

Famosus latro

JULIAN PEREDA, S. I.

Profesor del Colegio Universitario de Deusto

Es muy curioso en la literatura jurídica universal el concepto del *famosus latro*, ladrón famoso, que debía ser ahorcado al tercer hurto o robo. Ha entrado en todos los tratados de Derecho del mundo entero y en todos circula y en todas partes entra como con pleno derecho, indiscutido e indiscutible, sin que haya habido entre los modernos, que yo sepa, quien se haya detenido a estudiar la legitimidad de su origen.

Siempre me pareció un concepto bárbaro en extremo y, conociendo la manera de ser y de pensar del mundo clásico, se me ocurrió afrontar su estudio y, la verdad, no me arrepiento.

Quiero hacer ver que ha habido una enorme desviación del concepto, desde sus orígenes en el Derecho romano; quiero dejar patentes las protestas y estudios acuciosos de nuestros clásicos para aminorar sus efectos y trataremos de indicar la posible causa de tal desviación.

ORIGEN

Nace el concepto del *latro famosus* en el Derecho romano. De él se habla en el D. XLVII, 19, 28, apartados 8 y 15.

En el apartado 15 se dice «*Famosus latrones*... los ladrones famosos pareció bien que debían ser ahorcados en aquellos lugares en los que merodearon... y el 8: «*Grassatores*»: «los merodeadores que ojean para hacer presa, son considerados semejantes a los ladrones y si se determinaron a cometer y a despojar a las víctimas con armas, son condenados a pena capital: esto, ciertamente, si lo hicieron muchas veces y en los caminos; los demás son condenados a las minas o relegados a una isla.

* * *

No queremos adelantar conclusiones, pero parece verse bastante claro desde un principio, que los *famosus latrones* no son los que cometen simples hurtos, sino los que asaltan a los viandantes y roban y matan, y aun de éstos dice que ciertamente los ahorcarán si lo hicieran muchas veces y en los caminos: los demás son condenados a las minas o relegados a una isla.

Para proceder con algún orden veamos lo primero las clases de ladrones que consideraban los autores y si se pueden castigar con la pena de muerte los simples delitos de hurto.

CLASES DE LADRONES

Creo que es MOLINA el que lo expone mejor, con más orden y con criterio más decidido y claro (1).

Tres grados, dice, se pueden distinguir de ladrones, siguiendo al Derecho romano. Primero, aquellos que ocultamente y sin violencia se apropian de lo ajeno y se les llama *fures* (lástima que no tengamos en castellano palabra apropiada para designar a éstos: los podríamos llamar *hurtadores*). Segundo, los que se lanzan contra la víctima con violencia, pero sin matar. Tercero, los que atacan y matan para robar, y éstos merecen el nombre de *ladrones*. Son, pues, tres las denominaciones: *fures*, *grassatores*, *latrones*. Con razón dice el Digesto de los «*grassatores haberi proximos latronibus*» que están muy cerca los salteadores de los ladrones. No olvidemos que esta clasificación viene hecha a base del Digesto y no se corresponde completamente con nuestro vocabulario, pues entre nosotros mayor gravedad se ve en el salteador que en el ladrón.

«De donde se deduce, dice a continuación MOLINA, que los *hurtadores*, es decir, los que ocultamente, aunque varias veces roben, y sean castigados también varias veces por estos delitos, no se les puede llamar, según el derecho, ni salteadores, ni ladrones famosos o públicos. Llaméseles, si se quiere, públicos o famosos o incorregibles *fures*, pero no *famosos latrones*. De donde se deduce que, según los documentos romanos, estos hurtadores ocultos, aunque lo hagan muchas veces, nunca se les puede castigar con la pena de muerte o mutilación, pues sería equipararlos a los salteadores o a los ladrones famosos.»

PABLO CASTRO pone cuatro especies de ladrones: la primera a los malvados que roban *clam*, ocultamente y sin fractura; otros, dice, son peores *improbiores*, que roban con fractura o fuerza en las cosas y se les castiga más fuertemente; los hay peores aún, que en la vía pública roban con ímpetu y fuerza, pero sin matar, y los hay pésimos, que roban y matan y se los llama ladrones famosos. Como se ve, coinciden las dos clasificaciones; pero es ésta más imprecisa y falta de lógica en algunas conclusiones.

Esta distinción entre *fur* y *latro* la creo importantísima en esta cuestión y hoy por completo olvidada.

La admiten como MOLINA, muchos. GREGORIO LÓPEZ (2) habla del *aggressor stratarum*, el salteador de los caminos, y a éste sólo

(1) LUDOVICI MOLINAE, *De justitia et jure*. Coloniae Allobrogum, 1759, t. 3, dis. 68o, p. 323 y ss.

(2) GREGORIO LÓPEZ, *Las Partidas*. Salamanca, 1576. Setena part., tit. XVIII, l. XVIII, folio 51.

llama ladrón famoso; BARTOLO (3), comentando el Digesto dice: «advierde que la glosa llama público ladrón al que acostumbra a robar y nuestras glosas lo repiten, y no es hablar con propiedad; pues allí se trata del público ladrón, y el que acostumbra a hurtar será *publicus fur* pero no *publicus latro*; pues sólo es tal el que robó por fuerza y con armas; FARINACIO (4) repite la misma distinción e insiste en que no es *publicus latro* el que simplemente hurta: lo mismo alegan ANGEL ARETINO (5), SOTO (6), CINO (7), BALDO (8), PABLO DE CASTRO, AGUSTÍN DE ARIMINO (9) en sus comentarios al Digesto, pues repite insistentemente, que famosos son los *derobatores stratarum*; los salteadores de los caminos, etcétera, etc. GREGORIO LÓPEZ (10), después de traer opiniones y más opiniones y llenar columnas con pareceres distintos, cuando uno está ya mareado, y dice que para consolarle: «*Volui ista Doctorum dicta recensare* ha querido traer todos estos pareceres, para que veas la dificultad de la materia, por la distinta manera de hablar de tantos doctores».

