Bases del Derecho Penal Romano

Segundo artículo

Por José María Uría

26.—El que robó alguna cosa no como quiera, sino violentamente, podrá ser perseguido ante los tribunales por la *actio furti nec manifesti in duplum* y también por la *actio VI bonorum raptorum in quadruplum*. Pero observando que si primero se utilizó la *actio vi bonorum raptorum*, no podrán los jueces permitir el ejercicio de la *actio furti nec manifesti*. Por el contrario, si se empezó por la *actio furti nec manifesti*, no se debrá impedir el ejercicio de la otra, con el fin de que la víctima pueda obtener el cuádruplo. (1)

27.—Para que el individuo se vea sujeto a las consecuencias penales de la *actio vi bonorum raptorum*, es menester en todo caso que haya procedido con dolo: *Si cui dolo malo iudicium dabo*. Por tanto, si te apoderaste en forma violenta de lo que era tuyo, no será posible que se te apliquen judicialmente las sanciones que lleva consigo la *actio vi bonorum raptorum*, pero sí podrás ser perseguido de otro modo, y podrán los jueces obligarte a que repares y expies tu falta. (2)

28.—No cabe utilizar la *actio vi bonorum raptorum* contra aquellas personas que no hubieren llegado a los años de la pubertad, pues, para que haya delito, se requiere perfecto conocimiento y libre voluntad: cosas ambas que no se cumplen y actúan en los impúberes, siendo como son incapaces de proceder *dolo malo*. (3)

29.—Si el recaudador de las contribuciones, a que tiene derecho el fisco, se apodera violentamente de una parte de mis ganados, creyendo *per errorem* que yo he violado en proporciones graves los derechos ciertos e indiscutibles del

(1) D., LVII, 8, 1)

(2) D., 1. c. 2, 18.

(3) D., 1. c. 2, 19.

erario público sobre los bienes de los particulares, no se podrá intentar contra él la *actio vi bonorum raptorum*, comoquiera que no tuvo los elementos necesarios para que haya dolo, pues obró, por hipótesis, con ignorancia invencible: *sane dolo caret*. (4)

30.—Si tomaste lo ajeno, recurriendo para ello al empleo de la violencia, no quedarás libre e indemne respecto de las *penas* señaladas en el derecho, por más que hubieres restituído las cosas robadas a su dueño legítimo antes de iniciarse el juicio.

Así se expresa el célebre jurisconsulto de la época imperial clásica, Gayo. (5) Para el ilustre Sabiniano, el robo en referencia lleva consigo perturbación grave del recto orden social, perturbación que exige la aplicación, previo juicio, de una pena conveniente, ya que sólo así se puede reintegrar el orden violado (Cfr. Gaius, en su *liber vicencimus primus ad edictum provinciale*).

31.—Lo que se poseyó o arrebató VI: Por la violencia, es imposible, dadas nuestras leyes, que pueda ser objeto de usucapión— o prescripción—, mientras no hubiere vuelto a la potestad y al dominio del dueño o de sus herederos.

En estos casos no cabía invocar la prescripción, no ya la extraordinaria de 30 años, pero ni siquiera la centenaria e inmemorial (6): *quod vi possessum raptumve sit, ante quam in potestatem domini heredisve eius perveniat, usucapi lex vetat*.

32.—Si un individuo toma para sí con ánimo e intención dolosos los bienes ajenos en el momento mismo en que éstos peligraban por razón de un incendio, ruina o naufragio, el dueño tendrá derecho para reclamar el *duplum*, si ejercitare la acción dentro del año; si después de vencido ese término, sólo podrá exigir el *simplum*. (7).

Advierte Ulpiano que el término fijado por las leyes para el ejercicio de la mencionada acción, era *útil*, y no *contínuo*. Por tanto, bastaba cualquier impedimento grave, para que no corriera contra el dueño el tiempo señalado: *Quo primum de ea re experiundi potestas fuerit* frase consagrada en las fuentes para expresar que el término en referencia es *útil*.

(4) D., 1. c. 20.

(5) D., 1. c. 5.

(6) D., 1. c. 6.

(7) D., XLVII, 9, 1 pr.

