

ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO AL *CRIMEN EXPILATAE HEREDITATIS*

D. SILVESTRE BELLO RODRÍGUEZ

Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Bajo la expresión genérica de herencia yacente se hace referencia a una multiplicidad de supuestos en los que, habiendo sido abierta la sucesión, sin embargo no se ha producido todavía la aceptación de heredero a quien haya de imputarse la condición de sucesor del causante. Por tanto el problema teórico y práctico que presenta la herencia yacente es propio de aquellos sistemas en que la adquisición de la herencia tiene lugar mediante la aceptación tal y como ocurre en nuestro Derecho. Precisamente el hecho de que la condición no se transmita *ipso iure* es lo que plantea el problema de si la sustracción del patrimonio o parte de él vale como adición tanto en el Derecho actual ⁽¹⁾ como en el Derecho Romano ⁽²⁾.

Siguiendo a Schultz ⁽³⁾ diremos que la situación jurídica de la *hereditas iacens* fue tema de discusión para los juristas clásicos y que en su opinión los juristas republicanos consideraron la *hereditas iacens* ⁽⁴⁾ como una *res nullius*, semejante, por tanto a un animal salvaje que no ha sido aún capturado. Cier-

⁽¹⁾ Art. 1002 C.C. *Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.*

⁽²⁾ F. EUGENIO, *Patrimonio Familiar Hereditario: La sustracción, ¿vale como adición?*, Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla y Huelva, 18 al 22 octubre 2004, extracto cit., 240

⁽³⁾ F. SCHULTZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, cit., 279 ss.

⁽⁴⁾ P. VOCI, *Hereditas Iacet*, Labeo, 1976, n. 22, cit., 97.

tamente que la herencia no podía ser apropiada como podían serlo los animales salvajes por cualquiera pero que en todo caso las *res hereditatis* lo mismo que los mencionados animales fueron considerados *hereditati yacente, res extra dominium* y no meras cosas *in dominio* sin dueño. Y lo que parece opinión unánime es que cuando el dueño adquiriría la herencia, adquiriría la propiedad, pero que su adquisición no se retrotraía al momento del *de cuius*, siendo la consecuencia inevitable que cuando una cosa perteneciente al patrimonio hereditario era sustraída *hereditate yacente*, no se podía ejercitar la *actio furti*. Esta figura considerada como *crimina* en la última jurisprudencia clásica ⁽⁵⁾ al igual que los supuestos de los cortabolsas, cuatrerros, encubridores, ladrones de baños públicos, quebrantadores de cierres para fugarse de la cárcel y expiladores, es objeto de estudio en esta ocasión, es decir trataremos de realizar alguna precisiones en torno al *crimen expilatae hereditatis*.

En la regulación de estos crímenes interviene la legislación Imperial, especialmente mediante rescriptos ⁽⁶⁾ de Adriano y Marco Aurelio ⁽⁷⁾ y la jurisprudencia, sobre todo de Macer, Calistrato Paulo y Ulpiano. En la época del Principado, la justicia criminal fue administrada con mayor prontitud, pero a pesar de ello subsistieron inalteradas las acciones penales privadas, estas fueron codificadas en el edicto de Adriano ⁽⁸⁾ Creemos que fue objeto de especial atención de los juristas el *crimen expilatae hereditatis*.

Analizamos en primer lugar el Título XIX del Digesto 47 donde se estudian los supuestos de expolio de herencia tratados como procesos extraordinarios y que en opinión de algunos autores entre ellos Balzarini ⁽⁹⁾ no se trataría todavía de acusación pública sino de hechos perseguibles a instancia de parte.

Comentamos este título porque observamos que el en mismo se tratan supuestos en los que no se puede ejercitar la acción de hurto por que entendemos que no existen elementos necesarios para ser calificado como hurto simple, sin

⁽⁵⁾ S. BELLO, *Un Rescripto de Adriano sobre el crimen de Abigeatus ¿Civiliter vel criminaliter agere?* IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Burgos, 2001, cit., 94-104.

⁽⁶⁾ J. CASTILLEJO, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 2004, cit., 398.

⁽⁷⁾ Marcianus libro III Institutionem. D. 47.19.1 *Si quis alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet coerceri per accusationem expilatae hereditatis, sicut et Oratione Divi Marci cavetur.*

⁽⁸⁾ F. SCHULTZ, *Derecho Romano*, cit., 548.