Así es; porque pareciendo claro y siendo lógico que hay que distinguir entre *fur* y *latro* y no aplicar al primero lo del segundo, como veían que prácticamente se seguía este errado criterio, buscaban ciertos subterfugios para compaginar lo uno con lo otro y así nace lo de que «*per reiterationem ea frequentiam fit publicus latro* el que solamente es *fur*; que por la reiteración y frecuencia se convierte en público ladrón el que no es propiamente ladrón,

(3) BARTOLO. *Commentaria in secundam Codicis.*

Lugduni, 1552, de *servis fugitivis*, p. 3.

(4) PROSPERI FARINACII, *Operum criminalium.*

Antuerpiae, 1618, pars. sexta, de *furtis*, p. 6 y ss.

(5) ANGELUS DE PERUSIO, al hablar de la Auténtica de novo iure, n. 5, de *fugit. serv.* dice: *non intelligitur famosus latro qui consuevit furari clam, sed ille qui armatus rapit vel subtrahit; unde falsa est opinio dicentium eum qui tria furta facit esse famosum latronem et ideo debere suspendi.*

Conf. GEORG DAHM, *Das strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter.* Berlín, 1931, p. 473.

(6) DOMINICI SOTO, *De justitia et jure.* Salmanticae, 1549, l. 5, quae, III, p. 415, dice así: «Fur autem... si tamen id semper latenter, ita ut neque publicas vias obsideat, neque irruptionem in aedes faciat nec cedem offerat non censetur latro. (El subrayado es mío.)

(7) CINO de Pistoya, en su famosa *Lectura super Codice.* Conf. COLASSO FRANCESCO, *Medio Evo del Diritto.* Milano, 1954, p. 570 y ss.

(8) BALDI DE PERUSIO, *Repertorium lect. Baldi super Codic.* Lugduni, 1539, de *servis fugitivis*, p. 5 y ss. Del mismo BALDO, hermano de ANGEL DE PERUSIO, otra obra *Super feudis*, 1542, p. 52, sin pie de imprenta.

(9) AGUSTÍN DE ARIMINO, en las notas y largas advertencias que hace en la obra de ANGELUS ARETINUS, *De Maleficiis.* Lugduni, 1551, folio 100 y ss. y 270 y ss.

(10) GREGORIO LÓPEZ, o. c., p. 52.

... «en general no se ejecuta al ladrón en pena del crimen a no ser el *famosus latro*, a quien se cuelga de la horca. Se entiende por ladrón famoso el salteador de oficio, como allí mismo se indica: también el que hurta con cierta habilidad, de modo que al tercer hurto se le ahorca.»

como dice BALDO DE PERUSIO, aunque con cierta duda en su manera de expresarse, pues afirma «*misidicas*, a no ser que digas que, según la manera común de hablar, a esos *fures* los llaman *latrones*, por la perseverancia en el crimen, y aún vuelve sobre sus pasos y dice *vel saltem* o por lo menos *reputat eum grassatorem*, le considera como salteador, de los que dice el Digesto que son semejantes a los ladrones.

Hallado este comodín se agarran a él, no pocos con BARTOLO, FARINACIO, COVARRUBIAS (11), AZEBEDO (12), GÓMEZ (13) hasta llegar a decir resueltamente nuestro ALFONSO DE CASTRO (14), duro en esta materia como pocos, «ladrones famosos *ut ego censeo* como yo opino son no sólo los que hurtan con frecuencia o cometen algún gran crimen, sino también los que hurtan cierta notable cantidad (aunque sea en sólo un hurto) con alguna gran circunstancia agravante (15).

En resumidas cuentas, ¿quién es el *latro famosus*? Según el Derecho romano, se ve claramente que sólo el que roba y mata; se puede también llamar así al salteador de caminos que roba con fuerza y violencia pero sin matar ni herir, porque estos *asimilantur latronibus* y si lo hacen varias veces, deben ser ahorcados y nadie más; pues nada se dice de los que hurtan *clam*, ocultamente. Después también a éstos se los llama, sin razón alguna, *latro famosus* si lo hacen tres veces.

¿SE LES PODRÍA APLICAR LA PENA DE MUERTE?

Vamos adelante. ¿Se podría, conforme a derecho, ahorcar a estos hurtadores, según el parecer de nuestros antiguos tratadistas?

Gran oposición encuentro en todos ellos; innumerables aco- taciones y limitaciones ponen a la aplicación de tal principio cuan-

(11) JULIÁN PEREDA, *Covarrubias, penalista*. Bilbao, 1959, p. 299.

(12) ALFONSO AZEBEDO, *Commentarii juris civiles*. Lugduni, -1737, t. V, l. VIII, tít. XI, p. 23 y ss.

Pro tribus tamen furtis suspenditur fur... quia per reiterationem et frequentiam fit et dicitur famosus latro...

(13) ANTONII GOMEZII, *Variae resolutiones*. Lugduni, 1744, t. III, c. 5 (*de furtis*), p. 32.

Pro tertio furto, licet non reperiat iure cautum quia efficitur latro famosus.

(14) ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, Matriti, 1773, p. 273 y ss.

(15) Véase también cómo se expresa ANTONIO DE LA PEÑA, práctico castellano del siglo XVI.

«Por el tercer hurto debe morir, porque la reiteración y frecuencia del delito, el tal es hecho ladrón famoso y debe ser ahorcado. Y por esta misma razón y costumbre que uno tiene de delinquir es muy justo sea ahorcado, lo cual puede ser justamente estatuido por la república, por la contumacia de los que cometieron semejantes delitos.»

LÓPEZ REY Y ARROYO, *Un práctico del siglo XVI, Antonio de la Peña*, Madrid, 1935, p. 227.

do ven que tiene alguna ilegalidad y (cosa rara en aquellos juristas) nunca he encontrado tales rachas de mal humor, ni frases tan duras como al enjuiciar cosas y circunstancias concretas en esta materia.

