

LA DISTINCION HURTO-ROBO EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

SUMARIO: I. DERECHO ROMANO: A) *Furtum*: 1. El sistema de acciones y su penalidad. 2. La elaboración jurisprudencial. 3. *Furtum rei*, *furtum usus* y *furtum possessionis*. B) *Rapina*: 1. La *actio vi bonorum raptorum*. 2. La acción de homicidio. 3. La elaboración jurisprudencial.—II. EPOCA VISIGODA: A) Breviario de Alarico: a) *Furtum*: 1. Epítome de Gayo. 2. Sentencias de Paulo. b) *Rapina*. B) *Lex Visigothorum*: a) *Furtum*: 1. Concepto. 2. Las distintas composiciones. 3. Hurtos con sanción especial. 4. Autoría y participación. 5. Eximentes. b) *Rapina*: 1. Concepto. 2. Las distintas composiciones. 3. Autoría y participación.—III. LA SUERTE DE LA DISTINCIÓN EN EL PERÍODO POSTGÓTICO: A) Documentos. B) Fueros breves y derecho territorial: a) *Furto*. b) *Rapiña*. C) Fueros extensos y Derecho territorial: a) *Furto*: 1. Los daños y el hurto. 2. Concepto de hurto. 3. Furto de uso y *furto* de posesión. 4. Composición y otras sanciones. 5. Autoría y participación. b) *Rapiña*: 1. El robo y la prenda extrajudicial. 2. Concepto de robo. 3. Sanciones. D) Derecho navarro-aragonés: 1. La distinción en el Derecho positivo. 2. La distinción en la doctrina.—IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO-JUSTINIANO: A) Las Partidas: a) *Furto*. 1. Concepto. 2. Clases. 3. Autoría y participación. 4. Penalidad. b) *Robo*: 1. Concepto. 2. Penalidad. B) Derecho catalán.—V. LAS RECOPIACIONES: A) Ordenamiento de Alcalá. B) Ordenamiento de Montalvo. C) Novísima Recopilación. D) La distinción en la doctrina de la época.—VI. LA DISTINCIÓN EN LA CODIFICACIÓN PENAL (Remisión).

I

DERECHO ROMANO

A) *Furtum*.

1. El hurto aparece en el Derecho romano como un delito privado, es decir, uno de aquellos delitos cuya pena se establece como simple reparación del ofendido y se demanda mediante una acción

privada¹, distintos de los *crimina publica*, objeto de juicios comiciales al principio y luego objeto de las *quaestiones publicae*².

En las Doce Tablas se ocupan del *furtum* varias disposiciones³. Se distingue el *furtum manifestum*, en el que el *fur* es sorprendido en el momento de la comisión, del *furtum nec manifestum*. En el primer caso, la pena es rigurosa: el *fur*, si es siervo, se le condena a ser despeñado, y si es libre se le azota y deviene *addictus* a la víctima del hurto⁴. En el segundo, se condena al *fur* a entregar como pena el duplo del valor de la cosa hurtada. Parece claro que esta diferencia de tratamiento obedece a la presencia inmediata del perjudicado en el *furtum manifestum* que hacía más violento el sentimiento de venganza, aparte del hecho de existir una prueba directa⁵, y haber mostrado el agente una mayor peligrosidad⁶. En el más antiguo Derecho romano, un registro solemne y lleno de primitivismo en su forma —*quaestio lance licioque*—, equiparaba el hurto, cualquiera que fuese, en caso de hallarse la cosa, al *furtum manifestum*. En los tiempos de las Doce Tablas otro registro no solemne no producía el efecto de convertir al hurto en manifiesto, sino que aparecía relacionado con otra acción furtiva, la *actio furti*

1. Conviene no perder de vista que aunque la acción penal privada desemboca muchas veces en una condena patrimonial que viene atribuida al ofendido, y no al poder público, tal condena no tiene el carácter de resarcimiento, sino de auténtica pena. La acción penal privada tiende a punir y no a resarcir. Sobre este punto vid. U. BRASIELLO, *Corso di Diritto Romano, Atto illecito, Pena e Risarcimento del danno* (Milán, 1957), pág. 8 ss.

2. C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en *Enciclopedia Pessina I* (Milán, 1905), pág. 28.

3. P. GIRARD, *Textes de Droit Romain* (Paris, 1937), pág. 19 y W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (Neudruck) (Aalen, 1962), pág. 296 s.

4. C. FERRINI, *Esposizione storica*, cit., pág. 177.

5. Vid. JORS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (trad. L. Prieto Castro) (Barcelona, 1937), pág. 360, nota 5.

6. En contra, F. CARRARA, *Programma. Parte Speciale 4ª* (Prato, 1882), § 2048, pág. 68, nota 1 y § 2110, pág. 166, nota 1. Últimamente ha recogido la opinión de De Visscher, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. II. Infracciones patrimoniales de apodramiento* (Madrid, 1964), pág. 39 s. Se trataría de una reminiscencia de los tiempos primitivos, en que, "tomándose la víctima la justicia por su mano, el ladrón sorprendido habría de pagar mayor indemnización como precio de su rescate".

concepti, por el triplo. Al parecer, no es posible entender que esta forma de registro simple suponga una evolución del registro solemne *lance licioque*. Max Kaser, después de afirmar que sobre la persecución romana de las cosas en la época primitiva sólo es posible hacer conjeturas, refiere ambos tipos de registro a la misma época arcaica. Para Kaser, ambos se aplican a situaciones distintas. Cuando las huellas del delito son recientes se permite al perjudicado utilizar el registro solemne *questio lance et licio*. Si las huellas no son recientes tiene lugar, entonces, un registro simple, claramente posterior al hecho, que presumiblemente se realizaba ante testigos⁷. Como acción de regresión, respecto a la *actio furti concepti*, aparecía regulada en las Doce Tablas, la *actio furti oblati*, también por el triplo, que podía dirigir aquel a quien se le hallaba la cosa, como consecuencia del registro, contra el que se la había entregado.

El Pretor mantiene estas acciones, si bien modificando la severa penalidad de la *actio furti manifesti*, que tiende ahora a conseguir el cuádruplo del valor de la cosa. Y, a su vez, crea nuevas acciones furtivas. La *actio furti prohibiti*, por el cuádruplo, que se podía dirigir contra el que, siendo sospechoso, no permitía el registro en su casa; y la *actio furti non exhibiti*, también por el cuádruplo, contra el que, después de haberle sido hallada la cosa en su poder, no la entregaba. Las dos se explican como medidas de política criminal.

Pero es preciso indicar que todas estas acciones furtivas no engendraban, en realidad, sendos tipos de hurto. Son simplemente, como ya opinaba Labeón, acciones *furto cohaerentes*. La única distinción con sustantividad propia fue, al principio, y continuaría siendo en todo momento, aquella integrada por los dos miembros, *furtum manifestum* y *nec manifestum*.

Según cabe deducir de algún texto, ya en la época clásica todas estas acciones habían perdido mucha de su importancia originaria por ir en aumento la intervención policial, y en tiempos de Justiniano habían caído en desuso⁸, persistiendo solamente las *actiones furti manifesti* y *nec manifesti*.

La condena por hurto aparejaba la infamia cuando el condena-

7. M. KASER, *Das Römische Privatrecht I* (Munich, 1955), pág. 110.

8. *Inst.* 4, 1, 4.

do, como consecuencia del ejercicio de una acción furtiva, era el mismo que había sustraído la cosa ⁹.

2. La elaboración doctrinal de los jurisconsultos romanos parte de un concepto de *furtum* como sustracción de una cosa mueble ajena. Noción válida para la época de las Doce Tablas, y probablemente para la época precedente.

La labor de la primera Jurisprudencia pontifical conduce a que, ya en plena época republicana, aquella noción se cambie por otra mucho más amplia. Se considera *furtum* todo comportamiento doloso que produzca un daño para tercero, y que no sea susceptible de encuadrarse en las otras categorías de ilícitos privados previstos por el *ius civile* ¹⁰. Como se sabe por numerosos ejemplos, cuando los romanos advertían una insuficiencia en el ordenamiento, proveniente de las exigencias nuevas de la vida, más que revolucionar el sistema creando nuevas categorías, preferían valerse de las formas ya existentes transformando su contenido.

Esta noción amplia comienza a restringirse desde la emanación de la *Lex Aquilia* y la introducción del *iudicium de dolo*. Paralelamente, desde la última época republicana y durante toda la época imperial, se opera una elaboración doctrinal que trata de precisar el ámbito del *furtum*. Esta elaboración, de progresiva restricción, viene determinada fundamentalmente por motivos de equidad, y sobre todo por exigencias técnicas al servicio de una más exacta cualificación jurídica de los hechos ¹¹.

Los motivos de equidad son visibles en todos aquellos casos en que se recurría a otras acciones penales —la acción de dolo o la acción aquiliana, por ejemplo— y se excluía la aplicación de la *actio furti* por considerar que tales supuestos no eran merecedores de las graves e inevitables consecuencias que aparejaba la *actio furti*, es decir, la condena *in duplum* o *cuadruplum* y la infamia.

Exigencias de tipo científico conducen a resaltar cuál es el contacto material que debe mediar entre el agente y la cosa. Este contacto material termina por definirse, en última instancia, como un

9: T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 (trad. P. DORADO) (Madrid, 1905), pág. 216.

10. B. ALBANESE, *La nozione del "furtum" nell'elaborazione dei giuristi romani*, en *JUS* (1958), pág. 316.

11. B. ALBANESE, *La nozione del "furtum"*, cit. pág. 320.

contractare. Como consecuencia se inicia una dirección que tiende a excluir del contenido del hurto aquellos hechos en los que falta una *contractatio*. Y, a partir ya de la última Jurisprudencia republicana, se busca afanosamente un criterio de determinación subjetiva, que acaba por encontrarse en el *lucri faciendi causa*. El destaque de este elemento subjetivo representa una conquista particularmente preciosa, que será mantenida y generalizada en el desenvolvimiento sucesivo.

El *furtum* consiste, pues, tal como lo ha ido construyendo la labor doctrinal de los jurisconsultos romanos, en una *contractatio*¹². *Contractare* es el verbo que designa la modalidad de acción que integra el delito de hurto. *Furtum est* —escribe Paulo— *contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*¹³. El hurto consiste en una *contractatio* —*cum* y *tracto*— *rei*, un tocar, un manosear la cosa. Con más propiedad debiera hablarse de *res mobiles*¹⁴. La acción típica es un rodear la cosa con las manos. Conviene tener presente este sentido puramente material de la *contractatio*, para llegar a una correcta visión del concepto romano de hurto y a una interpretación exacta de la definición de Paulo.

Se ha dicho, objetando a Paulo, que hubiera sido preferible hablar de *subtrahere alii*, pero es que los que tal sostienen se olvidan precisamente de la evolución doctrinal que el concepto de hurto sufrió en el propio Derecho romano. El *furtum*, según parece denunciar su probable etimología, nació como algo que encontraba su esencia en el llevarse la cosa. Pero necesidades del derecho vivido, obligaron a que los jurisconsultos cambiasen el momento esencial del hurto. Como no se castigaban, como tales, la tentativa y la frustración, se hizo necesario adelantar el momento consumativo del hurto para evitar que permaneciesen impunes gran cantidad de auténticos *fures*. Conscientes de esta necesidad los jurisconsultos

12. En tal sentido pueden servir de ejemplo las definiciones ofrecidas por Paulo, *D.* 47, 2, 1, 3, e *I.* 4, 1, 1 y por GAYO, *Inst.* 3, 195.

13. *D.* 47, 2, 1, 3, e *I.* 4, 1, 1.

14. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli reati* (Padua, 1932), pág. 17. Aunque no es indiscutible que los inmuebles pudiesen ser objeto de *furtum*. Vid. JORS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 395, nota 3.

romanos afirmarán que ya no es preciso llevarse la cosa, basta con *contrectare*, con manosearla, para que el hurto exista ¹⁵.

La *contrectatio* es de por sí un acto material jurídicamente indiferente ¹⁶, que sólo cobra relevancia jurídico-penal cuando es fraudulenta.

El adjetivo *fraudulosa*, que figura como requisito del hurto en la definición de Paulo, equivaldría, según Falchi, a la consciencia y voluntad, por parte del agente, de que lesiona un patrimonio ajeno ¹⁷.

Colocadas así las cosas, nos encontramos con que siempre que se dé una *contrectatio* y el agente sea consciente de que es fraudulenta, puede hablarse propiamente de hurto y, en consecuencia, de *fur*. El hurto se presenta así como un delito de naturaleza permanente ¹⁸. Esta permanencia del delito de hurto, que le viene dada en su mayor parte por la propia naturaleza de la *contrectatio*, es de sumo interés para la doctrina de la participación delictiva. Muchos de los hoy considerados partícipes encajaban en el capítulo de los autores propiamente dichos. El que recibe la cosa furtiva de manos del *fur*, sabiéndolo, conociendo su origen, y la *contrectat* comete idéntico delito al cometido por el *fur*. Su *contrectatio* sigue siendo *fraudulosa*, porque continúa lesionando el derecho del legítimo propietario conscientemente. Y así sucesivamente puede establecerse una cadena indefinida, en la que cada uno comete hurto, y es, por tanto, un auténtico *fur*.

Pero todavía se precisa más el concepto. El hurto es una *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*. En la figura del hurto aparece incluido, así, el fin que persigue el agente. Se manosea la cosa, lesionando conscientemente un derecho patrimonial ajeno, con el fin de lucrarse. Esta exigencia finalista es la que distingue el *furtum* de los otros delitos privados, daño en las cosas (*damnum iniuria*) y ofensa personal (*iniuria*) ¹⁹.

15. *Inst. GAYO*, 3, 195.

16. La *contrectatio* no fraudulenta sólo tiene relevancia jurídica en cuanto se puede considerar como facultad, como algo permitido, pero en ningún otro sentido. Piénsese, por ejemplo, en las *contrectationes* que diariamente lleva a cabo el dueño sobre su cosa.

17. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli*, cit., pág. 19.

18. C. FERRINI, *Esposizione storica*, cit., pág. 36.

19. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano, 2 cit.*, pág. 205. Aunque algún

3. Los autores suelen mostrarse acordes respecto a la interpretación de la primera parte del texto de Paulo. Incluso parece claro que el jurista comenzaba dando una definición genérica del hurto. Pero respecto a la segunda parte del texto han surgido notables divergencias a la hora de interpretarlo. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.*

Con la simple lectura del texto queda bien claro que el *furtum* no se presentaba en el Derecho romano como un delito que afectaba exclusivamente a la propiedad. Podía suponer un ataque a otros derechos patrimoniales. Y por aquí comienza la dificultad interpretativa. ¿Cómo ha de entenderse la *contrectatio* en el *furtum possessionis* y en el *furtum usus*?

Algunos creen que Paulo quería distinguir tres formas de *contrectatio* coordinadas. *Contrectatio rei*, *contrectatio usus* y *contrectatio possessionis*. En contra, Ferrini estima decididamente que sólo trataba de indicar dos. La *contrectatio rei*, y la forma única de *contrectatio* que se daba tanto en el *furtum possessionis* como en el *furtum usus*. Estas dos últimas se contrapondrían, como especies del mismo género, a la *contrectatio rei*. Aunque la interpretación propuesta por Ferrini cuenta a su favor con cierto apoyo en el tenor literal del texto —*vel ... vel etiam*—, no convence suficientemente.

Se olvida por parte de la doctrina cuál es la propia naturaleza de la *contrectatio*. No se puede hablar de formas o modos de *contrectatio*, porque la *contrectatio* es un simple hecho material, que reviste siempre la misma forma. Ticio es propietario de un carro y lo toca, lo manosea, porque lo utiliza. Ticio vende el carro a Cayo y, una vez efectuada la *traditio*, ejecuta respecto al mismo idénticos actos. También Ticio puede, en vez de venderlo, pignorarle a Cayo, y realizar, después de la entrega, los mismos actos materiales. Ticio puede igualmente entregar el carro a Cayo en comodato para que éste transporte sus aperos de labranza al fundo corneliano, y Cayo lo utiliza para esto y además se dedica al transporte de los aperos de sus vecinos, cobrándoles. ¿Es lícito hablar en todos estos su-

autor ha querido ver, en uno que otro texto, D. 47, 2, 83, 2, D. 12, 4, 15 y D. 47, 2, 78, supuestos de hurto sin la existencia del *animus lucrandi*.

puestos de distintos modos de *contractatio*? Los actos de tocamiento han sido siempre los mismos, porque vienen determinados por la manera de usar la cosa, impuesta, a su vez, por la constitución funcional de la misma. La *contractatio* ha sido siempre la misma, y ha recaído en todos los casos sobre la cosa. Difícilmente puede recaer la *contractatio*, un acto puramente material, sobre el uso o la posesión, *res incorporalis*. La *contractatio* tiene que recaer siempre sobre la cosa, porque la cosa es, en cualquier clase de hurto, el objeto de la acción, y ya hemos dicho que la modalidad de acción integrante del hurto es precisamente el *contractare*. Por eso es correcto Paulo, cuando al definir el hurto en general, habla tan sólo de *contractatio rei*.

Pero el interés jurídicamente protegido que se ve lesionado por el hurto, éste sí que puede variar. La *contractatio* puede lesionar un derecho de propiedad, un derecho de posesión o un derecho de uso. Pero en cualquier caso la *contractatio* ha recaído sobre la cosa, y, por tanto, no existe más que una forma de *contractatio*, la *contractatio rei*²⁰.

Ha pasado desapercibido el posible significado del segundo *rei* del texto de Paulo. *Res* significa la cosa, pero también el derecho de propiedad que se tiene sobre la cosa²¹. Teniéndolo en cuenta el texto pauliano se nos muestra correcto, pudiendo decirse que distingue implícitamente el objeto de la acción —siempre la cosa— del objeto de protección que se lesiona —propiedad, uso o pose-

20. En la misma tesis de Ferrini, una de las más acertadas que se propusieron se observa cierta contradicción. Porque Ferrini acepta que al escribir Paulo *furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, ha querido brindarnos una definición genérica del hurto. Pero esta primera aserción del romanista italiano malamente se complace con su opinión de que Paulo quiso, seguidamente, expresar dos formas coordinadas de *contractatio*. Porque si esto fuese así tendríamos que estas dos formas de *contractatio* dan origen al delito de *furtum*, y no se comprende cómo Paulo, al ofrecernos una definición general, se refiere exclusivamente a una de ellas. Para ser consecuente, el mismo Ferrini tendría que decir que en la primera parte del texto no hay una definición genérica, sino tan sólo de una especie de *furtum*, la más corriente con toda seguridad, pero una sola al fin, la que vendría determinada por la forma de *contractatio rei*.

21. A. D'ORS y J. BONET, *El problema de la división del usufructo*, en *ADC*, 5 (1952), pág. 64 ss.

sión—. *Qui rem suam furatur, ita demum furti actione non tenetur, si alteri ex hoc non noceatur*²². *Furatur* está escrito aquí pensando en el aspecto fáctico, ejecutar sobre la cosa los mismos actos que ejecuta normalmente el *fur*, es decir, *contrectare* la cosa. Se da, pues, en este caso también una *contrectatio rei*, pero el hurto no existe porque esta acción sobre la cosa no lesiona interés patrimonial ajeno alguno, o lo que es igual, falta el objeto de protección y el delito resulta inexistente.

La *contrectatio* reviste siempre la misma forma, en cuanto recae en todo caso sobre la cosa, y puede lesionar el derecho de propiedad, el derecho de posesión, o el derecho de uso. Por el objeto de protección cabe hablar de tres clases de hurto.

Vel ipsius rei. Es el caso más radical, el *fur* no tiene nada y aspira a tenerlo todo²³. La *contrectatio* lesiona el derecho de propiedad, entendida ésta como el cúmulo de derechos sobre la cosa, que llega a identificarse con la cosa misma. Por eso las fuentes hablan, para referirse a esta clase de supuestos, de *furtum rei*.

*Vel etiam usus eius*²⁴. Se lesiona un derecho de uso ajeno. Pero hay que tener en cuenta que sólo comete este tipo de hurto aquel que tiene ya en su poder la cosa y se extralimita en sus facultades al usar de ella. En este punto se nos revela la finura de la jurisprudencia romana. Solamente cuando el objeto de protección está perfectamente delimitado, aparece como perteneciente autónomamente a otra persona, puede hablarse de *furtum usus*. El derecho de uso ha de aparecer jurídicamente demarcado, y la *contrectatio* ha de suponer un ataque preciso a este derecho. Casos que actualmente podrían calificarse como hurtos de uso, se consideraban como *furtum rei*. El que sin título alguno se apodera de un caballo ajeno para transportar sus mercancías se entiende que lesiona, no el derecho de uso, sino globalmente todos los derechos que pertenecen sobre la cosa al propietario, en cuanto tal. No se halla en estos casos jurídicamente demarcado, de una manera independiente, el derecho de uso. No se comete *furtum usus*, porque no existe

22. *Sent. Paulo* 2, 31, 36.

23. Puede incluso entenderse el *ipsius* como una expresión radical, en cuanto *rei* significa el conjunto más amplio de derechos sobre la cosa.

24. *Eius* puede entenderse que se refiere no al segundo *rei* del texto, sino al primero, la *res* que es *contrectata*.

jurídicamente precisado con autonomía el objeto de protección. Por el contrario, si el comodatario en vez de conducir el caballo con las mercancías diez millas, como había convenido con el comodante, lo conduce hasta una distancia de veinte, comete *furtum usus*. El derecho de uso se presenta, en este caso, jurídicamente demarcado. Pertenece, dentro de lo convenido, al comodatario, pero se entiende que en lo que exceda de lo convenido incumbe al comodante. El comodatario infringe el deber que tiene de no usar más que hasta aquí.

Vel possessionisve. La *contractatio* lesiona un derecho de posesión ajeno. El deudor pignoraticio que entrega la cosa a su acreedor y luego la *contractat*, tratando de lucrarse a costa de perjudicar el derecho a poseer la cosa que compete al segundo, comete hurto de posesión. *Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit*²⁵. Pero en cambio, *si rem, quam tibi commendavi, postea surripui, furti actio competere tibi non poterit: rei enim nostrae furtum facere non possumus*²⁶. A primera vista parece existir cierta contradicción. Si *rei enim nostrae furtum facere non possumus*, parecerá que difícilmente comete hurto el deudor que sustrae a su acreedor la cosa pignorada. *Rei enim nostrae* equivale, en este pasaje, a la cosa sobre la que no sólo tenemos el derecho de propiedad, sino también el derecho de posesión. En sentido negativo tiene el mismo valor la frase *rem alienam contractat*²⁷, ya que también es *fur* el que, siendo propietario y no teniendo el derecho de posesión sobre ella, *contractat* la cosa. Pero aquí es cosa ajena, respecto al *fur*, aquella sobre la que no reúne a un tiempo la cualidad jurídica de propietario y poseedor. Sentado esto, la aparente contradicción se desvanece. Comete hurto el deudor que sustrae la cosa pignorada al acreedor, y no lo comete el depositante que sustrae al depositario la cosa depositada, sencillamente porque en Derecho romano el acreedor pignoraticio goza de un derecho posesorio, y el depositante no. En el primer caso la *contractatio* lesiona un interés patrimonial ajeno, la posesión jurídicamente protegida. En el segundo, el delito no existe porque falta el objeto de protección.

25. *Sent. Paulo 2, 31, 19.*

26. *Sent. Paulo 2, 31, 21.*

27. *Sent. Paulo 2, 31, 1.*

B) *Rapina*.

1. En el antiguo Derecho romano no se tenía en cuenta si el apoderamiento era cometido clandestinamente o con violencia²⁸. Es preciso llegar aproximadamente hasta el año 76 a. de J.C., para ver surgir el delito privado de robo, *rapina*, esto es, la sustracción violenta. Por aquel año, un edicto publicado por el Pretor Peregrino M. Terencio Varrón Lúculo, otorga un acción, que luego pasa al edicto perpetuo, en favor de aquel que ha sido privado violentamente de sus derechos patrimoniales. Esta acción tiende a conseguir, para el perjudicado, el cuádruplo del valor de la cosa, si se ejercita dentro del año. Esta decisión pretoriana venía motivada por la necesidad de reprimir las numerosas bandas de malhechores que asolaban Italia, y tendía a reforzar las disposiciones de Derecho civil en materia de injurias, daños y hurtos²⁹.

La *actio*, tal como la estableció Lúculo, contemplaba conductas violentas que producían daños, destrucciones e incluso sustracciones. Se refiere, por la necesidad concreta que la motivó, a actos realizados por pluralidad de agentes. Este carácter complejo es lo que ha hecho que Mommsen opinase que originariamente se refería tan sólo a los daños causados violentamente en la propiedad ajena, pero que al resultar imposible, en la práctica, separar el daño de la apropiación ilegítima, hizo preciso, más tarde, no sólo incluir esta apropiación violenta en la fórmula procesal, sino también en el nombre usual de la acción, que comenzó a denominarse *actio vi bonorum raptorum*³⁰. Frente a esta opinión de Mommsen, demuestra Ferrini que el presupuesto de la acción fue, desde un principio, la sustracción violenta de la cosa, pues cabe deducir de las fuentes que el concepto de *bona rapta* había cobrado ya, por aquel entonces, consistencia jurídica propia³¹.

El edicto pretorio comprendía tres casos, el daño *hominibus coactis*, la *rapina* y el daño *in turba*. Para los primeros casos se

28. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 228. Sobre el origen y justificación de la *actio vi bonorum raptorum*, vid. V. MANZINI, *Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia* I^o (Torino, 1912), pág. 271.

29. P. GIRARD, *Manuel Elementaire de Droit romain*^o (París, 1918), página 424. Vid. F. SERRAO, *La "Iurisdictio" del Pretore Peregrino* (Milano, 1954), pág. 75 s.

daba acción, durante el año útil, *in quadruplum*, después del año *in simplum*. Para el tercero durante el año *actio in duplum*, y después del año *in simplum*. La menor gravedad del último supuesto débese, sin duda, al hecho de que los agentes no se reúnen de propósito para realizar el daño³².

