

## II

### LA DESPRIVATIZACION DEL «FURTUM» EN EL DERECHO POSTCLASICO (\*)

1. Silvio Perozzi dice en ese libro tan lleno de sugerencias que son sus *Istituzioni*<sup>1</sup> que «Sorprende la extraordinaria importancia que ha nel diritto penale privato romano il furto; la quantità e l'antichità delle prescrizioni che lo riguardano; le distinzioni numerose che se ne fanno; la varietà delle pene; la gravità loro antica; la mitezza recente; e l'età tarda in cui il furto diviene reato pubblico».

«El cuadro de las obligaciones nacidas de delito, tal como se nos presenta en el Derecho clásico, es eminentemente pretorio y no civil; sin embargo, se conservan acciones civiles en el caso del hurto y en el de daños»<sup>2</sup>. Esta situación se entiende mejor aceptando la idea expuesta con claridad por Albanese<sup>3</sup> y discutida en parte por Liebs<sup>4</sup>. Para el primero, la historia del derecho privado romano, en cuanto a los actos ilícitos, puede concebirse como la historia de una degradación progresiva de la penalidad. Ya en las XII Tablas se puede apreciar una profunda modificación de la pena y de la perspectiva penal que, en el derecho postdecenviral, manifiesta una tendencia generalizada a sustituir la aflicción personal por la sanción patrimonial y hacia una paulatina degradación de la misma penalidad que culminaría, en el procedimiento formulario, con la condena pecuniaria, es decir, con la posibilidad de una pena patrimonial como resarcimiento<sup>5</sup>.

2. En cuanto a la desprivatización penal del *furtum* hay que considerar varias etapas en una tendencia no necesariamente rectilínea pero sí constante.

---

(\*) Ponencia leída en la 32 sesión de la SIDA, Ankara, septiembre 1978.

1. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, II<sup>2</sup> (1928) p. 325.

2. D'ORS, *Derecho Privado Romano*<sup>4</sup> (1981) p. 429. En adelante: *DPR*.

3. ALBANESE, s. v. *Illecito*, en *Enciclopedia del Diritto*, XX (1970), p. 55. En adelante: *Illecito*.

4. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe* (1972) p. 95.

5. *Illecito* p. 61.

Al principio, el *furtum* tiene una acepción restringida de sustracción de cosa ajena; es sancionado con gran severidad<sup>6</sup>. Con posterioridad a las XII Tablas, el *furtum* opera en un ámbito muy amplio e indeterminado que viene a comprender «cualquier caso de pérdida dolosamente provocada y, más en general, de conducta dolosa, respecto a cosas sobre las cuales otros tengan un derecho, y que no pueda subsumirse bajo uno de los preceptos decenvirales específicos»<sup>7</sup>. Se trata de un esfuerzo jurisprudencial para proteger a los particulares frente a actos dolosos no tipificados de otro modo<sup>8</sup>, que tiene como resultado práctico la aparición de una modalidad general de ilícito privado que, un tanto ambiguamente, se denominaría *furtum* en el cual «no parece tener importancia decisiva el perjuicio sufrido por la víctima»<sup>9</sup>.

3. Ahora bien, a partir de los últimos siglos de la República se inicia una orientación opuesta: la Jurisprudencia inicia una ingente labor de reducción y precisión de la idea del *furtum*, llegará a determinar sus requisitos concretándolos en términos técnicos como *contrectare* en el aspecto objetivo y *animus furandi* en el subjetivo, a elaborar una doctrina de la complicidad, a excluir del ámbito del *furtum* conductas que podrían considerársele extrañas mediante la profundización en el estudio de la responsabilidad contractual, etc.<sup>10</sup>.

Esta tarea jurisprudencial de varios siglos modifica aquel concepto anterior del *furtum* que, en feliz expresión de Kaser<sup>11</sup>, parecía no tener orillas y culmina en la conocida definición de Paulo 38 *ed. D.* 47,2,1,3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve...* que, a pesar de algunos reparos<sup>12</sup>, bien podría reflejar el pensamiento de la última jurisprudencia clásica. Volterra estima<sup>13</sup> que puede considerarse como el producto de una larga y esforzada elaboración doctrinal. Justiniano la asume en I,4,1,1.

La Jurisprudencia llega a exigir «un acto de desplazamiento de

6. *Illecito* p. 86. ALBANESE, s. v. *Furto*, en *Enciclopedia del Diritto*, XVIII (1969) p. 313 s. En adelante: *Furto*.

7. *Illecito* p. 86.

8. *Illecito* p. 86.

9. *Furto* p. 314.

10. *Illecito* p. 86; *Furto* p. 316 s.; KASER, *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup> (1971) 641. En adelante: RPR I.