33.—Si se produce un incendio en la casa de un vecino mío, incendio que no es posible contener, y la destruyo con el objeto de salvar la mía, es claro que no incurriré en responsabilidad alguna, pues lo hice con el propósito, ciertamente lícito y justo, de asegurar mi patrimonio en caso de urgente *necesidad*. En casos como el que se acaba de exponer, no se puede afirmar que se haya actuado el concepto jurídico de *dolus malus*, y sin *dolo malo* no cabe verdadera y estricta responsabilidad: *cum enim defendendarum mearum ædium causa fecerim, utique dolo malo careo*. Pregúntase: ¿Podrá el dueño del edificio incendiado, y por mí al modo dicho derribado, utilizar en juicio contra mí la *actio legis aquiliæ*, en la cual se trata del *damnum iniuria datum*, o sea, de la injusta damnificación, sin provecho ni utilidad para el autor del daño? Creo que no, puesto que no cabe afirmar que procedió contra justicia quien se defendió en caso de verdadera y urgente necesidad: *nac enim iniuria hoc fecit qui se tueri voluit, cum alias non posset*. (8)

34.—Cuando en caso de naufragio se roban cosas, hay que tomar cuenta con todas las circunstancias del hecho: sólo así será posible fijar responsabilidades. Ante todo es necesario saber si las cosas se pudieron considerar del todo perdidas para su dueño, o si, por el contrario, fue posible salvarlas y conservarlas. Es también necesario pararse en la condición y calidad de las personas que llevaron a término el robo: porque no deben ser penados igualmente un libre y un esclavo. En una palabra, si se quieren aplicar penas justas y adecuadas, es necesario aquí, como en los demás casos, fijarse en el *delito* y en el *delincuente*: sólo así será posible evitar los extremos del rigor excesivo y la nimia benignidad. (9)

Aquí tenemos expresado en términos clásicos y lapidarios el principio de que el penalista *debe tomar en consideración el elemento tanto subjetivo como objetivo del crimen*. En consecuencia, el descubrimiento del moderno positivismo no es tal descubrimiento: se trata de una doctrina muy antigua, que conocieron y practicaron los jurisconsultos y los jueces de la vieja Roma.

35.—Las cosas que se roban en tiempo de naufragio, deben ser restituidas con fidelidad e integridad a sus dueños. Esto es lo primero. Luégo hay que considerar el grado de

(8) D., 1. c. 3, 7.

(9) D., 1. c. 4, 1.

culpabilidad en los ladrones, porque no todos deben ser igualmente castigados, sino con penas diversas: *pro modo culpæ*, siempre en relación con la culpa y circunstancias subjetivas del delincuente. (10)

36.—Los que incendian casas o el trigo acumulado junto a las mismas, deben ser castigados por los jueces severísimamente, supuesto, como es natural, que hubieren procedido a sabiendas y de propósito, esto es, *dolo malo*. Si no tuvieron la previsión de lo que iba a suceder, o sólo fueron culpables de cierta negligencia y descuido, las penas deberán ser mucho más suaves y moderadas. (11)

¿Qué dirán a todo esto los positivistas italianos y franceses? ¿Cuándo Ferri o Garófalo expresaron con tanta nitidez y brevedad el principio de que no es lícito pasar por alto en materias criminales el elemento subjetivo?

37.—No todos los incendios merecen pena. En efecto, si se debieron a caso fortuito, es cierto e indiscutible que no puede haber lugar a responsabilidad alguna: *si fortuito casu incendium factum est, venia indiget*, salvo, naturalmente, que se trate de una muy notable negligencia, que en la práctica viene a confundirse con el dolo (12) de acuerdo con el axioma: *culpa lata dolo æquiparatur*.

38.—Para apreciar en su justo valor la gravedad de la injuria y fijar por ende el *quantum* preciso de la pena, es necesario, para no incurrir en errores e injusticias, tomar cuenta con los adjuntos y circunstancias de la persona que la infirió. *Crescit enim contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit*. (13)

39.—Si el esclavo comete un crimen por mandato de su señor, y luégo llega a obtener el beneficio de la libertad: podrá ser emplazado con todo derecho por la víctima, porque no en todas las cosas puede el esclavo obedecer a su dueño. *“Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur nec in omnia servus domino parere debet”*.

40.—El esclavo que, para defender a su dueño, hiciere

(10) D., 1. c.

(11) D., 1. c. 9.

(12) D., 1. c. 11.

(13) D., XLVII, 10, 17, 3.