El *quadruplum* de la *actio vi bonorum raptorum* fue, originariamente, pura pena, es decir, se podía intentar independientemente la *reivindicatio* o la *condictio* para recuperar la cosa o su estimación³³. En los tiempos de Gayo³⁴ era ya dudoso que en el cuádruplo fuese o no comprendida la *rei persecutio*, aunque probablemente era todavía penal³⁵.

En el Derecho justiniano fue claramente concebida como mixta la *actio vi bonorum raptorum*. Penal, por el triplo exigible durante el año; y civil por el *simplum* que podía exigirse pasado el año. Este cambio de acción puramente penal en acción mixta, encuentra su explicación en el hecho de que la acción *vi bonorum raptorum*, pasado el año conduce a la obtención del *simplum*. Esto hizo pensar que este *simplum* era, en realidad, la recuperación o restitución de la cosa y equivalía a la *reivindicatio* o *condictio*, y que al ir embebido durante el año útil en el cuádruplo, hacía que la pena ascendiese solamente al triplo³⁶.

El edicto del Pretor considera *rapina* las sustracciones realizadas con ocasión de desórdenes o catástrofes, incendio, naufragio, etcétera. *In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post simplum iudicium dabo*³⁷. También

30. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit., pág. 133 s.

31. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 228. Cfr. F. SERRAO, *La "Iurisdictio"* cit., pág. 78.

32. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli* cit., pág. 133.

33. C. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 229.

34. Inst. Gayo, 4, 8.

35. P. GIRARD, *Manuel* cit., pág. 424 s y FERRINI, *Esposizione storica* cit. pág. 229.

36. En cambio las acciones furtivas que después del año continuaban obteniendo el mismo múltiplo de la cosa, siguieron concibiéndose como puramente penales.

37. P. GIRARD, *Textes* cit., p. 158 s., *Edit du Préteur*, 189.

la *vis* está aquí presente, aun cuando no proviene del agente, y, por tanto, la sustracción se realiza rodeada de violencia. El agente, aun cuando no la provoca, actúa aprovechándose de la fuerza, en la que se halla inmersa la víctima.

Puede pensarse, de primera intención, que resulta paradójico que un supuesto agravado como es el robo sea objeto de una persecución procesal más limitada que la del hurto. O que incluso la penalidad no rebase aquella más grave del *furtum*, el cuádruplo de la *actio furti manifesti*, y que en un determinado momento —en la época justiniana— sea inferior a ella en un tanto del valor de la cosa. Falchi cree que tal diferencia se explica porque la *rapina* se prevé como crimen público en las *Leges Iuliae de vi*³⁸, y en consecuencia, podía proceder penalmente cualquiera, y aunque posteriormente también el *furtum* se persigue públicamente, las cosas se mantendrían así por una razón de tradición histórica³⁹. Pero esta explicación no es del todo satisfactoria. Todavía pueden traerse a colación una serie de factores. Así, que el perjudicado puede entablar en cualquier momento la *actio furti*⁴⁰, y, en consecuencia, probablemente también después de transcurrido el año.

Que la *actio vi bonorum raptorum*, al estar concebida con independencia de la flagrancia, implica una penalidad superior en todos aquellos casos en que el apoderamiento violento no fue *manifestum*. En estos supuestos si se procediese por la *actio furti* sería preciso utilizar la *actio furti nec manifesti*, y se obtendría tan sólo el duplo. Con todo, aun teniendo en cuenta estos factores, no es posible lograr una razón convincente que justifique la penalidad, y sobre todo la temporalidad de la *actio vi bonorum raptorum*.

38. En las Novelas de Justiniano la acción privada para este delito es abolida. *Nov.* 134, 13. *Fures autem vocamus qui occulte et sine armis huiusmodi delinquunt; eos vero violenter adgrediuntur aut cum armis aut sine armis, in domo aut in itineribus aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus.* Vid. FERRINI, *Esposizione* cit., pág. 230.

39. G. F. FALCHI, *Diritto Penale Romano, I singoli* cit., pág. 30 s.; Vid. V. MANZINI, *Le varie specie di furto* cit., pág. 272.

40. *D.* 47, 8, 1. *Paulus libro vicensimo secundo ad edictum. Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vit bonorum raptorum, deneganda est furti; si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in esa est consequatur.*

Por lo que se refiere a la penalidad, mayores luces arroja la doctrina de la acumulabilidad de las acciones penales. Brasiello puso de relieve recientemente la posibilidad originaria de acumulación de las acciones penales. El perjudicado puede utilizar, acumulándolas, la *actio vi bonorum raptorum*, la *actio furti* y la *reivindicatio* o *condictio* ⁴¹. Porque las acciones penales son acumulables ⁴² entre sí y con las reipersecutorias ⁴³.

Por otro lado, no puede olvidarse que muchas acciones penales son anuales ⁴⁴. Y concretamente bastantes acciones penales pretorias, pasado el año, se reducían al *simplum* ⁴⁵. Todo ello hace pensar que la razón de la temporalidad de la *actio vi bonorum raptorum* no sea una razón intrínseca a la propia acción. Más bien parece que haya que buscarla en un campo que, en cierto modo, excede los límites de esta acción en concreto. Cabe pensar en las especiales características de toda una categoría de acciones penales concedidas por el Pretor, entre las cuales podía estar encajada la *actio vi bonorum raptorum* ⁴⁶. Es posible creer que con la temporalidad se actuaba una medida de política criminal. Establecer el término de

41. U. BRASIELLO, *Corso di Diritto Romano* cit., pág. 11 y 194.

42. El tema de la acumulación de las acciones penales constituye un punto muy discutible. Vid. FERRINI, *Esposizione* cit., pág. 133 ss. y FALCHI, *Diritto Penale Romano. Dottrine Generali* (Trevis, 1930), pág. 175 ss. Por otra parte es preciso tener presente que dentro del largo período que comprende el desarrollo del Derecho Romano, esta materia sufrió una gran evolución. Por un lado, la condena patrimonial se acerca, cada vez más, a la idea de resarcimiento. en tanto, por otro, la punición tiende a asumir un carácter público. Por eso precisamente se explica que en el Digesto aparezca textos que niegan la acumulación, al lado de otros que la permiten. De hecho el tema debió ser ya muy discutido en el propio Derecho romano. *D.* 44, 7, 32. Hermogenianus libro II iuris Epitomarum.—Quum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varitates obtinuit.

43. *D.* 47, 8, 2-26. Ulpianus libro LVI ad edictum. Rerum raptarum nomine etiam furti, vel damni iniuriae, vel condictione agi potest, vel certe singulae res vindicari possunt.

44. U. BRASIELLO, *Corso de Diritto Romano* cit., pág. 12.

45. U. BRASIELLO, *Corso* cit., pág. 34 y 55.

46. *D.* 44, 7, 35. Paulus libro I ad edictum praetoris.—In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

un año puede significar el estimular y activar la iniciativa privada para la persecución de unos hechos que comienzan a considerarse más graves, como sucede en el caso de la *rapina*, que, como prueba evidente de ello, al mismo tiempo se consideraba susceptible de persecución pública.

Por último, no puede desecharse la idea de que el Pretor tuviese presente en el momento de otorgar la *actio vi bonorum raptorum* ciertas razones de paralelismo. Sobre todo con la *actio quod metus causa*⁴⁷, que era aplicable a aquellos casos en los que se lograba el apoderamiento de alguna cosa mediante coacción. Esta acción *metus causa* se concedía por el cuádruplo dentro del año útil, y por el *simplum*, pasado el año. El parentesco entre la acción de *metus*, en cuanto podía aplicarse a los apoderamientos realizados con *vis* moral y la *actio vi bonorum raptorum*, en cuanto tenía como presupuesto los apoderamientos alcanzados con *vis* física, resulta bastante estrecho.

Fuere como quisiere, en los tiempos de Justiniano la razón de la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum* escapaba, ya, a la comprensión de los juristas. Lo que prueba una vez más que la razón no era intrínseca a la propia acción, sino más bien ajena, y por eso mismo se había perdido. En la Instituta de Justiniano, en la que la *actio vi bonorum raptorum* se concibe claramente como mixta, se afirma que es ridículo que fuese tratado más levemente el que arrebató la cosa con violencia que aquel que la sustrae clandestinamente. Y esto obliga a que termine viéndose la única justificación de la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum* en que, al contrario de lo que sucede con las acciones de hurto, se prescinde de toda idea de flagrancia. Implica un castigo más grave en todos aquellos casos en que el apoderamiento no ha sido *manifestum*, y únicamente esto hace que todavía Justiniano la encuentre plenamente justificada⁴⁸.

47. Sobre la acción de *metus* y la época de su creación, vid. P. GIRARD, *Manuel* cit., pág. 425 ss.

48. *Inst.* 4, 2. *Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo in est et rei persecutio ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. Ridiculum est enim levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

La condena por la *actio vi bonorum raptorum* tiene efectos infamantes ⁴⁹.

2. La *rapina*, como delito de violencia que es, se nos muestra ya en la época romana con una doble vertiente. Por un lado, como hemos visto, aparece regulado en el edicto del Pretor entre los daños violentos causados en las cosas ajenas. Por otro, se considera también, al menos en cierto sentido, como un delito contra las personas.

En los casos en que la violencia se ejerce de una manera directa sobre la persona, porque ésta al estar presente ofrece resistencia en el momento de la sustracción, la acción que se le concede para dirigirse contra el agente es la acción de homicidio. Y esto, aun cuando no haya resultado muerte ⁵⁰. Así se utilizaba la acción de homicidio contra los *latrones*, que son propiamente los que roban en los caminos, los atracadores.

3. La modalidad de conducta violenta, que hasta el año 76 a. J. no se tomaba en cuenta, va a tomarse en consideración desde entonces como presupuesto de una nueva acción típica. De este modo, lo que podría jugar como una circunstancia referida al hurto, pasa a integrar un tipo agravado independiente. El hurto se presenta, pues, como el tipo básico. Pero no conviene olvidar, en ningún instante, que la distinción entre ambos delitos nace con un marcado carácter procesal. Se trata en principio de una distinción de acciones. Posteriormente, se opera también inevitablemente una distinción sustantiva, porque los presupuestos materiales para proceder por una u otra acción son distintos. Cuando exista una *contractatio*, y no un *rapere*, sólo será viable la acción de hurto; cuando se trate de un *rapere* se podrá utilizar la *actio vi bonorum raptorum*. Y esto determina que acabe viéndose la esencia del hurto en un *contractare* y la del robo en un *rapere*.

La concepción del hurto como delito básico tiene tal fuerza que el robo no deja de considerarse nunca como un *furtum* más grave ⁵¹. *Quis enim magis alienam rem invito domino contractat quam qui*

49. D: 3, 2, 4 y D. 48, 1, 7.

50. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit.; pág. 109 s y 200.

51. T. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* 2 cit., pág. 199.

vi rapit?, se pregunta Gayo⁵². Y responde, *Itaque recte dictum est eum improbum furem esse*. Pero para la rapina hay una acción especial, propia, que le da personalidad jurídica independiente, introducida por el Pretor. *Sed propria actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum...*⁵³.

Rapere, arrebatar, encierra en sí, ya, cierta idea de violencia. *Vi bona rapta*, reza el edicto del Pretor. La *vis*, la fuerza es el presupuesto de la *actio vi bonorum raptorum*. Si en la sustracción no se da la violencia, no puede existir rapina. *Rapi aut sine vi non potest*⁵⁴. Pero la labor jurisprudencial, con un elevado sentido jurídico, ha ido perfilando los contornos de los presupuestos de la acción de rapina. Este afinamiento jurisprudencial repercute en el propio concepto sustantivo del robo.

En el edicto del pretor se habla de *vi bona rapta*, pero los jurisconsultos encajaron en la acción pretoria casos en que la sustracción se realizaba sin *vis*. Tal era el caso de que el robo se realizase *hominibus coactis*. En este supuesto, aunque no llegase a darse en la realidad la violencia, procedía la *actio vi bonorum*, siempre que los agentes, al decidirse a realizar la sustracción, estuviesen dispuestos a emplearla si fuese necesario⁵⁵. Aunque no se daba una fuerza efectiva, sí podía explicarse ésta por los actos preparatorios. La inactividad del robado, consciente de su debilidad, frente a la fortaleza de la pluralidad de agentes preparados para la sustracción, era el motivo de que no se diese realmente la *vis*. Pero indudablemente se desplegaba, en estos casos, una gran fuerza potencial, bajo cuyos auspicios se perpetraba la sustracción.

Por otro lado, la misma labor doctrinal lleva a cabo una doble singularización de los presupuestos que figuraban en el edicto. Pese a hablarse en él de *bona rapta*, procede la *actio vi bonorum* aunque sólo se haya robado una cosa. Paralelamente se considera suficiente

52 *Inst. Gayo* 3, 209.

53 *Inst. Gayo* 3, 209.

54 *D.* 47, 9, 3, 5 :

55 Vid. *D.* 47, 8, 2-4; 8-9. *Dolo autem malo facere potest (quod edictum ait) non tantum is qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det bonave rapiat.*

la intervención de un solo agente. Pero en este caso la fuerza ha de cobrar existencia real ⁵⁶.

II

EPOCA VISIGODA

La legislación visigoda en materia de hurto y robo no es sino la continuación evolutiva del régimen jurídico que aparecía en el período romano. No puede excluirse, ciertamente, el influjo de un Derecho de tipo germánico sobre determinados puntos de la institución. Pero, aparte de que en muy pocas ocasiones hay la mínima base para poder apreciar ese influjo, conviene tener presente en todo momento que tales posibles influencias se reciben, en todo caso, dentro de un cauce general y más amplio, que no es otro que aquel abierto en el período romano.

Por otro lado, es necesario prevenirse frente a ciertas modificaciones que, a primera vista, parecen presentarse en función de germanismo, puesto que innovaciones más o menos coincidentes con un régimen jurídico de tipo germánico se pueden explicar también con facilidad en relación con el Derecho romano vulgar ⁵⁷. La legislación visigoda se inserta normalmente, según afirma la actual medievalística, en la evolución del Derecho romano. Fenómeno en verdad muy natural, si no se olvida que los visigodos han recibido el Derecho privado romano y no han conservado uno propio de tipo germánico.

Por lo que se refiere concretamente al hurto y al robo ha señalado Levy que la distinción se habría desvanecido ya en el Derecho romano vulgar ⁵⁸. Sin embargo, a nuestro modo de ver, aunque inmersa en un creciente proceso de vulgarización, que implica pérdida de precisión y tecnicismo, la distinción se mantiene en el período visigodo.

56. Vid. *D.* 47, 8, 2; 6-7-9-11.

57 Entendemos aquí la expresión Derecho romano *vulgar* en el sentido precisado por A. D'ORS, *Prefacio a Estudios Visigóticos II. El Código de Eurico* (Roma-Madrid, 1960).

58. E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956), pág. 321.

A) BREVIARIO DE ALARICO.

a) *Furtum*.

1. Como ha advertido acertadamente Archi⁵⁹, el Epítome Gayo se caracteriza, frente a su modelo, por una pérdida de la armonía lógica interna. Lo que en el modelo se presentaba ligado lógicamente, como manifestación de auténtico escolasticismo, aparece en el Ep. desligado. Lo que en Gayo son como los eslabones de una cadena discursiva, aquí se presentan aislados, como *casos aislados*, como distintas *regulae*. Es simplemente un fenómeno debido a la distancia que media entre la forma *mentis* de Gayo y la del autor del Epítome.

Así se comprende, dejando a un lado la muy verosímil influencia de las Sentencias de Paulo, que el epitomador convierta lo que en Gayo eran cuatro aspectos procesales del hurto —él mismo no acepta más que dos tipos de *furtum*, siguiendo a Labeón, *manifestum* y *nec manifestum*⁶⁰— en cuatro tipos distintos de hurto. Y es que el plan seguido por Gayo no ha sido comprendido por el epitomador. Gayo exponía en un primer momento varios *genera* a través de los cuales podía manifestarse el fenómeno hurto⁶¹; en un segundo, la pena que correspondía de acuerdo con el *genus* a que pertenecía el *furtum*⁶²; y en un tercer momento, trataba de indicar en qué casos se podía hablar de hurto⁶³. Prueba evidente de esta dislocación lógica de la doctrina de Gayo es la complacencia con que el epitomador repite en el comienzo de los párrafos la conjunción *praeterea*⁶⁴. Nada más elocuente en este sentido que el *praeterea* que el epitomador utiliza como puente al pasar del Ep. 2,10,4 al 2,10,5. En el primer texto nos dice que puede dirigirse la acción de hurto contra el que tiene la cosa en su poder y usa en un sentido distinto de aquel para el que le facultó el propietario. Y en el segundo texto citado nos va a decir *praeterea* —y además— también

59 G. G. ARCHI, *L'Epítome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente* (Milano, 1937), pág. 434.

60. *Inst. Gayo* 3, 183.

61. *Inst. Gayo* 3, 183-188.

62. *Inst. Gayo* 3, 189-194.

63. *Inst. Gayo* 3, 195.

64. *Ep. Gayo* 2, 10, 3; 2, 10, 5; 2, 10, 6.

es reo de hurto el que conduce un jumento a un lugar más lejano de aquel para ir al cual le autorizó el propietario. Está claro que lo que en Gayo era una afirmación de tipo teórico seguida de un oportuno ejemplo, se convierte en manos del epitomador en dos casos distintos de hurto. Y otro tanto cabe decir de aquel discurso gayano, encuadrado en el tercer momento, por el que el autor pretendía fijar qué hechos constituían hurto. *Furtum autem fit nolum solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito aut nesciente domino contractat*, que el epitomador va a convertir en un caso más de hurto. *Praeterea qui rem alienam invito aut nesciente domino contingit vel tollit, aut de loco movere praesumit, furtum facit*⁶⁵.

Uno de los puntos en que reparó la doctrina fue en el paso del *amovere* y *contractare*, al *contingere*, *tollere* y de *loco movere*. Conrat⁶⁶ sostiene que el *contingere* sustituye al amplio *contractare* clásico, y que el *tollere* y el de *loco movere* serían dos subespecies del mismo, significando el primero el *Diebsthal* y el segundo la *Unterschlagung*. Por el contrario, Archi⁶⁷ opina que tal hipótesis no se puede deducir del texto, porque, si esto fuese así, el epitomador no rompería la trabazón lógica que Gayo estableció entre el 3,195 y el 3,196, como efectivamente lo hace al pasar de los correspondientes 2,10,3 al 2,10,4. Ambos autores le dan demasiada trascendencia a la sustitución de las citadas palabras sin reparar que detrás de ellas no puede esconderse ninguna modificación consciente. Trataba Gayo en este punto, no de indicar que la *contractatio* es un requisito indispensable del hurto, como cree el mismo Archi⁶⁸, sino de sentar que la simple *contractatio* era suficiente para que el hurto se considerase consumado. No hace falta llevarse la cosa, basta tocarla... *rem alienam amovet, sed ... rem alienam contractat*. El epitomador, siguiendo su costumbre, convierte el texto en un caso más, y para ello se vale de su lenguaje. Esto es todo. Pero su lenguaje ya no es el mismo que el de un clásico. *Contingit*

65. *Ep. Gayo* 2, 10, 3.

66. M. CONRAT, *Der Westgothische Paulus* (Amsterdam, 1907), pág. 182, nota 523.

67. G. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., pág. 429.

68. G. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., pág. 429, estima que Gayo quería expresar que el hurto comprende en sí la *contractatio*.

vel tollit sustituye a *contrectat*, y se refiere al instante del tocamiento, y de *loco movere* sustituye el *amovet*, y alude al momento de llevarse la cosa. La misma construcción gramatical abona por esta interpretación. *Vel* está uniendo a *contingit* y a *tollit*, y *aut* separando a de *loco movere*. Que *tollit* se refiere, al igual que el *contrectat* clásico al primer momento consumativo del hurto, cabe deducirlo igualmente de Epít. Gayo 2,10,2, en donde aparece referido al hurto manifiesto⁶⁹. En el propio hurto manifiesto rara vez se daría tiempo al *fur* a trasladar la cosa. También en el mismo Breviario encontramos otras veces el *contingere* como traducción del *contrectat*⁷⁰.

Se puede afirmar, pues, que no se ha operado ninguna modificación conceptual, y que nos hallamos ante una comprensión vulgar de la doctrina clásica. Convertido lo que en Gayo eran géneros, a través de los cuales se manifestaba el hurto en una multiplicidad ilimitada de formas, en casos concretos de hurto, necesariamente tenía que parecer incompleta la exposición gayana al epitomador. El autor del Epítome no duda un solo momento en colmar lo que él cree una laguna. "Y también muchos otros casos semejantes". Con estas palabras, que son el broche definitivo de toda una incomprensión, cierra el epitomador su exposición sobre el hurto. "*Et multa praeterea quoque similia...*"⁷¹.

Falta por completo toda referencia a la cuantía de las acciones. En el Epítome se salta todo aquel segundo momento discursivo de Gayo referido a las penas. Muy posiblemente se explique esta desaparición completa, habida cuenta de que era la parte de la doctrina gayana más estrechamente vinculada al régimen de las acciones furtivas, si se tiene en consideración la caída del sistema de acciones

69. *Ep. Gayo* 2, 10, 2. Manifestum furtum dicitur, si quando furtum ex cuiuscumque rem fur tollit, et in ipso furto deprehenditur.

70. Así, por ejemplo, en *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 1 *Interp.* Es interesante consignar esta igualdad de lenguaje de la *Interp.* y el *Ep. Gayo*, porque va en apoyo de la tesis de los que creen que la razón de que el *Ep.* no aparezca acompañado de su correspondiente *Interpretatio*, es la de que el Epítome es, ya en sí mismo, una *Interpretatio*.

71. *Ep. Gayo* 2, 10, 6.

romano; con lo cual se presentaba al epitomador como la parte más anacrónica ⁷².

2. El Breviario recoge la definición de *fur* que nos ofrecían las llamadas Sentencias de Paulo. *Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat*. Los historiadores del Derecho romano han tratado de justificar el que Paulo abandonase aquella definición más científica del *furtum*, que insertaba en sus Comentarios el Edicto, en una obra posterior como son sus pretendidas sentencias. Así Ferrini ⁷³ cree que puede justificarse por la propia naturaleza del género literario a que las sentencias pertenecen. Más que ofrecer una definición científica, deseaba Paulo recoger en sus Sentencias una definición práctica, la tradicional en el foro.

Hoy sería preciso también, sobre todo después de los estudios fundamentales de Levy sobre el Derecho romano vulgar de Occidente, tomar en consideración que en las sentencias de Paulo, tal como aparecen en el Breviario, cabe distinguir diversos estratos, y no deja de ser bien significativo que prestigiosos romanistas comiencen a hablar, precaviéndose de antemano, del "autor" de las Sentencias de Paulo.

Sin embargo, dejando al margen todos estos problemas que encierran en sí las Sentencias de Paulo, nos parece que debe repararse, y no se ha hecho así, en que no se trata de dos definiciones similares del *furtum* para que podamos decir que una es más correcta que la otra. En los Comentarios al Edicto, Paulo daba una definición del *furtum* como acción delictiva. En las Sentencias se intenta decir quién es *fur*. Mientras aquel texto tiene un carácter fundamentalmente objetivo, se refiere a las características de la acción, este otro tiene un marcado carácter subjetivo. El 2,32,1 de las Sentencias de Paulo se refiere primordialmente a la culpabilidad, expresa la relación que debe existir entre el agente y la acción.

72. Al *furtum usus* se refiere *Ep. Gayo* 2, 10, 4 y 2, 10, 5, ya citados y comentados al exponer la diferente actitud mental de Gayo y del epitomador.—De los partícipes en el hurto, contra los cuales se pueden dirigir las acciones de hurto, *furti tenetur*, nos habla el epitomador en el 2, 10, 6, que es un auténtico cajón de sastre.

73. FERRINI, *Esposizione storica* cit., pág. 183 s.; y sostiene la misma opinión en sus *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, en *Opere* 5 (Milán, 1930), pág. 133.

Aunque se den todos los supuestos externos de la acción furtiva, sólo se puede hablar de *reus furti*, de *fur*, si el que obra lo hace *dolo malo*. No es *fur* el que está *contractando* antijurídicamente la cosa, pero lo hace porque está en la creencia de que la cosa es suya, cree que tiene sobre ella la propiedad, la posesión y el uso. Sólo el que obra *dolo malo*, debe responder, es *reus furti*, es *fur*.

Por eso no creemos que en este caso se trate de una incorrección, sino más bien que la definición de *furtum* que nos ofrecía Paulo, y la de *fur* que aparece en las Sentencias se complementan mutuamente. El dolo del autor debe abarcar precisamente ese carácter objetivo de la acción en que consiste el fraude. Así lo entiende también la misma *Interpretatio*. Por eso en Sentencias Paulo 2,32,1, *Interpret.*, se lee, *fur est qui rem alienam fraude interveniente contingerit*. Dejando a un lado la sustitución del *contractat* por el *contingerit*, que como ya expusimos al hablar del Ep. Gayo, no encierra ninguna modificación en la descripción típica del hurto, observamos cómo el intérprete ha puesto donde decía *dolo malo*, *fraude interveniente*. Con lo cual es evidente que entendió que el *dolo malo* ha de referirse al fraude como característica de la *contractatio*.

Se mantienen cuatro géneros de hurto ⁷⁴, definiéndose cada uno de ellos ⁷⁵ desde un punto de vista eminentemente procesal. Esto explica el que preocupe delimitar la legitimación. Sólo puede proceder por hurto el que tiene interés ⁷⁶. Pero para las acciones *concepti* y *oblati* se consigna una regla especial aclaradora. Puede entablar *actio furti concepti* aquel que encuentra la cosa ⁷⁷, y *actio furti oblati* aquel a quien se le encuentra la cosa ⁷⁸. Pueden entablar acción los herederos del perjudicado; pero los herederos del *fur* no responden criminalmente ⁷⁹.

Al contrario de lo que sucedía en el Ep. Gayo, en el que no

74 *B.A. Pauli Sent.* 2, 32, 2, *Furtorum genera sunt quator: manifesti, nec manifesti, concepti et oblati.*

75. El *manifestum*, en *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 3; el *nec manifestum*, en 2, 32, 4; el *conceptum*, en 2, 32 5; y el *oblatum*, en 2,32, 6.