11. RPR. I, p. 614.

12. PERNICE, *Labeo*, C (1895 reimpr. 1963) p. 155 ya indica que fraudulosa no aparece más que en este texto. Vid. SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951) p. 58; *DPR*, p. 430. Según Pernice, Paulo usaría *fraudulosa* en lugar de *dolosa* y no habría que equipararla con *fraudulenta*. Paulo habla en otra ocasión de *dolo malo contrectat* (PS.2,31,1): *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*.

13. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Romano* (1974) p. 559.

la cosa (*contrectatio*), pero, en algunos casos, considera hurto el abuso sobre una cosa confiada (*furtum usus*) y también la sustracción de la posesión por el mismo propietario (*furtum possessionis*)»<sup>14</sup>. Aunque algunos hayan querido encontrar en el referido texto de Paulo una tripartición, «en realidad el hurto es un delito único, como la acción penal a que da lugar»<sup>15</sup>.

4. Coincidiendo parcialmente en el tiempo con esta labor jurisprudencial, otras influencias importantes inciden en esta nueva orientación al crear nuevas modalidades de delitos privados que restringen paulatinamente el ámbito del *furtum*<sup>16</sup>. Son, por una parte, la actividad legislativa y, sobre todo, la interpretación de la ley Aquilia que amplía constantemente el área del *damnum*. Por otra, la actividad edictal, primero por la amplitud que permite la acción del dolo; luego mediante la creación de buen número de acciones *in factum* para sancionar actuaciones que el refinamiento de la sensibilidad jurídica ya no podía considerar incluidos en la idea excesivamente omnicomprendiva del *furtum*. Es perfectamente conocida la hipótesis de Ernst Levy<sup>17</sup> sobre el origen penal de las acciones *in factum*, discutida recientemente por Liebs<sup>18</sup>.

A partir de los últimos tiempos de la República, la Jurisprudencia elabora, como indicamos, un concepto más restringido del *furtum*, de modo que llega a constituir «el prototipo de delito privado que da lugar a una *obligatio* penal» (D. 4,7,2; C. 6,2)<sup>19</sup>. «En la *actio furti* y en la *actio iniuriarum* el carácter puramente penal es más aparente, y por ello, en estas dos acciones el pacto de renuncia a las mismas opera *ipso iure*, sin necesidad de *exceptio* (D. 2, 14,17,1)»<sup>20</sup>. La Jurisprudencia acaba por ver una *obligatio* cuyo objeto es la *poena*, en la sustitución de la venganza lícita por una composición convencional que impide la venganza<sup>21</sup>. «En definitiva, el delincuente debía pagar una composición pecuniaria»<sup>22</sup>.

Estas acciones suelen ser «privadas» también en el sentido de que sólo la parte interesada puede promoverlas (D. 3,3,42 pr.)<sup>23</sup>. La cumulatividad de las acciones penales tiene una excepción, un *beneficium edicti* para el caso de que varios esclavos de un mismo dueño cometan un hurto (D. 47,6) en el sentido de que la pena exigible es una sola; en efecto, la *familia* viene a constituir un su-

14. DPR. p. 430.

15. DPR. p. 430 n. 3.

16. *Illecito* p. 86; *RPR*. I p. 615.

17. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht* (1915) p. 13 ss.

18. LIEBS (cit. supra nota 4) p. 95 n. 41.

19. DPR. p. 429.

20. DPR. p. 424.

21. DPR. p. 424.

22. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (1978) p. 317.

23. DPR. p. 423 n. 1.

jeto único, por la unicidad del dueño. También cuando son varios los publicanos (*socii* entre sí) que cometen una exacción ilícita (D. 39,4,6) <sup>24</sup>.

Como indicamos, el *furtum* es un delito único. De ahí que la acción del hurto persiga «una pena en castigo del *fur*, pero presenta distintas modalidades según las circunstancias del delito» <sup>25</sup>

A pesar de la gran labor innovadora del Pretor, las antiguas acciones de las XII Tablas se mantienen en el procedimiento formulario para algunos casos: *actio furti (nec manifesti)*, *actio furti concepti*, *actio furti oblati*, *actio de tigno iuncto* <sup>26</sup>

El Pretor agrega otras acciones *in factum*, como queda dicho, para la represión de distintos tipos de hurto, algunos de ellas agravadas al *quadruplum*... Las más importantes son: la *actio furti manifesti*; la acción contra el ladrón que había impedido hacer el registro en su casa; la *actio furti non exhibiti*; la acción contra los *nautae*, *caupones* o *stabularii* a causa del hurto cometido por los dependientes; contra los publicanos por las exacciones ilícitas; contra el esclavo manumitido en el testamento que hurtó algo de la herencia antes de ser esta adida; la *actio rerum amotarum*; la *actio vi bonorum raptorum*; la acción contra el que cometió hurto o causó daños con ocasión de un incendio, derrumbamiento, naufragio o abordaje; la *actio depositi in factum*; la acción contra el mayor de veinte años que se dejó vender dolosamente como esclavo para luego defender su libertad y participar en el precio cobrado; y otras muchas más <sup>27</sup>.

