

La “*certissima iuris regula*” de Gayo

por José María BLANCH NOUGUÉS

(Universidad Autónoma de Madrid)

1) INSTITUCIONES DE GAYO, 4,112.

El presente artículo (1) se titula la *certissima iuris regula* de Gayo. Este título procede del fragmento 4,112 de las Instituciones de Gayo en el que se afirma nombrándola como tal, la *iuris regula* de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales privadas. En efecto, Gayo comienza por afirmar en este fragmento que “*non omnes actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem atque competunt aut dari solent*” y así añade a continuación que “*est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae...*”. Y el fragmento continúa

1) Este artículo recoge y desarrolla mi comunicación presentada en la 51 sesión del congreso de la S.I.H.D.A. celebrado en Crotona y Mesina. Véase también mi libro *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, Madrid, 1997.

y termina con una referencia a la transmisibilidad activa de las acciones penales privadas, es decir, al heredero de la víctima.

El fragmento es fielmente reproducido en Instituciones de Justiniano 4,12,1 (2), y esta *certissima iuris regula* fue llevada por los compiladores como tal *regula* a D. 50,17,111,1 (3).

Instituciones de Gayo 4,112 contiene un texto formalmente clásico que, por un lado, circunscribe la regla de la intransmisibilidad a las “*ex maleficiis poenales actiones*”, dejando fuera por tanto, como destacó ALBANESE (4), a las acciones que llevan la pena procesal del duplo en caso de *infitiatio*, y, en el que por otro lado, Gayo distingue claramente, incluso diríamos pedagógicamente, entre acciones penales nacidas del *ius civile*, es decir, las que “*ipso iure competunt*”, y acciones penales pretorias, es decir, las que “*a praetore dantur*”: en perfecta correlación con el enunciado inicial, la *certissima iuris regula* lo desarrolla, y establece implícitamente, por categorías, que las “*ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere*”, refiriéndose así, respectivamente, a las acciones penales de *ius civile* y a las de derecho pretorio.

2) *Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt, aut a praetore dantur, et in heredem aequae competunt, aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus huiusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur...*

3) D. 50,17,111,1 (Gai. 2 ed. prov.): *In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum.*

4) B. ALBANESE, *Illecito*, Enciclopedia del diritto, p. 79 ss.

Esta *certissima iuris regula* gayana constituye en sí misma una concreción de uno de los principios jurídicos más firmemente enraizados en las convicciones jurídicas del pueblo romano: el principio del *ius civile* de la personalidad de la pena. En virtud de este principio la condena penal por un ilícito ha de recaer sólo sobre el delincuente dejando libres a sus familiares y herederos. Así, resulta representativo el hecho de que Dionisio de Halicarnaso mencionara en una ocasión como una de las más firmes costumbres del pueblo romano la de no castigar a los hijos por los crímenes de sus padres ni aunque éstos fuesen condenados por traición a la República; y ello en contra de la opinión, nos dice, de algunos griegos que consideraban que de padres malvados no pueden nacer hijos virtuosos, ni viceversa ⁽⁵⁾.

5) Dionisio de Halicarnaso (60 a.C.- 7 d.C.) se refiere a unos acontecimientos sucedidos hacia el año 483 a.C. (cita la LXXVII Olimpiada de la era antigua) en los que el ciudadano Casio fue condenado a muerte por *perduellio*, es decir, por traición a la República. A continuación se reunió el Senado para deliberar sobre la conveniencia de que también fuesen condenados a muerte los hijos de Casio siendo el resultado de dicha deliberación el de considerar que no debían de pagar por el crimen de su padre:

Καὶ ἐξ ἐκείνου τὸ ἔθος τοῦτο Ῥωμαίοις ἐπιχώριον γέγονεν ἕως τῆς καθ' ἡμᾶς διατηρούμενον ἡλικίας, ἀφείσθαι τιμωρίας ἀπάσης τοὺς παῖδας ὧν ἀὸν οἱ πατέρες ἀδικήσωσιν, ἐάν τε τυράννων ὄντες υἱοὶ τύχουσιν, ἐάν τε πατροκτόνων, ἐάν τε προδοτῶν, ὃ μέγιστόν ἐστι παρ' ἐκείνοις ἀδίκημα. (D.H., VIII,80,1).

También Cicerón (*de natura deorum*, 3,38,90) contrapone el mundo de los dioses en el que se castiga también a los hijos y a los nietos por los crímenes de sus padres y ascendientes, del mundo de la *civitas*, es decir, del ámbito de lo jurídico en el que no es posible una ley que ordene dicho precepto:

quem vos praeclare defenditis, cum dicitis eam vim deorum esse ut etiamsi quis morte poenas sceleris effugerit expetantur eae poenae a liberis a nepotibus a posteris. O miram aequitatem deorum: ferretne civitas ulla latorem istius modi legis ut condemnaretur filius aut nepos si pater aut avus deliquisset?

Por otro lado, D. 47,1,1,pr., que es el texto con el que se inicia el libro 47 del Digesto relativo a los *delicta privata*, contiene un fragmento de los comentarios de Ulpiano *ad Sabinum* en el cual se proclama de entrada esta regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales, con estas palabras:

Y en D. 48,19,26 (Call. 1 *de cognit.*) se dice: *crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admisso sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt.*