(14) D., 1. c. 7.

alguna cosa, por ejemplo, diere la muerte a quien vino a quitarle la vida, no será responsable, *coram facie civitatis*, aun después que hubiere llegado a ser libre. (15)

41.—El que reveló crímenes graves de otro, con lo cual éste vino a sufrir detrimentos notables en su fama y en su nombre, no deberá ser castigado, porque antes es conveniente que los crímenes de los malvados sean conocidos de toda la sociedad. "*Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari: peccata enim noventium nota esse et oportet et expedit*". (16).

42.—Si Cayo injuria gravemente a Lucio Ticio creyendo infamar a Gayo Seyo, incurre ciertamente en responsabilidad, comoquiera que el error en este caso no pasa de ser un simple *accesorio*, y lo *principal* es que Lucio Ticio fue injuriado gravemente: *Prævalet quod principale est, Nempe iniuriam eum mihi facere voluisse*. (17)

43.—Si Ticio deshonró a Caya creyendola viuda, cuando en realidad era casada, el esposo de ésta no tendrá derecho para accionar públicamente contra el violador. En cambio, si Ticio sabía que la cómplice era casada, pero ignoraba quién fuese su marido: podrá éste accionar, porque quien procede de esta manera tiene la intención y el deliberado propósito de injuriar al marido, sea éste quien fuere. (18)

44.—Para determinar la responsabilidad civil proveniente de la injuria, no hay que tomar cuenta con el tiempo en el cual se falló la sentencia judicial, sino con el tiempo en que se cometió el crimen. Así, pues, la sentencia judicial tiene en esos casos efecto retroactivo. "*Injuriarum aestimatio non ad id tempus, quo judicatur, sed ad id, quo facta est, referri debet*". (19)

45.—Los que, mientras ejercen alguna magistratura del pueblo romano, violan gravemente las leyes de la justicia, ora como personas particulares, ya como personas públicas, es claro que pueden ser llevadas a los tribunales. Pero ocurre preguntar: ¿los magistrados en referencia podrán ser juzgados mientras lo son y llevan la representación del pueblo, o sólo cuando hubieren salido de la magistratura? La

(15) D., 1. c. 8.

(16) D., 1. c. 18 pr.

(17) D., 1. c. 18, 3.

(18) D., 1. c. 18, 5.

(19) D. 1. c. 21.

cosa no es del todo clara y sufre discusión. A mí me parece que hay que distinguir entre magistraturas mayores o curules y magistraturas menores. En el primer caso, habrá que esperar a que el criminal se retire del mando, mas no así en el segundo. (20)

Este es el discurso del jurisconsulto Ulpiano en su *Liber quadragesimus secundus ad Sabinum*.

46.—Si el magistrado adopta de buena fe y pone en práctica esta o aquella medida de gobierno con miras al bien común y a la protección del recto orden, no será responsable, por más que dicho acto resulte materialmente lesivo del derecho ajeno. (21)

Vemos aquí, una vez más, cómo los penalistas romanos tomaban en cuenta el elemento subjetivo para fijar la responsabilidad del delincuente.

47.—El autor de la injuria podrá ser emplazado no sólo criminal, sino también civilmente. En este último caso, los jueces se hallan autorizados para determinar, según prudente arbitrio, lo que el reo injuriador deberá pagar, por concepto de reparación, al actor, víctima de su injusticia. (22)

48.—El que osare entablar acción de injurias *per calumniam*, deberá ser castigado por los jueces *extra ordinem*, es a saber, sin observar las solemnidades y formas propias del *ordo iudiciorum*. En concreto, se le impondrá después de bien tomadas en cuenta y consideradas todas las circunstancias del caso, una de estas tres penas: el destierro, la relegación o la pérdida del *orden*, verbigracia, *Senatorio*, al cual pertenecía. (23)

49.—En nuestros tiempos, escribe el jurisconsulto Hermogeniano, es costumbre tratar los casos de injuria *extra ordinem*, tomando cuenta exacta con la gravedad de la falta en sí y con la condición y circunstancias de las personas que la perpetraron. Los esclavos, después de haber recibido la terrible pena de azotes, son restituidos a sus dueños.

Los libres, cuando son de categoría inferior, deberán ser apaleados, conforme a la cuantía y gravedad de su fal-

(20) D., 1. c. 32.

(21) D., 1. c. 33.

(22) D., 1. c. 37, 1.

