralelismos a partir del hecho objetivo del *damnum*; quizá estos paralelismos dieron lugar en la romanística a la discusión sobre el carácter penal o reipersecutorio de la *actio legis Aq.*<sup>83</sup>

El *furtum* era conocido desde la época monárquica, y reconocido expresamente en las XII Tab. del 450 a. C. mientras que la *lex Aq.* era del 286 a. C.; la *interpretatio* posterior tanto *ad furtum* como *ad legem Aq.* no podía dejar de advertir la coincidencia en el *damnum*, y los juristas encontrarse con la disyuntiva de ejercitar la *actio furti* o la *actio legis Aq.* dentro del enmarañado panorama penal del s. III a. C.; además tardó mucho en aclararse en Roma la distinción entre *iudicia publica* y *iudicia privata*<sup>84</sup>, confusionismo que debió durar hasta la creación de la categoría de los *delicta (privata)*, tema que a mi modo

---

<sup>83</sup> Vid. con fuentes y lit. A. DIAZ BAUTISTA, *La función reipersectoria de la "poena ex lege Aquilia"*, en A. MURILO (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderado*, (Burgos 2001) 272 ss.

<sup>84</sup> Vid. PUGLIESE, *Figure processuali ai confini tra "iudicia privata" e "iudicia publica"*, en *Studi Solazzi*, (Napoli 1948) 391 ss.

de ver puede ayudar de alguna manera a explicar los paralelismos entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* que siguen siendo de difícil explicación, aunque creo que las figuras propias de lo que hoy llamamos derecho penal público ya habían alcanzado cierta autonomía cuando se difundió el régimen de las *quaestiones perpetuae* robustecidas en la durísima represión penal puesta en marcha por Sila en los años 80 a. C. que supusieron un momento capital en la evolución del derecho penal público romano.

El *furtum* cuya regulación había sido tenida en cuenta por las XII Tab. que lo reconocían como conducta reprobable y sancionable, unas veces con penas físicas que podían llegar hasta la muerte del *fur* y otras con fuertes penas económicas dependiendo de la conceptualización del *furtum*, fue también evolucionando y adquiriendo relieve como figura que se iba delineando con una cierta autonomía, y como tantos institutos jurídicos siendo reordenado por la jurisprudencia, la *iurisdictio praetoria* a través de específicas cláusulas edictales que a pesar de los esfuerzos de Lenel<sup>85</sup> siguen siendo de difícil reconstrucción, senadoconsultos, legislación imperial, y si es difícil la reconstrucción en clave procesal del derecho penal romano en el *ordo iudiciorum privatorum*, también sigue teniendo dificultades en la *cognitio extra ordinem*<sup>86</sup> tal como se ejercitaba en el derecho penal

---

<sup>85</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*. (Leipzig 1927, reed. Aalen 1957) 322 ss. tit.-XXIII *de furtis*.



clásico, postclásico<sup>87</sup> (que hoy suele llamarse tardoantiguo) y justiniano. *Interpretatio* jurisprudencial y *iurisdictio praetria* debieron encontrar arduas dificultades para delinear una figura de *furtum* que fuese suficientemente unitaria, y de ahí las dificultades para su reconstrucción que siguen fatigando a la romanística que no encuentra bases suficientemente armónicas para explicar su evolución.

Admitiendo estas dificultades, también hay que admitir que algunas ideas jurisprudenciales y magistratuales se iban abriendo paso; por un lado se fue atenuando el rigor arcaico y republicano de la *perquisitio lance licioque*<sup>88</sup>; por otro fueron emergiendo nuevas figuras de *furtum* que ampliaban el elenco decemviral como el *furtum prohibitum* que lleva consigo una pena en que el ladrón podía ser condenado *in quadruplum* si se negaba a cooperar en la investigación

---

<sup>86</sup> Vid. BALZARINI, *In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico*, en *BIDR* 72 (1969) 203 ss.

<sup>87</sup> Cfr. G. CRIFÓ, *Profili del diritto penale tardoantico*, en A. SAGGIORO (cur.), *Diritto romano e identità cristiana*, (Roma 2005) 83 ss.

<sup>88</sup> GIUARINO, *Dir. priv. rom.*, 988, habla incluso de abolición. El tema es muy complejo y es difícil seguir la evolución del *furtum* en todos sus particulares, aunque parece definitiva su inclusión en la categoría de delitos privados únicamente perseguibles a instancia de la parte lesionada. No aclara gran cosa el dato que todavía la *Instituta* justiniana sigue teniendo a la vista el *furtum manifestum*, y Guarino reconoce que el sistema represivo preclásico permaneció formalmente estable en las épocas sucesivas.

en su casa por si allí se encontrare la *res furtiva*, *furtum non exhibitum* en caso que el ladrón hubiese entregado la *res furtiva* a un receptor engañando a los que creían encontrarla en su casa. Este fue el régimen que llegó hasta la época bizantina (IJ 4,1,3-6) que sustancialmente redujo las figuras del *furtum* a las variantes *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum*, que alteran la terminología antigua *manifestum* y *nec manifestum*.