Sobre Derecho penal romano recogemos la siguiente sumaria bibliografía: T. MOMMSEN, *Droit Pénal romain*, Trad. J. Duquesne. Paris, 1907; *Römisches Strafrecht*, Graz, reimp. 1955; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Ed. anastática, Roma, 1976; G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934; C. GIOFFREDI, *Sulla concezione romana della pena*, *Studi in onore di E. Volterra*, II, p. 333 ss.; F. DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, *Studi Solazzi*, p. 169 ss.; J. GAUDEMET, *Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité*, *Studi in onore E. Betti*, II, p. 483 ss.; W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römern von Romulus bis auf Justinian*, Reimp. Darmstadt, 1962; E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976; B. SANTALUCIA, *Alle origini del processo penale romano*, *IURA*, 1984, p. 47 ss.; *Note sulla repressione dei reati comuni in età repubblicana*, en "*Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*", a cura di A. BURDESE, Padova, 1988, p. 5 ss.; *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989; *Derecho penal romano*, Madrid, 1990; *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994; P. FUENTESECA, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 1987; P. LÉVÊQUE, *La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique*, *Symposion California 1990*, Weimar, Köln, Wien, 1991; T. J. SAUNDERS, *Plato's penal code: tradition, controversy and reform in Greek penology*, Oxford, 1991; V. GIUFFRÈ, *La «repressione criminale» nell'esperienza romana*, Napoli, 1993; L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1993; O. F. ROBINSON, *The criminal law of ancient Rome*, London, 1995; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, Madrid, 1996.

civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores (6).

2) REGLAS JURÍDICAS EN DERECHO ROMANO.

La regla gayana aparece pues como una de las varias *regulae iuris* que fueron firmemente fijadas y asumidas por la jurisprudencia romana como verdaderos preceptos normativos nacidos fundamentalmente en el *ius civile*.

Respecto a los orígenes de estas *regulae iuris*, CANNATA (7) refiere que los juristas de mediados de la República (concretamente cita a Tiberio Coruncanio) ya darían sus respuestas en público. Dichas respuestas no serían motivadas salvo en el caso de que alguno de los presentes lo pidiera. En tal caso, “estos enunciados explicativos debían tomar la forma de la *regula iuris*, regla con carácter normativo que sintetizaba el principio del *ius civile* del que dependía la solución concreta. La fijación y el enunciado de tales *regulae iuris* con carácter normativo –reglas generales y abstractas– representaban la llave del método interpretativo de la jurisprudencia arcaica: tenían una

6) El fragmento completo (D. 47,1,1,pr.; Ulp. 41 *ad Sab.*) dice así: *civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item condictio adversus eos competit.*

7) C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Trad. española: L. GUTIERREZ-MASSÓN, Madrid, 1996, p. 35; *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*, en *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, p. 82.

forma parecida a los enunciados de las Doce Tablas y constituían un complemento de las mismas”. Añade más adelante ⁽⁸⁾ que sería extraño que las *regulae iuris* no hubieran sido objeto de obras específicas y este podría ser el objeto de los “*tripertita*” de Sexto Elio Peto Cato (cónsul en 198 a.C.) que, según Pomponio, contenía los elementos fundamentales del *ius civile*, y más exactamente, el texto de las Doce Tablas, seguido de la *interpretatio* y completado por la *legis actio* respectiva ⁽⁹⁾.

SCHMIDLIN ⁽¹⁰⁾ separó nítidamente a estas *iuris regulae* del *ius civile* de las llamadas reglas casuísticas creadas sobre todo por la jurisprudencia del Principado, las cuales representaban sólo el resultado de operaciones de simplificación y aislamiento de soluciones jurisprudenciales parecidas y reiteradas para casos análogos pero que, a diferencia de aquellas *regulae iuris*, como destaca VACCA ⁽¹¹⁾, estaban siempre sujetas a la consideración

8) C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 36.

9) D. 1,2,2,5 (Pomp. *enchir. sing.*).

10) B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Wien, Böhlau, 1970 (recensión de C. CANNATA, *IURA*, 1971, p. 180 ss.); *Regula iuris, Standard, Norm oder Spruchregel? Zum hermeneutischen Problem des Regelverständnisses*, Fest. M. Kaser, München, 1976, p. 91 ss.

Así SCHMIDLIN en *Die römischen Rechtsregeln...* (op. cit., p. 7) nos dice que “Schon ein erster Blick auf diese Quellen läßt erkennen, daß die Regeln in zwei deutlich unterscheidbare Hauptgruppen zerfallen. Einmal besitzen wir eine stattliche Zahl von festen Einzelregeln. Teils werden sie ausdrücklich *regulae* genannt, teils sind sie ohne weiteres durch ihre Spruchform als feste, zitierfähige Regel erkennbar. Die zweite wichtige Gruppe bilden die hochklassischer und spätklassischer Zeit geschriebenen Regelbücher: die *libri regularum*”.

11) L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 110-111: “queste enunciazioni rappresentano cioè la massima evidenziazione del principio giuridico, considerato però non come una decisione che deve essere applicata nei successivi casi futuri, ma come risultato che non ha senso se non in rapporto al metodo casistico di cui è espressione”.

crítica de los juristas a la hora de resolver el caso singularmente planteado ⁽¹²⁾. No obstante, NÖRR ⁽¹³⁾ rechazó esta neta

12) Nos encontramos ante el método de actuación de los juristas romanos: escribe M.J. GARCÍA GARRIDO (*Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones*, Madrid, 1995, p. 118-119) que “el jurisconsulto romano utiliza múltiples medios y recursos de técnica jurídica en la elaboración casuística, en la deducción de principios y reglas y en la adaptación y creación de nuevas instituciones”. En concreto distingue los siguientes grados de elaboración jurisprudencial:

“a) Caso. Supuesto de hecho que el jurista analiza en cada uno de sus pormenores o elementos. Le sirve de base para decidir con arreglo a criterios de justicia y utilidad inmediata. b) Caso-guía. Se trata de determinados casos o supuestos de hecho que, por su extenso ámbito de aplicación o por la elaboración técnico-jurídica de que han sido objeto en una o varias decisiones, se considera como patrón o modelo para la solución de casos parecidos. En este ámbito, la jurisprudencia opera principalmente con la técnica de las conexiones, en la que interviene sobre todo la analogía. c) Reglas y axiomas jurídicos. En ellos comprendemos, no sólo las *regulae* en sentido técnico, sino también los juicios y decisiones que los juristas formulan abstrayéndolos del caso-guía o conjunto de casos en el que tienen aplicación. El valor de estos juicios y axiomas resulta, tanto de su correspondencia con criterios de equidad como de su fundamento en la autoridad de los juristas que con sus decisiones similares han contribuido a crearlas”.