De estos jueces dice, v. gr. AGUSTINO, EL ARIMINENSE, en el lugar citado, «que están *sitibundi sanguinis humani*, sedientos de sangre humana, pues con estos contrastes y sutilezas de derecho quieren más bien condenar que absolver... Y continúa luego...: este caso ocurrió en Ferrara, adonde llegó con la cosa hurtada y fué apresado un mantuano que había robado en Bolonia (el cambio de lugar con la cosa hurtada era considerado como nuevo hurto). Me llamó el ilustrísimo Duque Hércules, de cuyo consejo formaba parte, y me preguntó a mí, Agustín de Arimino, qué debía hacer. Le respondí que se debía rechazar en absoluto, como inícuo, la opinión de BARTOLO, condenada por tantos y tan ilustres doctores, aunque algunos verdugos de ladrones, que gozan de derramar sangre humana, sigan su opinión. Triunfó mi parecer».

Feroces llaman a esos jueces JUAN ANDRÉS, GANDINO, ULBERTO DE BOBIO; condenan otros, como PARIS PUTEUS (del Pozo) y NEVIZANO a Federico I de Alemania por la famosa ley de los cinco sólidos, de la que luego hablaremos, llamándole atroz y que por ella está su alma en el infierno y todos sus hijos han terminado mal. Recuerdan este peregrino parecer JULIO CLARO (17), AZEBEDO ALFONSO y aun CARPZOVIO (18), que se rió benévolamente de los que así opinan, y muy particularmente MENOCHIO (19), aunque termina diciendo: *haec sunt somnia vigilantium*: éstos sueñan despiertos.

¿De dónde viene esta fuerte marejada? Examinémoslo con cierta detención.

¿HABÍA PENA DE MUERTE EN LOS DELINCUENTES POR HURTO?

Preguntemos primero si se podía admitir, según derecho, la pena de muerte para los delitos contra la propiedad.

Se puede decir que es unánime la respuesta negativa. En general lo prueban con argumentos positivos sacados del Derecho romano: algunos, como nuestros clásicos, se valen también de argumentos de razón y de autoridad, muy especialmente MOLINA (20), pero con más decisión y más fuerza que todos el holandés ANTONIO MATTHEUS (Matthai).

(16) JUAN NEVIZANO, *Sylva nuptialis*. Lugduni, 1556, núm. 60.

(17) JULIO CLARO, *Opera*. Lugduni, 1579, l. 5. p. 162 y ss.

(18) BENEDICTUS CARPZOVIO, *Practicae novae imperialis saxoniae, rerum criminalium*. Fracofurti, 1652, pars. II, p. 216 y ss.

(19) JACOBI MENOCHI, *De arbitrariis indicum libri duo*. Lugduni, 1576, l. II, Centuria III, cas. CCXCV, p. 501.

(20) ANTONIUS MATTHAEI, *De criminibus commentarius*. Antuerpiae, 1761, p. 70 y ss.

Con verdadera fruición intenta probar ampliamente que es contra la sagrada Escritura, trayendo textos y más textos: prueba luego que es contra la justicia, pues no hay proporción alguna entre la vida y los bienes terrenos y, se explaya luego, con admirable latin, en buscar contradicciones en el mismo derecho positivo, que no castiga delitos mucho más graves con la pena de muerte. ¿No será la razón, dice, para querer aplicar la pena de muerte a estos delitos contra la propiedad, la insaciable avaricia del hombre, que aprecia más el vil metal que la honra y otros valores trascendentales?

En tono mucho menor van defilando los demás, y nos dicen que no encuentran justificación en verdadero derecho para aplicar la pena de muerte a estos delincuentes y que es una viciosa costumbre la que ha ido introduciéndolo.

De *iure non reperio* (que se puede aplicar la pena de muerte) si no se trata de *fures crassatores* o *insignes latrones*, nos dice ANGEL ARETINO (21), *et sic regulariter* y así regularmente, continúa, por el solo hurto no puede imponerse tal pena: *tenendum est* dice AZEBEDO, hay que afirmar que *pro furto de iure communi non est imponenda poena mortis*; que no se puede imponer pena de muerte por el mero hurto: Hoy la experiencia muestra, dice CARPZOVTO, que se ahorca a los ladrones; pero es por la costumbre; y está muy en controversia si se puede defender tal pena; según el derecho, afirma JULIO CLARO, no se puede imponer por hurto pena de muerte: más bien es por la costumbre que por el derecho, dice FARINACIO, y GÓMEZ ANTONIO asegura que no se encuentra en el derecho, y así podríamos traer, testimonios y más, testimonios.

Un tanto contrario es el parecer de ALFONSO DE CASTRO, muy severo en esta materia, y con cierto desenfado y estilo, un si es no es provocador, nos dice «*nec opus est*, ni es necesario tener una bula que baje del cielo o una dispensa especial de Dios acerca del *non occides*, no matarás, para que un tal delincuente pueda ser ajusticiado. Como es tal ahora la multitud de ladrones, y tal la inclinación al robo es absolutamente necesario establecer contra ellos la pena de muerte».

He dicho que este parecer es un tanto contrario al de sus coetáneos, no contrario abiertamente: pues al bajar a la vida real también ellos confiesan que podría imponerse la pena de muerte en determinadas circunstancias por vía de excepción.

En cuanto a los argumentos positivos para sostener que no puede aplicarse la pena de muerte por el delito de hurto, se atienen muy especialmente al Derecho romano, que expresamente lo prohíbe.

(21) ANGELUS ARETINUS, *De Maleficiis*, cum apostollis AUGUSTINI ARIMINENSIS et HIERONIMI CHUCHALON. Lugduni, 1551, folium 100 y 270 ss.

En la novela «*Un nulli iudicium*» (134, 13,1) que suele citarse en el libro 6 del Código, tit. 1, de *servis fugitivis*, se dice: queremos en absoluto, que por el hurto no muera el esclavo, ni se le ampute ningún miembro, sino que se le castigue de otro modo. Hurtadores se llama a los que delinquen secretamente, sin armas...; mas los que cometen con violencia, con armas o sin ellas, ya en las casas, ya en los caminos o en el mar, sean sometidos a las penas de las leyes» (22).

¿POR QUÉ, SIN EMBARGO, SE APLICABA?

¿Cómo se explica esa desviación en la vida real, de modo que se aplicara la pena de muerte con tanta facilidad al tercer hurto?