IJ. 4,1,4. *Conceptum furtum dicitur cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita ac inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. oblatum furtum dicitur cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur: nam tibi, apud quem conceota sit, propria adversus eum que obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblata. est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibitum adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. sed haec actiones, id est concepti et oblatae et furti prohibiti, nec non furti non exhibitum, in desuetudinem abierunt. cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterum observationem non fit: merito ex consequentia etiam ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint.*

Con esta dicción los comisarios justinianos pretendieron poner punto final a la consideración del *furtum* simplificando las figuras

utilizadas por los *veteres*, § que merecería un estudio particularizado que no puedo realizar en este momento para no alargar excesivamente este trabajo, pero todos convendremos en que su cita es muy significativa y sugerente.

### 3. Concurrencia, colisiones, paralelismos entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio furti*.

Teniendo en cuenta la evolución del *furtum* que he entendido necesario afrontar (acaso demasiado sumariamente), presento los siguientes puntos interrogativos: ¿es posible que hubiera coincidencias entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* en la evolución de la *interpretatio ad legem Aq.*? ¿hay coincidencias en la concepción del *damnum* para la aplicabilidad de ambas acciones?, y desde un punto de vista estrictamente procesal ¿es que no hay encuentros, desencuentros, colisiones en el ejercicio de cada una de estas acciones? Tanto la *actio furti* que entre otros presenta problemas de legitimación activa<sup>89</sup>, la *condictio ex causa furtiva*<sup>90</sup>, sus paralelismos con la *actio legis Aq.*, etc., han suscitado una abundante literatura

---

<sup>89</sup> Vid. F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, en ZSS 32 (1911) 23 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, en AUPA (1950).

<sup>90</sup> Cfr. M. BOSSOWSKI, *De condicione ex causa furtiva*, en AUPA (1927); O. KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, en TR (1970) 107 ss.; H. J. WOLFF, *Condictio in causam datorum, furtum*, en *Festschrift Lübtow*, Ex causa furtiva condicere in klassischnen römischen Recht,

muchas veces planteada desde diversos puntos de aproximación y con frecuencia desde contradictorios puntos de vista. En esta sede me propongo analizar las posibles coincidencias y paralelismos entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti*, y no veo otra vía que analizarlos desde una doble perspectiva: sustantiva y procesal; en el fondo, como he oído decir a D. Alvaro d'Ors, en Roma derecho y proceso no son sino las dos caras de una moneda, y desde este planteamiento encuentro coincidencias entre ambas acciones; pondré como ejemplo la legitimación activa que en la *actio furti* se extendió a cualquier titular que tuviera interés<sup>91</sup> sobre la *res furtiva* además del propietario; lo mismo ocurrió en la ampliación jurisprudencial de la *lex Aq.* que llegó a extenderse a los *non domini*<sup>92</sup>, y me pregunto ¿se debió esta consideración a la *utilitas publica*, a la idea que la protección a los propietarios hacía caer la antigua distinción *publicum-privatum*<sup>93</sup>? Hay un punto de coincidencia en torno a nuestras dos acciones en la

---

<sup>91</sup> Vid. W. W. BUCKLAND, *L'omterêt dans l'actio furti en droit classique*, en RH 41 (1917) 5 ss.

<sup>92</sup> En este sentido VALDITARA, *Sup. aest. rei*, 304 ss.

<sup>93</sup> Cfr. desde diversos puntos de partida, NIEDERLÄNDER, *Die aussernoxale Haftung des Gewalthabers für Delicte der Gestaltunterworfenen im römischen Haftungsrecht*, en ZSS 69 (1956) 68 ss.; NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedanke im römischen Haftungsrecht*, en ZSS 73 (1970) 68 ss.. Recientemente R. SCEVOLA, "Utilitas publica". I. *Emersione nel pensiero greco romano*; II : *Elaborazione della giurisprudenza romana*, (Padova 2012), ha realizado n documentadísimo estudio sobre la *utilitas publica*; pienso que falta en la literatura romanística otro estudio similar sobre la *utilitas privata*.

evolución ampliatoria de la legitimación activa para su ejercicio, como lo hay también entre la *actio furti* y la *condictio ex causa furtiva* o simplemente *condictio furtiva*, acción reipersecutoria ejercitada por el propietario de la *res furtiva* o su equivalente (desde *in duplum* a *in quadruplum* según la caracterización del *furtum*), acción personal basada *in odium furum* (Gayo 4,4<sup>94</sup>) que implica exigir responsabilidad por la acción delictiva furtiva, y en este punto veo una coincidencia con la *actio legis Aq.* además de otros puntos de conexión que examinaré seguidamente.