76. *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 7.

77. *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 8.

78 *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 9.

79. *BA. Pauli Sent.* 2, 32, 10 y 2, 32, 10 *Interpret.*

aparecía referencia alguna a la penalidad, se expresa aquí la cuantía de tres acciones furtivas. La *actio furti manifesti*, por el cuádruplo, que continúa siendo enteramente pena, sin que en él vaya incluida la devolución de la cosa⁸⁰; las *actio furti oblati* y *concepti*, por el tripló, que igualmente es sólo pena⁸¹. La condena por hurto, cualquiera que sea el género a que éste pertenezca, lleva consigo aparejada la infamia⁸².

Un supuesto de *furtum possessionis* se contempla en 2,32,20. El deudor que sustrae la cosa al acreedor pignoraticio, a pesar de ser propeatrio, *furtum facit*.

No sólo contra el que comete el hurto —*furtum fecerit*—, es decir, el que ejecuta materialmente la sustracción, sino también contra aquellos que prestan auxilio o dan consejos para que el hurto se consume, puede dirigirse la acción de hurto⁸³. No se trata realmente de considerarlos *fures*, sino de estimarlos legitimados pasivamente para proceder contra ellos por medio de la misma acción de hurto. No debe olvidarse que en las Sentencias de Paulo se habla del hurto no desde un punto de vista sustantivo, sino procesal.

b) *Rapina*.

Después de haber consignado el epitomador *ex delicto enim nascuntur obligationes, si aliquis furtum fecerit, vel bona aliena rapuerit, vel damnum alteri dederit, vel iniuriam aliquam alicui intulerit*⁸⁴, llama sobremanera la atención que posteriormente se limite tan sólo a hablar del *furtum*. Varias son las opiniones propuestas para justificar esta extraña actitud del compilador. Que el modelo que tuviese a la vista no contuviese más que lo que aparece

80. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 16 Interpret.* Furti manifesti poena quadrupli est et ipsius rei, quae est sublata, redhibitio.

81. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 17 Interpret.* Is qui rem furtivam alteri obtulit, ne apud ipsum inveniretur, poena tripli est et ipsius rei redhibiti, quae sublata cognoscitur.—2, 32, 17. Furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena et ipsius rei restitutio.

82. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 18.* Furti quocumque genere condemnatus famosus efficitur.

83. *BA. Pauli Sent. 2, 32, 14.* Non tantum, qui furtum fecerit, sed etiam is, cuius opera aut consilio furtum factum sit, furti actione tenetur.

84. *Ep. Gayo 2, 10, 1.*

en el Breviario, o bien que el compilador creyese suficiente recoger lo dispuesto para el hurto y recordar simplemente los otros tres delitos⁸⁵.

Lo que realmente tiene relevancia histórica es averiguar si tal omisión responde a una desaparición del concepto del robo. Nos parece que tal desaparición en el derecho vivido no cabe deducirla de este hecho. Ni tampoco siquiera una merma de la importancia conceptual y práctica del robo. Es preciso traer a colación en estos momentos cuál fue el criterio de selección seguido, mejor dicho, la ausencia de criterio, y la idea que presidió toda la compilación alariciana. Ultimamente se ha puesto de relieve que el Breviario fue una obra legislativa apresuradamente hecha, bajo el poderoso influjo del Obispo Cesáreo de Arlés, con el fin de propaganda romanizante, en un momento de peligro en que la población romano-católica parecía inclinada a favorecer la causa de los franceses contra Alarico⁸⁶. Si se toma en cuenta esta idea de urgencia, es muy posible achacar esta omisión a la prisa del compilador, el cual dio importancia exclusiva al hurto y creyó suficiente recordar tan sólo los otros tres delitos, porque reparó quizás en el hecho de que el *furtum* era, de los cuatro delitos, el que ocupaba más espacio en el modelo.

Pero la breve alusión a la *rapina* contenida en el Ep. de Gayo nos permite observar algo altamente sintomático. Lo que en Gayo aparece escrito *bona rapuerit*⁸⁷, se convierte en el Ep. en *bona aliena rapuerit*. Esta pequeña innovación es reveladora de un proceso de decadencia, de pérdida de tecnicismo, de vulgarización. *Rapere*, coger, arrebatar, era una palabra del lenguaje común, elevada al plano jurídico por el Pretor Lúculo en su Edicto. Desde este momento, por obra de los juristas, se va llenando de un contenido jurídico preciso. Todavía en los tiempos de Gayo lo conservaban bien definido. Ya no significaba el simple coger o tomar, sino primero, tomar con violencia (había absorbido ya aquella *vis* que Lúculo tuvo todavía que expresar); segundo, no cualquier cosa (las *nullius* o las *propriae*), sino las ajenas. Cuando en tiempos de

85. Vid. ARCHI, *L'Épitome* cit., pág. 424.

86. E. F. BRUCK, *Caesarius of Arles and the Lex Romana Visigothorum*, en *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz* I (Napoli, s. a.), pág. 201 ss.

87. *Inst. Gayo* 3, 182.

Gayo se hablaba, pues, de *bona rapuerit* resultaba, en cierto modo, innecesario expresar *aliena*, porque este *aliena* iba ya necesariamente implicado dentro del *bona rapuerit*. Pero para el compilador, en cambio, es necesario. No tiene el mismo la altura técnica de los clásicos, y por eso cree que es preciso expresar el *aliena*⁸⁸.

B) LEX VISIGOTHORUM.

a) *Furtum*.

1. Falta un concepto expreso del *furtum* en la *Lex Visigothorum*, aun cuando cabe deducirlo de algunos textos. El *furtum* consiste fundamentalmente en un *ferre, auferre*, en un llevarse la cosa. Al menos en principio. La expresión *contrectat* romano-clásica, ha sido sustituida por *ablata est*⁸⁹, *abstulerit*⁹⁰, *tulerit*⁹¹. Pero todavía en una *antiqua*⁹² encontramos *contingerit*, que hemos visto aparecer en el Breviario, y *tractaverit* utilizados para designar acciones furtivas, más estrechamente emparentados con el *contrectare* clásico. Tan así, que *tractaverit* será traducido al romance, muy gráficamente, por *manea*⁹³.

Se ha operado una regresión. Como en los primeros tiempos del Derecho romano, el *furtum* vuelve a aparecer íntimamente ligado a *ferre*. Pero aquella necesidad práctica que había llevado a los juristas romanos a recorrer el camino que iba del *auferre* originario al *contrectare* clásico, se siente igualmente en la *Lex Visigothorum*. Por eso conviene no dejarse llevar demasiado por este *ablata est*, que se nos presenta ahora como expresivo de la acción central del hurto. Conviene precisar su relevancia jurídica.

El *ablata est* está escrito pensando en el aspecto fáctico del delito. Normalmente el *fur* consigue llevarse la cosa. Pero, en cambio,

88. Esta misma vulgarización cabe deducirla de *damnum alteri dedit*, o de *iniuriam aliquam alicui intulerit*. En Gayo simplemente *damnum dedit, iniuriam commisit*.

89. *Lex Vis.* 7, 1, 3.

90. *Lex Vis.* 8, 6, 3.

91. *Lex Vis.* 7, 2, 17.

92. *Lex Vis.* 7, 2, 17.

93. *Fe. Juzgã* 7, 2, 17. De las cosas ajenas que omne manea mal, que peche otro tranto por ello.

no es necesario jurídicamente para que exista hurto; es decir, para que este delito se considere consumado, que el *ablata est* cobre existencia real. No es necesario que la cosa haya sido trasladada, ni siquiera que la cosa se haya sacado del lugar que ocupa en el patrimonio de la víctima, para que el delito exista y se considere consumado. LV. 8,6,3 es muy significativo en este sentido. *Si quis ingenuus in appiaria furti causa fuerit comprehensus, si nihil exinde abstulerit, propter hoc, quod ibidem comprehensus est, tres solidos solvat et L flagella suscipiat*. Está bien claro que, como en Derecho romano, la tentativa y frustración no se penan como tales, sino como infracciones autónomas⁹⁴. Que en el caso comentado existe tentativa en sentido moderno no cabe dudarlo, porque el mismo texto habla del que fuere sorprendido cuando se encontraba en el lugar de las abejas *furti causa*. Tampoco se puede dudar que la sanción se impone, no en referencia al hurto que se intentaba cometer, sino en atención exclusiva al hecho de haber penetrado en la *appiaria*, porque así se consigna expresamente en el texto. *Propter hoc, quod ibidem comprehensus est, tres solidos solvat*⁹⁵. Pero lo interesante es que el texto continúa: *ceterum si abstulerit, novocuplum cogatur exolvere*. Esto se refiere igualmente al que ha sido preso en el lugar de las abejas, porque el texto comienza describiendo una situación única, el que es sorprendido en el lugar de las abejas, de la que deriva una disyuntiva, *si nihil abstulerit... si abstulerit*.

Esto nos permite asegurar que el *ablata est*, demasiado ligado al aspecto fáctico normal del delito, no llenaba todas las necesidades jurídicas planteadas por los mismos hechos. Aquí hubiera cuadrado mejor utilizar el *contrectare* y no el *auferre*. Porque, ¿cómo va a hablarse de si se ha llevado la cosa, cuando el *fur* permaneció

⁹⁴. La tentativa se considera delito sin referirla para su calificación a la infracción más amplia de la que constituye un torso. Se puede hablar, pues, de delitos independientes integrados por lo que hoy consideraríamos tentativas, pero no de tentativa de delito. Sobre este punto vid. C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII* en *Enciclopedia Pessina*, pág. 487 ss.

⁹⁵. Así, también correctamente, lo entiende el traductor al romance, F. Juzgo 8, 6, 3. Si algún omne libre entre en el logar de las abejas por las furtar, si non furtare ende nada, solamiente por que lo fallaron hy peche III sueldos, e reciba L azotes.

todavía en el mismo lugar en que estaba la cosa? El propio traductor al romance, que tradujo en el primer miembro de la disyuntiva *si nihil exinde abstulerit* por *si non furtare ende nada*, al llegar al segundo *abstulerit* no lo va a traducir por *furtare*, sino por una palabra que lo compromete mucho menos y cuyo significado se adapta mejor a la situación descrita, *tomare*⁹⁶.

Esto nos prueba que el tratamiento práctico del hurto sigue siendo similar al del Derecho romano, que la sustitución de *contractare* por *auferre* no supone una modificación conceptual. Es tan sólo una imprecisión terminológica, una pérdida de tecnicismo. Llevados por la contextura fáctica del hurto más que por la jurídica, típica actitud vulgar, los legisladores visigodos emplean un término cuya propia significación falsearon en algún momento, en que la necesidad de configurar ciertos hechos como hurto se lo exigía.

Precisando más, diríamos que el hurto se describe en la LV. como un *auferre furtim*⁹⁷. Pero un *furtim* que hay que referir directamente, más que a la actuación en sí del *fur*, al estado, a la situación del sujeto pasivo. Consiste en un *llevar* la cosa *oculto para* la víctima. Oculto desde el punto de vista del perjudicado. De este modo, este adverbio, derivado precisamente de *furtum* y que se encuentra utilizado por escritores latinos como sinónimo de oculto, cuando aparece en la LV. cualificando al *auferre* encierra en sí mejor que la propia idea de oculto, la idea de ausencia, de lejanía personal del sujeto pasivo. Expresa la idea de ignorancia, de inconsciencia del *auferre* por parte del hurtado. Y todavía precisando más, podríamos decir que el *furtum* consiste en *auferre furtim*, pero no cualquier cosa, sino tan sólo las *mobiles*. Así cabe deducirlo de algún texto⁹⁸, en el que expresamente se preceptúa la obligación que tiene el que reclama una cosa por hurto de exponer ante el juez los signos que la individualizan, exigencia que,

96. *F. Juzgo* 8, 6, 3. E si ende alguna cosa *tomare*, pechelo en IX duplos.

97. *Lex Vis.* 7, 1, 3. Qui si forsitam rem, que *furtim ablata est*, cum *furti ipsius* con sorte.

98. *Lex Vis.* 7, 2, 1. Qui rem *furtivam* requirit, quid querat, iudici occulte debe exponere, ut ostendat per manifesta signa, quid perdidit; ne veritas ignoretur, si non evidentia.

como es natural, no se complace con la naturaleza de las cosas inmuebles.

Por otro lado, en la LV. continúa considerándose que el *furtum* puede afectar a otros derechos patrimoniales distintos de la propiedad. Se reconoce expresamente el *furtum usus*, en el que, tal como sucedía en Derecho romano y en el Breviario, el *fur* tiene ya en su poder la cosa por un título legítimo y usa de ella en un sentido para el que no le faculta dicho título. Por eso es muy acertada la expresión *in usu suo transtulerit*, empleada por la LV.⁹⁹ E igualmente se reconoce de un modo expreso que comete hurto —de posesión— el que pignora alguna cosa a su acreedor y posteriormente se la sustrae¹⁰⁰.

Una serie de acciones, consistentes fundamentalmente en retenciones y apropiaciones indebidas, que en el Derecho romano, por caer bajo la significación de aquel amplio *contractare*, encajaban en el concepto de hurto, se contemplan en la LV. y aparecen equiparadas al *furtum*. Para los legisladores visigodos estas acciones, en las que no se operaba realmente una sustracción, un *auferre*, no pertenecían exactamente al concepto de hurto. Lo que sucede es que, para ellos, el hurto era el delito paradigma de los antipatrimoniales que suponen un enriquecimiento. El escaso desarrollo del sistema jurídico penal, hacía preciso recurrir para una serie de supuestos al único delito regulado con cierto detenimiento. En estos casos se trata simplemente de una equiparación en el procedimiento y en la responsabilidad. *Pro fure teneatur*, rezan los textos en que se contemplan tales acciones. No se dice que sean *fures* o que cometen hurto, sino tan sólo que deben responder *como fures*¹⁰¹. Esto quiere decir, en último término, que deben ser penados con la misma pena con que lo es el *fur*. No podría ser lógicamente de otra manera, porque en la mayoría de estas acciones

99. *Lex Vis.* 7, 2, 10. Si quis de thesauris publicis pecuniam aut aliquid rerum involaverit vel in usu suo transtulerit, in novcuplum eam restituat.

100. *Lex Vis.* 5, 6, 2. Si quis pignus alteri deposuerit pro aliquo debito, et illut ipse, qui deposuerit, furatus fuerit, pro fure teneatur.

101. El traductor al romance también lo entiende así. *F. Juzgo* 7, 2, 7. Que estos reciban otra tal pena cuemo los ladrones. *F. Juzgo* 7, 6, 3. Sea iusticiado cuemo ladron. *F. Juzgo* 8, 5, 3. Faga emienda cuemo ladron.

no se da un *auferre* o un *ferre*. Se trata, por el contrario, de un *corruperit*¹⁰², de un *intromittat*¹⁰³, de un *celabit*¹⁰⁴, o de acciones similares, que sólo tienen de común el lesionar un derecho patrimonial ajeno¹⁰⁵.

Todas estas acciones es natural que encajasen difícilmente bajo la idea del *auferre* en la que veían los visigodos la esencia del hurto.

2. El hecho de que aparezca expresa en la LV. la composición del duplo, propia del *furtum nec manifestum* romano, al lado de otra composición por el nóuplo del valor de la cosa, ha hecho pensar a G. de Valdeavellano¹⁰⁶, que esta última composición sería la debida en los casos de *furtum manifestum*, pudiendo afirmarse, por consiguiente, que aquella distinción fundamental de la época romana supervive en el Derecho visigodo. La deducción es en principio exacta, pero se hace necesario precisar en qué sentido se presenta la distinción en el derecho visigodo, que no es, como veremos, el mismo que tenía en el período romano. Esta clasificación fundamental de dos miembros dependían en el Derecho romano muy estrechamente del sistema de acciones. El total derrumbamiento de ese sistema inevitablemente tenía que repercutir en la nitidez

102. *Lex Vis.* 7, 6, 3. Qui aurum ad facienda ornamenta suscepit et adulteraverit, sive heris vel cuicumque vilioris metalli permixtione corruperit, pro fure teneatur.

103. *Lex Vis.* 8, 5, 3. Si quis as glandem sub placito decimarum porcos in silva intromittat aliena et eos occulte, priusquam decimantur amoverit, pro fure teneatur et deciman adiecta furti compositione restituat.

104. *Lex Vis.* 5, 5, 3. Et si postmodum dominus rerum apud eum, cui comodaverat, que fuerat suppressa forte reppererit, cum hec ille se prius dixerit perdidisset vel furto fuisse sublata, sicut fur pro his, que celabit, secundum legum statuta compositionem implere cogatur.

105. Así, por ejemplo, en otros textos. En LV. 7, 6, 4, en el que se utiliza la expresión *subtraxerint* para designar la acción de no emplear, al darle forma al objeto, todo el metal que se entregó. En LV. 8, 4, 1, en donde se habla de un *ambulare cogere vel laborare fecerit* con animales ajenos tomados contra la voluntad de su dueño, nota esta última que distingue esta acción del *furtum usus*, en el que el *fur* tiene ya en su poder la cosa por un título no ilícito. En LV. 8, 5, 8, *vendere* o *donare animalia errantia*, previamente ocupados.

106. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo*, en *Revista Portuguesa de Historia* 4 (1949), pág. 219 ss.

de la distinción y en su propio sentido. Es cierto que en la LV. el *furtum manifestum* sigue considerándose más grave, porque concurren las mismas razones que en Derecho romano —sentimiento de venganza más violento, mayor peligrosidad y prueba directa— para que suceda así. Pero el *furtum manifestum* ya no se opone como miembro único al *nec manifestum*. Ha desaparecido aquella clasificación bimembre, y el *furtum manifestum* se distingue, sí, del *nec manifestum*, pero integrando, al lado de otros muchos casos, toda una categoría de hurtos agravados. De manera que la distinción se presenta ahora de este modo: el *furtum manifestum* se considera siempre más grave porque se ve en la flagrancia una circunstancia agravante. De las propias disposiciones de la LV. cabe deducir que el nóuplo no es la composición exclusiva del *furtum manifestum*, sino la propia de toda una serie de hurtos agravados, entre los cuales se encaja este tipo de hurto. Por eso, casos de *furtum nec manifestum*, cuando concurre alguna circunstancia agravante, se castigan con la misma composición que se aplica en todos los casos de *furtum manifestum*. Este tomar en cuenta las circunstancias, graduando de acuerdo con ellas la penalidad es quizás la gran novedad de la LV. y, al mismo tiempo, un avance.

Cabe, pues, hablar en el Derecho visigodo, atendiendo a su gravedad, de varias clases de hurto. Un hurto normal, en el sentido de no concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad. La composición debida es la del duplo¹⁰⁷.

107. *Lex Vis.* 7, 2, 9. Si quis rem furtivam sciens a fure comparaverit, ille, qui emit, suum representet autorem et postea tanquam fur componere non meretur. Si vero furem non invenerit, duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat; quia apparet illum fure esse similem, qui rem furtivam sciens comparasse cognoscitur. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos* cit., pág. 219, nota 36, estima que esta *antiqua* establece claramente como composición el duplo. Sin embargo, la expresión "*duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat*" plantea muy interesantes problemas de interpretación, como puede verse en I. LEVY, *Eine actio in rem in frühen Westgotenrecht?*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* II (Napoli, s. a.), pág. 8 s., y en A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., página 227 s. Ambos autores coinciden en señalar que la frase *si vero furem non invenerit, duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat* sería leovigildiana. Levy piensa que también lo sería, además, la frase *suum representet autorem*. Pero D'ORS advierte que "con esta explicación de Levy no se aclara qué motivo pudo tener Leovigildo para introducir esa

Pero al lado de ese hurto ordinario existe toda una clase de hurtos agravados. Se considera como fundamento de la agravación una conducta procesal contumaz del que ya es fundamentalmente sos-

interpolación y supeditar la pena del *duplum* al caso de que el *auctor* no fuere hallado" (op. cit., pág. 227). D'Ors cree que si se supone, en cambio, que *duplam compositionem que a furibus debetur* significa, aunque mal expresado, "el doble de la *compositio* (ordinaria) que deben los ladrones"; el texto cobra, a su juicio, una mayor claridad, "pues se introduciría una pena agravada del *quadruplum*" (op. cit., pág. 227). En resumen, según D'Ors, "el comprador de mala fe responde como ladrón, pero, si no presenta al *auctor*, Leovigildo le presume encubridor y duplica con ello su pena" (op. cit., pág. 228).

Ahora bien, quizás sea posible pensar en otra interpretación. Según D'Ors, la *antiqua* 7, 2, 14 sería enteramente leovigildiana (op. cit., página 102). En esta ant., así como en la 7, 2, 4 se consagra la no acumulación de composiciones en los supuestos de pluralidad de autores. Por otra parte, la *ant.* 7, 2, 7, que declara con carácter general que *non solum ille, qui furtum fecerit, sed etiam et quicumque conscius fuerit vel furti ablata sciens susceperit, in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat*, habría sido, según D'Ors, algo retocada por Leovigildo, precisamente en la frase *in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat* (op. cit., pág. 106). Teniendo en cuenta estas declaraciones generales, probablemente pueda justificarse la aclaración que el mismo Leovigildo introdujo en la *antiqua* 7, 2, 9 mediante la frase *si vero furem...* La *antiqua* 7, 2, 9 contempla dos hipótesis: 1) que el comprador presente al autor; 2) que el comprador no encuentre ya al *auctor* (vendedor). En el primer supuesto el comprador *sciens*, en virtud del principio general sentado ya en 7, 2, 7, debe componer como *fur*. Pero como, en esta hipótesis, no sólo el comprador de mala fe (que es tenido *in numero furantium*), sino también el *auctor* está presente, en virtud del principio de no acumulación de las composiciones que se desprende de 7, 2, 14 (y 7, 2, 4), la composición se reparte entre los dos y, por tanto, el comprador de mala fe viene obligado tan sólo a pagar la mitad de la composición. En el segundo supuesto, en cambio, como el autor no fue hallado, el comprador de mala fe debe pagar él solo toda la pena que corresponde al *fur*, es decir, "el doble de la composición" que le correspondería en el primer supuesto, o sea, en el de estar presente el *auctor*.

Esta interpretación presenta, a nuestro modo de ver, las siguientes ventajas: a) aclara el motivo que tuvo Leovigildo para introducir la interpolación y supeditar la *duplam compositionem* al caso de que el *auctor* no fuese hallado (pues en el supuesto de que fuese presentado, el comprador sólo debía pagar la mitad de la composición); b) explica que el interpolador (Leovigildo) haya mantenido la aclaración *quia apparct illum furi esse similem qui rem iuriviam sciens comparasse cognoscitur* (aun aceptando

pechoso¹⁰⁸, realizar el hurto de noche¹⁰⁹, ser sorprendido *in flagranti*¹¹⁰, la categoría del objeto material¹¹¹. En todos estos casos

que esta frase pertenece a un estrato anterior, no se comprende fácilmente cómo, si el propósito de Leovigildo fue el de agravar la responsabilidad del comprador de mala fe hasta el punto de castigarlo con "doble pena" que al *fur*, continuó manteniendo, como explicación de esa responsabilidad, la frase *quia apparet illum furi esse similem*; c) no se origina ninguna contradicción entre la *antiqua* 7, 2, 9 y la 7, 2, 7, retocada esta última al parecer por Leovigildo precisamente en la expresión *in numero furantium habeatur et simili vindicta subiaceat*; d) evita la consecuencia, aparentemente poco lógica, de tener que admitir que el comprador de mala fe no sólo se le considera como *fur*, sino también como encubridor, es decir, contemporáneamente como *autor* y *encubridor* de un mismo y único hurto; e) concuerda con la ausencia de una pena agravada (recuérdese 7, 1, 3) para los coautores que se nieguen a delatar a sus copartícipes, supuesto similar, en donde el autor debería considerarse también contemporáneamente como autor y encubridor del mismo y único hurto; f) elude, finalmente, la necesidad de recurrir a la existencia de una presunción, pues parece claro que la hipótesis *Si vero furem non invenerit...* no se refiere a un caso de encubrimiento (*Lex Vis.* 9, 1, 19 destaca de modo suficientemente expresivo que la idea de encubrimiento se basa sobre dos notas, la de *poder* y *no querer* entregar al autor que el propio encubridor oculta, y sobre el elemento volitivo —basado naturalmente en el *poder*— vuelve a insistir 7, 2, 8 —*nequiverit*—, relativa a la hipótesis de encubrimiento del autor por parte del dueño de la cosa; por el contrario, 7, 2, 9 se refiere pura y simplemente al supuesto, prácticamente muy comprensible, de que el comprador de mala fe *no encuentre* ya al comprador y, por tanto, *no pueda* presentarlo).

108. *Lex Vis.* 7, 1, 1. Este texto es importante porque en él se establece el nónpulo, y sin embargo, cabe deducir que no se trata de un caso de *furtum manifestum*, porque se habla de las responsabilidades respectivas que llevan aparejadas la acusación y negación, en el caso de que alguna de ellas no se pruebe. Sabido es que una de las notas que distingue precisamente al *furtum manifestum* es la prueba directa y la imposibilidad de negarlo. No es el nónpulo, pues, la composición exclusiva del *furtum manifestum*. Esta misma idea se deduce, a sensu contrario, del hecho de que la LV. suele utilizar, para designar la flagrancia, una expresión exacta: *captus in*. Así puede verse en LV. 2, 2, 16 y 8, 1, 13.

109. *Lex Vis.* 7, 2, 23. Este texto aún cuando se refiere a un delito de daños equiparado al hurto, nos interesa porque se equiparan los supuestos contemplados precisamente al hurto sancionado con pena más grave.

110. *Lex Vis.* 8, 6, 3.

111. *Lex Vis.* 7, 2, 10. Se refiere al que hurta cosas pertenecientes al tesoro público.

la penalidad, consecuentemente, se ve incrementada. La composición no es el duplo, sino el nóuplo del valor de la cosa, que debe entregarse al perjudicado¹¹².