Sobre reglas jurídicas en el Derecho romano y la recepción de dichas reglas o axiomas a través del Derecho histórico español (sobre todo de la legislación de las Partidas de Alfonso X, rey de Castilla, en el siglo XIII) hasta el Ordenamiento jurídico español actual, véase: F. REINOSO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1988. En España la cuestión tiene un singular interés, hasta el punto de que REINOSO defiende la vigencia actual del Derecho romano en nuestro país a través de la cita y aplicación que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de principios y reglas de Derecho romano. Son principios y reglas, por lo tanto, integradas en nuestro Ordenamiento jurídico según el sistema de fuentes del Derecho español. Así, dicho Autor recoge una amplia relación de principios y reglas de origen romano con la correspondiente referencia de las sentencias en las que aparecen citadas. Dicha relación abarca desde antes de la publicación del Código Civil español, es decir, de antes de 1889, hasta el año 1985.

13) D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, SZ, 89, 1972, p. 18 ss., véase p. 86 ss.

separación entre *regulae iuris* y reglas casuísticas y prefirió hablar de una escala de normatividad dentro de todo el conjunto de las diferentes *regulae* y en la cual las *regulae iuris* representarían la mayor normatividad admisible, pero en el seno de un Ordenamiento jurídico jurisprudencial y por lo tanto libre y casuístico (14).

El término *regula* aparece en las fuentes jurídicas (15) desde finales del siglo I d.C. con un significado ambiguo y amplio (16):

14) "... daß die Normativität der *regula* einer als Juristenrecht zu kennzeichnenden Rechtsordnung fast ein a priori ist (...). Verallgemeinernd läßt sich vielleicht sagen, daß in dem Moment, in dem sich die Auffassung durchgesetzt hatte, daß das Juristenrecht nicht nur für den Einzelfall, sondern generell *legis vice* steht, ein höher Grad von Normativität erreicht ist". (NÖRR, op. cit., p. 87).

15) Sobre el origen y la utilización del término *regula* en las fuentes literarias republicanas y clásicas véase P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966. También véase tanto respecto a las fuentes jurídicas como literarias, SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln...*, op. cit., p. 23 ss.

16) SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln...*, op. cit., p. 6-7: "Was aber die römischen Juristen unter Regel und Definition alles verstehen, haben wir erst aus den Quellen zu ermitteln. Es gilt, die Texte zu prüfen, in denen die Juristen ausdrücklich von *regula* und *definitio* sprechen. Nur so vermeiden wir den oft begangenen Fehler, *regula* und *definitio* mit einer allgemeinen und verschwommenen Vorstellung von Rechtsprinzip und Begriffsbestimmung gleichzusetzen oder sie nach rein theoretischen, jedenfalls ungeschichtlichen Kriterien festzulegen".

Resulta representativa de la amplitud y vaguedad con la que fueron concebidas las *regulae* por la jurisprudencia romana la definición que de las mismas abre el último título del Digesto: D. 50,17,1 (Paul. *ad Plaut.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

así, dentro del término *regula*, tal y como fue utilizado por la jurisprudencia del Principado, se comprende por un lado el objeto de los *libri regularum*: es decir, todo un conjunto de reglas propiamente casuísticas y de definiciones; y, por otro lado, se engloba también dentro de este término a las verdaderas *iuris regulae*: es decir, como ya se ha dicho, reglas normativas que constituyen aplicaciones concretas de principios jurídicos reconocidos por la jurisprudencia fundamentalmente en el ámbito del *ius civile*, como por ejemplo la *regula catoniana* o la *certissima iuris regula* referida por Gayo.

Neracio escribió el primero de los llamados *libri regularum* que constituyeron en sí mismos un género literario propio, siendo posiblemente también este jurista el primero que utilizara el término *regula* en el sentido de regla jurídica. Se acepta que dicho género literario se originase a su vez en los *Pithanà* de Labeón como colección de proposiciones de lógica jurídica realizadas a partir de la tópica estoica y dirigidas a su discusión y aceptación por el conjunto de la jurisprudencia (17). Después de Neracio

17) Señala C.A. CANNATA, (*Potere centrale...*, op. cit., p. 80; *Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 63) que para Labeón el *pithanon* se presenta como una solución casuística enunciada bajo la forma de regla. El caso concreto al que se refiere dicha solución es descrito tan sólo por los elementos de hecho que condicionan sus efectos jurídicos. Así individualizando constituye un tipo de situación concreta (*Tatbestand*); por consiguiente, la definición de tal caso representa la definición de las consecuencias jurídicas propias de todos los casos concretos del mismo tipo (...) la regla así construida es propuesta por el jurista a otros juristas para que la adopten; pero también está previsto –tratándose de un enunciado “probable”– que la corrijan o la rechacen, si la consideran incorrecta (...). Si, como se ve, el método Labeoniano de la determinación de las reglas jurídicas se inscribe en la tradición de la técnica del *responsum* propio de la jurisprudencia de los *veteres*, contradice toda la metodología anteriormente adoptada para la formación de las *regulae iuris*, porque éstas eran reglas generales y abstractas, deducidas directamente de las estructuras del orden jurídico. La innovación de Labeón reside, sobre todo, en el hecho de que se propuso utilizar solamente el método de la regla casuística para la construcción de las reglas jurídicas, lo que implica el rechazo del antiguo método que

escribieron *libri regularum*, Cervidio Escévola, Gayo, Ulpiano, Paulo, Licinio Rufino, Marcelo, Modestino y, seguramente, otros juristas (18).

desembocaba en el enunciado de reglas generales (*regulae iuris*) por medio de deducciones fundadas en las instituciones y no en soluciones concretas. Precisamente esta contribución de C.A. CANNATA respecto del nuevo método de Labeón fue destacada por A. GUARINO en la comunicación que éste último presentó en la sesión de clausura de la 51 sesión del Congreso de la S.I.H.D.A. que se tituló “Labeone Superman”.