Si queremos dar primero razones generales, que a mí me parecen las verdaderas (luego expondremos las que da CARPZOVIO), diremos con A. MATTHAI en el lugar citado, que «fue la insaciable avaricia del hombre, que aprecia más el vil metal y los bienes materiales que la honra y otros valores trascendentales»; pero aquilatémoslo un poco.

Doctrina general era que podía defenderse la vida aun con la muerte del agresor; general y absoluta era también la creencia de que podía matarse al ladrón nocturno, pues no se podía saber si venía a robar sólo o a matar y al diurno si se defendía con armas. ¿Tan anormal e increíble es que fuera naciendo de ahí la doctrina de que también pudiera arremeterse contra aquél a quien se encuentra una y otra vez hurtando sin que le afecten los castigos?

Nótese que era entonces grande la penuria de dinero; grande la falta de artículos de consumo y muy aleatoria su producción, de modo que el hurto resultaba entonces mucho más pernicioso que ahora. Si a esto se añade la dificultad en dar con el delincuente, por la suma facilidad en pasar de una población a otra más aforada, o porque se metía el delincuente en una iglesia, gozando del asilo o por otros mil subterfugios, se comprende que se extremaran las medidas contra los ladrones y rateros habituales para contener su audacia, ya que las otras penas parecían inútiles y en gran parte inaplicables (23).

(22) DUDOLFUS SCHOELL. *Corpus iuris civilis*. Berolini, 1954. V. 3 (novellae), p. 688.

N. HERMANN KRIEDEL Y OSENBRUGGEN.

Cuerpo del Derecho civil romano (traducido por LEDEFONSO GARCÍA). Barcelona, 1895, 2 part. Código, t. II, p. 7.

FRANCISCO MARTINEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación*. Madrid, 1834, t. I, l. 3, n. 8, p. 89 y ss.

Es también curiosa la advertencia de MOLINA relativa al diferente valor de la moneda, pues nos dice que *quadraginta maravedinos, plus valuisse quam valeant hodie ducenti, quin aut trecenti aut pluses*. MOLINA, l. c.

(23) Así habla COVARRUBIAS: «es claro que dada la gran audacia de los hombres que les importa muy poco y se ríen de otras penas que no

CARPZOVIO (24) explica la razón de ser de esta aplicación de la pena capital por delitos de hurto por razones más concretas: dice que *originem trahit ex iure Saxonico*, que tiene su origen en el derecho de Sajonia, confirmado por Carlos V en el artículo 162 de la Carolina y en la famosa disposición de Federico I de Alemania de la que habla largamente.

Sin atrevernos a afirmarlo, ni mucho menos, es, sin embargo, indudable que tuvieron las tales disposiciones enorme influencia en la legislación europea, pues las encuentro citadas en casi todos los autores.

¿Qué decía la célebre disposición de los cinco sólidos, de Federico I, que es la más comentada y discutida?

La he encontrado en el *Monumenta Germaniae Historica* y la traduzco al pie de la letra (25).

«Si alguno robare lo que vale cinco sólidos o más, sea colgado de la horca; si menos, con azotes y tenazas se le arranque el pelo y la piel.»

Hace CARPZOVIO un largo estudio sobre estos extremos y, rebatiendo los argumentos de MATTHAI, sostiene que se puede imponer la pena de muerte a los simples ladrones, sin que haya en ello ninguna injusticia. ¿Cómo pensar, dice, que obrara contra todo derecho un Carlos V, aconsejado por jurisconsultos de tanta altura?

Por lo que toca a la ley de los cinco sólidos, se le ve en postura incómoda y se explaya en el estudio de las diferentes clases de monedas, escogiendo la de más valor y afirmando también que si son varios los ladrones, la cantidad robada ha de ser tal, que toque a cada uno los cinco sólidos completos, de otra suerte no puede haber pena capital.

Estas disposiciones germanas hallan gran resonancia en el mundo de los juristas. La de los cinco sólidos despierta la indignación ya indicada antes, echando algunos nada menos que al infierno al emperador Federico. Sin embargo, tratan los autores de quitarla importancia, diciendo que no viene al caso, pues no se

sean la muerte, y por eso, en estos tiempos es necesario arremeter contra los ladrones con penas más graves, máxime cuando no se trata de un hurto simple, sino de uno agravado por la cantidad y calidad». O. c., p. 201.

(24) CARPZOVIO, o. c., p. 217.

(25) *Contitutio de pace tenenda* (1152), Federico I (in *libris Feudorum*), l. II, tít. 27: M. G. H., I, 198.

18. *Si quis quinque solidos valens vel amplius furatus fuerit, laqueo suspendatur: si minus scopis et forcipe excorietur et tondeatur.*

He encontrado este otro antecedente muy anterior en E. Carlo Magno nel capitulare di Eristalto del 799, c. 23.

De latronibus ista precipimus observandum, ut pro prima vice non moriatur, sed oculum perdat; de secunda vero culpa, nasus ipsius latronis abscindatur; de tertia vero culpa, si non emendaverit, moriatur.

Enciclopedia del Diritto Penale Italiano. Milano, 1905, t. I, p. 568.

da el castigo por el hurto, sino por la ruptura de la paz. Muy largamente la expone BALDO (26) y lo van repitiendo los demás.

No le falta, quizá, su algo o mucho de razón, pues como se puede apreciar en la cita, donde pongo la historizada ley de Federico I, tal como se encuentra en el M. G. H. es una continuación de *pace tenenda* de la guarda de la paz, constituciones que tuvieron importancia tan trascendental en el medio evo en toda Europa.

Con todo, no dudo de que tuvieron suma importancia en el castigo de los hurtos, la decisión de la Carolina y la ley de Federico I; pero hubo de ser un ambiente muy preparado por las razones antes indicadas.

Sea lo que fuere, el caso es que, como dice FARINACIO «discútase lo que se discuta y dígase lo que se diga, *qui fecit tria furta suspenditur*, al tercer hurto se ahorca al delincuente» (27).

(26) Así lo resume BALDO: *Non servatur de generali consuetudine et ideo de illo non est curandum*, l. c. Casi con las mismas palabras lo repiten GREGORIO LÓPEZ y FARINACIO. MENOCHIO habla de los muchos sentidos que puede tener esa afirmación e insiste, como los demás, en la ruptura de la paz, etc., etc.