5. Otra innovación decisiva contribuye a difuminar la frontera entre Derecho privado y Derecho penal <sup>28</sup>: a partir del Principado y merced a la introducción de la *extraordinaria cognitio* se desarrolla un germen sembrado ya hacia mediados del siglo II a.C. por las *quaestiones perpetuae* (tribunales especiales no comiciales para reprimir algunos actos ilícitos) en cuya órbita tenderán a ser absorbidas enseguida algunas modalidades típicas del Derecho privado (algunos casos de homicidio, falsificaciones, algunas formas de *furtum* y de *iniuria*...). Pero, como es sabido, las *quaestiones* fueron insuficientes, ya que el Derecho público penal de fines de la República estaba muy por debajo del nivel del Derecho civil, puesto que dos siglos de conmociones sociales y de guerras habían paralizado la actividad administrativa e impedido el desarrollo del Derecho criminal <sup>29</sup>.

24. DPR. p. 428 n. 1.

25. DPR. p. 431.

26. DPR. p. 431.

27. DPR. p. 431 ss.

28. RPR. I p. 611.

29. SCHULZ (cit. supra nota 12) p. 573.

De ahí que lo que no se logra con las *quaestiones perpetuae* se consiga mediante la cognición extraordinaria que, por la atracción de figuras privadas hacia el Derecho público, desarrolla muchos tipos de *crimina extraordinaria* y, en cuanto se refiere al *furtum*, algunos ejemplos son: el abigeato, el hurto de cosas de la herencia, el hurto de cosas sagradas, el hurto cualificado de los *fures balnearii*, de los *saccularii*, de los *derectarii* (D. 47,11,7), y la misma *rapina* es subsumida en el *crimen vis* <sup>30</sup>.

Ya Levy <sup>31</sup> afirmó sin ambages que no hay que achacar al Derecho vulgar la influencia decisiva en la transformación del Derecho delictual tardío, sino a la *cognitio*, que influye desde sus inicios en el siglo I, se fortalece en el siglo II y, desde comienzos del siglo III determina el oscurecimiento del procedimiento ordinario hasta sustituirlo enseguida totalmente. Kaser <sup>32</sup> dice concretamente, respecto al hurto, que ya en la época clásica tardía, la reclamación privada del *furtum* es relegada a un segundo plano por la reclamación criminal. Todo esto significó mucho más que una transformación procesal <sup>33</sup>. Y ninguna otra área fue más sensiblemente afectada por este desencadenamiento del orden jurídico que el Derecho penal privado, la *obligatio ex delicto*. Junto con el procedimiento ordinario se corroyeron los *delicta*. La mayoría de las más importantes modalidades de actos ilícitos que antes eran comprendidas en el Derecho privado son asumidas como *crimina extraordinaria*, en el Derecho penal.

La distinción terminológica entre el *delictum* y el *crimen*, mantenida todavía en el siglo II, es paulatinamente desconocida en el siglo III <sup>34</sup>. Bajo Antonio Pío, la víctima de un hurto podía optar entre el *ordo iudiciorum* o el procedimiento *extra ordinem*, de modo que a finales del período clásico existe un dualismo tanto procesal como sustantivo. El ámbito de las penas impuestas por el Derecho privado había sido restringido, pero no había desaparecido <sup>35</sup>.

6. Claro que, si estamos de acuerdo con Albanese <sup>36</sup>, en época

30. PERNICE (cit. supra nota 12) p. 14 s.; *Illecito* p. 67 s.

31. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (1956) p. 301. En adelante: *WRV*.

32. *RPR*. I p. 617, citando a ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (1946 reimpr. 1970) p. 229 s.

33. *WRV*. p. 301.

34. *DPR*. p. 423: "La distinción terminológica entre *delictum* y *crimen*, de todos modos, no es muy rigurosa: se trata de términos del lenguaje corriente que los juristas utilizan en un sentido u otro tan sólo preferentemente, y no hay que olvidar que la extensión del procedimiento cognitorio, especialmente precoz en materia penal, hubo de facilitar la indiferencia terminológica".

35. *WRV*. p. 202 s.

36. *Illecito* p. 87.

postclásica desaparece prácticamente del campo de los actos ilícitos privados aquel amplio bastión de la más neta penalidad que venía representado por el *furtum*. De ahí el *nunc furti plerumque criminaliter agi* de Ulp. 38 ed. en D. 47,2,93. Y ya hicimos referencia a varias hipótesis de *crimina extraordinaria* del tipo de los *fures balnearii*, etc.