18) SCHMIDLIN, op. cit., p. 120 ss.; STEIN, op. cit., p. 79 ss.; CANNATA, *Potere centrale...*, op. cit., p. 80-81. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico...*, op. cit., p. 109 nos refiere que los *Pithanà* de Labeón presentan particular interés en cuanto que “compaiono soluzioni generalizzanti, impostate secondo il criterio del probabile, derivate evidentemente da soluzioni di casi concreti, e proposte agli altri giuristi per una costruzione della scienza del diritto in termini dialettici: con particolare riguardo a quest’opera, lo SCHMIDLIN ha dimostrato un rapporto assai significativo fra il metodo casistico della giurisprudenza romana e le enunziazioni di carattere “regolare” proprie della giurisprudenza classica: posto che lo schema tipico del responso, così come risulta per esempio dai *libri responsorum* di Scevola, consiste in *casus, quaestio, responsum*, e che esso di per sè presenta già un certo grado di semplificazione, con l’intento evidente di proporre un modello per la soluzione di fattispecie future, le regole di quest’epoca altro non sono che il massimo grado di semplificazione della soluzione casistica”.

NÖRR ⁽¹⁹⁾ incluyó a nuestra regla gayana dentro de las que él llamó *Spruchregeln* (se puede entender como reglas generales que establecen juicios, decisiones, sobre la validez de un acto jurídico): siguiendo a este autor vemos que las fuentes nos refieren veintitrés *regulae* como verdaderas normas de Derecho, de las que en once ocasiones las mismas fuentes manifiestan que estamos ante una *iuris regula* o una *iuris civilis regula*. Dentro de estas once reglas NÖRR nos dice que cinco de ellas tendrían forma de *Spruchregeln* y dentro de estas cinco está, como vimos, la *certissima iuris regula* gayana. También destacó que la expresión *regula* es especialmente frecuente en Gayo que la utiliza en ocho ocasiones: dos veces como standard o medida de la conducta necesaria para dotar de eficacia un acto jurídico, otras tres como *Spruchregel*, y finalmente, tres como *Rechtsregel*, es decir, se puede traducir, como pura norma jurídica ⁽²⁰⁾.

Por lo que hace a Gayo, debemos traer aquí a colación la tesis de STEIN ⁽²¹⁾ que sostiene que la expresión *regula* tiene en Gayo un sentido especial, más académico que en el resto de la jurisprudencia, ya que Gayo concibiría el Ordenamiento Jurídico

19) *Spruchregel...*, op. cit., p. 38 ss.

20) SCHMIDLIN niega validez a este esquema dogmático de NÖRR y así dedica gran parte de un artículo (*Regula iuris: Standard, Norm oder Spruchregel...*, op. cit.) a negar la validez de la clasificación de las *iuris regulae* en “*Spruchregel*”, “*Standard*” o “*Rechtsregel*”, como a rechazar las críticas de NÖRR a sus planteamientos. Por su parte SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (op. cit., p. 61 ss.), estudia las diferentes *iuris regulae* por razón de su contenido, ya sea en materia de testamentos y legados, de la *stipulatio*, de derecho reales, de contratos y delitos.

21) *Regulae Iuris*, op. cit., p. 94-95.

como formado por un cuerpo o sistema de *iuris regulae* que deben de conciliarse unas con otras. Sería una anticipación de la tendencia postclásica a la consolidación y clasificación de las *iuris regulae*, y la idea de Gayo respecto de las mismas sería consecuentemente más amplia que la de sus contemporáneos. Estamos, sí, ante una tesis discutible, pero no debemos olvidar el talante especialmente sistemático y didáctico de Gayo como maestro de Derecho y también, creo yo, como jurista, lo que parece que pudo ser la causa de su aislamiento por parte de la jurisprudencia de su tiempo. Así, KASER ⁽²²⁾ destacó la tendencia de los escritores escolásticos como Gayo a transformar el Derecho en un complejo de reglas lo cual tenía el peligro de disminuir la libertad de decidir los casos prácticos según los principios de justicia y equidad. Piénsese por contra en la consideración que tuvo Pomponio ⁽²³⁾ en la jurisprudencia de su tiempo y en las palabras del jurista Javoleno objeto de amplios y profundos estudios: *omnis definitio in iure civili periculosa est* ⁽²⁴⁾.

22) *La classicità di Gaio*, en *Gaio nel suo tempo*, *Atti del Simposio romanistico*, Napoli, 1966, p. 42 ss.; esp. p. 46-47.

23) D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, en *Gaio nel suo tempo...*, op. cit., p. 61 ss. C.A. CANNATA (*Historia de la ciencia...*, op. cit., p. 87, n. 205, dice lo siguiente: “Gayo era pues seguramente un escritor “clásico”, pero no puede ser considerado como un jurista clásico. Dejando aparte el hecho de que no era un auténtico *iurisconsultus* (sino sólo un escritor de cosas jurídicas y quizá un *magister iuris*), adolecía de un pensamiento jurídico de aire clásico. Escribía como si estuviera convencido de que se puede explicar derecho a cualquier persona con la sola lectura de un libro, pero tal convicción únicamente puede pertenecer a un espíritu superficial”.