Señala Guarino<sup>95</sup> que la *condictio ex causa furtiva* tenía la finalidad de implicar en cualquier modo la responsabilidad del ladrón (y eventualmente de sus herederos) a la restitución de la *res furtiva* cuando la víctima no pudiese ejercitar la normal *rei vindicatio* que implicaba el ejercicio de una acción real. Sin duda que el *furtum* plantea muchos problemas: pensemos en el *dolus furis* (Gayo 3,197), en el *animus furandi*, en el *animus lucri faciendi*, en la *contrectatio rei*, y en otros aspectos del *furtum* que lo diferencian de las previsiones aquilianas sobre el *damnum*, pero desde ángulos procesales que son

---

<sup>94</sup> Gayo 4,4... *plane odium furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aun in quadrupli recipiendae nomine fures etiam hyac actione teneantur, "si paret eos dare oportere", quamvis sit etiam adversus eos haec actio quam rem nostram esse petimus.*

<sup>95</sup> GUARINO, *Dir. priv. rom.*, 990.

los que aquí interesan, para mí es indudable que existen coincidencias entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.*<sup>96</sup>

Creo que hay que dejar de lado eventuales conexiones desde el punto de vista de los derechos reales, aunque es cierto que ambas acciones defienden la propiedad que es el derecho real por excelencia, porque creo que prima la consideración de que ambas son acciones que defendían a la víctima de un *damnum*, y este *damnum* me parece el principal punto de conexión entre la *actio furti* y la aquiliana, persiguiendo la *actio furti* la recuperación de la *res furtiva* con la consiguiente sanción económica al ladrón, y la acción aquiliana una finalidad resarcitoria por la destrucción o lesión de la cosa, pero si el *furtum* era resultado de una deliberada conducta delictiva, el *damnum* aquiliano era resultado de una conducta antijurídica culposa que engendraba una responsabilidad civil extracontractual originando desde el punto de vista estructural una *obligatio* entre el agresor y la víctima, y si el *furtum* hasta la época postclásica tuvo en la mentalidad de los juristas romanos una consideración preponderante incluyéndolo en el derecho penal público, el plebiscito aquiliano siempre consideró el hecho ilícito extracontractual dentro del *ius privatum*, dicho esto con todas las reservas que se derivan de la compleja y excesivamente sucinta definición de Ulp. D. 1,1,1,2 a

---

<sup>96</sup> También encuentro coincidencias entre la *actio iniuriarum* y la *actio legis Aq.*, que he ido apuntando en el trabajo que abre esta monografía; vid. *supra*,

propósito de la contraposición *ius publicum-ius privatum*<sup>97</sup>, dificultad que había advertido Mommsen<sup>98</sup> al situar el derecho penal romano entre el derecho y la historia afirmando al mismo tiempo que faltaba en Roma una legislación orgánica de derecho penal. Paradójicamente Wlassak<sup>99</sup> en la segunda década de s. XX planteaba el proceso criminal desde un ángulo excesivamente privatístico, lo que en mi opinión equivale a plantear el derecho penal romano con ideas rousseaunianas-contractualistas, y no lo digo como crítica a Wlassak sino por el momento a título meramente explicativo.

Afirma Brogginini<sup>100</sup> que nunca se llegó en Roma a una separación tajante entre la jurisdicción civil y la criminal, y tengo la impresión que esa indiferenciación fué un factor más que contribuye a explicar las interferencias entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* Debió ser fácil para los juristas romanos ver que tanto el *furtum* como las lesiones culposas perpetuas o temporales causadas a la víctima previstas en la

---

<sup>97</sup> VID. TORRENT, *Der. publ. rom.*, 439 ss.

<sup>98</sup> MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, vii.

<sup>99</sup> WLASSAK, *Anklage und Sttreibefestigung*, cot.

<sup>100</sup> G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum officium des römischen Privatrechter*, (Köln-Graz 1957) 1 ss., 30 ss. A título anecdótico diré que mi primera salida al Extranjero como romanista fue a la Universidad de Heidelberg para una estancia de tres meses. En aquel tiempo Brogginini era catedrático de derecho romano en Heidelberg, y le debo buenos consejos sobre metodología de la investigación romanística, que vuelvo a agradecer después de 55 años.

lex Aq., producían un *damnum* que había que reparar, *damnum* culposo según los esquemas aquilianos, doloso según la regulación del *furtum*, expuesto desde esquemas privatísticos en la *interpretatio ad legem Aq.* al crear una *obligatio* entre agresor y víctima, y desde esquemas más cercanos al *ius publicum* en el *furtum*, lo que nos lleva a la definición gayana de que toda *obligatio* nace *ex contractu* o *ex delicto*. No había contrato, no había una relación contractual previa entre agresor y víctima que justificara la responsabilidad aquiliana que nunca llegó a incluirse entre los *quasi contractus*; tampoco la había en el *furtum*, sino el hecho objetivo del *damnum* que imponía reparar y restaurar los derechos de la víctima: ésta es la gran coincidencia entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti*, tanto que Marcel. (D. 9,2,41,1) no tenía claro que acción aplicar, mientras que Pomp. y Ulp. se inclinaban por basar sobre el *animus damni dandi* la opción por una u otra acción. Ambas *actiones* tenían el factor común del *damnum* y la *iniuria*, pero en las previsiones aquilianas el *damnum* se producía de forma culposa, por *neglegentia* como explicaba Q. M. en D. 47,9,9,<sup>101</sup> mientras el *furtum* se realizaba con la voluntad deliberada de producir un resultado antijurídico. Pero si hoy podemos argumentar con modelos más aclaratorios, estos modelos eran confusamente entendibles para los juristas romanos porque evidencian coincidencias, paralelismos, y hasta disociaciones entre la *actio legis Aq.* y la *actio furti*.