Algún texto, concretamente LV. 7,2,13, parece afirmar que la composición debida en todos los casos es la del nóuplo. *Cuiuslibet rei furtum et quantolibet pretii extimatione taxatum ab ingenuo novies, a servo vero sexies ei, qui perdidit, sarciatur*. Se hace preciso, toda vez que ya sabemos que en la LV. aparece el duplo también como composición referida al hurto, reducir el texto citado a sus justos límites. Dos de las leyes que establecen la composición del nóuplo llevan el epígrafe *antiqua*¹¹³, en cambio, la disposición que comentamos se atribuye a Chindasvinto¹¹⁴. No cabe duda que el nóuplo es una composición considerablemente elevada, si la comparamos con aquella, la más grave en el período anterior, del cuádruplo. Cuando se tratase de cosas de cierto valor la composición se haría con frecuencia impagable, y de ahí la resistencia indudable con que su implantación debió tropezar en la práctica. La disposición atribuida a Chindasvinto puede explicarse, de este modo, como una especie de interpretación auténtica, que vendría a reforzar el cumplimiento de las leyes *antiquas* en que se establecía el nueve tantos. Y que no quiere decir, por consiguiente, más que en todos los casos en que la ley manda pagar el nóuplo, hay que pagarlo, cualquiera que sea la cosa y cualesquiera su precio. Pero sólo en estos casos. La misma energía expresiva del texto, *cuiuslibet ... quantolibet*, lo está indicando. Teniendo en cuenta precisamente este carácter extraordinario del nóuplo se puede explicar fácilmente que aparezca expreso en varios pasajes. Al duplo, composición ordinaria, se refieren todos los textos de la LV. que hablan de la pena del *fur* sin especificar cuál es¹¹⁵.

Como penas accesorias acompañan, a veces, a la composición pecuniaria, otras de naturaleza distinta: la infamia¹¹⁶, la de azo-

112. *Lcx Vis.* 7, 2, 13.

113. *Lcx Vis.* 7, 1, 1 y 7, 2, 14.

114. Según A. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., pág. 102, el *novcuplum* no sería una innovación de Chindasvinto, sino ya anterior, de Leovigildo. Chindasvinto no haría más que confirmar esa pena como ordinaria.

115. Sirvan de ejemplo, *Lcx Vis.* 7, 2, 9 y 8, 5, 6.

116. *Lcx Vis.* 7, 1, 1. *Quod si rerum causa est, et ingenuus est, cum infamia* o *novcuplan*.

tes¹¹⁷. Como pena subsidiaria, para el caso de insolvencia, suele establecerse la esclavitud¹¹⁸.

3. Hemos visto cómo en el Breviario se habían convertido los géneros procesales del hurto en casos de hurto. Este desgajamiento del tratamiento unitario del *furtum* continúa en la LV., en la que toda una lista de casos especiales del hurto, especiales sobre todo por el objeto, se desprende del tratamiento general, hasta aquí reseñado, y se someten a un régimen especial. Por ejemplo, para el hurto de cencerros de ganado no rige la composición ordinaria, sino que el *fur* viene obligado a pagar una cantidad fija, que varía según la clase de animal¹¹⁹.

Si se tiene en cuenta la especial función del objeto, se comprende fácilmente la necesidad de un régimen especial. La sustracción del cencerro entrañaba el peligro de la pérdida del animal. El múltiplo del valor del objeto hurtado resultaba, en este caso, desproporcionado en relación con las graves consecuencias que podían derivarse del hurto. Era necesario prescindir de la composición ordinaria, y recurrir a una pena económica, que se fijaba precisamente tomando en consideración el riesgo desencadenado. De ahí que la ley se cuide mucho de advertir la clase de animal a que estaba aplicado el cencerro para determinar la cuantía de la multa. También pudiera pensarse que en tales casos operaría el régimen ordinario y además se aplicarían estas penas especiales. Pero el hecho de que en un caso en que esto sucede¹²⁰ haga la LV. mención expresa de la composición ordinaria —*in super et conponat sicut de aliis furtis lege tenetur*—, inclina a creer que se trata de un régimen enteramente especial, en vista del silencio que en los casos comentados guarda la Ley.

117. *Lex Vis.* 7, 2, 14. Fur si captus fuerit, perducatur ad iudicem, ut ingenuus in novecuplo sublata restituat, et extensus publice coram iudicem C flagella accipiat.

118. *Lex Vis.* 7, 2, 14. Quod si non habuerit, unde conponat, careat libertatem, illi serviturus, cui furtum facerit.

119. *Lex Vis.* 7, 2, 11. De tintinalibus furatis. Si quis tintinabulum involaverit de iumento vel bove, solidum reddat; de vacca tremisses duos, de verbicibus vel quibuscumque pecoribus tremisses singulos cogatur exolvere.

120. *Lex Vis.* 7, 2, 12. Si quis de mulinis aliquid involaverit, quodquod furatum est restituat, insuper et conponat, sicut de aliis furtis lege tenetur, et extra hoc C flagella suscipiat.

4. Es muy amplio el círculo de los que se consideran autores, encajando *in numero furantium* muchos de los que hoy se consideran como cómplices o encubridores ¹²¹.

Cuando los autores son varios, las composiciones no se acumulan, según se desprende de Lex Vis. 7,2,4 y 7,2,14. Ambas disposiciones se refieren a la hipótesis de que una persona libre realice el hecho delictivo conjuntamente con un siervo ajeno estableciendo que cada uno debe de pagar la mitad de la composición que le correspondería de haber actuado solo (por ejemplo, el libre la mitad del *novocuplum* y el siervo la mitad del *sexcuplum*). Cabe pensar que la misma regla de no acumulación regía también cuando se tratase de dos coautores libres ¹²².

La sustitución teórica del *contractare* por el *auferré* se deja también sentir en este capítulo de la autoría. El que compraba la cosa furtiva consciente del hurto era, en el periodo romano, un auténtico *fur*. El comprador seguía *contractando* la cosa y, además, tenía la consciencia de que esa *contractatio* era fraudulenta. Llenaba, pues, los requisitos exigidos para la existencia del *furtum*. Pero colocada ahora la esencia del hurto por los visigodos más que en el *contractare* en el *ferre*, mucho más cerca de la sustracción que del tocamiento, el comprador consciente difícilmente podría encajar en el concepto de *fur*. Sin embargo, el tratamiento práctico sigue siendo el mismo. LV. 7,2,9 preceptúa, *et postea tanquam fur componere non moretur*, y más adelante, *quia apparet illum furi esse similem, qui rem furtivam sciens comparasse cognoscitur*. Ya no es un *fur*, pero viene obligado a componer *tanquam fur*, porque bien semeja serlo aquel que compra la cosa del hurto, sabiéndolo. Se opera de este modo una exclusión conceptual y una equiparación en la responsabilidad, con lo que el tratamiento jurídico dispensado continúa siendo prácticamente el mismo ¹²³.

121. Lex Vis. 7, 2, 7.

122. Vid. nota 107.

123. Según Lex Vis. 11, 3, 1, cuando la cosa ha sido comprada a *transmarinus negotiator* y el precio pagado por ella razonable (*competenti pretio*); el comprador no responde, aunque la cosa resulte ser furtiva. Vid. A. D'ORS, *Los "transmarini negotiatores" en la legislación visigótica*, en *Estudios de Derecho Internacional-Homenaje Barcia Trelles* (Santiago de Compostela, 1958); pág. 467 ss. y, del mismo autor, *El Código de Eurico* cit., pág. 130 ss.

5. Si alguien da muerte al *fur* nocturno, sorprendido *in fraudanti*, no es responsable de homicidio¹²⁴. Si el *fur* diurno pretende defenderse con armas, tampoco se responde de homicidio si se le causa la muerte¹²⁵.

Con una evidente finalidad político-criminal se establece una especie de excusa absolutoria para el que delata el hurto. En efecto, según *Lex Vis.* 7,1,3, el delator, incluso en el supuesto de que haya recibido conscientemente parte de lo hurtado, debe de restituir simplemente lo que recibió pero no incurre en ninguna pena¹²⁶.

b) *Rapina*.

1. Para la *LV.* la *rapina* supone, siguiendo la tradición romana, tomar la cosa con violencia. No se trata ya de *furtim auferre*, sino de un *rapere*¹²⁷. *Rapere* —arrebatar— continúa designando la modalidad de acción característica del robo¹²⁸. De hurto y robo se habla como de acciones distintas incluso en un mismo texto¹²⁹. También aparece escrito para designar la acción constitutiva del robo el verbo *auferre*¹³⁰. Pero no se trata aquí de aquel simple *auferre*, empleado para designar los hechos furtivos, sino de un *auferre* cualificado. Unas veces la cualificación, aunque no expresa,

124. *Lex Vis.* 7, 2, 16. *Fur nocturnus captus in furtum, dum res furtivas secum portare conatur, si fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur.*

125. *Lex Vis.* 7, 2, 15. *Fur, qui per diem gladio se defensare voluerit, si fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur.*

126. *Lex Vis.* 7, 1, 3. *Si delator furti conscius, comprobatur, nullam penam incurrat et damnum solutionis evadat; mercedem vero pro indicio non requirat, cui sufficere debet, ut securus abscedat. Qui si forsitam rem, qui furtim ablata est, cum furti ipsius consorte diviserit, que in portione percepit et apud se retinuit, simpla tantum restituat.*

127. *Lex Vis.* 5, 5, 3.

128. *Rapere* se utiliza, entre otros pasajes, en *Lex Vis.* 5, 5, 3; 7, 2, 4; 7, 2, 18; 6 4, 2 y 8, 1, 10.

129. Así *Lex Vis.* 7, 2, 4. *Si quis ingenuus cum servo alieno in aliquo crimine inventus fuerit, ut furtum forsitam faciant vel aliquid rapiant aut illicita quecumque committant, secundum superiorem legem medietatem eiusdem compositionis exolvant, ita ut ambo publice fustigentur.*

130. El verbo *auferre*, pero siempre cualificado, se utiliza para referirse al robo en *Lex Vis.* 8, 1, 9; 8, 1, 12 y 9, 2, 2.

cabe deducirla claramente del sentido del texto ¹³¹. Otras se indica de un modo expreso ¹³².

Al igual que sucedía en la época romana, merced a la labor interpretativa de los juristas a que hemos hecho mención, también algunas sustracciones se califican en la LV. como *rapina*, aun cuando no llegase a darse en la realidad la fuerza. Son, en principio, los casos en que el agente sabe de antemano que la víctima no tiene posibilidad de defensa. Por ejemplo, *qui in expeditionem vadunt, que abstulerint quadrupli satisfactione restituant*. Pocas veces o nunca llegaría a cobrar existencia la fuerza, porque la víctima, consciente de su inferioridad frente a las gentes armadas de la hueste, no opondría resistencia. No hay aquí un arrebatar, sino más bien un llevar. Pero hay tan sólo un llevar porque el agente va revestido de la suficiente fuerza potencial para cohibir al perjudicado. Esta fuerza *in potentia*, en la que se ve envuelta la víctima, es la que cualifica la sustracción. Todavía en este sentido es más contundente LV. 9,2,2 ¹³³. Si el encargado de reclutar la gente para la hueste aprovecha la ocasión para sustraer alguna cosa a los que recluta, la Ley lo trata como autor de robo, y más aún, como autor de un robo agravado. Es indudable que en estos supuestos no tenía por qué darse la violencia de un modo necesario. Pero no es menos cierto que los *compulsores exercitus* aparecen frente a la víctima revestidos de autoridad, reclutan en nombre del señor.

Las sustracciones realizadas con ocasión de catástrofes o desórdenes, incendio, ruina, naufragio, etc., continúan integrándose en el concepto de robo ¹³⁴. La razón también sigue siendo la misma.

131. *Lex Vis.* 8, 1, 9. *Qui in expeditione vadunt, que abstulerint quadrupli satisfactione restituant*.—La cualificación del *aufferre* deriva del hecho evidente de que los que van en la *expeditione*, van armados.

132. *Lex Vis.* 8, 1, 12. *Qui in itinere vel in opere rustico constituto aliquid violenter intulerit vel abstulerit, ubi ex hoc iudici fuerit interpellatur, ille, qui abstulerit, quadruplum restituat*.

133. *Lex Vis.* 9, 2, 2. *Servi dominici, id est compulsores exercitus, quando Gotos in hostem exire compellunt, si eis aliquid tulerint, aut ipsis presentibus vel absentibus sine ipsorum voluntatem de rebus eorum auferre presumerint, et hoc ante iudicem potuerit adprobare, ei, cui abstulerint, in undecuplum restituere non morentur; ita tamen, ut unusquisque eorum in conventu publice L flagella suscipiat*.

134. *Lex Vis.* 5, 5, 3. *Et si quis, dum domum flamma consumit, se*

2. Dos son las composiciones referidas al robo en la LV., lo cual parece indicar que detrás de ellas se encierra una distinción. Como en el hurto, también toma en cuenta aquí el legislador visigodo las circunstancias que envuelven al robo. De este modo es posible distinguir una serie de robos normales, cuya composición es por el cuádruplo¹³⁵; propia del período romano, al lado de una serie de robos agravados, cuya composición se ve incrementada hasta el undécuplo¹³⁶. Se considera fundamento de la agravación penetrar violentamente en la casa y perpetrar en ella el robo¹³⁷, ser cometido por pluralidad de agentes asociados¹³⁸, cierta especie de abuso de autoridad¹³⁹.

El robo puede acarrear, además, otras consecuencias: azotes¹⁴⁰

quasi auxilium prebiturus ingesserit et aliquid forte rapuerit, dominus domus diligenter inquirat, et si cum invenire potuerit, ille, qui rapuerit, in quadruplum rapta restituat. Y también *Lex Vis.* 7, 2, 18. Quidquid ex incendio, ruina vel naufragio raptum fuerit, et aliquis ex hoc quiquam ab alio susceperit sive celaverit, in quadruplum reformare cogatur.

135. el cuádruplo se establece en *Lex Vis.* 5, 5, 3; 7, 2, 18; 8, 1, 9; 8, 1, 12.

136. El undécuplo se preceptúa en *Lex Vis.* 6, 4, 2; 8, 1, 6; 8, 1, 10 y 9, 2, 2.—L. G. DE VALDEAVELLANO, en su citado trabajo, no menciona ni toma en consideración esta composición del undécuplo.—Es curioso destacar el hecho de que, como en el hurto, es siete tantos el valor de la cosa la diferencia entre la penalidad ordinaria y la agravada.

137. *Lex Vis.* 6, 4, 2. Nam si ille, qui in domum alienam violenter ingressus fuerat, aliquid exinde rapuerit, undecupli satisfactione que levabit cogatur exolvere.—Es fácil encontrar la diferencia de gravedad existente entre este supuesto y el de aquel que roba algo de la casa que está ardiendo. En uno el acceso a la casa se efectúa por un procedimiento no violento, *se quasi auxilium prebiturus ingesscrit*; en el otro caso el agente no sólo obra aprovechándose de la fuerza, sino que el mismo la crea, *in domum alienam violenter ingressus fuerat*.

138. *Lex Vis.* 8, 1, 6. Si quis ad diripienda alios invitaverit, ut cuiuscumque rem evertat aut pecora vel animalia quecumque diripiat, illi, cuius res direpta est, in undecupium que sunt sublata restituat. En el mismo sentido *Lex Vis.* 8, 1, 10, en el que se habla de *istatim socios suos nominare*.

139. Así, *Lex Vis.* 9, 2, 2, que se refiere al *compulsor exercitus* que efectúa sustracciones en casa de aquellos a quienes va a reclutar. Vid. n. 133.

140. *Lex Vis.* 8, 1, 10. Quod si honestior persona est, aut pro scelere rationem reddat, aut que ablata vel eversta fuerint undecupli compositione restituat et C publice flagella suscipiat. Lo mismo en *Lex Vis.* 9, 2, 2.

y azotes e infamia¹⁴¹. Para el caso de insolvencia se prevé la esclavitud¹⁴².

3. Para los encubridores se reserva la misma pena de los autores, siempre que no se avengan a entregarlos. Si los entregan se les impone como sanción un castigo de azotes¹⁴³.

Otros actos de participación, como, por ejemplo, indicar el lugar en que se encuentra la cosa, se punen como infracciones autónomas¹⁴⁴.

III

LA SUERTE DE LA DISTINCION EN EL PERIODO POSTGOTICO

A) DOCUMENTOS.

Resulta comprometida cualquier afirmación respecto al período que va desde la caída de la monarquía visigoda hasta el momento de aparición de los primeros fueros. Los documentos de aplicación del derecho, única fuente de conocimiento de este período, no nos ofrecen, en general, las necesarias noticias para llegar a saber cuál era la relación hurto-robto. Y esto, sencillamente, porque su cometido principal era el de servir como título de propiedad de los bienes que se transmiten como resultado de la composición económica. La consecuencia inmediata es que se refieren siempre, de un modo directo, a los bienes que se entregan, y, a lo sumo, suelen hacer una referencia incidental a la infracción delictiva que origina la transmisión. De ahí que la mayoría de las veces no pasen de ser meras alusiones terminológicas las que aparecen en los documentos, sin

141. *Lex Vis.* 7, 2, 4.

142. *Lex Vis.* 6, 4, 2. Quod si non habuerit, unde conponat, ipse sine dubio serviturus tradatur.

143. *Lex Vis.* 9, 1, 19. Si quis ingenuus vel servus sciens latrones celandos susceperit, presentet quod celavit et CC hictus accipiat flagellorum. Quod si non presentaverit absconsos, penam, quam illi merebantur, incurrat.

144. *Lex Vis.* 8, 1, 11. Quicumque ingenuus vel servus aliqua diripienda indicaverit, ut cuiuscumque res evertatur aut pecora vel iumenta diripiantur, et ex hoc certis probationibus publice convictus inveniatur, pro eo quod indicaverit, C. flagella publice extensus accipiat.

que se preocupen de describirnos los hechos delictivos que sería lo que indudablemente tuviese interés para nosotros ¹⁴⁵.

Corresponde a G. de Valdeavellano el mérito de haber puesto de relieve que los documentos de esta época parecen utilizar la doble terminología *furtum-rapina*, indicando que, al menos terminológicamente, se distinguieron ¹⁴⁶. Incluso en un mismo documento aparecen empleadas, a veces, las dos palabras como designando cosas distintas. Así sucede, por ejemplo en un diploma gallego del año 959 en el que se lee *sic pro illo furtu quomodo et pro rapina* ¹⁴⁷.

Pero, en definitiva, creemos que esta laguna hay que cubrirla con los testimonios que nos aportan los primeros fueros, que, como veremos, refuerzan la conjetura de que el hurto y el robo continuaron distinguiéndose a la caída de la monarquía visigoda.

B) FUEROS BREVES Y DERECHO TERRITORIAL.

a) *Furto*.

El Fuero de León, del año 1020, utiliza el verbo *furtare* para referirse a una actuación fraudulenta, carente de toda violencia, estableciendo la composición del duplo. *Quicumque civariam suam ad mercatum detulerit, et maquilas regis furatus fuerit, reddat eas*

145. Así lo hemos podido comprobar en la mayoría de los documentos que hemos consultado. Sirva de ejemplo uno de fecha de 5 de febrero de 1078, en L. SERRANO, *Cartulario de San Vicente de Oviedo* (Madrid, 1929), pág. 83: *damus vobis in ipsa vaica sortes II ex integra per locis et terminis suis antiquis; damus vobis adque in karta concedimus pro illa calumnia de illa porca, que fuit de Pelagio Cidiz, et invenisti ipsa porca super mici furtivile, et dimisistis mici de ipsa calumnia modios III: et pro illa alia calumnia damus tibi ipsas sortes adpreciatas in quarteros VI, et accepimus de te cuarteros 1.º que inter nobis et vobis bene complacuit.*

146. L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre los conceptos de hurto y robo*, cit., pág. 233.

147. Publicado por L. G. VALDEAVELLANO, como apéndice a su citado trabajo, en *Revista Portuguesa de Historia* 4 (1949), pág. 250 y s. El documento dice: "...; negabit Ranildi, hordinaberunt ipsi iudices testimonias de parte Itiloni super ipso Argemondo et super Ranildi et dederunt testimonias V. sic pro illo furto quomodo et pro rapina (quod a) d ea fecerat in dece boues ualente arietes armentaria et leuabit ipsa Itilo per illorum uerbo ad sua casa et tenuit ea in ferro uincto XI dies et XI noctes...; hordinaberunt pro ipsu furtu et pro ipsa rapina ut pariasset CXL et dous bobes, exeptis illa mancipiatura".

*in duplo*¹⁴⁸. En otros Fueros, sin embargo, se utiliza la expresión *celaverit* en vez de *furatus fuerit*¹⁴⁹.

Continúa rigiendo en el siglo XI el principio de que no se responde de homicidio si, al ser sorprendido *in fraganti*, resulta muerto el *fur*. El Fuero de Nájera establece, por ejemplo, *si aliquis homo inventus fuerit in furto, et mortem acceperit, proinde non debent homicidium*¹⁵⁰. No se distingue aquí entre *fur* nocturno y diurno.

En el siglo XII son numerosos los Fueros breves que hablan del *furto*. Pero una gran preocupación procesal, que se advierte bien patente en la mayoría de ellos, va a llevarlos a que centren su atención preferentemente en establecer unas reglas procedimentales por las que debe "salvarse" el acusado de hurto¹⁵¹. El procedimiento público cobra tal relieve, que algún Fuero¹⁵² que preceptúa la pena capital para el hurto flagrante, se cuida mucho de advertir que aquel que *preso fuere con furto, o sin furto, sea aducho al conceyo, et qui lo prisiere si lo matare o dañare ante que lo aduga, peche las colonias, de otro ombre muerto, et exeat por enemigo*¹⁵³. Esta

148. F. León 32.

149. Así, en el F. Villavicencio, posterior al 1020, en T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas* 1 (Madrid 1847), página 172: *Et quicumque cibaria vendiderit in mercato, et illas machilas celaverit, et cum quonitus fuerit, duplent illas palam.*

150. F. Nájera, (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 289): En el mismo sentido se pronuncia el F. Jaca, del 1064, (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 236): *Et si evenerit causa, quod si aliquis, qui sit occisus in furto, fuerit inventus in Jaca, aut in suo termino, non perietis homicidium.*

151. Puede comprobarse consultando F. Oviedo, en Ciriaco M. VIGIL, *Colección Histórico-Diplomática del Ayuntamiento de Oviedo* (Oviedo, 1889), pág. 15; F. Daroca, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 537 s.; F. Guadalajara, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección* cit., pág. 509; F. Pozuelo de Campos, en E. HINOJOSA, *Documentos para la historia de las instituciones de León y de Castilla* (Madrid, 1919), pág. 66; F. Balbás, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 515.

152. F. Medinaceli, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit. 442.

153. Conviene no olvidar que esto nada tiene que ver con el derecho a la defensa, que puede eximir de responsabilidad al que da muerte al *fur*, cuando la actitud de éste justifique su propia muerte. Así, por ejemplo, F. Salas, en L. SERRANO, *Cartulario de San Pedro de Arlanza* (Madrid, 1925), pág. 183: *Si quis aliquis homo incidit in furtum et morierit in suo termino de Salas, non pectet homicidium.*

preocupación procesal, con el consiguiente olvido de especificar qué acciones tenían la consideración de hurto, aumenta, como es natural, las dificultades para poder deducir de estos textos cuál era el concepto de dicho delito.

La composición señalada al hurto varía según la localidad, pero girando siempre en torno al duplo y al nóuplo, prueba palpable de la buena medida en que subsistió el Derecho visigodo¹⁵⁴. No nos podemos dejar llevar por la primera impresión que nos producen estas divergencias. Históricamente nos interesa, por encima de todo, el hecho indudable de que todas ellas presentan una nota común. Todas giran alrededor de las composiciones establecidas en el período visigodo. No se trata sino de variaciones, debidas a la localidad, sobre un mismo tema. Hemos visto cómo en la legislación visigoda aparecían, referidas al *furtum*, dos composiciones, el duplo y el nóuplo. Pero el ámbito de aplicación de cada una de ellas no aparecía claramente delimitado. Nosotros mismos hemos tenido que

154. Establecen el duplo F. Pozuelo de Campos, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 66; F. Alhóndiga, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 74, y F. Medinaceli, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colcción*, cit., pág. 437. Nos interesa resaltar únicamente que el duplo aparece en todos ellos ligado al *furto*, porque por lo demás el tratamiento varía de unos a otros. En Pozuelo de Campos el duplo se debe al palacio, y a la víctima sólo se le restituye la cosa: pecunia det a suo donno e duplum pectet palacio. En Alhóndiga el *fur* debe doblar lo hurtado y pagar una multa: pectet I morabeti et duplet furtum. En Medinaceli el duplo debe entregarse al perjudicado, mientras al señor se le entrega la estimación de la cosa, y a los alcaldes una multa: qui vencido fuere por furto, peche el furto doblado al rencuroso, et al seynor quanto fuere el furto, et LX sueldos a los alcaldes.

El nóuplo aparece establecido en F. Fresnillo, en HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 46; en F. Oviedo, en C. M. VIGIL, *Colcción Histórico-Diplomática*, cit., pág. 15; en F. Daroca, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., página 538; y en F. Calatayud, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 463. Por lo demás el régimen también varía. En tanto que en Fresnillo el nóuplo se entrega al dueño de la cosa, y el palacio exige una cantidad fija —diez sueldos—, en Oviedo, parece deducirse de la expresión literal que al perjudicado había de entregarse la cosa y además el nóuplo de su valor —pechel aver con suas Novenas al don del aver—, y al merino una cantidad fija —diez sueldos—. En Daroca se establece únicamente la obligación de entregar la cosa con las novenas —pectet illam cum novenis—. Y en Calatayud ha de entregarse el duplo al perjudicado, y las novenas al palacio: duplet illo habere ad suo dominó, et novenas ad palacio.

interpretar algún texto, en el que se establecía el nóuplo con apariencias de generalidad. Pues bien, sucede como si cada localidad nos ofreciese su interpretación de la ley visigoda. En unos lugares va a entenderse que es el duplo la composición debida en todos los casos. En otros, que es el nóuplo lo que debe pagarse. Y en algunos otros va a considerarse que ambas composiciones deben aplicarse conjuntamente en todos los supuestos. Es el caso, por ejemplo, de la interpretación que nos ofrece el Fuero de Catalunya¹⁵⁵. Estamos ante un fenómeno de simplismo. Estos fueros tempranos se han quedado con los resultados de una distinción, sin darse cuenta que el legislador visigodo había distinguido.