24) A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; B. ALBANESE, “*Definitio periculosa*”: un singolare caso di “*duplex interpretatio*”, *Studi Scaduto*, 1967 [= *Scritti Giuridici*, I, p. 301 ss.]; A. GUARINO, *D. 50,17,202: “Interpretatio simplex”*, *Labeo*, 14, 1968, p. 65 ss.; *Javoleno e le definizioni*, *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 155 ss.

Pero además en Instituciones 4,112, Gayo califica su regla con la expresión *certissima*. Sorprende el poco eco que ha tenido esta expresión entre la doctrina. El término *certissima* sólomente es utilizado por Gayo en esta ocasión queriendo decir que estamos ante una regla firme, indiscutida, segura. Por otro lado podemos constatar que las voces *certissima*, *certissime*, o *certissimi* son utilizadas en fuentes muy tardías: así, aparecen en dos ocasiones en el Código teodosiano, en veinticuatro en el Código de Justiniano, una en el Breviario de Alarico, *Interpretatio* de las Sentencias de Paulo y finalmente una en el Breviario de Alarico, Novelas de Teodosio (25).

Vemos pues que la expresión *certissima* se halla en fuentes muy tardías como término común en el lenguaje de la Cancillería imperial. Sin embargo no creo que se pueda pensar, sin más, que estemos por ello ante un glosema postclásico a las Instituciones de Gayo. También podemos plantearnos si no estaríamos entonces ante una prueba en favor de la tesis de STEIN que concibe los *libri regularum* como género literario formado por colecciones de simples reglas jurídicas escritas dogmáticamente por la mayor parte de los juristas del siglo II y III como

25) P. Sent. Interpretatio 1,17,1; 2,24,8; C.Th. 8,18,5; 10,32,2; C.Th. Brev. 5,6,1; C.Th.-Brev. 10,3,2 (interpret. visig.); Nov. Th. Brev. 9,1,1. Y, por supuesto en I.J. 4,12,1 que reproduce fielmente el texto gayano.

formularios de actuación práctica destinados a los funcionarios *ab epistulis* y *a libellis* de la Cancillería imperial (26). No creo que se pueda llegar tan lejos, máxime, cuando estamos hablando de una auténtica *iuris regula* normativa fundada en el *ius civile* y no en una de tantas reglas casuísticas contenidas en los *libri regularum*.

Pero la cuestión está en determinar cuál es el grado efectivo de normatividad de una *iuris regula* como la que venimos analizando, y ello, en el seno de un ordenamiento jurídico casuístico y jurisprudencial como es el romano: esta cuestión de la normatividad de las *iuris regulae* es uno de tantos temas de nuestra disciplina que siguen abiertos, posiblemente porque las fuentes de que disponemos son más bien escasas y en algunos casos ambiguas lo que da lugar a discusiones continuas en el seno de la doctrina.

Las *iuris civilis regulae* tenían valor de norma jurídica que en cuanto tal norma limitaban la autonomía de la voluntad de los

26) P. STEIN, *Regulae Iuris*, op. cit., p. 80-81: "For what audience were these works intended? Not for students beginning the study of the law. The presentation is totally unsystematic even by the unexact standards of the classical period and the subject matter is too detailed for those lacking a grounding in law. Clearly the *Regulae* were written for people who knew some law but who were not interested in arguments and reasons, i.e. people who required working rules of thumb to guide them in the routine cases with which they had to deal. I suggest that the typical reader whom the authors of *Regulae* had in mind was a subordinate official in the bureaux *ab epistulis* and *a libellis*". Se trata de una tesis muy discutida por la doctrina pero, pese a ello R. BONINO en la recensión al libro de STEIN en la revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (1967, p. 447 ss.) sigue una línea ciertamente conciliadora respecto de la misma (p. 457).

particulares, no admitían pacto privado en contra ⁽²⁷⁾ y fueron respetadas por la jurisprudencia por su fijeza y antigüedad. Ahora bien, también para NÖRR, en abierta polémica con SCHMIDLIN, tampoco tenían para la jurisprudencia clásica un valor absoluto e inmutable: Nörr afirma que su validez sería inferior a la de un precepto legal, si bien, subraya que su valor normativo se acentuó en época postclásica ⁽²⁸⁾.

3) LA APLICACIÓN DE LA CERTISSIMA IURIS REGULA DE GAYO A LAS ACCIONES PENALES PRIVADAS.

Por lo que hace a la *certissima iuris regula* de Gayo podemos empezar declarando que su aplicación práctica es general y expansiva en el ámbito de las acciones penales privadas; pero, sin embargo, también aparecen dudas y problemas que nos revelan que no estamos, sin más, ante una aplicación en todo caso incondicional y absoluta de dicha regla. Veamos ⁽²⁹⁾.

Gayo, anteponiendo el término *veluti*, cita en Instituciones 4,112 y a modo de ejemplo de “*ex maleficiis poenales actiones*” a la *actio furti*, a la *actio vi bonorum raptorum*, a la *actio iniuriarum* y a la *actio damni iniuriae* que, como sabemos, son acciones que se citan, aún también a título de ejemplo, en Instituciones de

27) D. 2,14,28,pr. (Gai. 1 ed. prov.): “*contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur...*”.

28) *Spruchregel und Generalisierung*, op. cit., p. 87 ss.

29) Sigo mi libro, *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, op. cit., p. 70, n. 144.

Gayo, 3,182 ⁽³⁰⁾ que es el texto relativo a las “*obligationes quae ex delicto nascuntur*”. Nos preguntamos: ¿cuál fue la finalidad de Gayo al citar expresamente los cuatro delitos señalados al enunciar la *certissima iuris regula*? A mi juicio Gayo, haciendo uso de un estilo netamente pedagógico, quiere destacar los cuatro *delicta* citados, simplemente, como los más importantes en la práctica, los cuales además tienen un ámbito amplísimo de aplicación dentro del Derecho penal privado romano; y también creo que los cita para destacar así que estamos ante una regla nacida en el *ius civile*.