---

<sup>101</sup> Vid. TORRENT, <Culpa>, cit.



Un caso claro de concurso de las dos acciones que nos interesan lo expone Ulp. en un § que a primera vista expone un caso en el que parece distinguir claramente el ejercicio de cada una de nuestras acciones, aunque no lo veo con tanta nitidez como pretende exponerlo Ulp.

D. 19,5,14,1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Sed et si servum quis alienum spoliaverit isque frigore mortuus sit, de vestimenta quidem furti agi poterit, de servo vero in factum agendum criminali poena adversus eum servata.*<sup>102</sup>

A mi juicio no está interpolado el §<sup>103</sup> aunque sí probablemente acertado por los comisarios justinianos, pero Lübtow<sup>104</sup> lo considera sensiblemente manipulado por los bizantinos y propone la siguiente lectura:

*Sed et si servum spoliaverit isque frigore mortuus sit, de vestimenta quidem furti agi [poterit] <posse> de servo vero in factum agendum <ait>*<sup>105</sup> [*criminali poena adversus eum servata*].

---

<sup>102</sup> En la edición del D. de Mommsen-Krüger consideran interpolado *criminali poena-servata*.

<sup>103</sup> Pero vid. *Index interpolationum* s. h. £.

<sup>104</sup> U. von LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, (Berlin 1971) 152.

<sup>105</sup> Este *ait* que añade Lübtow lo entiende apuntando a la autoría exclusiva de Sab. desvinculando a Ulp. de la rescripción sabiniana.

No comparto la lectura de Lübtow: la interpolación de *poterit* por *posse* es un mero añadido gramatical que no altera el contenido del §; el añadido *ait* me parece muy discutible como también la interpolación *criminali servata*, que me suscitan los siguientes interrogantes: ¿por qué considera interpolado *criminali-servata*? ¿se refiere a que el ladrón debía ser condenado a la *poena capitalis* por haberse derivado que la *mors servi* se produjo por la apropiación dolosa de la *vestimenta* que lleva al esclavo a morir de frío? ¿no será que con la expresión *poena capitalis* Ulp. se esté refiriendo al carácter penal de la *lex Aq.*? Yo me inclino por dar una respuesta afirmativa a esta cuestión pues estaba bien claro desde su promulgación que la *lex Aq.* era una *lex poenalis* o *criminalis*, como también es evidente que la muerte del esclavo no fue una muerte dolosa producida por el esfuerzo muscular<sup>106</sup> del ladrón que diera muerte inmediata o deferida al esclavo, sino derivada del robo violento (*spoliaverit*) de sus vestidos; la *occisio servi* no se produjo por una conducta homicida inmediata del ladrón sino por su *culpa-neglegentia* al no haber previsto la *occisio servi* por la desnudez en que lo había dejado ante el frío inclemente<sup>107</sup>, y hace bien Lübtow al relacionar este § con *causam*

---

<sup>106</sup> Vid. con lit. sobre el esfuerzo muscular del agresor tenido a las prescripciones aquilianas, TORRENT, *Más sobre Gauo* 3,219, p. 17. La frase “esfuerzo muscular” la tomo de ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 13 ed. (Napoli 1957) 375, que la trae para justificar la aplicación de la *actio legis Aq.*; cfr. TORRENT, *Prev. aq.* II, 263.

*mortis praestare*. Para mí es suficientemente lógico ver en el § una confluencia de la *actio furti* con la *actio in factum legis Aq.*

Lenel<sup>108</sup> incluye D. eod. 14,1 del comentario ulpiano a Sab. en la rúbrica de *furtis*, que de por sí es significativo de la doctrina jurisprudencial sobre los *damni*, pero también podía haberlo incluido en la rúbrica *ad legem Aquiliam*, que incluye tantos *ff* de Ulp. generalmente extraídos de su libro 18 *ad Ed.* en el título 2 del libro 9 del D. es donde los justinianos recogieron la mayor parte de los comentarios ulpianos *ad legem Aquiliam*. El propio Lenel no duda en adscribir muchos de los pormenores de aplicación de la *lex Aq.* bajo esta rúbrica que hicieron suya los comisarios justinianos en su magna exposición de la doctrina aquiliana de los *antecessores* tardo-republicanos, antoninos y severianos. La agudeza de Sab. advirtió las coincidencias entre la *actio furti* y la *actio legis Aq.* que debieron entremezclar algunos de aquellos juristas perplejos ante estas coincidencias en la represión del *damnum* reseñando algunos datos para distinguir las acciones, y de ahí el apunte a la aplicación de la *actio furti* para la *vestimenta* y la *actio legis Aq.* para la *occisio servi*. Obviamente no se podía aplicar la *actio furti* a la *occisio*. ¿Esto significa que Sab. pretendía delinear dogmáticamente el ordenamiento

---

<sup>107</sup> Me cabe la duda de si Lübtow acaso estuvieran pensando en el principio acusatorio moderno *causa causae causa causarum*.