⁽⁹⁾ BALZARINI, *In tema di repressione extraordinaria del furto nel diritto classico*, BIDR, 1969, Vol. LXXII, cit., 280.

embargo el expoliar es despojar con violencia o iniquidad, o llevar acabo la acción con maldad o injusticia; es la mención de la violencia lo que nos lleva al estudio de esta figura de expolio de herencia y lo que suponemos llevó a jurista clásico a la creación del nuevo delito llamado *crimen expilatae hereditatis* ⁽¹⁰⁾.

En opinión de Schultz ⁽¹¹⁾ el problema se planteaba en el intervalo entre la muerte del *de cuius* y la adquisición de la herencia, momento este al que la doctrina moderna llama herencia yacente; en los escritos clásicos aparecen expresiones tales como *hereditas iacet* y *bono iacet* ⁽¹²⁾.

La razón por la cual no puede utilizarse la *actio furti* hay que buscarla en la época de los juristas republicanos ya que estos consideraban la *hereditas iacens* como una *res nullius*, esta podía ser sustraída y por tanto no se admitía el ejercicio de la *actio furti* por él o los Herederos ya que él o los mismos cuando adquirirían la herencia, se convertían en propietarios, pero su adquisición no se retrotraía al momento de la muerte del *de cuius* y por tanto carecían de acción.

Los juristas clásicos para restringir las normas republicanas crearon un nuevo delito, como ya hemos apuntado anteriormente, *crimen expilatae hereditatis* ⁽¹³⁾; en opinión de Schultz ⁽¹⁴⁾ y con respecto a la *actio furti*, los

⁽¹⁰⁾ ARIAS RAMOS, *Derecho Romano* Madrid, 1969, Tomo II, cit., 854 y ss. La Doctrina Romana presenta oscilaciones en cuanto al concepto de la herencia yacente. El punto de vista más antiguo y de mas rigor lógico es el de considerar los bienes hereditarios durante dicho periodo como cosa *nullius*. De ahí que no fuera posible cometer *furtum* cuando alguien se apoderaba de cosas de la herencia yacente, porque no tenía dueño. Mas tarde, esta postura doctrinal declina, ya que, por una parte la noción de *furtum* se apoya en la posesión y no en el dominio, y por tanto puede haber *furtum* si el heredero tiene en su poder la cosa hereditaria, aunque no haya aceptado, y por otra parte, Marco Aurelio creó la figura del *crimen explatae hereditatis* persiguiendo por vía criminal al que saquea una herencia no aceptada.

⁽¹¹⁾ F. SCHULTZ, cit., 279.

⁽¹²⁾ A. CASTRO SAENZ, *Precisiones terminológicas sobre la Herencia yacente: Res nullius in bonis y Hereditas iacet*, RIDA, 48, 2001, cit., 22 ss.; P. VOCI, *Hereditas iacet*, cit., 97 Voci comenta a U. ROBBE en su obra sobre lal, *La Hereditas iacet e il Significato della «hereditas» in Diritto Romano*.

⁽¹³⁾ S. SOLAZZI, *sul crimen expilatae hereditatis*, RIL, 69 (1936), cit., 978 ss.; BONINI, D.48.19.16 (*Claudius Saturninus de poenis paganorum*) RISG, 10 (1961), p. 39; M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'heredita giacente perato dallo schiavo manomesso nel testamento*, Milano, 1994, cit., 9. Esta autora también sostiene que durante el reinado de Marco Aurelio se introdujo el *crimen expilatae hereditatis*, surgiendo la persecución *extraordinem* de la expoliación de herencia yacente. La autora sostiene que la doctrina tradicional atribuye la creación de este crimen al Emperador Marco Aurelio.

⁽¹⁴⁾ F. SCHULTZ, *cit. op.*, 279.

juristas clásicos no mantuvieron la norma republicana, ya que, precisamente de la carencia en tal supuesto de una *actio furti*, dependía nada menos que la institución de la *usucapio pro herede* no pudiendo conceder una *actio furti* sin destruir al mismo tiempo la base sobre la que se cimentaba la *usucapio pro herede* (15).