BRASIELLO ⁽³¹⁾ comentó el fragmento afirmando que Gayo al enunciar la *certissima iuris regula* de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales comprende tanto a las acciones penales *ex iure civili* como a las acciones pretorias ya que alude a las primeras con la expresión *ipso iure competunt* y a las segundas con las expresión *a praetore dantur*. Y STEIN, al tratar específicamente acerca de esta *certissima iuris regula* entiende que se puede asegurar, sin lugar a dudas, que la misma se refiere justamente tanto al *ius civile* como a la práctica del pretor ⁽³²⁾.

Sin embargo no han faltado autores que, en virtud de diversas consideraciones, han querido circunscribir la regla

30) *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit, quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

31) *Corso di diritto romano. Atti illeciti e pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, p. 91.

32) STEIN, *Regulae Iuris*, op. cit., p. 93.

gayana sólo a los cuatro delitos citados. En este sentido es obligado partir de ALBERTARIO (33), el cual llamó la atención en diversas publicaciones acerca del significado técnico que tienen en las fuentes clásicas los términos *maleficium* y *delictum*, los cuales comprenden sólo ilícitos penales que proceden del *ius civile* y que son los únicos que propiamente originaban en el Derecho clásico las *obligationes ex delicto*. Frente al planteamiento de ALBERTARIO, SEGRÉ (34) opuso, poco después, que en el Derecho clásico, y Gayo escribe en la segunda mitad del siglo II, se va produciendo una cierta promiscuidad en el uso en las fuentes de los términos *maleficium*, *delictum* y *crimen*, y que este uso promiscuo es paralelo en el tiempo a hechos como la fijación codificada del edicto perpetuo o la progresiva sustitución del procedimiento formulario por el de la *cognitio extra ordinem*.

PEROZZI (35), de acuerdo en lo fundamental con ALBERTARIO, señalaba en sus Instituciones que en tiempos de Gayo era un principio firmísimo (*certissima iuris regula*) que las acciones que derivan de los cuatro delitos que originan obligaciones no se dirigen contra los herederos, pero que el principio (es decir, se entiende, esta *iuris regula*) fue aplicado caso por caso a las

33) E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, Milano, 1924 [= *Studi di diritto romano*, III,1, p. 141 ss.]; *Maleficium*, *Studi in onore di Perozzi*, Palermo, 1925, p. 225 ss. [= *Studi di diritto romano*, III,1, p. 196 ss.].

34) G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleciano*, *Studi P. Bonfante*, III,3, p. 500 ss. [= *Scritti varii di diritto romano*].

35) S. PEROZZI, *Istituzioni*², II, p. 91.

acciones de otros *maleficia*. Y añade que en varios textos de la Compilación es afirmado como un principio propio de todas las acciones penales. También SCHULZ ⁽³⁶⁾ siguió el planteamiento de ALBERTARIO, si bien consideró a Gayo como un precursor en la extensión de términos clásicos como *obligatio* o *delictum* al ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho pretorio; y señala como buena prueba de ello el que en los fragmentos de las Instituciones extiende el ámbito de la *obligatio ex delicto* a acciones propiamente pretorias pero que nacieron íntimamente relacionadas con acciones del *ius civile*. Tal es el caso, por ejemplo, de la *actio vi bonorum raptorum* o de la *actio iniuriarum aestimatoria*; aunque, como destaca SCHULZ, Gayo no se atreve a mencionar a acciones tales como la *actio de dolo* o la *actio metus*.

Ahora bien, MAIER ⁽³⁷⁾ sostuvo en los años treinta que la *certissima iuris regula* de Gayo 4,112 se limitaba sólo a los cuatro *delicta* citados en el fragmento, es decir, *furtum*, *iniuria*, *vi bonorum raptorum* y *damnum iniuria datum*, los cuales procedían del *ius civile* o nacieron en íntima conexión con él. MAIER apoyó su tesis tanto en los planteamientos de ALBERTARIO sobre la significación técnica del término *maleficium* en el Derecho clásico ⁽³⁸⁾, como también en D. 47,1,1,pr. en el se dice que esta regla se origina como *civilis constitutio* ⁽³⁹⁾.

36) F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1969, p. 457 [= *Derecho Romano Clásico*, Trad. esp. J. Santa Cruz Teigeiro, p. 437].

37) G. H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin und Leipzig, 1932, p. 7-9.

38) *Prätorische Bereicherungsklagen*, op. cit., p. 7: “Wären *maleficia* bei den Klassikern nur die vier bekannten Hauptdelikte, wie ALBERTARIO annimmt (*Riv. dir. comm.* 23 (1921), 1, 500; *stud. Perozzi*, 223 ss) so wäre gewiß und offenkundig daß Gaius keinen allgemeinen Satz von der Unvererblichkeit aller Deliktssklagen aufstellen wollte”.

39) MAIER, op. cit., p. 9: “Selbst wenn man hier mit BESELER (1,4) [y BONFANTE, *Corso*, 6, p. 127] *civilis constitutio* streicht, spricht durch der

Por su parte, RICCOBONO que defendía en un artículo ⁽⁴⁰⁾, y en función de dos textos del Digesto ⁽⁴¹⁾, que en caso de que el demandado fallecido hubiese muerto sin haber llegado a comparecer ante el pretor, y sin nada que hubiese justificado tal retraso en comparecer, el pretor podía incluso llegar a fingir que se habría producido ya la *litis contestatio* y, por lo tanto, en tal caso, la acción penal se proyectaría hasta el heredero del

Ursprung aus Ulpian's Sabinuskommentar (oder Sabinus selbst) entschieden dafür, daß es sich um eine für die zivilrechtlichen Klagen geformte Regel handelt”.