<sup>108</sup> LENEL, *Pal*, II, c. 1164.

jurídico romano en esta materia? Yo diría que con mentalidad moderna habría que dar una respuesta positiva a esta *quaestio*.

Corbino disecciona D. eod. 14,1 en el que ve un “*danno qualificato*”, y es posible que la jurisprudencia en su afán de proteger al *dominus servi* lo más enérgicamente posible tratase de hacerlo con todos los instrumentos procesales a su alcance, prescribiendo la *actio furti* para reclamar responsabilidad por el *spolium* y la *actio legis Aq.* por la *occisio*. Pero da la impresión que Sab.-Ulp. se pronuncian más enérgicamente por la última (*de servo vero in factum agendum*) o acaso por economía procesal englobando el *furtum* en la *actio legis Aq.* al coincidir el *damnum* en ambas *actiones* en lo que yo advierto evidentes paralelismos desde el punto de vista de examinar la conducta del agresor ante dos *delicta* punibles: *furtum* y *occisio*. A mimodo de ver Sab. da la impresión que trataba de dar punto final a la discusión entre los últimos juristas republicanos sobre la acción a ejercitar ante la muerte culposa del esclavo, y al considerar que éste había muerto por el frío al quedar desnudo, consideró que no cabía la *actio legis Aq. directa* sino la *in factum*. La *occisio* encajaba perfectamente en la *interpretatio* ampliatoria del cap. I del plebiscito aquiliano.

#### BIBLIOGRAFÍA

AEDO BARRENA, C., *Los requisitos de la ley Aquilia con especial referencia al daño. Lecturas sobre las distintas teorías sobre el capítulo tercero*, en *Ius et praxis*, 15 (2010) 315-337.

ALBANESE, B., *La nozione di furto fino a Nerazio*, en *AUPA* 24 (1953) 5 ss.

ALBANESE, B., *La nozione di "furtum" da Nerazio a Marziano*, en *AUPA* 25 (1956) 85 ss.

ALBANESE, B., en *IVS* 9 (1958) 315 ss. = *Scritti giuridici*, I (Palermo 1991) 10 ss.

ALBANESE, B., *Furto (Storia)*, en *ED* 8 (1989) 313 ss. = *Scritti giur.* I, 573 ss.

ALBANESE, B., *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I (Napoli 1964) 104 ss.

ALBERTARIO, E., *Delictum e crimen*, (Milano 1924).

ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 13 ed. (Napoli 1957).

ARANGIO-RUIZ, V., *La repression du vol flagrant et non flagrant dans l'ancien droit romain*, en *Scritti di diritto romano*, II, (Napoli 1974) 371 ss.

ARCHI, G. G., *Dubbi su Gaio* = *Scritti di diritto romano*, I (Milano 1981) 173 ss.

ARCHI, G.G., *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi*, en *RIDA* 4 (1950) 21 ss. = *Scritti di diritto romano*, III (Milano 1981) 1395 ss.

BALZARINI, M., *Cic. pro Balbo e l'editto di Lucullo*, en *Studi Grosso*, I (Torino 1968) 123 ss.

BALZARINI, M., *In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico*, en *BIDR* 72 (1969) 203 ss.

BALZARINI, M., *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, en *ACOP* (= *Atti Copanello*) 5 (1992) 49 ss.

BATTAGLIA, F., *Furtum est contrectatio. La definizione del furto e la sua elaborazione moderna*, (Pavia 2012).

BEDUSCHI, C., *La "cretio" nelle fonti letterarie*, en *Sudi Donatuti*, I (Milano 1973) 153 ss.