Por otra parte, el Ordenamiento de unas Cortes de León, celebradas en tiempos de Alfonso IX, con posterioridad al 1188, nos permite apreciar cómo continúan asimilándose, en la pena, al *furto* ciertas apropiaciones indebidas. El que habiendo recibido algo en prenda lo negare, es *penado así como ladrón*¹⁵⁶.

La flagrancia sigue considerándose un motivo de agravación. Desde estos momentos va a distinguirse perfectamente el que es *vencido por furto* —aquel que lo realizó sin que lo sorprendiesen, y luego se lo pueden probar a través de un procedimiento—, de aquel que es *preso con el furto*, sorprendido *in fraganti*. En este último caso, aparte de un procedimiento distinto, motivado por la existencia de prueba directa, la pena se ve notablemente aumentada. En Medinaceli, por ejemplo, el que es cogido con el hurto debe pagar el duplo al perjudicado —consecuencia ordinaria—, pero, además, es ajusticiado¹⁵⁷.

La nocturnidad es una circunstancia que puede determinar una modalidad en el procedimiento¹⁵⁸, y es posible que se dejase sentir

155. Vid. la nota anterior.

156. En MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 118.

157. *F. Medinaceli* (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 437): Qui vencido fuere por furto, peche el furto doblado al rencuroso, et al seynor quanto fuere el furto, et LX sueldos a los alcaldes. Qui preso fuere con furto, peche el furto doblado al rencuroso, et sea justiciado.

158. *F. Balbás* (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 515): pro demanda furti haereditatis purget, et delindet se tantum cum uno suo vicino, ille, quem habuerit in suspitione furti, sive de die, salvet se per se ipsum solum si suspitio furti major fuerit de quinque aureos salvet se cum suo vicino; et si suspitio furti

también en la pena ¹⁵⁹. Lo que interesa retener es que este considerar la nocturnidad como simple circunstancia excluye toda posibilidad de ver en ella la esencia conceptual del delito de hurto.

b) *Rapiña*.

Como era de esperar, la imprecisión jurídica tenía que afectar de una manera directa la relativa independencia jurídica del delito de robo. El crear, frente a un tipo básico, un nuevo tipo agravado que encuentra su fundamento en una modalidad de la acción, supone cierta madurez jurídica. La cuerda de la relación conceptual hurto-robo había de romper por la parte más delicada. Y la parte más fina, más sutil, era aquella que otorgaba al robo sustantividad jurídica. Por eso, se comprende lógicamente que las alusiones al robo que hacen los textos de esta época sean menos abundantes que las referencias al hurto. Sin embargo, quizás fuese una conclusión apresurada deducir de este hecho la desaparición de la distinción. El empleo de la doble terminología hurto-robo, a los que se alude como a cosas distintas, parece indicar lo contrario. Ahora bien, cuál sea la *ratio* de la distinción es lo que, en general, no aclaran los fueros más tempranos. Con todo, ellos dan por supuesta la distinción y algunos —ciertamente los menos— consagran claramente el contenido conceptual de la misma.

Fuero León 4 reserva el término *rapina* para las sustracciones realizadas con violencia. Por ejemplo, las llevadas a cabo en los cementerios violando las tumbas ¹⁶⁰, o para designar las conductas de aquellos que, rompiendo el sello del rey, se apoderan de lo que estaba bajo el sello ¹⁶¹. No hace alusión alguna este fuero a la cuan-

fuerit de nocte salvet se cum uno suo vicino ille, quem aliquis habuerit in suspitione furti.

159. F. *Alhóndiga* (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 74): Quisquis furaverit per diem et ibi captus fuerit, pectet I. morabeti et duplet furtum, et si furaverit per noctem pectet forum Dopte.

160. F. *León 4*: Mandamus adhuc et nullus audeat aliquid rapere ab Ecclesia; verum si aliquid infra cimiterium per rapinam sumoserit, sacrilegium solvat; et quidquid inde abstulerit, ut rapinam reddat; si autem extra cimiterium iniuste abstulerit rem Ecclesiae, reddat eam, et calumniam cultoribus ipsius Ecclesia, more terrae.

161. F. *León 15*: Et qui fragerit sigillum Regis reddat C solidos; et quantum abstraxerit de sub sigillo, solvat ut rapinam, si juratum fuerit ex

tía de la composición debida en estos casos. *Solvat ut rapinam*, dice simplemente. Pero, tal vez, viniese determinada por la costumbre del lugar. *Reddat eam* —la cosa—, *et calumniam cultoribus ipsius Ecclesiae more terrae*. Parece que no se puede dudar que regía una penalidad distinta para el robo —*solvat ut rapinam*—, siendo esto índice evidente de que la distinción conceptual tenía su repercusión en la propia penalidad.

En el Fuero de Alhóndiga se hace mención expresa de la *vis* al lado del *rapere*, distinguiendo así el robo del hurto. *Qui vicinus fuerit et servitium Hospitalis fecerit, si aliquis ganato suo per vim rapuerit vel furatum et...*¹⁶². Y aun cuando después el texto no parece apuntar ninguna distinción en las consecuencias, lo que sí no cabe dudar es que terminológica y conceptualmente se distinguen hurto y robo, cifrándose la distinción en la *vis* que cualifica a este último.

Igualmente distinguen hurto y robo dos fueros estrechamente emparentados por las funciones que desempeñan quienes los otorgan¹⁶³: El Fuero otorgado a Santiago de Compostela por Gelmírez, en el año 1113, y el que otorga el obispo Raimundo II a la ciudad de Palencia en el año 1188. El primero distingue netamente los *fures* de los *latrones*, asimilando estos últimos, en vista de la mayor gravedad de los hechos, a los traidores, *proditores*¹⁶⁴. Se conserva, como puede observarse, una terminología muy erudita, puesto

parte Regis; medium autem calumniae Regi, aliud autem medium domino haereditatis. Et si jurare noluerit ex parte Regis, criminatus habeat licentiam iurandi, et quantum iuraverit, tantum ut rapinam reddat. Vid. L. Díez CANSECO, *Sobre los fueros de la Valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares (Notas para el estudio del Fuero de León)*, en AHDE, I (Madrid, 1924), pág. 337 y ss.

162. *F. Alhóndiga* (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 76). El texto continúa: "... manifestaverit eum in terra xristianorum seniori, et senior non eum traxerit, vel directum clamanti accipere non fecerit in tempore quo acceperit sua renda, pectet pro bove vel baca. III morabetis, pro rocim et pro ieguá XX mencales, pro asno VIII mencales, pro ove et cabra I menca".

163. Hay que tener en cuenta la personalidad de los que concenden estos fueros a la hora de valorarlos históricamente, puesto que, como consecuencia de esa personalidad, se presentan ambos como muy eruditos frente a los restantes, impregnados de una subida rusticidad.

164. En torno al concepto de traición vid. J. ORLANDIS, *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE, 16 (1945), páginas 125 y siguientes.

que lo más frecuente en estos momentos es que ladrón sea el término que designe al que hurta¹⁶⁵, en contra de lo que sucedía en el período romano.

También el Fuero de Palencia parece seguir esta terminología, *latronum vel traditorum*.

Estos mismos fueros nos atestiguan la mayor gravedad que se veía en el robo, sin duda por los actos de violencia que lo acompañan. En este sentido es importante subrayar el interés que muestran en que no queden impunes los autores de robos. Así en el Fuero de Santiago se preceptúa, *proditores et latrones nemo protegere, nemo defendere praesumat*¹⁶⁶. Y en el Fuero de Palencia, *quicumque sobrecaverit vel fideiusserit latronem vel traditorem, det se ipsum pro eo et patiatur eandem penam quam ille pateretur*¹⁶⁷. Sin que en ninguno de los dos aparezca un precepto similar referido a los *fures*.

En el texto del Ordenamiento de las Cortes de León, celebradas en tiempo de Alfonso IX, se conceptúa el robo como un acto de fuerza. *Somos tenidos de arrancar las cosas que sean mal tomadas fasta aquí contra justicia, como es, cosas ajenas rovar; onde nos codicantes de toda fuerza toller, establescemos...*¹⁶⁸. Este mismo texto nos ofrece una solución, respecto a las consecuencias del robo, distinta de la composición visigoda. El que roba queda obligado a devolver la cosa robada a la víctima, y a pagar al Rey una multa¹⁶⁹.

165. F. Oviedo, en CIRIACO M. VIGIL, *Colección Histórico-Diplomática*, cit., pág. 15: Qui ladrón non sea de otro furto. F. *Calatayud*, en MUÑOZ Y ROMERO, *Colección*, cit., pág. 463: Et latrone qui furtaverit.

166. F. *Santiago* (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 405).

167. F. *Palencia* (HINOJOSA, *Documentos*, cit., pág. 189).

168. Texto del Ordenamiento de las Cortes de León (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 117).

169. (MUÑOZ Y ROMERO, pág. 117): establescemos, por comunal conceijó que cosa ninguna que posesión tubiere otro, así mueble como non mueble, si quier grande, si quier pequena, qualquier si por fuerza la tomare, que si lo ficiere, rienda la misma cosa tollida á aquel que sufrió la fuerza, e componga á la voz del Rey cient maravedís.

C) FUEROS EXTENSOS Y DERECHO TERRITORIAL.

a) *Furto*.

1. La gran preocupación procesal que ya apunta en los fueros breves, persiste muy acusada en los fueros extensos. Van a desentenderse éstos de la descripción de las acciones que constituyen *furto*, y a preocuparse, en cambio, de regular pormenorizadamente las reglas procesales a que ha de ajustarse el acusado de un hurto. El modo de *salvarse* en caso de hurto se establece expresamente en los fueros¹⁷⁰. Ahora bien, este procedimiento se extiende también a daños en la propiedad ajena, distintos del hurto. Nos hallamos en presencia del *sálvese como de furto*, que viene a ser una forma de procedimiento generalizada. Acciones tan diversas como pescar en ribera ajena¹⁷¹, coger flores¹⁷², talar un árbol¹⁷³, producir daños en sembrados¹⁷⁴, romper la rueda de una *açenna*¹⁷⁵, incendiar un molino¹⁷⁶, etc., exigen utilizar el procedimiento establecido para

170. *F. Cuenca* 764; *F. Heznatoraf* 680; *F. Teruel* 601; *F. Sepúlveda* 53 y 54; *F. Zorita* 653 y 241; *F. Heznatoraf* 241; *F. Usagre* 320 y 233; *F. Coria* 316 y 227; *F. Ledesma* 40, 41, 131 y 350; *F. Alba* 23; *F. Soria* 284; *L. Fueros* 185.

171. *F. Sepúlveda* 218; Qui pescare in frontera aenna. Et si pescare de noche, peche X mrs., si ge lo pudieren provar; et si non, salves'como de furto,

172. *F. Sepúlveda* 144: Qui cogiere rosas o lilio, vimbres o cannaveras, peche por cada una I mr., si las cogiere en la vimma, si ge lo pudieren provar; si non, salves'como de furto. Idem *F. Zorita* 88.

173. *F. Zorita* 106; Et tod aquel que arvol ageno taiare, que fructo lieve, peche XX maravedís, si braço X maravedís, si vencido fuere, si non que se salve, assi como por furto.

174. *F. Teruel* 406: De cabo, si alguno mjes o sembrada agena, el señor d'ella non volunteroso o non sabiendo lo, la segara o la arincará de dia et provado'l será, peche XXX sueldos et el dannyo refaga duplado; si no, el adversario jure solo et sea credido. Mas si de noch fuere fecho esto et provado'l fuere, peche LX sueldos al júdez et a los alcaldes et al querrelloso et duplado refaga todo el danno; si no por dannyo de noch púrguese asín como de furto. Idem, *Sepúlveda* 126 y *Zorita* 66.

175. *F. Zorita* 166: Otroquesi, tod aquel que rueda de açenna, o de huerto, o de vanno, o de poço asabiendas quebrantare, peche V maravedís et el danno doblado, et sinon, quese salve asi como de furto.

176. *F. Zorita* 163: Mas tod aquel que molino ageno asabiendas encendiere, pecho CCC sueldos, el danno doblado, i pudiera ser provado, et si non que se salve, assí como por furto.

el hurto. Esta consideración pudiera hacer creer que el *furto* ha desaparecido como delito especialmente delimitado y se ha diluido, como uno más, en ese *mare magnum* que constituyen los daños en propiedad ajena. Sin embargo, la realidad es otra. Estamos, no cabe dudarlo, ante una subida a primer plano del aspecto procesal. Tanto es así que el término *furto* aparece casi exclusivamente ligado a la expresión *salvese como de*. Pero, pese a todo ello, ciertas acciones se distinguen y se califican claramente de hurtos.

En efecto, al lado de la generalización del procedimiento del hurto, aplicable ahora a daños distintos, se diferencia el grupo tradicional de acciones furtivas. Se trata de los supuestos en que los fueros utilizan el verbo *furtare*. Ya no estamos en presencia de un daño cualquiera, sino concretamente de un *furtare*. Como es natural, también en estos casos el acusado ha de sujetarse al procedimiento del hurto, pero si resulta *vencido* en él, los fueros consignan expresamente la consecuencia: *peche como ladrón*. Esto demuestra, en primer lugar, que sólo es ladrón el que *furtare*, no el que comete otros daños distintos, aun cuando tuviese que someterse al procedimiento del hurto; en segundo lugar, que el hurto tiene, frente a los daños, una penalidad específica¹⁷⁷.

177. F. Zorita 165: Et tod aquel que aquesto furtare, peche assi como ladrón, si pudiere seer provado, et sinon quese salve assi como por furto. F. Teruel 734: Otrosí, qual quiere que paia agena furtare et a él provado'l fuere, peche la assi como ladrón; si non salve se assi como de furto. F. Tcruel 674: Otrosí, si alguno reth o trasmoio de pexcador (furtare o algún ingenio o pexcado de la reth o anzuelo furtare et provado'l fuere, assi como ladrón refaga aquel danno por la iura de su sennor; si non, salve se assi como de furto. Idem. F. Zorita 745, F. Zorita 821: Siel alfayate alguna cosa que dadal fuere ataiar o acoser furtare, pechela segund de ladrón. F. Cuenca 938: Si quis alveolum cum apibus fregerit aut dampnificaverit, pectet unum aureum. Si eum furatus fuerit, pectet ut latro, aut salvet se sicut de furto. Idem F. Heznatoraf 827. F. Teruel 740: Otrosí, qual quiere que abeias agenas en yermo o en poblado prisiere o furtare et a él provado'l fuere, peche las assi como ladrón o salve se assi como de furto. F. Cuenca 136: Quicumque ligna, aut lapides, aut tegulas, aut lateres, aut soldatam, aut tegimen alicuius domuo furatus fuerit, pectet illud sicut latro, vel salvet se sicut de furto. Idem F. Heznatoraf 125. F. Scpúlveda 157 y F. Zorita 120. F. Tcruel 657: Otrosí, si alguno de las aves avant dichas furtare e provado'l fuere, peche las assi como ladrón; si non, salve se assi como de furto. Idem, F. Cuenca 846 y F. Zorita 732.

Por lo demás, incluso en un mismo texto se distingue, en ocasiones, el hurto de una cosa de los daños causados en esa misma cosa ¹⁷⁸.

2. Estamos en un momento de poca madurez jurídica. Sería vano que buscásemos en los fueros un concepto expreso de *furto*. Los fueros se contentan con indicarnos que el *furto* consiste en un *furtare* ¹⁷⁹. Sin embargo, una curiosa postura que adoptan nos permite deducir algunas consecuencias de interés. Así, por ejemplo, al tratar de los daños, establecen una distinción para indicar en qué casos debe utilizarse el procedimiento del hurto y en cuáles no. Para los daños cometidos de día rige un régimen propio, para los mismos daños perpetrados de noche hacen una remisión al procedimiento del *furto* ¹⁸⁰. El concepto de hurto se acerca y aparece emparentado, de este modo, con la idea de la noche. En algunos fueros este acercamiento es tan intenso que acciones cometidas de día constituyen tan sólo daño, y las mismas acciones consumadas de noche se califican de *furto*. Por ejemplo, en Coria y Usagre coger uvas por el día no pasa de ser un daño, pero esta misma acción realizada de noche ya no es un simple coger, sino un *furtare* ¹⁸¹. También la idea de ladrón aparece vinculada a la noción de la noche. Aquel que, desde que dejan de tañer las campanas, deambula por las

178. Así, en *F. Zorita* 165: romper la rueda de un molino, de hurtar esa rueda; en *F. Zorita* 821: hurtar parte del paño, de estropear ese paño; en *F. Cuenca* 938: romper la *apiaria*, de hurtarla; en *F. Cuenca* 846: *lisiar* aves domésticas, de hurtarlas; lo mismo en *F. Zorita* 732; en *F. Soria* 451: *furtare rret o nassa* de pescador, de *quebrantare* los mismos objetos.

179. Vid. los textos cit. en la nota 177.

180. *F. Sepúlveda* 218 y 142, *F. Teruel* 406, *F. Sepúlveda* 126, *F. Zorita*, 66, etc.

181. *F. Usagre* 101: Qui colligerit huvas in vineas alienas de día, o pasciere a sabiendas, pectet V. moravetis. *F. Usagre* 320: Tod omme que uvas furtare de noche o qual cosa se quiere, si verdat fallaren alcaldes et iurados et vozeros, enforquenlo. La misma relación existe entre *F. Coria* 91 y *F. Coria* 316. Obsérvese que no se trata en estos casos de aquel precepto que establece la obligación de someterse al procedimiento del *furto*, sino, por el contrario, de una auténtica consideración sustantiva de hurto. En aquellos casos el verbo expresado para designar la acción es el mismo en ambas situaciones, no cambia. Pero aquí cuando la acción tuvo lugar de día se habla de un coger, y cuando se realizó de noche de un *furtar*.

calles de la villa sin dar explicación satisfactoria, se presume que es un ladrón, y sufre las mismas consecuencias penales que éste ¹⁸².

No parece que pueda hablarse, sin reservas, de un influjo directo de aquella concepción germánica que centraba la esencia del hurto en la nocturnidad, porque, como ya hemos visto, todavía en los fueros breves estaba claro que la nocturnidad no pasaba de mera circunstancia. En el mismo Fuero de Usagre se encuentra una disposición que da pie para sostener que la nocturnidad operaba, respecto al hurto, como simple circunstancia agravatoria de la responsabilidad. F. Usagre 101 preceptúa que al que tomaren —flagrancia— hurtando de noche deben ahorcarlo; *et si tomar non ne pudieren et rancado fuer por ello, pectet la calonna duplada* —por la nocturnidad— *querimoniosus*. F. Real 3,15,1, habla, por otra parte, claramente, de hurto cometido de noche y de hurto cometido de día.

Más que de aquella idea germánica se trata de una presunción o de una asociación de ideas. La noche representa la hora del silencio y del descanso. Mejor aún la hora en que el sujeto pasivo está dormido. No es la noche en sí la que presta su esencia al delito de *furto*, sino ese estar dormida la víctima, que los fueros ligan, en principio, a la hora de la noche.

Teniendo presente esto, no es difícil comprender el movimiento que se opera en el concepto de hurto tal como aparecía todavía en el período visigodo. Ciertos supuestos de hecho van a desprenderse del concepto de hurto y a caer en el de daños. Coger uvas por el día no es hurto, sino daño, en Coria y en Usagre; tomar fruto ajeno acarrea la obligación de pagar una multa, y no se somete al régimen de hurto ¹⁸³; otro tanto sucede en algunos lugares al que lleva sarmiento de vid ajena ¹⁸⁴, etc., Sin embargo, es dado apreciar en

182. F. Usagre 245: *Tod omne qui de nocte andar por villa, postea quod cinbalum cessaverit, et non dixerit unde venit, aut quo vadit, et per bonos homines non probaverit pro bono, faciant el quasi ad latronem. Idem F. Coria 236. F. Zamora 21: E aquel omne que fur boltor o vida mala vivir, que desque tanen ela canpana aconpredos andudier fuera por la villa, aya voz de ladron.*

183. F. Usagre 107; F. Coria 98; F. Sepúlveda 222 a, 125, 82, 190 y 191; F. Soria 181, 203 y 205.

184. F. Salamanca 71.

algunos fueros la conciencia de los estrechos ligámenes existentes entre estos daños y el *furto*. En Ledesma, por ejemplo, una misma acción de esta índole contra el patrimonio ajeno origina que se pueda exigir responsabilidad, bien sometiendo la cuestión al régimen de daños, bien *demandando por furto* ¹⁸⁵.

La posición de *durmiente* del sujeto pasivo, que caracteriza al hurto, hace que se comprendan sin dificultad en el concepto general del hurto las actuaciones típicas de los efractores. Supuestos de fracturas de paredes, etc., constituyen hurtos ordinarios, en tanto no *despierten* la presencia personal de la víctima. La composición es la ordinaria, aunque, claro está, suele originarse un concurso de delitos, en la medida en que el efractor quebrante con su conducta la paz de algún lugar ¹⁸⁶.

Una serie de acciones de apropiación indebida y fraudes se asimilan al hurto. Pero, en general, cabe decir que continúa tratándose de simple equiparación en la pena. El que encuentra la cosa perdida y no pregona su hallazgo, reteniéndola ¹⁸⁷, el que oculta la cosa en provecho propio y no la entrega al *quadrellero* encargado de hacer la partición ¹⁸⁸, el que teniendo la cosa se la demanda a otro ¹⁸⁹, el que se hace inscribir dos veces para participar en la partición ¹⁹⁰, el que niega los *peños* recibidos ¹⁹¹, el que niega la

185. F. *Ledesma* 40, 41, 131 y 350. La distinción se presenta en estos casos como puramente procesal. El elegir uno u otro procedimiento produce, respecto a la pena-indemnización, resultados distintos, pero también las obligaciones procesales son diversas en uno y otro caso.

186. F. *Zorita* 171: Tot aquel que casa omolino foradare ageno, peche como por quebrantamiento de casa, maguer non saque ende ninguna cosa: si por aventura en ellos danno, fiziere, tornelo segund de ladron. F. *Teruel* 347: Otrossí, qual quiere que molino quebrantar á o foradar á, pecho CCC sueldos, si provado'l fuere si non, salve se con XII vezinos e sea credido. E si alguna cosa ent sacar á, peche lo et emiende lo assí como ladrón. En el mismo sentido, F. *Alcalá* 288. Cfr. *Lex Vis.* 8, 4, 30. Sobre el concepto romano de *efractores* Vid. W. REIN, *Das Kriminalrecht* cit., pági na 319 ss.

187. F. *Cuenca* 812; F. *Heznatoraf* 811; F. *Teruel* 713; F. *Zorita* 784 y 786; F. *Soria* 553; F. *Real* 4, 13, 2.

188. F. *Zorita* 647.

189. F. *Teruel* 531 y F. *Cuenca* 355.

190. F. *Teruel* 592.

191. F. *Real* 3, 19. 4.

cosa depositada y luego se le encuentra ésta en su poder ¹⁹², el que mezcla algo a la plata que recibió para trabajarla ¹⁹³, quedan sometidos a la misma responsabilidad que el que realiza un hurto. En general, estas acciones se distinguen conceptualmente del *furtare*. *Qui oro o plata tomare dotro e lo falsare mezclándolo con otro metal peor, o dello furtare, aya la pena que es puesta en lo de los furtos* ¹⁹⁴. Está claro que se distinguen las dos acciones, y que el punto común entre ellas es el estar sancionadas con la misma pena.

3. Para que pueda hablarse conscientemente de *furto* de uso y de *furto* de posesión se requiere que ambos se encuentren delimitados y aparezcan como bienes jurídicos *a se*, como objetos específicos de protección jurídica. En los fueros —la confusión es ya anterior— no se distinguen con claridad el derecho de propiedad del derecho de posesión, ni éste del derecho de uso. Por eso, naturalmente, no alcanzan los fueros a comprender la idea de un *furto* de uso o de un *furto* de posesión. A veces se hacen eco de supuestos de esta especie de hurto, porque resuena todavía el sistema jurídico del período visigodo; pero no adoptan ante ellos una postura terminante, antes al contrario, se muestran vacilantes.

Poquísimas son las referencias a casos que pudiera considerarse integraban *furto* de uso, y en las pocas que hemos encontrado no se emplea para nada —parece como si no se atreviesen a emplearla— la palabra *furto*. Los casos contemplados giran en torno a aquel que su *senhor non plaziante o sin su mandado* utiliza bestias ajenas para acarrear algo o trabajar algún campo ¹⁹⁵. Queda la duda de si estos casos se conceptuaban como daños y no como hurtos, por-

192. *F. Zorita* 814.

193. *F. Teruel* 752; *F. Zorita* 818; *F. Real* 4, 12, 8.

194. *F. Soria* 576 y *F. Real* 4, 12, 8. Cfr. *Lex Vis.* 7, 6, 3 y 7, 6, 4.

195. *F. Zorita* 718: Et qui bestia agena cargare o acarrear, su senhor no plaziante, pechela doblada. *F. Real* 4, 5, 15: Que pena ha el que trilla con bestias ajenas sin licencia de su senhor... con la pena del doblo; y esta pena haya quien tomare bestia agena, o buey para carrear alguna cosa sin mandado, ó contra la voluntad de su señor. *F. Soria* 556 preceptúa que el que usa la bestia encontrada debe pagarla doblada. Cfr. *Lex Vis.* 8, 4, 1, que asimila el supuesto al hurto (*pro fure teneatur*) en caso de que no se encuentre al animal.

que este rehuir del empleo del término *furto* es significativo. La sanción consiste en entregar doblada la cosa que se usó.

En el Fuero Real se encuentra regulado el supuesto clásico de *furto* de posesión¹⁹⁶: El que pignora la cosa y luego la sustrae a su acreedor. Hay base para sostener que esta conducta se consideraba como auténtico *furto*, ya que la acción de sustraer la cosa a aquel a quien se empeñó se califica de *furtare gela*.