40) S. RICCOBONO, *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte* [fr. 10§2 D. 2,11 und fr. 33 D. 44,7], SZ. 47, 1927, p. 75 ss.

41) D. 44,7,33 (Paul. 3 *decret.*): *Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.*

D. 2,11,10,2 (Paul. 1 *ad Plaut.*): *Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus iudicio sistat: commissa stipulatione mortuus est. non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non permetteretur ei. idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio, et hoc Iulianus scribit. secundum quod et si fideiussores dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit: quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.*

demandado fallecido antes de la *l.c.* Pues bien, en este contexto RICCOBONO ⁽⁴²⁾ atiende a la expresión “*nec dari solere*” que aparece en nuestro fragmento gayano, Gai. 4,112, y se basa en ella para escribir lo siguiente: “las palabras ‘*dari solere*’ no están, por decirlo así, ‘de relleno’ (de más) sino que tienen un fondo particular: pueden entenderse de forma que el pretor, sin que haya tenido lugar la *l.c.*, no suele otorgar ninguna acción penal contra el heredero, pero no excluye la posibilidad de que lo haga en casos especiales”. “Gayo –RICCOBONO– sabe muy bien que aquí, como en cualquier parte, el pretor puede intervenir de manera extraordinaria. Por lo que la exclusión de la transmisibilidad de la acción penal vale absolutamente para el *ius civile*, pero, de manera relativa, para el *ius honorarium*, aún cuando este último siga regularmente la norma del *ius civile*. El pretor siempre puede impartir una acción e incluso fingir la *l.c.* cuando le parezca necesario”. Dejo constar que LENEL ⁽⁴³⁾ no aceptó en su día este planteamiento de RICCOBONO, pero no es este el lugar para entrar en aquella polémica.

Debemos añadir que *nec dari solent* es una expresión que se repite también en D. 50,17,111,1 que, como vimos antes, es el fragmento en el que se recoge como tal, y en cuanto tal, la *iuris regula* gayana. Ahora bien, en este texto del Digesto, y a diferencia de lo que ocurre en las fuentes clásicas, con la expresión citada no se alude a los delitos pretorios en general, sino que el texto pone como ejemplo de acciones que *nec dari solent*,

42) *Die Vererblichkeit der Strafklagen...*, op. cit., p. 70 ss.

43) O. LENEL, *Fingierte Litiskontestation?*, SZ., 48, 1928, p. 563 ss.

precisamente, a los cuatro *delicta* tipificados en Gayo 3,182 y Gayo 4,112, lo que podría revelar el origen postclásico del texto contenido en el Digesto o, incluso, la mano de los compiladores.

Ahora bien, frente a aquella tesis de MAIER limitadora del alcance de la regla gayana debe tenerse en cuenta lo siguiente: la práctica del pretor respecto de la aplicación de la *certissima iuris regula* gayana a las acciones penales pretorias viene también determinada por el hecho constatable en las fuentes de que hay muchas dudas acerca de cuál fuese la verdadera naturaleza de diversas acciones en el Derecho clásico, es decir, si eran acciones penales, reipersecutorias, o bien, utilizando palabras de LEVY o de KASER (44), cualitativamente mixtas. Así ocurre con las dos acciones penales pretorias más representativas del Derecho Romano; es decir, con la *actio de dolo* y con la *actio quod metus causa*. Respecto de ésta última, A. D'ORS (45) ha escrito que “la

44) E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im kl. röm. Recht*, Berlin, 1915, p. 139 ss.; *Die Konkurrenz der Actionen und Personen im kl. röm. Recht*, I, Berlin, 1918, p. 419, p. 429 ss., p. 489 ss., II, Berlin, 1922, p. 1 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, I², 1971, p. 501-2; p. 611-2, p. 621, p. 626-7, II², 1975, p. 343, p. 429, p. 435, p. 559.

45) *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, p. 223 ss.; esp. 268-269. La *actio metus* aparece en las fuentes como una *actio in rem scripta* que puede darse tanto contra el coaccionante que dejó de poseer como contra el tercero adquirente de buena o mala fe. Ahora bien, la *actio in quadruplum* contenía originariamente una cláusula arbitraria en virtud de la cual cualquiera que fuese el demandado podía liberarse de pagar la *poena* mediante la restitución de la cosa o de su valor. Por lo tanto se dirigiría más contra el *factum* de retener indebidamente un bien perdido por el demandante en virtud de una intimidación que al hecho de la coacción en sí.

A. D'ORS sigue expresamente en este planteamiento de la *actio metus* la tesis de B. KUPISCH (*In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentum übertragen im klassischen Recht*, Berlin - New York, 1974) que califica como una aportación realmente positiva al estudio de esta acción.

acción penal de *metus* también es reipersecutoria; reúne los caracteres de penal y de reipersecutoria, como ocurre en la acción de la ley Aquilia, a diferencia de lo que rige para el *furtum*. Por eso mismo, la acción no es acumulable”. De ahí, como no podía ser de otro modo, la problemática que presentan los fragmentos del Digesto relativos a la transmisibilidad pasiva de dichas acciones ya que esos fragmentos establecen en textos claros y sencillos que ellas mismas se dan contra el heredero por el enriquecimiento obtenido del delito del causante⁽⁴⁶⁾. Y también hay que tener en cuenta que en el Derecho clásico la jurisprudencia no había aún configurado claramente las categorías conceptuales de, respectivamente, acciones penales y reipersecutorias, y así, por ejemplo, vemos la evolución de algunas acciones que se originaron en tiempos de la República como

46) Así respecto de la *actio de dolo* tenemos:

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

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

Y respecto de la *actio quod metus causa* tenemos el siguiente texto:

– D. 4,2,16,2; Ulp. 11 ed.: *Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.*

acciones penales y que más tarde aparecen con caracteres más propios de una acción reipersecutoria (47).