Según afirma Marciano en D.47.19.1 si alguien ha expoliado una herencia ajena, suele castigarse en juicio extraordinario por la correspondiente acusación, según también se dice en un discurso Senatorial de Marco Aurelio Emperador (16) de consagrada memoria

Si quis alienam hereditatem expilaverit, extraordinem solet coerceri per accusationem expilatae hereditatis, sicut et oratione divi Marci cavetur. Marciano 3 Ins. D.47.19.1.

El primer fragmento del título 19 comenta el discurso senatorial del Emperador Marco Aurelio, según el cual previa la correspondiente acusación, se castigará en juicio público y por el crimen de expolio de herencia si se dan los siguientes requisitos de comisión de este delito: despojar con violencia o maldad, ajeneidad del objeto sustraído, conciencia o conocimiento de la ajeneidad de la cosa y que exista animo de lucro. En opinión de Solazzi (17) en cada manual se puede leer que el *crimen expilatae hereditatis* es una creación de Marco Aurelio pero que según se desprende del estudio de las fuentes, surgen dudas y que es en este fragmento del título 19 donde único se habla del Rescripto del Emperador; el jurista Marciano dice *sicut et l'oratio Divi Marci*, Solázzzi opina que si la oración de Marco Aurelio hubiese sido la primera en conceder acción pública para los supuestos de sustracción de bienes hereditarios Marciano habría escrito *sicut oratione divi Marci cavetur* sin la expresión “según también” es decir *et*.

A finales de la época clásica una Constitución del Emperador Filippo (CI.9.32.6) (18) (a.249) declara: *Expilatae hereditatis crimen loco deficientes actio-*

(15) G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede (Contributo allo studio della antica hereditas)*, S.D.H.I., Vol. 32, 1966, cit., 416.

(16) E. GNOLI, *Hereditatem expilare I. Il principio re hereditariae furtum no fit e la usucapio hereditatis*, Studi e testi di Diritto Romano, Milano, 1984, cit., 7 ss. Para este autor desde el punto de vista sistemático en el Digesto la *expilate hereditatis* se encuentra junto al final de la exposición de los *extraordinaria crimina*. El título *De crimine expilatae hereditatis* es el primero de una serie dedicada a casos de ilícito reconducidas a la esfera *extraordinem* pero que provienen en general de la categoría del delitos privados.

(17) S. SOLAZZI, *Scritti di Diritto Romano*, Napoli, 1960, cit., 547 ss.

(18) Bas.60,29,12,1 *Deficiente alia actione Theodori. Subreptis rebus hereditariis, scilicet ante aditionem, competit crime expilatae hereditatis, si alia action non sit. Recte dictum*

nis intendi consuevisse non est iuris ambigui. La expresión *consuevisse* parece aludir a la práctica de Tribunales. El derecho a promover el *crimen expilatae hereditatis* en vez de la utilización de la *actio furti*, habría sido introducido por la costumbre. Para Solázzì la expresión *deficientes actionis* en el Rescripto de Filippo era sinónimo de *actio furti* y que Marco Aurelio la reconoció y confirmó; ciertamente, si esta figura de delito hubiese sido una novedad del Emperador Marco Aurelio sería extraño que Filippo se refiriese a la costumbre así como a la norma dictada por su predecesor ⁽¹⁹⁾.

En este mismo título el siguiente texto de Ulpiano:

Si expilatae hereditatis crimen intendatur, praeses provinciae cognitionem suma accommodare debet: cum enim furti agi non potest, solum superest auxilium praesidia. Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse. Quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt. Nam in hunc casum furti actionem non competere palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.

Ulpiano, 9 de off. ProC. D.47.19.2.

El jurista señala que cuando se denuncia el crimen de expolio de herencia, el gobernador de la provincia debe ejercer su jurisdicción, pues como no se puede ejercitar la acción de hurto <en ese caso> solo queda el remedio de la protección del gobernador. Parece que se puede acusar del crimen de expolio de herencia cuando no se puede ejercitar la acción de hurto, es decir, cuando la herencia no ha sido todavía adida, o, después de la adición pero antes de que el heredero entre en posesión de las cosas hereditarias, pues es evidente que en este caso no compete la acción de hurto, aunque sea claro que si puede ejercitarse la acción exhibitoria en los supuestos en que se pida la exhibición de las cosas que se van a reivindicar.

est, si alia action non sit. Dicistienlas ex const.I. huius tit. Si sit ad exhibendum actio non agi expilatae hereditatis. Didicisti et in lib. Tit. 36 const.3 non agi hoc iudicio, cum sit action familiae erciscundae.