4. Se ha dicho en más de una ocasión¹⁹⁷ que los fueros distinguieron entre hurto grande y pequeño, con lo que tendríamos también aquí un germanismo influyendo de manera directa. Pero, en realidad, lo que hacen los fueros es establecer diversas graduaciones de hurtos, atendiendo a la cuantía del objeto hurtado, con efectos fundamentalmente procesales, como ya apuntó Gibert al estudiar los fueros de Sepúlveda¹⁹⁸, y también con trascendencia para los casos de insolvencia económica. El valor de lo hurtado determina *obligaciones probatorias* diferentes¹⁹⁹. Pero esto no faculta para decir que la distinción tiene otros efectos, ni siquiera el de repercutir en la pena señalada, aun cuando algún texto²⁰⁰ pudie-

196. *F. Real* 4, 13, 13. Todo home que su cosa empenare á otro, e despues gela furtare, pechela así como de furto. Cfr. *Lex Vis.* 5, 6, 2.

197. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio* (Madrid, 1946), pág. 46, y V. MANZINI, *Le varie specie di furto*, cit., pág. 596.

198. R. GIBERT, *Estudio histórico-jurídico*, en los *Fueros de Sepúlveda* (Segovia, 1953), pág. 512.

199. *F. Cuenca* 764: Qui furtum fecerit usque ad quinque menkales, et probari non potuerit, salvet se cum duodecim vicinis et credatur ei. A quinque et supra respondeat suo pari. Si furtum ei probari potuerit, pectet petitionem duplatam cum novenis, sicut forum est. Obsérvese como si el hurto resulta probado la distinta cuantía no influye en la penalidad. En el mismo sentido *F. Heznatoraf* 680; *F. Tcruel* 601; *F. Sepúlveda* 53; *F. Zorita* 653; *F. Coria* 227; *F. Usagrc* 233.

200. *F. Soria* 547: Todo omne que fuere preso con furto que vala de quarenta mr. ayuso, por el primer furto pechelo con novenas e non aya otra pena; e si non oviere de que pecharlas, pierda lo que oviere e corten le las oreias. Et de quarenta mr. arriba, qué lo peche con novenas; e si non oviere de que pechar las, pierda lo que hubiere e corten le las oreias e el punno. Et si fuere preso con furto la segunda vez e valiere de quarenta mr. ayuso e estemado non fuere, peche lo con novenas e corten le las oreias; e si non oviere de que pechar las novenas, pierda lo que oviere e las oreias. Et de quarenta arriba, peche las novenas e corten le las oreias e el punno. En si al segundo furto estemado lo fallaren, muera por ello. Et por el tercero furto,

ra inducir a creerlo, de primera intención, al establecer una pena subsidiaria corporal más grave en los casos en que el valor de lo hurtado es mayor. En efecto, hay que tener en cuenta que al legislador municipal pudo parecerle razonable que, puesto que la pena principal era un *múltiplo* de lo hurtado, la pena subsidiaria, que sustituye a ese múltiplo, reflejase también la diversa gravedad cuantitativa.

Subsiste la diversidad, según los lugares, en cuanto a la cuantía de la composición. En Cuenca, Teruel y Alba hay que entregar el duplo a la víctima y las novenas al poder público²⁰¹. En Zorita, Soria y Fuero Real se debe el duplo con las setenas²⁰². En Coria,

quanto quier que ssea muera por ello. Está claro cuál es el sentido del texto. Trata de fijar la pena corporal subsidiaria en caso de insolvencia. Pero la cuantía de la composición no varía. Al mismo tiempo toma en cuenta la reincidencia para imponer penas corporales accesorias. Sin embargo, en el texto hay un párrafo que rompe la simetría interna del mismo: *Et de quarenta arriba peche las novenas e corten le las oreias e el punno*. Este párrafo contemplado aisladamente pudiera dar base para sustentar la opinión que rechazamos aquí. Pero no es lícito tomar en cuenta este párrafo aisladamente. El párrafo, en armonía con todos los otros, lo que quiere decir es que de *quarenta arriba peche las novenas e corten le las oreias* —por reincidente—; *e si non oviere de que pechar las novenas, pierda lo que oviere e las oreias e el punno*. Se trata, pues, de un defecto en la expresión. Corrobora lo dicho no sólo el tenor general del texto y el testimonio de la generalidad de los otros fueros, sino también el contenido de una ley del Fuero Real, que está tomada, sin duda, del de Soria y en la que este defecto expresivo no aparece. *F. Real* 4, 5, 6: *E si alguno furtáre alguna cosa que vala quarenta maravedís, ó dende ayuso, peche las novenas, las dos partes al dueño del furto, e las siete partes al Rey: é si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hubiere, é cortenle las orejas; y esto sea por el primer furto: e si furtáre otra vez, muera por ello: é si el furto primero valiere mas de quarenta maravedís, peche las novenas, así como sobredicho es: é si no hubiere de que lo pechar, cortenle las orejas, y el puño.*

201. *F. Cuenca* 23; *F. Teruel* 54; *F. Alba* 23, 24, 89 y 90.

202. *F. Zorita* 241, 814, 15, 843 (En *F. Zorita* 653 aparece establecido el pago del duplo con novenas; no cabe otra explicación para resolver esta antinomia que la de pensar que el redactor siguió el modelo, tal vez *F. Cuenca* 764, olvidándose de que debía armonizar esta composición que aparecía en el modelo con la establecida en su fuero); *F. Soria* 551; *F. Real* 4, 5, 6. Igualmente sigue este régimen *L. Fueros* 11, ya que en la expresión novenas va incluido el duplo al *querrelloso* y las setenas debidas al poder público.

Usagre y Zamora debe entregarse el doble del valor de la cosa y pagar una multa fija ²⁰³. En Sepúlveda se establece el duplo ²⁰⁴.

Las penas de mutilación suelen aparecer como penas principales conjuntamente con la composición económica en caso de reincidencia ²⁰⁵, o bien como subsidiarias en caso de insolvencia ²⁰⁶. La pena de muerte se reserva frecuentemente para los casos de flagrancia y también de reincidencia ²⁰⁷.

Puede afirmarse, pues, que tanto la flagrancia como la reincidencia se presentan claramente como fundamentos de agravación. Así, por ejemplo, se impone la pena de muerte en caso de flagrancia ²⁰⁸, y en caso de reincidencia ²⁰⁹, y también cuando concurren ambas circunstancias, como es natural ²¹⁰.

203. *F. Coria* 230 y 316; *F. Usagre* 235 y 320 y *F. Zamora* 50 (para el primer hurto).

204. *F. Sepúlveda* 242.

205. *F. Sepúlveda* 242; *F. Soria* 547; *F. Real* 4, 5, 6.

206. *F. Soria* 547 y *F. Real* 4, 5, 6.

207. Entendemos que las expresiones *fagan del iusticia, aiusticiar*, etc, se utilizan en muchas ocasiones como sinónimas de ejecutar la pena capital. Así cabe deducirlo del sentido de muchos textos (*F. Ledesma* 103, 105 y 112, *F. Salamanca* 92, *F. Soria* 496, etcétera). Siendo buena prueba ciertas sustituciones verbales que se observan en preceptos correspondientes. Así la que se observa entre *F. Ledesma* 112 y *F. Salamanca* 172; entre *F. Usagre* 320 y *F. Coria* 316, y *F. Usagre* 384 y *F. Coria* 373; entre *F. Ledesma* 42 y *F. Salamanca* 92; entre *F. Cuenca* 981 y *F. Hezma'oraf* 877. En contra, vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 49, nota 59.

208. *F. Zorita* 241; *F. Usagre* 360, 384 y 215; *F. Coria* 347, 373 y 207; *F. Alba* 22; *F. Ledesma* 103; *F. Salamanca* 172. *F. Cuenca* 268 se refería sin duda a supuestos de flagrancia, pero el haber utilizado el término *vencido* en vez de *preso*, dio origen a que no se interpretase correctamente. De la dudosa interpretación queda constancia en el Mejoramiento del *F. Cuenca* del Rey D. Sancho, en el que se dice: Otrósí alo que me enbiastes dezir del que era vencido por furto que le manda morir e non dize si por grant furto si por pequeno, a esto vos digo que se libre según derecho e non por ese fuero.

Conviene tener presente que la flagrancia tiene en estos momentos un matiz procesal que amplía su contenido. Se caracteriza y configura como aquella situación en la que el delincuente no puede negar. En este sentido es elocuente *F. Usagre* 320 (correspondiente a *F. Coria* 316): Tod omne que uvas furtare de noche o cual cosas se quiere, si verdat fallaren alcaldes et jurados et vozeros, enforquenlo. Et si negare, iure con III vizinos. Et si non cumpliere, pectet el danno duplado et III moravetis domino vinee. Referidos a supuestos flagrantes, en este sentido hay que

También la pena de muerte aparece en ciertos supuestos como subsidiaria, para el caso de no poder pagar la composición. Se trata

entender, pese a su expresión general, muchos textos de nuestros fueros. Sirva de ejemplo *F. Usagre* 101: Et qui de noche furtare uvas o otra cosa cualquiera, enforquenlo. Porque en otro caso es imposible evitar la contradicción en muchos textos.

En Coria y Usagre se dedica un texto especial para el hurto flagrante de la mujer (*F. Usagre* 384 y *F. Coria* 373). Pudiera muy bien suponerse, como dice Rodríguez Devesa (*El hurto propio*, cit., pág. 49), que ello indica que en tiempos anteriores regía un régimen especial para la mujer. Pero también que este precepto no es sino una interpretación auténtica de aquellos en que se establece la penalidad del hurto flagrante (*F. Usagre* 320 y *F. Coria* 316). En efecto, en estos textos se habla de *tot omne*. Los textos que comentamos aquí vendrían a decir que también la mujer, lo femenino, cae bajo el ámbito de los mismos preceptos, en contra de la expresión masculina en ellos utilizada. *Fagan della los alcaldes iusticia como de ladrón*. Mejor que de una asimilación se trata de expresar que la mujer puede ser ladrón del mismo modo que el hombre. Porque hay que tener en cuenta que muchos fueros sienten la preocupación de expresarse en masculino y femenino, con el ánimo de no incurrir en defecto. *F. Alba* 22: *ladrón o la ladrona*. *F. Ledesma* 42: *ladrón o ladria*. *F. Ledesma* 103: *ladrones o ladrias*. *F. Salamanca* 109 y *F. Ledesma* 57: *moro o mora*.

209. *F. Cuenca* 981; *F. Teruel* 783; *F. Zorita* 843; *F. Coria* 347; *F. Usagre* 360; *F. Soria* 547; *F. Real* 4, 5, 6; *L. Fueros* 158. También aquí hay que interpretar restrictivamente muchos textos, puesto que, pese a su tenor literal, es evidente que sólo se refieren a casos de reincidencia. Por ejemplo, *F. Usagre* 360 y *F. Coria* 347, que preceptúan: *ladrón que hurtare, enforquenlo*. Incluso es curioso indicar que se habla de *ladrón*, es decir del que ya ostenta esta condición por haber hurtado con anterioridad, en contraste con la expresión utilizada en otros textos: *tot omne que furtare* (*F. Usagre* 320 y 101, *F. Coria* 316), *qui furtare*. No se olvide que algún fuero incluso establece que por la primera vez que se hurta *non se aya voz de ladrón* (*F. Zamora* 50).

El establecimiento de la pena de muerte plantea un problema que no aparece expresamente resuelto en los fueros, cuál es el de la existencia o inexistencia, a su lado, de la composición económica al perjudicado. Tentados estamos de creer que la composición operaría igualmente, y que la pena de muerte sustituiría únicamente aquella parte de la composición que en los casos normales pertenece al poder público. En los fueros el hurto se considera como una ofensa privada —duplo al *querellosos*— y, al mismo tiempo, como una ofensa a la sociedad —setenas a palacio o multa al poder público, representantes de aquélla—. *F. Zorita* 468; Que ante dela lit pueden ífacer composición...: ca si por furto opor homicidio fuere, non pueden componer m en os de palacio, la lid non començada. *F. Real* 4, 13, 14: Si alguno acusáre a otro ante el Alcalde, o ante el Merino, que fizo algun furto, é despues sin

de casos considerados graves y en los que la composición es elevada ²¹¹.

Algunos hurtos está sometidos a un régimen de penalidad especial, que se explica fácilmente teniendo en cuenta la función público-social del lugar de la comisión, o incluso del objeto ²¹².

Paralelamente ciertos supuestos de hurto, en atención a la cualidad que ostenta el sujeto activo, llevan aparejada, como pena accesoria, la pérdida de derechos: inhabilitación perpetua e incapacidad para ser testigo ²¹³, incapacidad para ser testigo ²¹⁴, etc.

Se reconoce expresamente el derecho a la defensa contra el ladrón. Cuando éste, a su vez, intenta defenderse con armas, si se le causa la muerte no se responde de homicidio ²¹⁵.

5. En general se tiende a castigar al que facilita el agotamiento del hurto, o pretende facilitar la impunidad del agente, con la misma pena que a éste correspondería sufrir ²¹⁶. Así preceptúa F. Real

mandado de aquel á quien se querelló fizo alguna postura con él, peche las setenas al Rey porque le quiso encubiertamente toller su derecho.

Esta consideración del hurto como una ofensa en la que tiene interés el perjudicado, pero también, en mayor medida, el poder público supone un eslabón intermedio entre la concepción del Derecho Penal típica de la Alta Edad Media y aquella otra característica de la Baja Edad Media. Es característico de la Baja Edad Media atribuir a la autoridad pública no sólo la jurisdicción, sino el exclusivo interés en el castigo de los delitos. Vid. A. LÓPEZ-AMO MARÍN, *El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media*, en *AHDE* 26 (1956), págs. 554 y ss. Creemos, en definitiva, que la pena de muerte sustituía únicamente la parte correspondiente al poder público, subsistiendo a su lado la obligación de entregar la composición a la víctima. Incluso puede hallarse un relativo apoyo para sustentar esta opinión en algunos textos, *L. Fucros* 158 y *L. Estilo* 72. *F. Alba* 22 se cuida de advertir que si hacen justicia del cuerpo del autor, los alcaldes —representantes del poder público— no tomen nada de su haber, so pena de caer en perjurio, y que entreguen el *furto* a su dueño —se puede entender tal como se entrega normalmente, es decir, *duplado*—.

210. *F. Sepúlveda* 79 c: *jamado y preso con*.

211. *F. Sepúlveda* 22 y *F. Zorita* 678.

212. *F. Zorita* 643; *F. Sepúlveda* 111; *F. Zorita* 47; *F. Teruel* 320.

213. *F. Cuenca* 771 y *F. Teruel* 605.

214. *F. Zorita* 660.

215. *F. Zamora* 83: E se el que fur fechor se quisier anparar con armas, matenlo sin colonia.

216. Todo aquel que de alguna manera defiende o protege al *furtador*,

4,13,1: *Mandamos, que aquellos que fueren consejeros en algun furto, ó lo tomáren a sabiendas, o lo encubrieren hayan tal pena como aquellos que facen el furto*²¹⁷. Como se puede apreciar no es que se confundan con los autores, sino que se formula una equiparación en la pena, sin duda determinada por medidas de política criminal, en vista de la frecuencia de estos delitos. A este respecto es digno de tenerse en cuenta el interés que muestran los fueros para que los ladrones no queden impunes. En Salamanca se establece la obligación, para el que sorprende al ladrón, de *dar apelido* o *segurilo*, produciendo la omisión de esta conducta debida la consecuencia de sufrir el omitente la misma pena del ladrón²¹⁸. En Sepúlveda y Alba, después de establecer la obligación de los

facilitando su huida para conseguir la impunidad, queda sujeto a la pena que su protegido debería sufrir (*F. Zorita* 415 y 500; *F. Real* 4, 13, 11). Otro tanto sucede al que acoge en su casa al delincuente (*F. Sepúlveda* 86 y *F. Salamanca* 175). Más grave, como es natural, se considera la acción de arrebatar el detenido o la cosa hurtada a las autoridades (*F. Cuenca* 980, y *F. Ledesma* 161). Cuando se sospecha que alguna cosa hurtada ha ido a parar a casa de alguien, éste tiene que permitir, previas ciertas formalidades (*F. Cuenca* 979; *F. Teruel* 781; *F. Zorita* 841), el registro de la casa. Si, a consecuencia de este registro, se encuentra la cosa hurtada, el habitante de la casa o bien ha de presentar al autor del hurto, o bien ha de responder él mismo por el hurto (*F. Cuenca* 980; *F. Teruel* 783; *F. Zorita* 843). Recuerda un poco esta tramitación aquellas acciones *furti concepti et oblati*, del período romano, dando la impresión de que ahora aparecen amalgamadas las dos posibles posturas del habitante de la casa. *L. Fueros* 205 expresa: et sy dixiere "non es en mi casa" et despues entraren en casa e fallaren en su casa el aver, deve ser encorrido por ladron. Et sy dixiere: "sy aqui es non lo se yo", e el omne seyendo de buen testimonio e fallando y el furto, non deve perder de lo suyo, mas deve aver lo suyo el que lo perdio. Et sy fallaren y dello e non todo, deve dar aquello a su duenno; e por lo al, quel faga derecho aquel omne e su muger e los omnes de su casa de quien querella ovyer; que omne que mal quisiere a otro podría una cosa furtada meter en su casa de otro omne por que perdiessse lo que ovyer.

El que, después de producirse esta sospecha, se niega a que se efectúe el registro, automáticamente ha de responder del hurto en la cuantía que afirmase el *querrelloso*. *F. Teruel* 781; *F. Cuenca* 979; *F. Zorita* 841. Esto recuerda, indudablemente, la *actio furti prohibiti* del período romano.

217. Cfr. *Lex Vis.* 7, 2, 7.

218. *F. Salamanca* 175. Este mismo fuero (*F. Salamanca* 163) impone la obligación de denunciar a los alcaldes la existencia de ladrones en la aldea.

aldeanos de denunciar a los alcaldes la existencia de ladrones, si omiten su cumplimiento, se les hace responsables a los habitantes de la aldea de todos los desmanes llevados a cabo por aquéllos. *Quanto damno fizieren aquellos ladrones todo lo pechen los de la aldea* ²¹⁹. En Zamora es obligatorio acudir al *apelido*, y el que no lo hace ha de *pagar el furto que aquel hizo como el fuero manda* ²²⁰. En Ledesma constituye traición, es decir, delito de gravedad especial, soltar al ladrón una vez que se ha conseguido detenerle ²²¹.

También a los que de algún modo se presentan como receptadores de la cosa hurtada se les sanciona con la pena que correspondería al autor del hurto. Raro es el fuero que no se preocupa de exponer minuciosamente el *fuero de otoricia*, en los casos en que se reclaman bienes que se sospecha proceden de un hurto ²²². Pero también aquí se trata de una simple equiparación, y no de una consideración como propios autores, tal como sucedía ya en el período visigótico. *Ca ladron semeja quien la cosa de furto compra a sabiendas del ladrón* ²²³.

b) *Rapiña*.

1. En los fueros aparecen contempladas, con gran uniformidad, una serie de acciones que se semejan al robo, en cuanto suponen un apoderamiento de cosas ajenas realizadas con fuerza. Esta semejanza llevó incluso a algún fuero ²²⁴ a hablar, en uno de estos casos, de robo. Por eso conviene advertir las diferencias. Todas estas acciones se refieren a aquellos supuestos en que, por alguna razón, el agente tiene algún derecho sobre cosas ajenas, y ejercita este derecho directamente, sin acudir ni sujetarse a las formalidades preceptuadas legalmente ²²⁵. Algo así como la realización arbi-

219. *F. Sepúlveda* 89 y *F. Alba* 95.

220. *F. Zamora* 83.

221. *F. Ledesma* 104.

222. Sirva de ejemplo *F. Alba* 24.

223. *F. Real* 4, 13, 6 Cfr. *Lex Vis* 7, 2, 9

224. *F. Real* 4, 5, 7.

225. Sobre la prenda en nuestro Derecho histórico vid. E. HINOJOSA, *El Elemento Germánico en el Derecho español* (Madrid, 1915), págs. 79 y ss.; J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, en AHDE, 14 (1942-43), págs. 81 y ss.; y J. ORLANDIS, *La prenda*

traría del propio derecho. Los Fueros Soria y Real aclaran de un modo expreso *ca si alguno tovriere que a derecho en otra cosa de que alguno fuere tenedor, non deve yr a ello por si mismo, mas demandegelo por fuero ante los alcaldes*²²⁶.

Los fueros, en general, hablan, con gran corrección, de *prendier* o *presier*, y no de robo²²⁷. Pero, como hemos dicho, alguno, concretamente el Fuero Real, formando excepción, habla en un caso de robo sin que ello suponga ninguna confusión conceptual y sea tan sólo índice del reducido vocabulario jurídico de la época. En este sentido es elocuente L. Estilo 72, encargada de aclarar la disposición del Fuero Real, es decir, de explicar que no se trata de un robo, que, pese a su cometido y en vista de la semejanza con el robo —por la intervención de violencia—, termina sin poder eludir el empleo de este término. *La otra Ley que es en el título de las Penas (F. Real 4,5,7), que comienza: Hombre que no fuere ladrón conocido encartado, é robáre en camino, peche lo que ha robado doblado a su dueño, é al Rey cient maravedis. Y esta Ley se entiende del que ha alguna manera de razon de tomar en el camino al que vá por él que lo lleva; asi como el que era su deudor, ó su fiador, ó lo tomó, é le forzó, é le roba lo que lleva, ca en todo robo hay fuerza*²²⁸.

La sanción aplicable también suele ser uniforme en los fueros. El que prenda de este modo pierde el derecho que pudiese tener a la prenda —*si el fforçador derecho y oviere, pierdalo*²²⁹—, y queda obligado a devolver la prenda doblada y a pagar una multa²³⁰.

2. Ya hemos indicado, al estudiar los fueros breves, cómo era posible señalar un momento crítico en la historia de la distinción hurto-robo, en el que el contenido de la distinción, el criterio distintivo, parecía haberse escapado a la mente vulgar del legislador local. Este momento cabe apreciarlo igualmente en los más

de iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel. en AHDE. 23 (1953), págs. 83 y ss.

226. F. Soria 463 y F. Real 4, 4, 4. Cfr. *Lex Vis.* 5, 6, 1

227. F. Ledesma 33, 96 y 217; F. Salamanca 267; F. Cuenca 26; F. Teruel 520; F. Sepúlveda 21 y 164; F. Zorita 17 y 130; F. Coria 250; F. Uságre 258

228. L. Estilo 72.

229. F. Soria 463 y F. Real 4, 4, 4.

230. Vid. los mismos textos cit. en la nota 227.

primitivos fueros extensos. Se encuentran éstos con una realidad insoslayable, desde el período visigodo vienen distinguiéndose, en la vida real, unas acciones que se califican de hurto de otras que se califican de robo. De *furtare* y de *robare* se viene hablando como de cosas distintas. En consecuencia, también los fueros tienen necesariamente que hablar de *furtare* y *rapare* ²³¹.

Pudiera parecer, por lo que dejamos dicho, que la distinción estaba condenada a una desaparición inevitable. Pero no fue así. La misma realidad vivida va a salvar la distinción y a devolver a los fueros la consciencia de la misma, aunque, como veremos, imponiéndole un sentido diferente. Ciertos casos concretos de robo, los más frecuentes en la práctica, atraen la atención de los redactores, que acaban por deducir de ellos el contenido de la distinción. Estos casos son, principalmente, el robo de ganado al pastor, y el robo al caminante. Los Fueros de Coria y Usagre la única vez que dedican disposiciones especiales para supuestos de robo, va a ser para referirse al robo de ganado ²³².

De este modo, el robo continúa siendo una sustracción violenta, pero una sustracción violenta en la que se advierte la presencia inmediata del sujeto pasivo. En la familia Cuenca-Teruel está ya bien claro que sólo se habla de robo cuando en la sustracción interviene con su presencia la persona robada. Robo de ganados al pastor ²³³. Robo de vestidos a la mujer que se está bañando ²³⁴. Robar el *escucha* de los *cavalgadores* ²³⁵. De esta manera se

231. *F. Usagre* 183: Qui rapare o furtare. *F. Coria* 178: Qui rapare o furtare. *F. Sepúlveda* 22: ... qui arrabare ... qui furtare.

232. *F. Coria* 313: De tomar ganado ho robadura Todas las aldeas de Coria a la tierra onde ovieren treguas, e por y traxieren ganado ho robadura, ellos lo tomen, e si non, ellos lo pechen. Idem, *F. Usagre* 317.

233. *F. Cuenca* 907: Pastor non respondeat domino suo pro rebus, quas raptores ei abstulerint. *F. Teruel* 708: Mas empero, el pastor non responda a su senyor por aquellas cosas que robadores le todrán. *F. Zorita* 778: Mas empero non responda a su senyor por las cosas que los robadores le ovieren tollido. *F. Heznatoraf* 807; Mas non responda al senyor por las cosas que los robadores le tollieren.

234. *F. Cuenca* 283: Quicumque mulieri balneanti pannos rapuerit, vel eam expoliaverit, pactet trecentos soldos: si negaverit, et querimoniosus firmare non potuerit, iuret cum duodecim vicinis, et sit creditus. Excepta publica meretrice, que calumpniam non habet, sicut dictum est.

opera un acercamiento del robo a los delitos contra las personas. Es revelador, en este sentido, que en la segunda de las clases de robo citadas se tome en cuenta la condición personal de la víctima ²³⁶ y, sobre todo, que en la tercera se haga una remisión expresa para *salvarse* al procedimiento del homicidio ²³⁷.

El verbo que expresa la modalidad de la acción del robo es *tirare*. La esencia del robo la constituye un *tirarle* o un *tollerle* las cosas a la persona robada ²³⁸. Y, por tanto, el robo equivale a un apoderamiento realizado con violencia en las personas.