Este mismo período postclásico muestra una mezcla, tanto de los tipos delictuales, como de las penas<sup>37</sup>. El desarrollo arranca de la pena que, como en todos los delitos, adquirirá un nuevo carácter y se convertirá en un resarcimiento agravado. Levy<sup>38</sup> aduce textos que demuestran la desaparición paulatina de la distinción entre pena y reipersecución. Y en lugar de la acumulación se llega a la idea de que el resarcimiento haya de multiplicarse, incluyendo la indemnización que en época clásica alcanzaba la acción reipersecutoria, dentro del múltiplo penal<sup>39</sup>. Esta idea sería todavía extraña al Derecho privado del hurto y del robo en el siglo III, pero aparece de una manera inequívoca en los siglos V y VI. De ahí también que se volatilicen los *genera furtorum* clásicos<sup>40</sup>, aunque persista en algunos textos una conservación mal entendida de clasificaciones anteriores.

Desde el siglo V, se establece la pena única al cuádruplo<sup>41</sup>. Ignoramos cómo se pasa del doble al cuádruplo. Entre otras conjeturas es posible que la tendencia general a agravar las consecuencias jurídicas de los delitos se apoyara en el cuádruplo con que se penaba al robo que ya no se distinguía del hurto, si bien los autores de robos habían de afrontar así mismo las penas severas de los delitos violentos<sup>42</sup>.

Si el hurto o el robo hubiera sido perpetrado por un esclavo, el dueño, si lo entrega *in noxam*, ha de restituir además cuanto hubiere conseguido por el acto delictivo<sup>43</sup>.

En resumen: «en la época tardía, la represalia pública del hurto tiende a desplazar las acciones privadas»<sup>44</sup> Kaser indica<sup>45</sup> que la extensión de la jurisdicción criminal, que abarca las demandas privadas de los delitos, tiene su origen en la tendencia de la monarquía absoluta a vigilar con mayor rigor los actos contra derecho y es, en consecuencia, común a Oriente y Occidente. La evolución

37. *RPR*. II<sup>2</sup> (1975) p. 433, apoyándose fundamentalmente en *WRV*. p. 312 ss.

38. *WRV*. p. 312 ss.

39. *RPR*. II<sup>2</sup> p. 427.

40. *RPR*. II<sup>2</sup> p. 434 n. 8.

41. *WRV*. p. 316 ss.

42. *WRV*. p. 318 y 321.

43. *RPR*. II<sup>2</sup> p. 434.

44. *DPR*. p. 431.

45. *RPR*. II<sup>2</sup> p. 427 s.

expansiva que hemos intentado describir, ni es completa ni opera de modo sistemático pero, en su conjunto, puede considerarse unitaria <sup>46</sup>.

7. Justiniano restablece la distinción entre hurto y robo (I 4,2) y concibe como acción penal mixta a la *actio vi bonorum raptorum* (I. 4,6,19). Distingue asimismo entre hurto no manifiesto, castigado al doble y hurto manifiesto al cuádruplo. También entre la *actio furti* penal y la *condictio furtiva* reipersecutoria (I. 4,1,19). Deroga expresamente las acciones relacionadas con el registro domiciliario y, con ello, las acciones *furti concepti, oblati, prohibiti* y *non exhibiti*, que, desde hacía tiempo, *in desuetudinem abierunt* (I. 4,1,4). Respecto a la tipicidad del *furtum* (I. 4,1,1 ss.; D. 47,2,54 pr.; 66,84, entre otros ejemplos) y a la legitimación activa para la *actio furti* (I. 4,1,13 ss.; D. 47,2,10 ss.; 49;86 ss., etc.), Justiniano preserva abundantes fragmentos de las controversias clásicas y, como legislador, aconsejado por la escuela, toma posición respecto a algunos temas controvertidos: ejemplos I. 4,1,8;16; C. 6,2,21; 22,1; 22,3; 22,4 <sup>47</sup>. El resultado final en el Derecho justinianeo parece ser la reducción del *furtum* a límites muy estrictamente fijados, alcanzando una cota muy alta en la progresiva desprivatización final <sup>48</sup>. Claro que, de acuerdo con Kaser <sup>49</sup>, no hay que supervalorar los esfuerzos de los compiladores en pro de la preservación del pensamiento jurídico clásico por lo que respecta a su importancia para la vida jurídica de aquella época, ya que van dirigidos esencialmente a las necesidades académicas, no a la práctica. Lo dice así el propio emperador por boca de Ulpiano, 38 ed. D. 47,2,93: *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, no quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.*

JESÚS BURILLO

46. *Illecito* p. 67.

47. *RPR*. II <sup>2</sup> p. 434 s.

48. *Illecito* p. 86.

49. *RPR*. II <sup>2</sup> p. 435.