Concluimos las observaciones anteriores afirmando pues el valor normativo y general de la regla gayana en el ámbito del Derecho penal privado romano: en D. 47,1,1,pr. se proclama de entrada, como ya hemos visto más arriba, que “*civilisconstitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec quidem ceteros successores*”. Estamos pues ante una regla nacida y fijada en el seno del *ius civile* pero que proyecta su ámbito de aplicación general a todas las acciones penales privadas. Incluso, el evidente retoque compilatorio del final del texto que viene dado por la expresión *nec quidem ceteros successores*, o quizá también la utilización del verbo *teneri* más propio de las acciones pretorias que del *ius civile*, no hace sino resaltar, paradójicamente, el respeto justiniano por el fondo del texto. Otra cosa es, como vimos antes, cual sea la verdadera naturaleza, penal, reipersecutoria, o cualitativamente mixta de cada una de las acciones pretorias en particular.

Ya se vió arriba que la misma *certissima iuris regula* aparece recogida en Instituciones de Justiniano 4,12,1 en el que se reproduce fielmente el texto gayano. Y lo que es a mi juicio más importante: en numerosas fuentes tanto justinianas como prejustinianas, y así, en los títulos del Digesto relativos a las

47) Véase mi artículo: *Observaciones acerca de D. 44,7,35,pr., S.D.H.I.*, 61, 1995; *La intransmisibilidad de las acciones penales...*, op. cit., p. 43 ss.

respectivas acciones penales ⁽⁴⁸⁾ o en los textos del Código y del Digesto concernientes a los efectos de la *litis contestatio* ⁽⁴⁹⁾ se afirma reiteradamente, una y otra vez, la *iuris regula* por la cual una acción no se da contra los herederos cuando y porque es penal. Se manifiesta así del cotejo de las fuentes la solidez y fijeza de una *civilis iuris regula* que viene a determinar formalmente cuándo estamos ante una acción penal y no ante una acción reipersecutoria, o lo que es lo mismo, cuándo estamos en el ámbito de una *obligatio ex delicto* y no en el de una *obligatio ex contractu*.

4) REFLEXIÓN FINAL.

Ahora bien, podemos decir algo más: es posible que Gayo al recalcar el calificativo de *certissima* de esta regla y al circunscribir de forma prudente los ejemplos de aplicación de la misma a los *delicta* más representativos del *ius civile* esté dando a entender también, de algún modo, la problemática aplicación práctica de esta regla ante la necesidad de perseguir al heredero por el enriquecimiento injusto que obtuvo de su causante. Así, en numerosas ocasiones los pretores se ven obligados a articular la artificiosa solución de dar acciones *in factum* contra el heredero

48) D. 47,1,1,pr; D. 50,17,111,1; D. 47,8,2,27; D. 9,2,23,8; D. 39,1, 22; D. 35,2,32,pr.; D. 2,13,13; D. 27,6,9,1; D. 4,9,7,6; D. 47,10,13,pr.; D. 2,4,24; D. 11,6,3,5; D. 27,3,1,23; D. 11,3,13,pr.; D. 9,3,5,5; D. 9,3,5,13; D. 42,5,9,8.

49) C. 4,17,1; D. 27,7,8,1,i.f.; D. 44,7,59(58); D. 50,17,164; D. 44, 7,26; D. 44,7,33.; D. 47,10,13,pr.

por el *id quod ad eum pervenit*, es decir, por lo que ha entrado en su patrimonio. Y no olvidemos las grandes transformaciones derivadas del paso del procedimiento formulario al de la *cognitio extra ordinem* en el seno de un creciente ambiente de absolutismo político. Así, por ejemplo, es en este ámbito de la *cognitio extra ordinem* donde se establece la persecución judicial contra el patrimonio de los herederos de un fallecido acusado *post mortem* de *crimen maiestatis* ⁽⁵⁰⁾.

Las Instituciones de Gayo gozarán de singular prestigio en la época postclásica y justiniana, si bien, es muy revelador un fragmento contenido en Código de Justiniano 4,17,1, que reflejaría con más veracidad la práctica forense en tiempos de Justiniano. Este fragmento fue tomado de una constitución de Diocleciano recogida a su vez en el Código Hermogeniano: ahora bien, mientras en el Código Hermogeniano se dice aún que los herederos no pueden ser demandados con la propia acción penal antes de que tenga lugar la *litis contestatio*, en el Código de Justiniano parece que se tacha esta frase y se dice, sin más, que los herederos del que cometió un delito de violencia o de concusión serán demandados sólo por el *id quod ad eos pervenit* y no por el *simpulum* si su causante falleció antes de la *l.c.* ⁽⁵¹⁾.

50) VOLTERRA, *Processi penali contro defunti in diritto romano*, R.I.D.A., 3, 1949, p. 485 ss.; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1932, p. 127 ss.

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

Licet ante litem contestatam defuncto eo, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint poenali actione conveniri, tamen hos etiam in tantum, quantum ad eos pervenit, teneri, ne scelere ditentur alieno, certissimi iuris est. Auditis itaque partium allegationibus V.C. proconsul provinciae Africae, amicus noster, in pronuntiando formam iuris sequetur (Cod. Herm. II,1).

Termino con esta reflexión final: con la expresión *certissima iuris regula* estamos ante una verdadera norma jurídica que deriva de un principio unánimemente aceptado por la jurisprudencia romana; pero quizá también, en la época postclásica y justiniana, estemos ante un punto de referencia de justicia material revestido de toda la aureola que da el haber sido afirmado por el venerable *ius civile*: estaríamos ya, por lo tanto, ante un deber ser del Derecho cada vez más firmemente expresado a medida que avanzaba el absolutismo en la comunidad política romana.