(27) Así era, por desgracia, en gran parte de la legislación positiva, por el sentir bárbaro de los Fueros, en muchos de los cuales se encuentran resoluciones inexplicables.

«Otro sí, todo aquel que de *furto* o de *ladrocinio* preso fuere, sea enforcado.»

UREÑA RAFAEL, *Fuero de Zorita*, Madrid, 1901, p. 144.

«Todo home que uvas furtare de noche o qual cosa se quisiere.. enforquenlo.»

EMILIO SÁEZ, *El Fuero de Coria*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1948, p. 89.

Con las mismas palabras lo trae MARTÍNEZ MARINA del fuero de Cáceres.

M. MARINA, *Ensayo sobre la legislación*, Madrid, 1834, p. 341.

«Todo home que fuese famoso por ladrón e fuere tomado con el furto, sea enforcado por ellon... Nótese que al decir este Fuero «afamado» supone, sin duda, la iteración de los hurtos; luego no por el primero.»

EMILIO SÁEZ, *Los fueros de Sepúlveda*. Publicaciones históricas de la Excma. Diputación de Segovia. Segovia, 1953, p. 512.

Quicumque de furto vel latrocinio convictus fuerit precipitetur.

RAFAEL UREÑA, *Fuero de Cuenca*. Madrid, 1935, p. 312.

El Fuero Real de España, l. IV, tít. V, ley VI, p. 136 (Códigos antiguos de España. Madrid, 1885) dice: «E si alguno furtare alguna cosa que vale cuarenta maravedís e dende ayuso, peche las novenas, las dos partes al dueño del furto e las siete partes al rey e si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hoviere e córtenle las orejas y esto por el primer furto, es si furtare otra vez, muera por ellon.»

En las *Leyes de Estilo*, ley 75, p. 158 se lee:

«Otro sí es, a saber que si alguno toman con el furto, maguer sea el primero furto, muera por ello.»

Las Partidas (Sentec. par., t. XIV, ley XVIII) ponen un rayo de luz en este ambiente tan oscuro y brutal y recordando y reproduciendo las palabras del Derecho romano, dice: ... «más por razón de furto non deve

Realmente, con más o menos reticencias y disgustos esto es lo que afirman la mayor parte, como cuestión *de facto*, poco más o menos con estas palabras de ANTONIO GÓMEZ: *proterio furto suspenditur, licet non reperiatur iure cantum*.

ACTITUD DE LOS AUTORES CLASICOS

No faltan y fuertes enérgicas protestas, aun confesando que éste es el parecer general, por fuerza de la costumbre.

BUTRIAGO y FULGESIO sostienen claramente que ni por el tercer hurto se les puede condenar a muerte: no con tanta decisión, pero manifestando claramente su parecer, dice JULJO CLARO que no se deben siempre guardar las disposiciones de cada región, pero *ego non crederem* yo no admitiría que se deba colgar al ladrón, aun por muchos hurtos: según FARINACIO, piensan lo mismo, o mejor dicho, afirman que no se debe ahorcar a nadie por el tercer hurto, ANGEL DE UBALDI (28), SICHARD, CEPOLLA (29), JASON, TUSCHI (30), BONIFACIO y BOERIO: MOLINA dice sin ambages, condiciones ni rodeos, que *puniri non potest*, que no se puede castigar con pena de muerte al hurtador, aunque sea el hurto notable

matar, nin cortar miembro ninguno, fueras ende si fuesse ladrón conocido, que manifestamenté tuviesse caminos o que robasse otros en la mar con navíos armados, a quien dicen cursarios o si fuessen ladrones que oviesseen entrado por fuerza en las casas...

Es curioso el comentario de GREGORIO LÓPEZ, el cual dice: «que así debe guardarse aunque se dé *asiduitas in furando* ni se puede decir, como dice ANGEL, que si hay costumbre de robar, por el arbitrio y poder dado por la ley, se puede condenar a pena de muerte; pues la ley de las *Partidas* quita este arbitrio al juez y sólo consiente que se le azote o se le dé otra pena fuera de la muerte o mutilación... y añade, por desgracia, dejándonos en el ambiente anterior, *hodie tamen*, pero hoy se sigue la ley del Fuero Real (la puesta poco antes) que es la que está en uso...

En la *Nueva y Novísima Recopilación* hay también leyes inhumanas en grado extremo, muy entrado en el siglo XVIII, quizá motivadas por el robo y bandolerismo reinante.

La pragmática de Felipe V, del 23 de febrero de 1734, decía: «cualquiera persona que teniendo diecisiete años cumplidos, dentro de la Corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito le fuese probado haber robado a otro... con armas o sin ellas, sólo o acompañado y aunque no se siga herida... se le debe imponer la pena capital. Si no tuviese diecisiete años y pase de los quince, se le condena a 200 azotes y diez años de galeras».

Carlos III ordenaba en la pragmática del 17 de octubre de 1769:

«Ordeno y mando... que desde ahora en adelante todo hurto, aunque sea el primero... con violencia en sus personas o sus casas, sea castigado con pena de muerte.»

Códigos Españoles. Madrid, 1850. T. X. *Novísima Recopilación*, p. 35 y 40.

(28) Con estas terminantes palabras: *unde falsa est opinio dicentium eum qui tria furta fecit... debere suspendi*.

(29) BARTOL, CEPOLLA, *Consilia criminalia*. Lugdoni, 1531.

(30) TUSCHI, CARDINALIS, *Practicarum conclusionum juris in omni foro frequentiarum*.

Romae, 1605, t. 5, p. 6 y ss. t. 4, en la palabra *Fur*.

y de gran cantidad *et istud multoties iteretur* y aunque lo repita muchas veces. Pero el más resuelto y decidido es ANTONIO MATTHAI, el holandés: merece párrafo aparte.