Ad idem. Male accepit constitutionem I. Sive cap I. Loquiur enim de furto post aditionem facto.

Putat furti. Nec de alia actione hoc dixeris. Nam et existente hereditatis petitione haec actio datur. Et quaere cap.3. Quia furti actio non est, nondum rebus possessis ab herede, est expilatae hereditatis. En estos scholios el jurista Theodoro (especialista en explicaciones del Codex) explica en el 1.º que cuando falta la acción *competit crime expilatae hereditatis*; En el 2.º scholio nos parece que hace una corrección respecto al primero y por último en el 3.º ratifica lo dicho en el primero.

⁽¹⁹⁾ F. GNOLI, *Hereditas*, cit., 7.

En este fragmento de Ulpiano se reitera tanto en el pr. del mismo como en el párrafo primero en que ya no se puede utilizar la acción de hurto ⁽²⁰⁾; la razón ya ha sido expuesta al inicio del capítulo, la falta de propietario actual impide que se cometa *furtum* en los casos de la herencia yacente aunque pueda apreciarse la existencia de *crimen expilatae hereditatis*.

En el pr. del fragmento se destaca el hecho de que el Gobernador de la provincia debe ejercer su jurisdicción, es decir, como único medio de protección.

En la parte final del párrafo primero se añade que aunque no sé de la acción de hurto se puede ejercer la exhibitoria con la finalidad de reivindicar. De esta última parte del texto se deduce el carácter penal de crimen de expolio en los siguientes supuestos:

Cuando se pretenda la restitución del objeto sustraído, en esta caso se concederá la acción exhibitoria previa a la reivindicatoria.

En el supuesto en que se pretenda la condena del responsable de la sustracción se podrá ejercitar la acción correspondiente al nuevo *crimen expilatae hereditatis*.

Creemos oportuno citar un texto de Juliano 22 Dg. recogido en D. 9.4.40 así como el texto de Gayo 3.201. aun cuando no tratan directamente la materia que es objeto de nuestro estudio, es decir *crimen expilatae hereditatis*.

Si servís legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere; sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit furti action cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem action competit. Juliano 22 D. 9.4.40.

De la lectura de este texto se pueden extraer los siguiente supuestos:

Cuando un esclavo legado comete el delito de hurto sobre alguna propiedad del futuro Heredero responderá por la comisión del mismo el legatario que ha aceptado el legado y procede en este supuesto la acción de hurto.

La segunda parte del texto plantea que si el mismo esclavo sustrajera un objeto hereditario no se daría la acción de hurto y si procedería la acción exhibitoria.

Rursus ex diuerso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri, uelut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extetr; nam necessarius heredes extante placui nihil pro herede usucapio posse. Item debitor rem, quam fiducia causa creditori mancipauerit aut in iure cesserit, secundum ea, quae in superiore commentario retulimus, sine furto possidere et usucapere potest. Gayo 3.201.

(20) M. GARRIDO, *Observaciones sobre delictum y crimen furti*, Studi Economico — Giuridico, Vol. LIV, Nápoles, 1991-1992, p. 272, no procede la *actio furti* si es de una herencia yacente (Neracio, Paulo, Marco Aurelio, Septimio Severo, y Caracala: D.47.2).

Este texto de Gayo comenta algunos casos en los que se permite ocupar y usucapir cosas ajenas sin que por ello se cometa el delito de hurto.

El siguiente texto de Marciano dice.

Divus Severus et Antoninus rescripserunt electionem esse. Utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem, apud praefectum urbi vel apud praesidis agree an hereditatem a possessoribus iure ordinario vindicare.

Marciano 2 de iuD. Pub. *De extraordinariis criminibus*, D.47.19.3.

El jurista en este fragmento destaca que Séptimo Severo y Antonio Caracalla, Emperadores de consagrada memoria, decían en un rescripto que se podía elegir entre reclamar ante el Prefecto de la ciudad o ante los Gobernadores por el crimen de expolio de herencia, o reclamar la herencia de los poseedores, por el derecho ordinario; entendemos que se trata de un rescripto de los citados Emperadores donde se contemplan las siguientes posibilidades para reclamar en caso de sustracción de objeto pertenecientes a la herencia yacente:

Que la sustracción se contemple como crimen de expolio de herencia y se persiga en juicio extraordinario ante el Prefecto de la ciudad o ante el Gobernador de la provincia

Que exista la posibilidad de reclamar por el derecho ordinario, es decir, reivindicar la herencia.