- BERGER, A., *D. IX,2,41 und das "endoplorare" der Zwölftafeln*, en *Studi Albertoni*, I (Padova 1934) 379 ss.
- BLEICKEN, J., *Lex plublica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, (Berlin- New York 1975).
- BOHACEK, M., *Si te telo defendit*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I (Napoli 1953) 147 ss.
- BONINI, R., *D. 48,19,16 (Claudio Saturnino "de poenis paganorum"*, en *RISG*, s. III, 20 (1953-62) 148 ss.
- BOSSOWSKI, M., *De condicione ex causa furtiva*, en *AUPA* (1927).
- BRASIELLO, U., *La repressione penale in diritto romano*, (Napoli 1937).
- BRASIELLO, U., *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, en *SDHI* 12 (1946) 148 ss.
- BRECHT, CH., *"Perduellio". Eine Studie zu ihren begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, (München 1935).
- BRECHT, CH., *Perduello e crimen maiestatis*, en *ZSS* 64 (1944) 354 ss.
- BRIGUGLIO, F., *La paternità di Gaio in uno scritto ritrovato del códice veronese deolle Istituzioni*, en *MEP*, 11 (2008) 205 ss.
- BROGGINI, G., *Iudex arbiteroe. Prolegomena zum officium des römischen Privatrechter*, (Köln-Graz 1957).
- BUCKLAND, W. W., *L'omterêt dans l'actio furti en droit classique*, en *RH* 41 (1917) 5 ss.
- BUCKLAND, W. W., *Digest XLVII 2 (de furtis") and the methods of the compilers*, en *TR* 10 (1930) 117 ss.
- BURDESE, A., *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, en *BIDR*, 69 (1966) 342 ss.

BÜRGE, A., *Zwischen Eigenmacht und Recht zur Praxis der lex Iulia (privata) von Seneca bis Mark Aurel*, en "Iurisprudentia universales" *Festschrift Mayer-Maly*, (Kön-Weimar-Wien 2002) 65 ss.

CALZADA, A., *La aceptación de la herencia en el derecho romano. "Aditio nuda voluntate"*, (Zaragoza 1995).

CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Diritto e potere nella storia di Roma*, (Napoli 2007).

CASAVOLA, F., *Gaio nel suo tempo*, en *Labeo* 1 (1966) 7 ss.

CASTRO SAENZ, A., *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Acotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, en *SDHI* 79 (2013) 627 ss.

COLLINET, P., *Les variations de la "usucapio pro herede" avant Hadrian*, en *Studi Riccobono*, 4 (Palermo 1936) 131 ss.

CORBINO, A., *Danno, lesioni patrimoniali e "lex Aquilia" nell'esperienza romana*, en *Studi Franciosi*, I (Napoli 2007) 607 ss.

CORBINO, A., *Actio directa, actio in factum e actio utilis nella disciplina giustiniana del danno oaquiliano*, en *Studi Nicosía*, III (Milano 2007) 1 ss.

CORBINO, A., *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martinii*, I (Milano 2008) 599 ss.

CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano<sup>2</sup>*, (Padova 2008).

CORBINO, A., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en *SDHI* 75 (2009) 75 ss.

CORBINO, A., *Si nox furtum faxit, si in occisit, iure caesus esto*, en AA. VV. *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, (Napoli 1993) 245 ss.

- COSTA, E., *Crimini e pene da romolo a giustiniano*, (Bologna 1922).
- CRIFÓ, G., *Profili del diritto penale tardoantico*, en A. SAGGIORO (cur.), *Diritto romano e identità cristiana*, (Roma 2005) 83 ss.
- CURSI, M. F., *“Iniuria cum damno”*. *Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002).
- CURSI, M. F., *Damno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, (Napoli 2010).
- CURSI, M. F., *L’uccisione del “fur nocturnus” e “diurnus que telo se defendit” tra norma e interpretazione*, en *Studi Corbino*, II (Tricase 2016) 395 ss.
- DE ROBERTIS, F. M., *La legittimazione attiva nell’actio furti*, en *AUPA* (1950).
- DIAZ BAUTISTA, A., *La función reipersecutoria de la “poena ex lege Aquilia”*, en A. MURILO (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, (Burgos 2001) 272 ss.
- D’IPPOLITO, F., *Un caso di “ambitus” nel 66 a. C.*, en *LABEO*, 11 (1965) 354 ss.
- FALCONE, G., *Appunti sul IV comentario delle istituzioni di Gaio*, (Torino 2003).
- FASCIONE, L., *Crimen ambitus nell’età repubblicana*, *Contributo allo studio del diritto criminale romano*, (Milano 1984).
- FERRINI, C., *Diritto penale romano. Esposizione storia e dottrina*, en *Enciclopedia del diritto penale italiano*, (1902; reed. Roma 1976).
- FINKENAUER, F., *Pönale Elemente der lex Aquilia*, en *Ausgleich oder Busse als Grundprobleme des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia zur Gegenwart. Symposium Hausmaninger*, (Wien 2017).



FRANCIOSI, G., *“Usucapio pro herede”*. Contributo allo studio dell’antica *“hereditas”*, (Napoli 1965).

FRANCIOSI, G., *Due ipotesi di interpretazione “formatrice” dalle XII Tavole a Gai 2,42 e il caso dell’“usucapio pro herede”*, en *Nozione formazione interpretazione del diritto. Ricerche Gallo, I* (Napoli 1997) 247 ss.

FREZZZA, P., *Corso di storia del diritto romano*<sup>3</sup>, (Roma 1974).