Este nuevo sentido de la distinción va a culminar en Fuero Soria-Real-L. Fueros-Fuero Viejo. Es bien elocuente que el único texto del Fuero de Soria que habla de robo, con independencia del hurto, contemple un supuesto de robo al caminante, distinguiendo las consecuencias según se haya producido homicidio o lesiones, o bien la víctima *tornando sobressi o ssobre lo suyo, ffiriere omatare al rrobador* ²³⁹. En el Fuero Real se habla preferentemente de robo al caminante y de robo al labrador que está trabajando su tierra. *El que robáre viandante, ó que estuviere fuera labrando* ²⁴⁰. L. Fueros 232 recoge una fazaña en la que un *tornadiso* reclama dos maravedis que dice le robaron, y uno de los testigos describe cómo venía delante el robado y, detrás de él, el acusado con una lanza. La presencia personal de la víctima se advierte también en los casos de robo que se contienen en el Fuero Viejo ²⁴¹. Siendo intere-

235. *F. Cuenca* 781: Quicumque absconsam cavalgatorum rapuerit, peccet ducentos aureos, et exeat inimicus in perpetuum, si confessus fuerit; si negaverit, salvet se sicut de homicidio. Igual en *F. Zorita* 670 y *F. Hesnatoraf* 695.

236. Aun cuando pudiera interpretarse como una norma de carácter administrativo.

237. Vid. los textos cit. en las n. 234 y 235.

238. Vid. los textos cit. en la n. 233.

239. *F. Soria* 496: tod aquel que por rrobo ffazer matare a otro omne de camino.

240. *F. Rcal* 4, 4, 18.

241. *F. Viejo* 2, 4, 4: Esto es Fuero de Castiella: que si algund ome se querella al Rey o aquellos, que están por el en la tierra, que algund ome le tomó o robó en la tierra alguna cosa andando de camino. si él sopier, o quisier nombrar, quales eran aquellas personas ciertas, quel tomaron lo suo, o...

santé resaltar cómo en este mismo texto cobra el robo un matiz elevado de ofensa personal. El robo figura como uno de los atentados personales, como una de las deshonras, que todo caballero puede inferir a otro, una vez que lo ha desafiado. *Esto es Fuero de Castiella: Qui si algund Fijodalgo baraja con otro Fijodalgo, e se parte de la baraja; e si alguno dellos quisier facer mal a otro, deuelo ante desafiar, e de tercer día adelante puedel' desonrar, e robar de lo suo por dó quier que lo fallare fasta nueve dias; e de nueve dias adelante puedel'sin más estança ninguna matar*²⁴².

Por supuesto, las actuaciones características de los *efractores* no constituyen robo, como ya hemos dicho, en tanto no despierten la presencia personal de la víctima²⁴³. Pero incluso otras hipótesis que se consideraron, en el periodo romano y visigodo, como robo, pueden originar ahora la calificación de hurto o de robo. Así, por ejemplo, el clásico caso de las sustracciones realizadas con ocasión de catástrofes. La existencia de la catástrofe no determina por sí sola la calificación de robo. Existirá robo cuando la sustracción realizada en tales condiciones suponga además un ataque inmediato a la persona robada. En caso contrario, pese a la presencia de la situación catastrófica, la sustracción constituirá hurto y no robo. *Si casa de alguno se encendiera, e los que van á ayudar, por matar el fuego, alguna cosa de las suyas, ó de las que tenían en guarda robaren, ó furtáren, el que la robó pechela á aquel*

242. *F. Viejo* 1, 5, 3.

243. *F. Alcalá* 288: A ladrón que tomaren con furto en casa foradando en corral o sobre pared entrando. pierda lo que oviere. e setenas a palacio; e si non oviere donde cumpla, pierda lo que oviere e iusticienle el cuerpo. *F. Real* 3, 15, 1: Y esto mesmo mandamos, que si gela furtáren de noche con otras suas cosas e si rastro alguno paresciere, como pared foradada, ó puerta quebrantada, ó otra cosa semejable, e luego que supiere que el furto es fecho, dixiere le furtaron aquellas cosas que tenía en encomienda, e los nombrare, eso mismo sea: e si de día fue fecho el furto, maguer que no parezca el rastro: ca los que de día furtan no suelen foradar pared, ni quebrantar puerta, si no fuere en lugar que es yermo. *F. Real* 4. 5. 6: Todo home que foradare casa, o quebrantare Iglesia por furtar. muera por ello. *L. Fueros* 20: Título delos furtos delos romeros en casa delos alvergadores. Esto es por fuero: que sy el romero alberga en casa del alvergador e foradaren la casa de noche e levaren algo delos romeros etc ... Vid. n. 186.

que la robó, así como manda la Ley de los que roban: é si la furtó, pechela así como manda la Ley de los que furtan ²⁴⁴.

3. Grandes dificultades encierra reducir a un esquema uniforme la penalidad del robo. Ya habíamos visto cómo en los fueros breves se perdió todo rastro de las composiciones propias de este delito —cuádruplo y undécuplo— en el período visigodo. En buena parte de los fueros extensos que hemos consultado, suele ligarse el robo el pago de una multa. Pero también en la mayoría nada se dice respecto a la indemnización o la devolución de lo robado ²⁴⁵. Lo más probable, siguiendo las indicaciones de otra buena parte, es que la multa impuesta operase juntamente a la devolución, y que esta devolución tuviese que hacerse doblando el valor de la cosa ²⁴⁶. Pudiendo interpretarse el silencio del resto de los fueros como un dar por supuesto que la devolución se haría, tal y como se preceptúa, en general, para toda clase de sustracciones y daños en la propiedad ajena ²⁴⁷.

Es posible pensar que la imposición de una multa está en relación con la idea de que todo robo supone un quebrantamiento de la paz. De ahí también su variedad en la cuantía, de acuerdo con la clase de paz quebrantada. Por de pronto, sabemos ya que los

244. *F. Real* 3, 15, 8. Cfr. *Lex Vis.* 5, 5, 3.

245. *F. Cuenca* 781: Quicumque absconsam cavalgatorum rapuerit, peccet ducentos aureos, et exeat inimicus in perpetuum. *F. Zorita* 670: Del que robare el escucha. Todo aquel que el escucha delos cavalgadores robare, peche CC maravedis et salga enemigo por siempre. *F. Cuenca* 283: Quicumque mulieri balneanti pannos rapuerit. vel eam expoliaverit. peccet trecentos soldos. *F. Zorita* 256; Otroquesi, tod aquel que ala muger bannandese los pannos le arrabare, ogelos tolliere, ola despoiare, peche CCC sueldos.

246. *F. Sepúlveda* 22: Qui arrabare alguna cosa, peche al rey mil mrs. en coto et el danno doblado al querelloso. *F. Teruel* 321: Decabo mando que qual quiere que a muger barmada pannos arapará o espugará, peche CCC sueldos, si provado'l fuere, et el danno refaga segunt del fuero. *F. Soria* 496: Et si lo ffiriere, maguer non muriese de las feridas, peche las calonnas dobladas de las fferidas, C. mr. al rey por el quebrantamiento del camino, e el rrobo doblado a su duenno.

247. *F. Teruel* 321: Et el danno —el robo— refaga segunt del fuero. Esta remisión, que falta en los textos correspondientes del *F. Cuenca* y *F. Zorita* es muy reveladora. Por otro lado, sabido es que en toda clase de daños la indemnización debida es el duplo.

efractores en algunos casos, además de entregar la composición propia del hurto, debían de pagar una multa por el quebrantamiento del lugar ²⁴⁸. Partiendo del principio de que el robo es una sustracción realizada violentamente a presencia de la víctima, quizás se entendiese, consecuentemente, que a todo robo es inherente el quebrantamiento de la paz ²⁴⁹.

El cuatro tantos, como composición del robo, hace su reaparición en el Fuero Real ²⁵⁰. Pero el propio texto en que se establece, al seguir muy de cerca su modelo, la *Lex Visigothorum*, traiciona el espíritu de su momento histórico, y hace preciso una interpretación aclaradora. En efecto, L. Estilo 71 nos va a decir que, además del pago del cuatro tantos establecido en el Fuero Real, es preciso abonar al Rey cien maravedís, por camino quebrantado, aunque de esos cien maravedís nada se diga en el Fuero Real ²⁵¹.

D) DERECHO NAVARRO-ARAGONÉS.

1. Similar al que dejamos expuesto es el contenido de la distinción en el Derecho Navarro-Aragonés. De hurto y de robo se habla distinguiéndolos siempre. Baste recordar que el Fuero de Navarra dedica, a cada uno, un título, que llevan, respectivamente, la rúbrica *De Roberia* ²⁵² y *De Furtos* ²⁵³. En Fueros de Aragón se

248. Vid. nota 186.

249. *F. Soria* 496: e C. mr. al rey por el quebrantamiento del camino. *L. Estilo* 71: é cient maravedis de la moneda nueva, por camino quebrantado. *F. Rcal* 4, 4, 18: ca los caminos, é los labradores con sus cosas, seguros deben ser.

250. *F. Rcal* 4, 4, 18; Qué pena ha el que robáre viandante, ó que estuviere fuera labrando. Ningun home no sea osado de furtar, ni de robar, ni de forzar en camino a home viandante, ni á home que esté en labor de bueyes, ó en otra labor de fuera: y el que robare, o forzáre tales homes, peche quatro tanto á aquellos que robáre: é si otro daño ficiere, tambien de muerte como de otra cosa, peche el daño segun manda la Ley.

251. *L. Estilo* 71: La Ley que es en el título de las Fuerzas (*F. Real* 4, 4, 18), que comienza: Ningún hombre. En esta Ley dice, que el que robase los hombres viandantes, que peche quatro tanto de lo que robáre. Esta Ley se entiende del que roba en camino á algún hombre, é que no había alguna manera de razón porque robarle. Y este tal robador ha pechar esto que robó con el quatro tanto, é cient maravedis de la mo-

distingue con insistencia el *latro* —autor de un hurto— del *raptor* —autor de un robo—²⁵⁴; y otro tanto sucede con los respectivos delitos, calificados de *furtum* y *ropariam*²⁵⁵.

La simple lectura de los textos del Fuero G. de Navarra y de Fueros de Aragón permite deducir, con relativa claridad, que es la presencia personal y la violencia ejercida sobre la víctima la que cualifica y distingue al robo. En F. Navarra 5,5, de las tres disposiciones contenidas, una se dedica al robo entre *fijosdalgo*, que encuentra su origen en la enemistad personal²⁵⁶, y otra al robo realizado en camino²⁵⁷.

Fuero de la Novenera 152 distingue al hurto de la fuerza, estableciendo para el primero la obligación de pagar las *novenas* al Rey y la *dobla* a la víctima. Esta misma penalidad del hurto aparece confirmada en F. Novenera 299, al menos, para el autor no reincidente. Es bien sintomático, en cambio, que el único texto del F. Novenera que se ocupa del robo se refiera a hipótesis de robos en camino²⁵⁸, que implican la presencia de la víctima.

2. Nos confirma todo esto el autorizado testimonio del obispo Vidal de Canellas, ilustre jurista, que tiene casi el valor de una interpretación auténtica. Vidal de Canellas nos define el *furto* de la siguiente manera: “Furto es dito quondo la cosa aillena es traydo por manos d’otro sin voluntad del su seynnor, et si aillena cosa traye el omne non sopiendo su seynnor, furto faze”²⁵⁹. En la

neda nueva, por camino quebrantado: maguer destos cient maravedis no dice en esta Ley ninguna cosa.

252. F. G. Navarra 5, 5.

253. F. G. Navarra 5, 6.

254. F. Aragón (ed. Tilander, 1937) 3, F. Aragonum (ed. Savall y Penén) I, 1b; Tilander 69, Savall y Penén II, 98b Tilander, 261, Savall y Penén I, 348 b; etc.

255. TILANDER, 75, SAVALL Y PENÉN I, 175a; TILANDER 84, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 85, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 86, SAVALL Y PENÉN I, 96a; TILANDER 144, SAVALL Y PENÉN I, 108b; TILANDER 261, SAVALL Y PENÉN I, 348; TILANDER 290, SAVALL Y PENÉN II, 98b; TILANDER 314, SAVALL Y PENÉN I, 239a; etc.

256. F. G. Navarra 5, 5, 3.

257. F. G. Navarra 5, 5, 2.

258. F. Novenera 210.

259. Vidal Mayor 9, 36 en G. TILANDER, Vidal Mayor, traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei Thesauris* (Lund, 1956), pág. 515 s.

primera parte del párrafo está claro que define al hurto como sustracción. El hurto es una sustracción de cosa mueble —traydo p'or manos d'otro— ajena, sin la voluntad de su dueño. Y en la segunda parte expone cuál es el elemento que distingue al hurto de otras sustracciones, concretamente del robo, del que habla en repetidas ocasiones Vidal de Canellas como sustracción distinta del hurto. Como se ve, no es ese elemento la violencia, así a secas, sino más propiamente la consciencia o inconsciencia de la víctima. En el *furto* hay una lejanía del sujeto pasivo, que no se entera de la sustracción, precisamente porque aparece como dormido. *Non sopiendo su seynnor*. Pero, en cambio, en el robo, el robado —el seynnor— sí sabe, desde el primer momento, que su cosa es “trayda por manos d'otro”, porque estuvo presente en el instante de la sustracción, que se vio obligado a permitir por la violencia que sobre su persona desplegó el autor del robo.

IV

LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO-JUSTINIANO

A) LAS PARTIDAS.

Hemos asistido a un desvanecimiento progresivo de la delimitación entre las dos figuras delictivas objeto de nuestro estudio, que se opera en el Derecho postvisigodo y que culmina en los fueros municipales en los que el primitivismo jurídico es más acusado. Pero también a una resurrección parcial de dicha delimitación que culmina en Fuero Soria-F. Real. El robo terminó por caracterizarse como una sustracción realizada con violencia sobre las personas.

La recepción total del sistema jurídico romano-justiano que suponen las Partidas va a encontrar, de este modo, el terreno abonado. Desde aquel momento crítico en que el legislador municipal parecía haber perdido el contenido de la distinción hasta los tiempos de Partidas se anduvo ya la mitad del camino. El Código alonsino no significa una reimplantación tajante de la distinción en el devenir histórico de nuestro Derecho, sino tan sólo un andar la otra mitad del camino ascendente, que conducía hacia el contenido de la distinción, tal como ésta se presentaba en el período romano.

a) *Furto*.

1. Según Part. 7,14,1, *furto es malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin plazer de su señor, con intención de ganar el señorio o la possession, o el uso della.*

Se define, pues, el hurto como un *tomar encubiertamente*. El objeto tomado ha de ser una cosa mueble. Las Partidas se cuidan de advertir que sobre las cosas inmuebles no se puede cometer *furto*²⁶⁰. Esta advertencia viene determinada por el hecho de que en la práctica se venía hablando de *furto* de Castillos o Villas, como nos recuerdan las propias Partidas. Creemos que más que de una modificación conceptual del *furto* tal como éste se entendía en el período romano y visigodo, se trataba simplemente de una extensión del término designativo a unas situaciones que tenían de común con el hurto el que, tanto en unas como en otras, se daba un apoderamiento de cosas ajenas. Pero pensamos que estas situaciones a que se refiere la advertencia de Partidas se distinguieron siempre de aquellas que constituían el propio y genuino *furto*. La mentada extensión fue, en todo momento, una extensión terminológica y no conceptual, motivada por el reducido léxico jurídico, fenómeno al que ya hemos aludido en alguna ocasión, y del que nos da buena prueba el mismo texto de Partidas, que al hacer esta aclaración tan erudita acaba, sin embargo, incurriendo en el mismo defecto que trata de corregir. *Como quier que los Almogavares entran, e furtan a las vegadas Castillos, o Villas.*

La cosa mueble ha de tomarse, para que se pueda hablar de delito de hurto, contra la voluntad de su dueño. Aun cuando el texto dice *sin plazer de su señor*, es más exacto que el hecho de tomar la cosa ha de ir contra la voluntad del dueño, habida cuenta de los efectos que el Código alfonsino reconoce al consentimiento del ofendido. No comete hurto aquel que toma la cosa presumiendo que el dueño le otorgaría su consentimiento, y también cuando, sin presumir esto, se prueba a *posteriori* que efectivamente estaba dis-

260. Part. 7. 14. 1: Otrósí dezimos, que non puede ome furtar cosa que non sea mueble, como quier que los Almogavares entran, e furtan a las vegadas Castillos, o Villas, pero non es propiamente furto.

puesto a otorgárselo ²⁶¹. El *sin plazer* se traduce en un ir de la manera más directa contra la voluntad del dueño.

La cosa mueble tomada contra la voluntad de su dueño tiene que ser ajena, en el sentido de que sobre ella recaiga un derecho de propiedad de uso o de posesión, que pertenezca *actualmente* a una persona distinta del agente. No se puede cometer hurto sobre cosas de una herencia yacente, porque los bienes se presentan como *desamparados, y non avían señor* ²⁶².

Por último, las Partidas exigen para que exista *hurto* que el agente trate de conseguir con el apoderamiento un enriquecimiento. Reaparece expresamente consignado, como requisito inderogable, aquel elemento subjetivo que había significado, dentro del período romano, una singular conquista. La conducta del agente ha de estar siempre presidida por la *intención de ganar* la propiedad, la posesión o el uso.

2. En la definición de Partidas vuelve a aparecer perfectamente distinguido el objeto de la acción —el *tomar* ha de recaer siempre sobre la cosa— de los posibles objetos de protección. Por el objeto de protección atacado, cabe hablar de un hurto que afecta a la propiedad, un hurto que afecta a la posesión y un hurto que lesiona el derecho de uso ²⁶³.

Desde otro punto de vista se mantiene la distinción, básica en el período romano, entre *furto manifiesto* y *furto encubierto*. Y se expresa cuándo un hurto se considera manifiesto. *Quoando al ladron fallan con la cosa furtada, en ante que la pueda esconder en aquel lugar do la cuyda llevar* ²⁶⁴.

3. De dos maneras fundamentales se puede participar en la comisión de un hurto, *ayudando* o *aconsejando*. La *ayuda* significa una participación material en la comisión de los hechos. Presta *ayuda* el que facilita al autor una escalera para poder subir hasta el lugar de la cosa, o bien proporciona una herramienta con la que el autor pueda violentar un cerrojo, abrir un arca, perforar una pared, et-

261. *Part.* 7, 14, 3.

262. *Part.* 7, 14, 21.

263. Casos de *furto* de uso se contemplan en *Part.* 7, 14, 3; y de *furto* de posesión en *Part.* 7, 14, 9.

264. *Part.* 7, 14, 2.

cétera ²⁶⁵. El *consejo* supone una participación de índole moral. Da *consejo* aquel que conforta o anima al agente para que cometa el delito, o bien le enseña alguna manera de cómo puede perpetrarlo ²⁶⁶. La consecuencia, en ambos casos, es que a estos tales se les puede *demandar* la cosa por medio de una acción de hurto ²⁶⁷.

4. En las Partidas se reserva para el hurto una penalidad de tipo pecuniario al lado de una penalidad corporal. La penalidad pecuniaria es aquella misma del período romano. En los casos de *furto manifesto* hay que restituir la cosa o su estimación, y además pagar el cuádruplo de su valor. En los casos de *furto encubierto* se debe restituir, y pagar el duplo ²⁶⁸.

Las Partidas autorizan para que se pueda imponer al culpable de un delito de hurto penas corporales, cuando así se le solicite al Juez. La pena de muerte se reserva únicamente para casos agravados. Para el hurto de cosas sagradas, o para los casos en que el autor es un Oficial del Rey, tesorero o recaudador, o Juez, que mientras estuviera en el desempeño del cargo, hurtare maravedís del Rey o de algún Concejo ²⁶⁹, etc.

En cuanto al castigo de la participación repercute aquí aquella

265. *Part. 7, 14, 4*: E dezimos que daría ayuda al ladron, todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramienta, o demonstrasse otra arte con que pudiesse decerrajajar, o cortar alguna puerta, o abrir arca, o para foradar pared, o en otra manera cualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuesse semejante de algunas destas, para fazer furto.

266. *Part. 7, 14, 4*: E consejo da al ladron, todo ome que lo conforta, o lo esfuerça, e le demuestra alguna manera de como faga el furto.

267. *Part. 7, 14, 4*. Conviene no perder de vista que, aunque en el texto se habla solamente de *furtar*, esta disposición tiene un carácter general. Se trata de determinar quiénes pueden ser demandados por las acciones de hurto. En algunos casos se trataría no de participación en hurto, sino en un robo con fuerza en las cosas, pese a la dicción literal del texto. Es necesario tener en cuenta la procedencia de la disposición. En el derecho justinianeo se habla de los que prestan ayuda o consejo, al indicar quienes *actio furti tenetur*. Los pasajes en que se inspira la disposición de Partidas que comentamos tienen exclusivo carácter procesal. Y la *actio furti* se entendía en un sentido amplio, comprendiendo tanto las genuinas acciones de hurto como la propia *actio vi bonorum raptorum*. Vid. *Inst. 4, 1, 11 y 4, 2, pr.*

268. *Part. 7, 14, 18*.

269. *Part. 7, 14, 18*.

distinción fundamental entre *ayuda* y *consejo*. Se considera más grave la primera clase de participación. Si lo que se prestó fue *ayuda* hay que restituir y pagar el duplo; si fue *consejo* solamente se queda obligado a pagar el duplo²⁷⁰. Cuando se participa en alguno de los supuestos para los que se prevé la pena de muerte, los partícipes deberán sufrir esta misma pena²⁷¹.

b) *Robo*.

1. Part. 7,13,1 afirma que *rapina en latín, tanto quiere dezir en romance como robo, que los omes fazen en las cosas ajenas que son muebles*. A más de efectuar esta traducción, las Partidas nos indican qué es lo que peculiariza al robo como sustracción con sustantividad jurídica propia. *Robo es una malfetría, que cae entre furto, e fuerça*²⁷². Y todavía continúa especificando. *E son tres maneras de robo. La primera es, la que fazen los Almogavares, e los Caballeros, en tiempo de guerra, en las cosas de los enemigos de la Fe. La segunda es, quando alguno roba a otro lo suyo, o lo que llevase ageno, en yermo, o en poblado, non aviendo razon derecha par que lo fazer. La tercera es, quando se aciende, o se derriba a so era, alguna casa, o peligra alguna nave; e los que vienen en manera de ayudar, roban, e llevan las cosas que fallan*²⁷³.

El robo es la sustracción de cosa mueble ajena realizada con violencia, *entre furto e fuerça*. En Part. 7,10,1 se insiste nuevamente en que robando se hace fuerza. De esto no cabe dudar. Sin embargo, hay que destacar que no nos ofrecen las Partidas un concepto del robo tan matizado y al estilo del que nos dan del *furto*. Su modelo romano-justiniano no le prestaba facilidades en este sentido, porque allí se trataba más que nada de una distinción de acciones. Se definía el hurto, por un lado, y por otro, se indicaba en qué casos procedía utilizar la *actio vi bonorum raptorum*. La delimitación de la noción de robo que llevan a cabo las Partidas se nos muestra, en contra de lo que sucede con la del hurto, muy apegada a la realidad jurídica vivida. En ella están presentes los supuestos típicos que se venían calificando de robo en la práctica. La definición no

270. Part. 7, 14, 18.

271. Part. 7, 14, 18.

272. Part. 7, 13, pr.

273. Part. 7, 13, pr.

alcanza, por consiguiente, la altura teórica de la del *furto*, sino que aparece estrechamente vinculada al casuismo. En ella confluyen la realidad jurídica que las Partidas tenían a la vista, y lo que éstas toman del Derecho romano-justiniano. Bien visible está esta confluencia cuando las Partidas pretenden exponer la diferencia que existe entre el hurto y el robo. Su modelo hacía estribar esa diferencia en el hecho único de que se hubiese conseguido el apoderamiento con fuerza o sin ella. Pero las Partidas, en cambio, centran la distinción en dos extremos. El robo es el apoderamiento logrado *públicamente por fuerza* ²⁷⁴. El término públicamente alude a la presencia personal inmediata de la víctima, en la que, como ya sabemos, terminaron los fueros municipales por hallar la esencia del robo.

Dejando a un lado el robo, en tiempo de guerra, interesa fijarse en las otras *dos maneras*, y determinar su significado histórico. De ellas, la segunda responde al concepto de robo que había llegado a formarse en los fueros municipales. El que *roba o otro lo suyo, o lo que lleva se ageno, en yermo o en poblado*, da buena idea de la presencia personal inmediata del robado. La tercera es la que realmente supone la plena recepción del criterio romano ²⁷⁵. Se trata de los supuestos límites. Si aun cuando la fuerza no provenga del agente la sustracción se califica de robo, siempre que aparezca rodeada de fuerza tendrá que tipificarse obligatoriamente de robo y no de hurto.

2. Admiten también para el robo las Partidas al lado de una penalidad pecuniaria otra de índole corporal. La pecuniaria es aquella misma del Derecho romano-justiniano. El que roba queda obligado, si se le demanda dentro del año, a restituir las cosas y pagar el triple de su valor ²⁷⁶. Con esta recepción intacta del Derecho romano-justiniano en lo concerniente a la penalidad de la *actio vi bonorum raptorum*, vuelven a plantear las Partidas el arduo problema de la justificación de la temporalidad y de la cuantía de la pena del robo, frente a aquella del hurto, que alcanza en los casos de hurto manifiesto al cuádruplo, y que puede exigirse fuera del año.

274. Part. 1, 18, 2: E diferencia ay en este furto, o robo; ca furto es, lo que toman a escuso, e robo es lo que toman públicamente por fuerza.

275. Cfr. nota 244.

276. Part. 7, 13, 3.

La pena de muerte sólo se establece para casos agravados. Para el reincidente —*ladron conocido que manifiestamente tuviese caminos*—, y para los que roban en casas y lugares, etc.²⁷⁷.

B) DERECHO CATALÁN.

En el Derecho catalán se mantuvo con mayor vigor la distinción basada en el mismo criterio y tal como aparecía en el período visigodo. Es conocida la importancia que en la Historia del Derecho catalán tuvo la *Lex Visigothorum*. Brocá ha puesto de relieve que la *Lex Visigothorum* fue la ley catalana en el primer período de la Reconquista y aún, con variaciones y limitaciones, en el segundo período. Con algunos de sus preceptos se relacionan varios *usajes* primitivos, y otros preceptos visigodos pasaron, en la tercera época, a formar *usajes* adicionales²⁷⁸.