En opinión de Solazzi ⁽²¹⁾ el Rescripto está dirigido a un romano o un provincial y se trataría de un supuesto de hecho concreto y en un momento determinado y en su opinión no cabe duda que *vel apud praesidis* sea un glosema o una interpolación complementaria.

En el siguiente fragmento de Paulo se dice.

Res Hereditarias omnium heredum fuiste comunes, et ideo eum qui explilatae hereditatis crimen obicit et optinuit etiam coheredi profuisse Viteri

Paulo 3. resp. D.47.19.4

Paulo respondió que las cosas hereditarias son comunes a todos los herederos y se entiende por ello que aprovecho también al coheredero la acusación de expolio de herencia y la victoria del otro heredero.

En este fragmento el jurista se limita a comentar la solidaridad que conlleva la denuncia del crimen de expolio de herencia interpuesta por uno de los herederos. ⁽²²⁾

⁽²¹⁾ S. SOLAZZI, *sul crimen expilatae hereditatis*, cit., 983.

⁽²²⁾ C.2.11.12 *Si te expilaffe haereditatem fententia praefidis confiterit: non ex eo quod non& alia poena tibi irrogata est, fruti improbioris infamiam eutafti* PP Kalend. Iul.

Uxor expilatae hereditatis idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur. Hermogeniano 2 iur. Epit D.47.19.5

El jurista dice que no puede acusarse de expolio de herencia a la propia mujer, pues tampoco se la puede demandar por hurto. Se observa en este fragmento, al igual que en el ya comentado D.47.19.2 que se trata de la aplicación de una circunstancia atenuante como sería el parentesco natural o por afinidad ⁽²³⁾. En opinión de Solazzi ⁽²⁴⁾ la razón por la cual se excluía la *actio furti* contra la esposa encuentra su fundamento en el *honor matrimonii* y que la *societas vitae* que recuerdan los textos plantean la exclusión del hurto, opinión que seguía la escuela Sabiniana que negaba el hurto por parte de la esposa, opinión esta que no compartía la escuela de los Proculyanos que estimaban *furtum quidem facere, siculi filia patri faciat, sed furti non esse actionem*. En opinión de Solazzi el fundamento de los Sabinianos se recogió en los glosadores del C.9.32.4 revistiéndole del misticismo cristiano *socia rei humanae atque divinae*. En virtud del principio *honor matrimonii* estaba prohibido al marido utilizar contra la esposa la acción de hurto y por tanto tampoco sus herederos podían acusarla de *crimen expilatae hereditatis*. En C.9.32.3 (Antonin.) Se permite la acusación contra la madrastra.

Si rem hereditariam ignorans in ea causa esse, subripiisti furtum facere respondit. Paulus: rei hereditaria furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mulat existimatio subripiantis.

D.47.19.6 Paulus 1 ad Neratium

Iuliano II.& Crispino Coss.; Bas. 21.3.11 *Quidam conventus fuerat, quod ante aditionem heredis res nondum aditae hereditatis subtraxisset: et merito igitur crimen extraordinarium, quod dicitur expilatae hereditatis, adversus eum intendebatur. At Praeses quidem pronuntiaverat, eum res hereditatis subtraxisse, eamque expilasse: poenam autem adversus eum non adiecerat. Quaerebatur igitur, an infamia esset: et Princeps ad iudicatum ipsum hoc modo rescripsit: Si te expilasse hereditatem sentential Praesidis constiterit, non ex eo, quod non et alia tibi poena irrogata est, furis improbioris. Infamiam evitasti.*

⁽²³⁾ D.3.5.2 Papiniano 10 respon. *Heres viri defuncti uxorem, quae res viri timore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae hereditatis postulare non debet. Prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia quoque viri gessit, eu mea fuerit expertus;* C.6.2.17 Diocleciano *Quamvis etiam hereditatis expilatae crimine promiscuus usus exemplo actionis furti ream uxorem fieri non patiat, tamen heredes idemque filii super his quae de patris bonis possidet, adversus eam in rem actione experiri non prohibentur;* C.9.32.4 Gordiano *Adversus uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt.*

⁽²⁴⁾ S. SOLAZZI, *Scritti*, cit., 552.