Se indigna con los que opinan que al tercer hurto deba ahorcarse al delincuente. «Pero de dónde sacan, dice, que es incorregible el que ha hurtado tres veces? ¿No dice la Sagrada Escritura que cae el justo siete veces y se levanta otras tantas? ¿No dice Jesucristo que se ha de perdonar setenta veces siete? ¿Pues por qué hemos de poner nosotros tres miserables hurtos como bastantes para quitarle la vida? Y si tan celosos somos de nuestros bienes que un tercer ataque a ellos es bastante para ahorcar al delincuente, ¿por qué no aplicamos lo mismo para nuestra honra? Por qué una tercera injuria no debería pagarse con la vida? Valen mas los bienes terrenos, aun los mínimos, que la honra. ¡Cuánto más lógico es argumentar en sentido contrario! Si vemos claro que por la tercera injuria ni por el estupro no violento, a nadie se puede castigar con la muerte, mucho más claro debe ser que ni por el tercer hurto; pues mil veces vale más la honra que el dinero... esto se puede restituir, aquello, no.»

Por lo menos, no seamos aún más duros, dice al fin, que la misma disciplina militar; pues ésta exige tres consumados y al cuarto impone la pena de muerte.

Se ve, pues, claro el sentir íntimo de nuestros juristas: en todos contrario a esta disposición penal tan absurda, en unos con manifestación clara y tumultosa, en otros más callada y afirmando que en todo caso hay que estar a lo dispuesto.

CONDICIONES QUE EXIGEN

Más clara aún se ve la oposición, cuando, admitiendo, aunque sea a regañadientes, esta disposición y costumbre judicial, quieren explicar su alcance y condiciones. Aquí es muy grande la diversidad entre los autores y si algunos son de parecer más estricto es porque estudian ya en sí misma la disposición positiva al examinar sus términos precisos y quieren seriamente guardar las reglas de la hermenéutica legal.

Lo primero que consideran, y muy detenidamente, es qué se deba entender por tres hurtos.

Se ha dicho muy especialmente por CARRARA, que la idea del delito continuado (mejor se le llamaría sucesivo) nace con los juristas italianos, para poder librar de la muerte al pobre ratero al tercer hurto. No creo que le falte razón a pesar de DA SILVA CORREIA (31), que no ve en aquellos juristas la idea del delito continuado. Sin duda que no está en ellos con la precisión y limpieza con que hoy le estudiamos: pero «los partidarios de la teoría ita-

(31) EDUARDO HENRIQUEZ DA SILVA CORREIA. *Unidade e pluralidade de infrações*. Coimbra, 1945, p. 219.

liana llamada de la ficción jurídica, han dicho la verdad, recalca ONECA, al reconocer a su pensamiento la paternidad de CLARO y FARINACIO (32).

Dice FARINACIO (33), con mucha más extensión que JULIO CLARO y con más riqueza de conceptos, que sólo serán varios los delitos de hurto *quando praedicta furta sint distincta et re et tempore*, y trae como apoyo de su pensar al CARD. TUSHI, CEPOLLA y CLARO. *Non procedit*, es decir, no son varios los delitos sino uno cuando se da la unidad de tiempo, pues entonces *unum reputatur*. Ha un solo delito, continúa, cuando con unidad de lugar, mas en tiempo diverso *sed continuato*, se roban una o varias cosas, pues la continuación supone unidad. ¿No hará alusión esta última frase a la unidad subjetiva, propia de la unidad del delito, como también lo indica DA SILVA? ¡En todo caso, esa *continuatio* difícilmente será compaginable con la mayor diferencia de tiempo que hoy concedemos.

Dice, a continuación, algo que tal vez extrañe a no pocos penalistas actuales. «*Si unica nocte*», si es una sola noche con cierta continuidad temporal, comete diferentes hurtos *aun de diversas cosas y en diferentes lugares* (el subrayado es mío) hay también un solo delito de hurto.

Sin duda que están por lo menos y muy firmes los fundamentos del delito continuado y con el preciso fin de que no se imponga la pena de muerte por ese tercer hecho, que no constituye un tercer delito (34).

¿SI LAS COSAS SON DE POCO VALOR?

Hay dos claras corrientes que corresponden a las diferentes razones en que ponen el fundamento de pena tan grave: o es por la mera iteración o por la tendencia e incorregible manera de ser y peligro público que supone tal conducta. Si por la mera iteración, indudablemente que al tercer hurto impondrá la pena de muerte; si por la segunda lo niegan en absoluto. Representa JULIO CLARO la primera tendencia, aunque la única razón que alega es que también se da la acción de hurto por cosas mínimas; le sigue el célebre ANDRÉS DE ISERNIA y algunos otros; pero la mayor parte lo niega por completo. «*Pro multis parvis furtis*, dice ANGEL DE UBALDIS, hermano de BALDO, *non efficitur famosus* y,

(32) *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Francisco Scix, editor. Barcelona, 1954, t. VI, p. 450 («El delito continuado»).

(33) FARINACIO, l. c., p. 18.

(34) Véase la diferencia con BARTOLO (*De furtis*, 14; n. 7) «*Si plures res simul subtrahuntur, dicitur unum furtum ... et hoc facit pro statuto quo cavetur ut pro primo furto sustigetur ... quod si plures furetur quis, totum, hoc dicitur unum furtum*».

Aquí, ciertamente, no se puede hablar de delito continuado, como lo dice con acierto CORREIA DA SILVA; pero es grande la diferencia de BARTOLO a FARINACIO, pues el primero sólo habla de hurtar varias cosas a la vez.

por consiguiente, no se le puede ahorcar: Casi con las mismas palabras lo repite CATALDINO; lo sostiene CEPOLLA, al decir que estos tres hurtos, si son de poco valor, v. g., gallinas o huevos, no se tienen tan en cuenta, al menos aquí, en Verona: con muchísimo sentido común dice AZEBEDO, ¿«por tres huevos o gallinas o cosas semejantes vamos a matar a uno?» (35). Es también el parecer de FARINACIO, quien nos cuenta cómo en tiempos de César Borgia fué librado de la pena de muerte Nicolás Blanconi cuando ya se le llevaba al cadalso por tres pequeños hurtos. Se puede decir, por tanto, que es la opinión general y se la debe tener muy en cuenta, porque es muy frecuente el afirmar y se ve impreso, que por un simple racimo de uvas podía uno ser ahorcado si era el tercer hurto. Lo mismo opina CARPZOVIO (36).