FUENTESECA, P., *Las “legis actiones” como etapas del proceso romano*, en *AHDE 34* (1964) 209 ss. = *Investigaciones de derecho procesal romano*, (Salamanca 1969).

GALEOTTI, R., *Rupit, rupitia, noxia, damnum: il danneggiamento nella normativa postaquiliana*, en *SDHI 80* (2014) 229 ss.

GALEOTTI, R., *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, (Napoli 2015); *II. I criteri di imputazione del danno tra “les” e “interpretatio”*, (Napoli 2016).

GANDOLFI, G., *Sull’origine della “usucapio pro hereede”*, en *BIDR 61* (1953) 271 ss.

GAROFALO, L., *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, (Padova 1997).

GAROFALO, L., *Concetto e vitalità del diritto penale romano*, en *Studi Talamanca, IV* (Napoli 2001) 83 ss.

GRÓSCHLER, P., *“Actiones in factum”*: eine Untersuchung zur klage-Neuschöpfung in nichtverträglichen Bereich, (Berlin 2002).

GRÓSCHLER, P., *“Actiones in factum” e actiones utiles” intorno alla lex Aquilia fra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionistico*, en M. MIGLIETTA – G. SANTUCCI (cur.), *Problemi e prospettive della ceritica testuale*, (Trento 2011) 29 ss.

- GROSSI, P., *Una costituzione da vivere*, en *Legal Roots*, 7 (2018) 20.
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*, (Napoli 2001).
- HUVELIN, P., *Etudes sur le "furtum" dans le très ancien droit romain. Les sources*, I (Paris 1925, reed. Paris 1968).
- KALTER, O., *Condicio ex causa furtiva und dominium*, en *TR* (1970) 107 ss.
- KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, I.1, (Leipzig 1901).
- KASER, M., *Pro herede vel pro possessore*, en *Studi Biscardi*, II (Milano 1982) 2221 ss.
- KASER, M., *Gaius und die Klassiker*, en *ZSS* 70 (1953) 127 ss.
- KASER, M., *La classicità di Gaio*, en *Gaio nel suo tempo*, (Napoli 1966) 42 ss.
- KASER, M. - HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, (München 1966).
- KNIEP, F., *Die Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktscommentare*, (Jena 1914).
- KNIEP, F., *Fai Institutiones commentarii tertius, frs. 88-124* (Jena 1917).
- KÜBLER, B., *Die usucapio pro herede nach klassischen Recht*, en *ZSS* 34 (1934) 80 ss.
- KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, (München 1962).
- LEMOSSE, M., *Les actions pénales du vol dans l'ancien droit civile romain*, en *Mélanges Lévy-Bruhl*, (Paris 1959) 179 ss.
- LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, II (Lipsiae 1889) c. 1165.
- LENEL, O., *Das Edictum perpetuum*. (Leipzig 1927, reed. Aalen 1957) 322 ss. tit. - XXIII de furtis.

LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I (Berlin 1918), II (Berlin 1922), reed. Aalen 1964.

LEVY, E., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadeneratz und Privatstrafe*, (Göttingen 1972), rec. de A. BISCARDI, en *SHDI* 40 (1974) 489 ss.

LÉVY-BRUHL, H., *Etude sur la cretio*, en *NRH*, (1914) 153 ss.

LIEBS, D., *Gaius und Pomponius*, en BOVE, L. - GUARINO, A. (eds.), *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, (Nápoles 1965), 61 ss.

LONGO, G., *Delictum e crimen*, (Milano 1946).

LÜBTOW, U. von, *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia. Amwehr gegen Georg Thielmann*, en *Labeo*, 30 (1986) 317 ss.

LÜBTOW, U. von, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, (Berlin 1971).

LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana. I. Esercizio dei diritti e difesa privata*, (Bologna 1946).

LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana. III. Le legis actiones*, (Bologna 1948).

LUZZATTO, G. I., *Il problema d'origine del proceso extra ordinem. I. Premesse di método. I cosiddetti rimedi pretori*, (Bologna 1965).

MacCORMACK, G., *Aquilian culpa*, en *Daube noster*, (Edinburgh 1974) 201 ss.

MIGLIETTA, M., *"Servius respondit" Studi in torno a metodo e intepretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena*, I (Trento 2010).

MIGLIETTA, M., *Le norme di diritto criminale*, en CURSI, M. F., (cur.), *XII Tabulae. Testo e commento*, II (Napoli 2018) 470 ss.

- MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, (Leipzig 1899; reed. Graz 1955).
- NICOSÍA, G., *Il proceso privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, (Catania 1984).
- NIEDERLÄNDER, H., *Die entwicklung des "furtum" und seine etymologischen Ableitungen*, en ZSS 68 (1950) 185 ss.
- NIEDERLÄNDER, H., *Die aussernoxale Haftung des Gewalthabers für Delicte der Gestaltunterworfenen im römischen Haftungsrecht*, en ZSS 69 (1956) 68 ss.
- NÖRR, D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedanke im römischen Haftungsrecht*, en ZSS 73 (1970) 68 ss.
- NÖRR, D., *Pomponius oder zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, en ANRW 2.15 (Berlin-New York 1976) 497 ss.
- PUGLIESE, G., *Figure porocessuali ai confini tra "iudicia privata" e "iudicia publica"*, en *Studi Solazzi*, (Napoli 1948) 391 ss.
- PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano I. Le legis actiones*, (Roma 1962).
- PUGSLEY, D., *Furtum in the XII Tables.*, en *The Irish Jurist*, 4 (1969) 149 ss.
- SANFILIPPO, C., *La valutazione dell'"animus" nella "pro herede gestio"*, en *Annali Catania*, 2 (1947-48) 166 ss.
- SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, (Milano 1998).
- SCEVOLA, R., *"Utilitas publica". I. Emersione nel pensiero greco romano; II: Elaborazione della giurisprudenza romana*, (Padova 2012).
- SCHULZ, F., *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, en ZSS 32 (1911) 23 ss.
- SOLAZZI, S., *"Heredis institutio cum cretione" e giustizia salomónica*, en *SDHI* 21 (1955) 314 ss.

SOLAZZI, S., *Dispute romanistiche. I. Furto di notte e desuetudine della legge*, (1932) = *Scritti 3* (Napoli 1960) 399 ss.

TALAMANCA, M., *Pomponio lib. sing. Ench. D. 1,2,2,49 e le forme del responso dei giuristi repubblicani: una vicenda forse esemplare*, en *Studi Labruna*, VIII (Napoli 2007) 5498 ss.

THOMAS, R., *D. 47,2,21*, en *Suynteleia Arangio-Ruiz*, 2 (Milano 1964) 607 ss.

TORRENT, A., *Derecho penal romano. I. Épocas monárquica y republicana*, en A. CALZADA - F. CAMACHO DE LOS RIOS (coords.), *El derecho penal, de Roma al derecho actual*, (Madrid 2005) 11 ss.

TORRENT, A., *s. v. cretio* en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 230-231.

TORRENT, A., *s. v. contrectatio*, en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 217.

TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008).

TORRENT, A., *Municipium latinum flavium Irnitanaum. Reflexiones sobre la ocupación militar de Hispania y subsiguiente romanización hasta la lex Irnitana*, (Madrid 2010).

TORRENT, A., *La fractura justiniana en la producción del derecho, la prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista*, en *SDHI*, 79 (2013) 181 ss.

TORRENT, A., *La Pandectística del siglo XIX último gran andamiaje teórico de fundamentos del derecho europeo*, en *SDHI* 83 (2015) 450 ss.

TORRENT, A., *Aproximación al concepto de "culpa ex lege Aquilia"*. Paul (10 ad Sab.) *D. 9,2,31 y 9,2,78*, en L. GAGLIARDI (cur.), *Antologia giuridica romanística ed antiquaria*, II (Milano 2018) 75 ss.

TORRENT, A., *La causalidad aquiliana. Conexión “corpore suo-danum dare”*. Gayo 3,219; Ulp. 18 ad Ed.) D. 9,1,1,7) IJ 4,3,16, en *RIDROM*, 20 (2018) 465 ss.

TORRENT, A., *Ad legem Aquiliam. I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, (Madrid 2019).

TORRENT, A., *Previsiones aquilianas. II. Momento de la “aestimatio damni” para el cálculo del resarcimiento del damnum. La discordancia entre “quo plurimum in eo anno fuit (Gayo 3,210 y D. 9,2,2 pr; IJ 4,3 pr.) e “in diebus XXX proximis”*. Gayo 3,210 Ulp. 9.2,27,5, en *RIDROM* 21 (2018) 240 ss.

TORRENT, *Previsiones aquilianas III. Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae. Las llamadas acciones mixtas*, en *RIDROM* 23 (2019), 327-446.

VALDITARA, G., *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai non domini*, (Milano 1997).

VALDITARA, G., *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana* (Torino 2015).

VALMAÑA, A. *Las reformas políticas del censor Apio Claudio Ciego*, (Murcia 1995).

VINCENTI, U., *I fondamenti del diritto occidentale*, (Bari 2010).

VOLTERRA, E., *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, en *RISG* s. III, 5 (1930) 117 ss.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, (Roma 1961).

WARMELO, P. van, *Les actions autour de la loi Aquilia*, en *Studi Biscardi*, III (Milano 1982) 351 ss.

WATSON, A., *Si adorat furto*, en *Labeo* 21 (1973) 193 ss.

WIEACKER, F., "*Endoplorare*". *Diebstahlsverfolgung und Gerüf im altrömischen Recht*, en *Festschrift Wenger*, I (München 1944) 239 ss.

WLASSAK, M., *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, (Wien 1917).

YARON, R., *Si adorat furto*, en *TR 34* (1966) 510 ss.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman foundations of civilian Tradition*, (Cape Town 1992, reed. Oxford 1996).