El jurista comenta que si has sustraído una cosa de la herencia sin saber que procedía de una herencia yacente, respondió que cometías un hurto, mas dice Paulo: No se puede cometer hurto si la cosa es de una herencia yacente, como tampoco de la que no tiene dueño, y por eso nada importa la opinion que tenga el que la sustrae.

Paulo en este texto distingue *la res hereditariae* de la *res sine domino* destacando en su parte final que nada importa la opinion que tenga el que la sustrae.

Este comentario del jurista Paulo está en contradicción con el realizado por Neracio, ya que para este, si importa el saber si proceden o no de la herencia yacente.

A modo de resumen diremos:

De una parte la situación jurídica de la *hereditatis iacens* creemos que fue un tema muy debatido y tema de discusión entre los juristas clásicos sin que se llegara a elaborar una ciencia comprensiva y amplia sobre esta realidad social, utilizando terminología actual lo que hoy llamaríamos normas de carácter abstracto que alcancen a un gran numero de supuestos, a los cuales pueda ser de aplicación, es decir establecido de forma indeterminada o genérica; Creemos que los juristas se limitaron, por lo estudiado en los fragmentos del D.47.19, a dar respuestas a los casos concretos, entendemos que el Principio de legalidad hoy vigente en nuestro C. Penal no encuentra su origen en época clásica al menos con la misma certeza y claridad con que lo expresa el citado código.

Que de acuerdo con la opinión mayoritaria en la época del Principado la justicia criminal se administraba de una manera más rápida especialmente a través de los rescriptos de Adriano dirigidos a las provincias y que del estudio realizado del titulo 19 del libro 47 del Digesto se puede llegar a la siguiente conclusión: la creación de este nuevo delito *crimen expilatae hereditatis* suponía que no se podía conceder una *actio furti* sin destruir al mismo tiempo la base sobre la que se cimentaba la *usucapio pro herede*. La doctrina ⁽²⁵⁾ clásica dominante, reconoció en esencia la existencia de derechos sin titular y de deudas sin deudor. Es conocida la aversión de los clásicos a generalizar y no llegaron estos a establecer con un amplio alcance y comprensivo tales conceptos de titularidad. En opinion de Schultz ⁽²⁶⁾ los juristas clásicos si se cometía un delito en una cosa hereditaria otorgaban accion al heredero después de haber adquirido la herencia, creemos que este hecho se puede interpretar

(25) F. SCHULTZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., 280.

(26) F. SCHULTZ, cit., 280.

como un supuesto de aplicación de la *fictio iuris* que ya había sugerido Casio y que al parecer no tuvo éxito.

Desde el punto de vista procesal creemos que no existió una tipificación aunque sin lugar a dudas los juristas romanos a través de la *prudentia iuris* supieron resolver; Garofalo ⁽²⁷⁾ opina que la consideración de *crimina* tanto del *stelionato* como del *crimen expilatae hereditatis*, es a partir de la 2.^a mitad del siglo II y que en el lenguaje jurídico de la época clásica, concretamente el comportamiento prohibido por el derecho, es decir, el acto ilícito que por ser considerado lesivo para el interés de la comunidad, era perseguido por el Estado a través de sus propios órganos y sancionado con pena pública que recae sobre la persona.

Por último creemos que se trata de averiguar desde un punto de vista procesal y dentro de la categoría de derecho público si este nuevo delito está protegido de forma objetiva, es decir, debidamente tipificado, lo cual garantizaría, desde nuestra perspectiva actual, la seguridad jurídica. No parece según obras recientes de romanistas ⁽²⁸⁾ que esté tipificada esta figura en leyes ni tampoco como delito privado, caracterizada por contornos imprecisos comprensivos de varias hipótesis de actividad fraudulenta, sin que se pueda cualificar de forma específica bajo el título de *reato* ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ L. GAROFALO, *La persecuzione dello stelionato in Diritto Romano*, Padova, 1992, cit., 6 ss.

⁽²⁸⁾ B. SANTALUCIA, *Diritto e Processo Penale*, Milano, 1989, cit., 197.

⁽²⁹⁾ D.48.19.25; 50.43.9; C.9.6.3-4.