Pregunta luego, si por un solo hurto se le podrá ejecutar al ladrón, sólo atendiendo a la cantidad. Aquí es mayor la divergencia. BALDO dice que si *pro furto enormi* y se salta un poco a la torera la realidad legal, diciendo que «*propter enormitatem delicti permissum est leges transgredi*» (37): por la enormidad del delito podemos transgredir la ley. Opina lo mismo ANGEL ARETINO, pero su comendador AGUSTÍN DE ARIMINO dice: «*Sed tu teneas*, pero tú atente a este otro parecer, pues *si recte considerantur omnia iura* si se tiene en cuenta todo el derecho, no se debe atender a la cantidad rabada, sino a la personalidad del delincuente y a la reiteración del delito. MENOCHIO y GÓMEZ están también por la afirmativa, pero lo niegan en absoluto, además del ARIMINENSE citado. FULGOSIO, CEPOLLA (38). GREGORIO LÓPEZ, AZEBEDO, MOLINA, con estas fuertes palabras: «no se le puede castigar con pena de muerte, aunque el hurto sea notable, *cuiuscunque quantitatis*, cualquiera que sea la cantidad». JULIO CLARO nos dice que se dió el caso de uno que se apoderó de

(35) Es de advertir que en esto del hurto de cosas mínimas, se fijaban también en la persona a quien se hurtaba, y así, dice CARPZOVIO, que sería hurto grave el de un manuscrito o documento a un sabio o el de un «*porcellum*» (cochinillo) a un pobre labrador, aunque, añade, que en estos casos no aconsejaría él penas tan graves. Lo dice también MENOCHIO y trae los mismos ejemplos: robar un «*porcellum*» a un labrador, dice, «es como quitarle un ojo».

(36) CARPZOVIO, l. c., p. 232, con estas palabras:

Verum enim vero, frustra haec disputari existimo cum apud me certum non sit sanctionem Carolinam reiterationem delicti tantummodo respicere ... Tantum enim abest, ob solam reiterationem laquei supplicium sibi locum vindicare, ut etiam, furto reiterato, quoad poenam mortis furi indicendam, rationem quantitatis et valoris rei furtivae habendam esse, exprese sanciat Imperator Carolus V, y se refiere a que ha de llegar a los cinco sólidos.

(37) Así juzga DOMINGO SOTO afirmación tan atrevida, *propter enorme delictum, licere leges transgredi, indignum est irvisperito*. Es de advertir también que lo repite nuestro ANTONIO GÓMEZ.

(38) BARTOL, CEPOLLA, *Consilia criminalia*.

Lugduni, 1531.

1.200 áureos, cantidad entonces enorme, y que tuvo la pena propia del primer hurto y nada más.

Está también por el «no» y le he dejado a propósito para que acabe el lector, con una sonrisa, esta materia, el clásico del siglo XVI ANTONIO DE LA PEÑA. Sin duda que era un hombre de buen humor y quiere también comunicarlo a sus lectores. Opina, pues, que no, o sea, que no puede castigarse con la pena de muerte por un solo hurto: «Ítem, tiene pena de muerte cuando el hurto fuere tan grande que valiese por tres. En esta cuestión, unos doctores tuvieron que se diese pena de muerte, y lo contrario tuvieron otros. Esta segunda opinión me parece que se debe tener y guardar (y da esta razón tan singular y tan curiosamente expuesta), porque considerada la persona del ladrón, más peca aquel que tuvo ocasión y se le dió poca causa para hurtar, como si fuese poca cosa la que tomare, que no aquel que le fué dada gran causa como hurto grande, por lo cual, más se ha de disminuir el delito, y para esto hace lo que comúnmente se concluye, que *más* (39) peca aquel que tuviere acceso carnal con mujer fea y disforme que con mujer linda y hermosa, porque vencido el tal de una mujer hermosa menos peca que teniendo acceso con la que fuese fea».

No deja de ser curiosa la razón y no le falta su algo de fundamento.

MÁS DIFICULTADES

Se enlazan después los autores en una serie interminable de cuestiones que manifiestan claramente la enemiga que sentían a este duro problema y el empeño que ponían en urdir trabas y más trabas, dificultades y más dificultades para reducirlo al mínimo posible en la práctica.

Las preguntas se suceden, unas y otras, en forma que realmente marean. ¿Se le puede castigar con la horca por el tercer hurto, si ha sido ya castigado por los anteriores? Con más acierto y en oposición absoluta preguntan otros con FULGOSIO, FELINO, DECIO, etc... ¿Se le puede castigar con la muerte si no ha sido castigado por los anteriores? ¿Cómo, entonces, se le puede tener por incorregible, cuando nunca se le ha castigado?

¿Y si fué perdonado por los anteriores hurtos, se le puede dar la última pena por el tercero? Todavía distinguen aquí ANGEL DE ARETINO y JULIO CLARO, si fué perdonado por gracia del príncipe o por otras razones, admitiendo, en el primer caso, la pena de muerte, por la terrible ingratitude.

¿Y si han prescrito los primeros delitos? Para FARINACIO y GÓMEZ no hay duda, porque la agravación se da al cometer el

(39) En la obra de MANUEL LÓPEZ REY acerca de este práctico, al copiar este párrafo del original pone en la última línea *más* pena y, sin duda, es una errata, pues debe decir *menos*, según todo el sentido del párrafo. Creo que se dió cuenta de la errata LÓPEZ REY y que está así en el original; pues en una nota, sin precisar el porqué, dice «reproducción literal».

tercer hurto grave; pero con más acierto están por la negativa BALDO y GANDINO. Pende en parte la solución del problema, como decíamos antes, de si la agravación de la pena es por la mera iteración o por la malicia, tendencia e incorregibilidad que supone, aunque allí hablábamos solamente de hurtos leves.