(23) D., 1. c. 43.

ta. Los otros o van al destierro, o se les castiga con la interdicción de algún derecho, al arbitrio de los jueces. (24)

50.—Los que intentan corromper a mujeres casadas, aunque no hubieren logrado su intento criminal, deberán ser castigados *extra ordinem*. (25)

Aquí, pues, se establece el principio de que el *conatus delicti*, al menos en ocasiones, puede ser objeto de un castigo público, comoquiera que el simple intento, aunque no llevado a término, verbigracia, por la resistencia e intrepidez de la mujer, implica grave violación del recto orden social.

51.—Los que trataren de inducir a un niño o a una niña con dádivas y regalos a que cometa el crimen de estupro, si llega a realizarse éste, son castigados con la pena de muerte; en el caso contrario, son deportados a una isla: *perfecto flagitio, punitur capitæ; imperfecto, in insulam deportatur*. (26)

52.—Los príncipes Septimio Severo y Antonino Caracalla establecieron, como refiere el jurisperito Elio Marciano, que a las mujeres que, una vez realizado el acto carnal, evitaren la concepción, lesionando por tal manera los derechos sacratísimos e inviolables de los maridos y de la prole, se les debe imponer la pena de exilio temporal. (27)

Fijar el *quantum* preciso de la pena correspondía al juez, después de bien ponderadas y examinadas todas las circunstancias particulares del caso.

53.—Los que compran víveres en gran cantidad, y luego los guardan y estancan para más tarde revenderlos a precios elevados, deberán recibir su castigo, mayor o menor, conforme a las circunstancias del caso: *pæna autem in hos varie statuitur*. Unas veces se les prohíbe el ejercicio de la profesión, otras se les aplica la pena de la *relegatio*, en ocasiones se les impone el castigo de trabajos forzados, siempre al arbitrio del juez. (28)

54.—También se castiga, para defensa y protección de los compradores, el uso de las medidas falsas. El príncipe Adriano estableció, a este respecto, que los individuos, reos.

(24) D., 1. c. 45.

(25) D., XLVII, 11, 1. pr.

(26) D., 1. c. 1, 2.

(27) D., 1. c. 4.

(28) D., 1. c. 6 pr.

de esta clase de delitos, fueran relegados *in insulam* en pena de su mal comportamiento. (29)

55.—En Egipto, los que rompen los diques destinados a contener la furia y el ímpetu del río Nilo, suelen ser castigados con diferentes penas, de acuerdo siempre con la gravedad del delito, apreciado convenientemente por los jueces. (30)

56.—Para que haya verdadero delito y se puedan aplicar, en consecuencia, a los delincuentes las sanciones señaladas en la ley, no sólo se requiere la edad competente, sino también la intención y el deliberado propósito de violar el derecho establecido por las autoridades públicas en vista del bien común. (31)

El pasaje transcrito es de una importancia enorme. Se trata en él de los *violatores sepulchrorum*. Y afirma Ulpiano, sin vacilación, dando a entender que se trata de una doctrina común y corriente en la jurisprudencia romana, que para que se verifique y actúe la figura delictuosa en cuestión, se necesita el *animus violandi*. Obsérvese, de paso, que el término *animus*, cuando va acompañado de un genitivo, como aquí sucede, en la forma indicada, denota siempre, en la técnica jurídica romana, la voluntad, el designio y la intención deliberados de hacer o no hacer una cosa.

57.—Los jueces encargados de sustanciar y resolver los pleitos que guardan relación con la *sepulchrorum violatio*, deben prestar la debida consideración, no sólo a la acción en si misma, en cuanto dice injuria del *dominus sepulchri*, sino también al lucro que de su crimen reporta el delincuente, al daño que de hecho causó, verbigracia, despojando los cadáveres, y a la temeridad mayor o menor con que se realizó el delito. (32)

58.—La *actio de sepulchro violato* no tiene por fin principal la indemnización de los daños, sino más bien la aplicación al malhechor de una pena justa que guarde la debida relación con el orden violado. (33)

Aquí, como se ve, indica con toda claridad cómo el delito puede implicar responsabilidades tanto civiles como criminales.

JOSE MARIA URÍA, S. J.

(29) D., 1. c. 6, 1, 2.

(30) D., 1. c. 11.

(31) D., XLVII, 12, 3, 1.

(32) D., 1. c. 3, 7 y 8.

(33) D., 1. c. 6.