Y si cometidos tres o más delitos le coge el juez y le juzga por el primero que cometió, ¿le puede castigar con pena tan grave? Aquí es quizá unánime el parecer de todos, y responden que no; porque los hurtos posteriores no pueden agravar al primero, y nos cuenta ANTONIO GÓMEZ cómo sacó a flote a una pobre mujer, condenada por varios hurtos y acusada, de nuevo, de uno cometido antes: *favore divino*, nos dice, *liberata est a poena mortis*. Se ve que, aun en este caso, no era tan fácil el asunto, pues se agarra, como a plena explicación, al favor especial de Dios, *favore divino*.

Puestos a buscar dificultades se preguntan también si puede aplicarse la pena de muerte al que cometió los delitos de hurto en diversos territorios. Sostienen la afirmativa BAROLO, FARINACIO, GÓMEZ, COVARRUBIAS, BUONACOSSA (40), ANGEL, etc...; pero están en contra BALDO, SONCINAS, el ARIMINENSE, CLARO JULIO, etcétera. Para los primeros la razón es clara, pues se dan los tres hurtos y la agravación es consiguiente al tercero. Los segundos se ven y se desean para defender su afirmación y algunos como ANGEL ARETINO, ACCOLTIS FR., BONAGUIDA claudican y se pasan al bando contrario cuando el delincuente quedó *diffamatus* por los anteriores hurtos.

Agota aquí su ingenio para salvar al delincuente a pesar de la ley CLARO JULIO y le acompaña en su razonamiento el Cardenal TUSCHI, aunque no creo que responda el éxito al notable intento. Dicen que hay que fijarse en la manera cómo está redactado el estatuto: puede éste expresarse de dos maneras distintas. Puede decir:

*qui fecit tria furta moriatur, o
pro tertio furto moriatur.*

Si viene dicho de la segunda manera, no habrá más remedio que ahorcarle, aunque haya delinquido en muy diversos sitios: si de la primera, no se le puede entonces aplicar tal pena. Voy a exponer la razón que da J. CLARO con sus mismas palabras (41).

«Por tres hurtos (*pro tribus furtis*) no le haría morir, porque no puede decirse que ha cometido tres hurtos, ya que dos lo fueron fuera del territorio, por los cuales no se le puede castigar aquí: sí dice, en cambio, el estatuto *pro tertio furto*, al tercer hurto, como se castiga el tercer hurto y el tercero se ha cometido,

(40) HIPÓLITO BUONACOSSA, *Quaestiones criminales*. Venetiis, 1582, p. 117 y ss.

(41) JULIO CLARO, l. c., p. 163.

sin duda, en su territorio, no podría menos de aceptar la opinión predicha, consagrada por el uso.»

Creo que tendremos que decir con FARINACIO: «*haec ratio*» esta distinción no prueba la diversidad de las fórmulas y *non placet mihi*, no me agrada.

Por fin otros, como CATALDINO, SONCINAT y ULBERTO DE BOBIO, sin pararse en tales distinciones, critican de muy duro y cruel el parecer de BARTOLO, y el ARIMINENSE exclama decidido, que actuando él de juez, nunca aplicaría tal opinión.

¿ENTRAN TAMBIÉN EN CUENTA LOS HURTOS IMPROPIOS?

Otra afirmación o acotación importantísima es la que expone FARINACIO, y trae como defensores de su pensar a CEPOLLA y al Cardenal TUSCHI, o sea, que ha de tratarse de hurtos propios para que, al tercer hurto, se le pueda condenar a muerte: no de impropios, *quae non faciunt numerum nec sufficit ad condemnandum*, los cuales no hacen número, ni bastan para justificar la condena.

Esto es muy importante y limita mucho en la práctica la aplicación de la última pena, pues eran muchas las acciones que originaban la *actio furti* sin que fueran hurtos propiamente tales, v. g., el empleo indebido de lo prestado; el apropiarse la cosa encontrada; el descubrimiento, etc., etc. (42).

Sin embargo, creo ver una excepción parcial a este principio, en la fuerte discusión que se entabla entre todos estos autores, acerca de algo que hoy se nos hace difícil comprender y que despertó una pasión como pocas veces la he visto entre estos doctores.

Sostuvo BARTOLO, haciendo suya esta opinión que andaba ya en los comentarios o glosas al Código, que si el ladrón huye con la cosa robada de una ciudad a otra, sujeta a diverso juez, al cambiar de territorio, *mutatione territorii nova nascatur actio furti* (43), lo cual es afirmar que se comete nuevo hurto por la continua apropiación, que viene a ser una nueva y distinta de las anteriores, por ser en lugar distinto.

Parece mentira que llegara a ser tan general esta opinión que, como dice el mismo ANGEL ARETINO, que la defiende, «*multos suspendi fecit*»: hizo ahorcar a muchos: que a tantos costó la vida, según A. DE ARIMINO: que originó hasta diez mil ejecuciones, como afirma MARIANO SONCINAS.

Se comprende, pues, la pasión que ponen muchos en combatirla, aunque para FLORIÁN DE S. PEDRO sea como el evangelio.

(42) Conf. COVARRUBIAS, *penalista*, c. XVII, p. 429 y ss.

Se puede considerar adversario, en parte, a GÓMEZ ANTONIO, pues lo extiende también a los «*receptatores*», l. c., p. 137.

(43) BARTOLUS, *De furtis et servo corrupto*. *Lex «si abducta»*, p. 4.

Dice el ARMINENSE, que SALICETO, *arguit terribiliter*, argulle terriblemente contra BARTOLO, y prueba que su parecer es opinión falsísima; inicua la llama FULGOSIO y se declaran decididamente contra ella, *salva auctoritate tanti doctoris*, JUAN ANANÍA, el PANORMITANO, JUAN LIGNANO, RICARDO SALICETO, el ARMINENSE, etc., etc.; entonces es cuando se oye aquello de jueces feroces, *sitibundi sanguinis humani*, sedientos de sangre humana, que indicábamos antes.

En resumen podemos decir que existió, impuesto por la costumbre, este principio de que se pague el tercer hurto con la vida; que lo creen contrario al derecho los doctores, pero que, dado el estado de la legislación y de la sociedad, no hay más remedio que tolerarlo: que aun así y todo, concentran su estudio en ponerle más y más dificultades para hacerle prácticamente impracticable en muchísimos casos.