En las *Costums* ilerdenses se percibe bien claro el eco de los preceptos visigodos. *Comdempnatur autem fur manifestus vel nec manifestus convictus in novcuplum si pecunialiter conveniatur. Raptor vero in undecuplum condempnatur*²⁷⁹. Como puede observarse, se distingue el *fur* del *raptor*. Y aunque la terminología de *fur manifestus* y *nec manifestus* pertenece, más que a influencia del período visigodo, a un proceso de romanización, se deduce fácilmente cómo se impone un tratamiento penal coincidente, en gran parte, con el establecido en el período visigodo. En el texto confluyen los elementos romanos que integraban el Derecho del período visigodo con los elementos romanos que penetran por obra de la Recepción. La penalidad preceptuada es de origen claramente visigodo²⁸⁰.

También las *Costums* de Tortosa, como código plenamente romanizado que son, distinguen perfectamente el hurto del robo, el

277, Part. 7, 14, 18. *El que manifiestamente tuviese caminos* demuestra cuanto pesa, en esta punto, sobre las Partidas la concepción propia a que habían llegado los fueros.

278. G. M. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña*, 1 (Barcelona, 1918), página 58.

279. *C. Ilerdenses*, 143.

280. Se han quedado las *Costums ilerdenses* exclusivamente con la penalidad que establecía la *Lex Visigothorum* para los casos de hurto y de robo agravados. Siendo de interés consignar que, de todas las fuentes consultadas, sólo en las *Costums* de Lérida hace su reaparición el undécuplo como composición referida al robo.

ladronici o *furt* de la *roberia* o *rapina*, y, en consecuencia, los *ladres* de los *robadores*, siguiendo el criterio imperante en el período romano. Todo suena en este código a romanización²⁸¹. Baste recordar la exposición del juego de acciones e incluso sus propios nombres: *reivindicatio*, *condictio furtiva* y *actio de furt manifest* o *no manifest*²⁸².

V

LAS RECOPIACIONES

A) ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.

El sistema de Partidas no debió influir en la práctica. La prueba más evidente nos la proporciona el Ordenamiento de Alcalá, que, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, presenta un desarrollo coincidente con el Derecho anterior a Partidas. Enlaza perfectamente con los últimos fueros municipales, sin que, por tanto, las Partidas supongan una interrupción en los eslabones de la cadena, sino, por el contrario, algo que queda por encima de la línea histórica de la distinción, sin afectarla del modo que era de esperar.

Por de pronto, si las Partidas dejasen sentir su peso, se tendría en cuenta aquella advertencia tan erudita de que sobre las cosas inmuebles no se puede cometer *furto* ni *robo*, y, por lo menos, se especificaría que no se trataba propiamente de *furtos* o de robos. Pero nada de esto hace el Ordenamiento de Alcalá, que habla con la máxima tranquilidad de *furto de castiellos*²⁸³.

Por lo demás, todavía está bien patente, y es posible deducirlo con evidencia, que lo que distingue al hurto del robo es la fuerza

281. Vid. la distinción hurto-robo, y el tratamiento penal de cada uno de estos delitos en C. OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia, Código de las Costumbres de Tortosa* 3 (Madrid, 1879), página 407 ss.

282. C. *Tortosa* 6, 1, 4; Lo senyor de qualque cosa sia emblada ha contra lo ladre tres actions; ço es a saber: rei vindicatio et condictio furtiva, et actio de furt manifest, o no manifest. La pena de la actio del furt manifest es en IIII dobles, sens la cosa; e la pena del furt no manifest, es en dues dobles, sens la cosa.

283. *Ord. Alcalá* 30, única.

que envuelve a este último. *Furto* se contrapone siempre a *fuerça* ²⁸⁴, y de robo y de hurto se habla como de acciones diversas ²⁸⁵. Tampoco deja de ser revelador que se anude la idea de robo a las sustracciones perpetradas en los caminos ²⁸⁶.

B) ORDENAMIENTO DE MONTALVO.

La imprecisión subsiste en el Ordenamiento de Montalvo, y la relación hurto-robo presenta un aspecto muy semejante al del Ordenamiento de Alcalá. Se habla con frecuencia de *furto de castillos* ²⁸⁷ y de robo de castillos ²⁸⁸.

El hurto es contrapuesto a la noción de fuerza ²⁸⁹, y se habla de *furto* en supuestos en que no se da violencia ²⁹⁰.

Por el contrario el robo aparece siempre ligado a la noción de fuerza ²⁹¹. Y se advierte todavía bien claro que los casos más genuinos de robo son aquellos en los que se da la presencia personal del robado ²⁹². Al referirse a los que pasan de camino con sus *ganados y bestias y otras mercadurias, y cosas*, cerca de los castillos, y los *alcaldes*, aprovechando su paso, tomaren sin derecho alguno de estas cosas *de los que pasaren*, afirma el Ordenamiento que incurren en la *pena que los derechos ponen contra los que*

284. Ord. Alcalá 30. única: unos á otros por fuerça nin por furto.

285. Ord. Alcalá 30, única: ficiere furtos, o robos.

286. Ord. Alcalá, 32, 49.

287. OO. RR. 4, 2, 10.

288. OO. RR. 8, 16, 3.

289. OO. RR. 4, 2, 10: no se tomen por fuerça, ni por engaño, ni por furto; 8, 13, 4: furtando o forzándola.

290. Según OO. RR. 6, 12, 3, el que guarda para sí las cosas conseguidas a consecuencia de un naufragio, sin inventariarlas ante el Alcalde, queda obligado a *pecharlas como de furto*; 6, 12, 1: en el mismo sentido el que halla alguna cosa, cualquiera que sea la ocasión, y no lo notifica al Alcalde, pierde el *derccho que le competía en la cosa así fallada y restituýala como por furto*.

291. OO. RR. 8, 16, 3: forzados y robados; 8, 16, 2: a los que matan, fieren, o roban; 8, 16, 8: no consienten robos, ni otras fuerças algunas.

292. OO. RR. 8, 13, 6: el que matare, o firiere á otro, robándole en el camino; 8, 19, 38: cualquier que por robar, o robando matare o firiere á otro en el camino; 8, 16 5: de los que roban en los caminos.

roban, y toman por fuerza lo ajeno²⁹³. El robo se equipara, pues, al tomar por fuerza lo ajeno.

C) NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN.

Resulta sorprendente que esta distinción conceptual, cuya trayectoria histórica hemos venido siguiendo paso a paso, se derrumbe en los tiempos modernos. La distinción de los delitos de hurto y robo es sólo una ruina en la Novísima Recopilación. Sólo un rastro atestigua que existió, en otros tiempos, una distinción: el hecho de que el Título 14 del Libro 12 lleve el epígrafe *De los hurtos y ladrones*, y el 15 del mismo Libro rece *De los robos y fuerzas*. Pequeña estela, porque el contenido no responde a la precisión que esas rúbricas parecen anunciar.

Es curioso notar cómo de la lectura de esos títulos se deduce que en las leyes de fecha más antigua todavía se puede vislumbrar la distinción, y cómo, a medida que avanzamos en la fecha de las leyes, la confusión se confirma y llega a ser absoluta. En una Pragmática de Felipe V, dada en 1734, se lee: *para la justificación del expresado crimen de hurto en semejante caso, é imponer la pena ordinaria capital al reo, baste la de estar probado por un sólo testigo idóneo, aunque sea el robado*²⁹⁴. Y el mismo monarca, a consultas del Consejo, en 1745, vuelve a expresarse indiferente frente a la distinción, hablando indistintamente de hurto y de robo, y de hurtos con o sin violencia o fuerza²⁹⁵.

La distinción va a morir definitivamente, de la manera más aparatosa, en manos de Carlos III, quien en 1769 ordena y manda: *que desde ahora en adelante todo hurto, aunque sea el primero, cometido contra los colonos de las nuevas poblaciones con vio-*

293. OO. RR. 4, 6, 9.

294. *Novis. Recopilación* 12, 14, 3.

295. *Novis. Recopilación* 12, 14, 6: En representación... expuso la Sala los motivos que halló por conveniente, en razón de que subsistiese la pragmática de hurtos publicada... en todas partes, menos en los simples de corta cantidad sin violencia o fuerza, en que se comprehenden los que roban capas, mantillas... he resuelto, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regularé la calidad del hurto, teniendo presente para ello la repetición ó reincidencia, el valor de lo que se regularé del robo, la calidad de la persona a quien se robó...

lencia en sus personas ó en sus cosas, sea castigado con la pena de muerte. Que el hurto de ganados, aun siendo el primero y sin violencia... 296.

Pudiera pensarse, en presencia de esa expresión tan moderna, *con violencia en sus personas ó en sus cosas*, que una nueva manera de ver esta realidad jurídica se inauguraba, que se estrenaba un nuevo concepto jurídico. Un concepto de hurto comprensivo también del antiguo concepto de robo. Y de algo de esto se trata en realidad. Pero es preciso resaltar que no se llega a este resultado por la vía de una construcción técnica consciente, sino por falta de comprensión hacia esta distinción jurídica. No hay más que ver que en el mismo texto citado de Carlos III se habla también de robado. Nos encontramos, pues, con que en un mismo texto se manejan estas tres expresiones, *hurto con violencia*, *hurto sin violencia* y *robo*, sin precisar, en ningún momento cuál es la relación que media entre ellas. Por otra parte, el propio Carlos III, en el año 1787 vuelve a hablar de robos²⁹⁷.

D) LA DISTINCIÓN EN LA DOCTRINA.

El testimonio de los autores científicos de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX confirma la caída de la distinción.

Elizondo habla indistintamente de hurto y de robo. "... 2. El que roba en el campo incurre en la pena de la Ley recopilada. 3. Los rateros de capas de noche, por el primer hurto, no habiéndose seguido herida, ó muerte, han de ser castigados con la pena de doscientos azotes, y diez años de presidio. 4. Por la Ley de Partida, y sus concordantes se prescribe lo siguiente: «todo home que foradare, ó quebrantare casa, ó Iglesia por furta, muera por ello»²⁹⁸. 5. Siguiendose la muerte del robo..."²⁹⁹.

Lardizábal utiliza a lo largo de su famoso Discurso una terminología vacilante³⁰⁰. El mismo autor, en un pasaje de su citada obra,

296. *Novis. Recopilación* 12, 14, 11.

297. *Novis. Recopilación* 12, 14, 12.

298. Este precepto no se expresa así en las Partidas, sino en el Fuero Real, como se recordará. Vid. nota 243.

299. F. A. ELIZONDO, *Práctica Universal Forense* 1.ª (Madrid, 1774), página 299.

300. M. LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1828), página 135: "Los receptadores y encubridores de hurtos no deben ser

admite una distinción entre el *robo simple* y el *robo con efracción y quebrantamiento*, que revela bien a las claras cuál es la postura que adopta frente a la relación hurto-robo el ilustre jurista. “Tampoco admite Mr. Brissot —escribe— la distinción generalmente recibida entre el robo simple y el hecho con efracción y quebrantamiento, y dice que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por más grave y violento que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos: uno el de robo, y otro el de quebrantamiento, y, por consiguiente, debe castigarse con mayor pena”³⁰¹. Creemos que el robo simple a que alude Lardizábal se identifica con aquellas sustracciones calificadas como hurto. Con ello tendríamos que Lardizábal utiliza como concepto único, no aquel que integraba el delito básico tal como aparecía tradicionalmente en nuestro Derecho, sino, por el contrario, el que se presentaba como delito derivado agravado. En consecuencia, nos habla de robos simples y robos con efracción y quebrantamiento. Que el robo simple se identifica con lo que venía considerándose como hurto, cabe deducirlo de los propios razonamientos recogidos por Lardizábal. En efecto, Lardizábal discurre, recogiendo la opinión dominante, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos, uno el de robo, y otro el de quebrantamiento. De este razonamiento se deduce necesariamente que la violencia no es esencial al robo, ya que suprimidos los medios violentos —quebrantamiento— se continúa hablando de robo. Es decir, que de robo se califica la sustracción aun cuando no se haya empleado la violencia. E igualmente se deduce que las sustracciones violentas —robos con quebrantamiento—

castigados por regla general con la misma pena que el ladrón. El que recibe el robo puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones; el que roba es siempre culpable; el ladrón necesita vencer más obstáculos para hacer el hurto que el receptor para encubrirle”. *Discurso cit.*, pág. 47: “y de esta suerte en vez de contener los hurtos domésticos, la gravedad de la pena sólo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso. Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer; se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarán más seguramente los hurtos.”

301. M. LARDIZÁBAL, *Discurso cit.*, pág. 141 s.

se contraponen a las no violentas, robos simples. Robo simple equivale, en la obra de Lardizábal, al concepto tradicional de hurto.

José Marcos Gutiérrez conoce la diferencia que media entre el robo y el hurto. "Hay notable diferencia entre robo y hurto, y con mayor vigor debe castigarse aquél que éste. El robo es un hurto cometido con violencia y repugnancia del dueño ó tenedor de la cosa robada, por lo que también se llama y acaso con mayor propiedad rapiña: de suerte que en el robo fuera de privarse al dueño de lo que le pertenece, se turba su tranquilidad intimidándole con armas ó amenazas" ³⁰². Nos recuerda a continuación que las leyes de Partidas tienen también al hurto y al robo por cosas distintas, pero añade seguidamente "y lo cierto es, que por robar entendemos frecuentemente lo mismo que hurtar de cualquiera manera, y por robo lo mismo que hurto, como quiera que sea" ³⁰³. Y hecha esta advertencia se va a despreocupar, en todo momento, de distinguir.

También Juan Sala comienza reconociendo la diferencia. "Todos reconocen consistir la diferencia entre hurto y robo en que se hace encubiertamente, y este abiertamente, y que el nombre de hurto, si se toma generalmente, contiene como á especies el hurto tomado especialmente, y al robo" ³⁰⁴. Pero no se recata de expresar su incomprensión hacia la distinción. "Esta diferencia la tomaron nuestras leyes de las romanas, en las que se lee haberse introducido por los Pretores, que desosos de manifestar su solicitud y zelo en impedir y castigar maldades, fueron autores de algunas acciones nuevas que concedieron, y por eso se llaman pretorias, de s o b r a alguna vez, como lo es esta de que hablamos" ³⁰⁵. Por eso no tiene reparos en hablar indiferentemente de hurto y de robo. Así, refiriéndose a los hurtos cualificados, escribe: "De los que por el primero se impone, se refiere varios en d. 1,18, que son: I. Si el ladrón fuese conocido que públicamente r o b a s e en los caminos. II. Si r o b a s e n en el mar con navios armados, á quien dicen corsarios. III. Si fuese ladron que hubiese entrado por fuerza en la casa ó

302. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España* 3 (Madrid, 1826); pág. 81.

303. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal* cit., pág. 81.

304. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España* 2^a (Madrid, 1832), página 16.

305. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real* cit., pág. 16.

lugar de otro para robar. Sobre este hurto se explica la l. 6 tit. 5 lib. 4 del Fuero de las Leyes”³⁰⁶.

Tampoco Ramón Salas muestra inconveniente alguno para hablar indistintamente de hurto y de robo. En sus comentarios a Bentham nos va a descubrir igualmente que hurto y robo no son, para él, delitos distintos. “El hurto puede verificarse no solamente en la propiedad, sino también en la posesión y el ejercicio de ella, y así todos los delitos por los cuales un individuo priva á otro, con ánimo de aprovecharse de ello, de la propiedad y de la posesión y uso de este derecho, son un robo; y tales son todos los comprendidos por mi autor en este cuarto orden, y aun en el quinto, que contiene diez géneros que son todos hurtos calificados, más o menos graves, es decir, que producen más o menos mal”³⁰⁷.

La postura de los autores está suficientemente clara. No distinguen dos delitos, sino, dentro de un delito único, unos casos más graves. Sólo a estos efectos de imposición de pena se distinguen ciertos supuestos de hecho. “Y con mayor vigor debe castigarse aquél que éste” (J. M. Gutiérrez), “y por consiguiente debe castigarse con mayor pena” (Lardizábal). Pero en ningún momento reconocen autonomía al delito de robo. Y conviene insistir en que no se derrumba la distinción por fuerza de una construcción técnica unitaria, sino por falta de comprensión. Es evidente que la concepción unitaria tenía que surgir necesariamente por el simple hecho de la caída de la distinción. Pero la falta de una construcción innovadora se hace ver, porque ni siquiera a la hora de calificar el nuevo delito único los autores se muestran acordes. Mientras unos (Marcos Gutiérrez, Sala, Salas) parten para hacer la calificación del hurto, otros (Lardizábal) van a hacerla partiendo del robo.

306. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real* cit., pág. 49.

307. *Tratados de Legislación Civil y Penal, de Jeremías Bentham, traducidos al castellano, con comentarios*, por R. SALAS (París, 1838), 6, pág. 114.

VI

LA DISTINCION EN LA CODIFICACION PENAL

(Remisión)

La distinción reaparece ya, como es sabido, en el Código Penal de 1822³⁰⁸. En esta reaparición juegan simultáneamente tres factores: elemento tradicional, elemento de importación y vigencia del principio de legalidad. A partir de entonces se distinguirá el robo, según la actuación violenta recaiga sobre las personas o las cosas que desempeñan una función de salvaguarda o resguardo del objeto de la sustracción. Los límites de la distinción entre hurto y robo que ofrecen más dificultades serán precisamente los que apoyan sobre el concepto de fuerza en las cosas.

Al exponer en un catálogo exhaustivo los *medios* a través de los cuales puede actuarse la fuerza en las cosas, por obra de la vigencia del principio de legalidad, surge automáticamente un *concepto normativo de fuerza en las cosas*, menos amplio que el correspondiente concepto naturalístico. La amplitud que se le conceda a este concepto normativo condicionará el respectivo contenido del robo y del hurto. Fundamentada la distinción entre el delito de robo con fuerza en las cosas y el delito de hurto, más que en el ataque a un distinto bien jurídico, en el significado penal de la utilización de ciertos *medios*³⁰⁹, las diversas reformas, operadas a través de los Códigos de 1848-50, 1870, 1928, 1932 y 1944, se explican en función del deseo de lograr un concepto normativo de fuerza en las cosas que no deje fuera ningún otro acto de fuerza que posea idéntica significación. Se tratará de reajustar una y otra vez el concepto legal de fuerza en las cosas. Por desgracia, debido al excesivo casuismo que acompañó desde el inicio a la exposición

308. Código Penal de 1822, artículos 723 y siguientes y 745 y siguientes.

309. Sobre el significado del *medio*, entendido como la propia conducta considerada en su capacidad o aptitud ofensiva, Vid. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (Milano, 1955), pág. 2 ss., y últimamente F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio* (Milano, 1962), pág. 49 ss.

legal de los *medios*, no siempre se logró ese ansiado concepto coherente de fuerza en las cosas.

Vicente y Caravantes recoge las dudas que ya en 1851 eran del dominio público respecto al contrasentido que originaba el artículo 431 del Código Reformado de 1850, al no incluir en su relación de *medios* la fractura de puertas interiores, armarios, arcas, etc., consignada expresamente, en cambio, en el artículo 433³¹⁰. Esta disparidad daba lugar a que los que robasen en Iglesias o lugares sagrados rompiendo puertas interiores armarios, etc., o debían quedar impunes, puesto que su conducta no estaba prevista en el artículo 431, o debían, si se quería evitar la absurda impunidad, ser castigados como autores de hurto, a tenor del artículo 437. Pero con esta solución se evidenciaba la injusticia de castigar más benignamente al que cometía la sustracción con armas en Iglesias o lugares sagrados rompiendo puertas interiores, armarios, etc., que al que robaba sin armas en lugar no habitado, realizando los mismos actos de fuerza.

El deseo de conseguir un adecuado concepto normativo de fuerza en las cosas vuelve a resplandecer en el Código de 1870. De ahí que, en el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas, aparezcan por doquier definiciones legales. Se expresa lo que ha de entenderse por casa habitada³¹¹, por dependencia de casa habitada³¹² por llaves falsas³¹³, etc. En todas esas definiciones normativas se ha procurado volcar un contenido más amplio que el que corresponde al concepto naturalístico del objeto. A veces se llega incluso a contradecir el propio concepto naturalístico como, por ejemplo, cuando termina considerándose llave *falsa* la llave *legítima* sustraída al propietario.

Pero tampoco el Código de 1870 consigue una noción coherente de fuerza en las cosas³¹⁴ y, en consecuencia, la distinción entre el

310. J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* (Madrid, 1851), página 438.

311. Código Penal de 1870, artículo 523.

312. Código Penal de 1870, artículo 523, párrafo 2.º.

313. Código Penal de 1870, artículo 529.

314. Vid. J. GARRIGUES, *Una definición que no es definición*, en *Sobre algunos puntos del Código Penal* (Madrid, 1920), pág. 42 s.

hurto y el robo no responde, en toda su medida, como debiera, a exigencias de justicia material. De nuevo el excesivo casuismo origina graves inconsecuencias.

Bajo la vigencia del Código de 1870 se discutirá sobre la trascendencia de que el número 2 del artículo 525 (robo en lugar no habitado, edificio que no sea público ni destinado al culto) se refiera expresamente tan sólo a *puertas y ventanas exteriores*. Viada indica que cuando se trate de fractura de puertas o ventanas interiores, los hechos no podrán enjuiciarse de acuerdo con el artículo 525, y deberán calificarse como simple hurto³¹⁵. Groizard, en cambio, es de opinión diversa. Cree que tales supuestos son reconducibles al número 4 del mismo artículo 525, que habla textualmente de la fractura de *puertas*, sin ulteriores especificaciones. Pero planteada la cuestión en términos tan casuísticos, el propio Groizard se da cuenta de que la solución que propone, en contra del parecer de Viada, no encuentra apoyo legal expreso por lo que se refiere a la fractura de *ventanas interiores*, que no aparece mencionada en el número 4 del artículo 525. Groizard intentará, por eso, para asegurar la viabilidad de su solución, demostrarnos que también las ventanas son puertas. “Cuando se dice —escribe Groizard— que una ventana ha sido fracturada, todo el mundo entiende que la violencia ha recaído sobre la puerta”, porque no se fracturan los huecos de las ventanas, sino las puertas que los cierran³¹⁶. El exagerado casuismo legal obligó a plantearse disputas de esta índole, en tanto se ensombrecía el verdadero problema de fondo, a saber, el de individualizar un criterio unitario respecto a la significación de los medios que debían de caracterizar el delito de robo con fuerza en las cosas, en torno al cual pudiese estructurarse coherentemente la exposición de esos medios.

Pero todavía más grave fue la inconsecuencia en que incurrió el Código de 1870 por la falta de concordancia entre los artículos 521 (robo en casa habitada, edificio público o destinado al culto) y 525 (robo en lugar no habitado, edificio que no fuese público, ni desti-

315. S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal Reformado de 1870 VI* (Madrid, 1927), pág. 199.

316. A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado VI* (Salamanca, 1896), pág. 229.

nado al culto). En líneas generales aparecen como comunes a ambos artículos tres medios: escalamiento; rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puertas o ventanas; y uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes. Pues bien, de acuerdo con el primer precepto, el uso de estos medios sólo origina la calificación de robo cuando se hayan utilizado precisamente para *introducirse* en el edificio. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 525, basta para que exista robo que alguno de esos medios *concurra* en cualquier momento del apoderamiento. La consecuencia poco satisfactoria es evidente, puesto que la esfera de relevancia de unos mismos medios es mucho más amplia en la hipótesis del artículo 525 que en la del artículo 521.

El legislador de 1932 parece haber sido consciente de la injusticia que implicaba el mayor ámbito de aplicación del artículo 525, en relación con el 521 del Código de 1870. Se entendió entonces que si la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o su sustracción para ser fracturados fuera del lugar del robo determinaba la existencia de robo, siempre que se tratase de casa no habitada, edificio no público ni destinado al culto, no había ninguna razón para que no sucediese otro tanto cuando se tratase de casa habitada, edificio público o destinado al culto. En consecuencia, se terminó incluyendo también este medio en el artículo 497 del Código de 1932, correspondiente al 521 del de 1870. Pero la reforma fue tan apresurada que no reparó siquiera en que el artículo 497, al igual que el 521 del Código de 1870, estaba estructurado sobre la idea de *introducción* en el edificio. Se incurrió, de este modo, en el absurdo de estimar como *medio de introducción* en el edificio el hecho de sustraer armarios, arcas u otra clase de muebles cerrados o sellados para violentarlos fuera del lugar del robo³¹⁷.

Cuando en 1944 se acuerda llevar a cabo una refundición del Código Penal, en la misma Ley de Bases se menciona como una de las tareas a realizar la de definir el delito de robo "con independencia de las circunstancias que en los artículos 495 al 502 se detallan"³¹⁸. En el Preámbulo del Decreto promulgador de 23 de

317. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio* cit., pág. 162 s.

318. Ley de Bases de 19 de julio de 1944, artículo 2B 13.

diciembre de 1944 el propio legislador resalta, como una de las más importantes reformas introducidas, "la redacción del capítulo relativo al delito de robo con rigor científico"³¹⁹. El caballo de batalla sigue siendo el robo con fuerza en las cosas. El antecedente inmediato de la Reforma de 1944 es, sin duda, el Código de 1928.

El Código de 1944, aunque en su artículo 504 conserva fundamentalmente la misma enumeración de medios expresivos de fuerza en las cosas, amplía considerablemente el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas, a costa de menguar el contenido del hurto. La semejanza en la exposición de medios no puede inducir a engaños. Todos ellos han adquirido ahora un nuevo ámbito de aplicación, puesto que el artículo 504 ha prescindido radicalmente de las dos ideas en que se asentaba el articulado del Código de 1932: la idea de edificio habitado o habitable³²⁰ y la idea de introducción³²¹.

La comprobación de la afirmación del legislador de 1944 respecto a que se ha redactado con rigor científico el capítulo del robo y, por tanto, la averiguación de si la actual distinción hurto-robo responde a exigencias de justicia material, no puede llevarse a cabo aquí. Un análisis de la problemática que plantea el Código de 1944, así como una consideración detallada de la relación hurto-robo a través de los distintos Códigos penales, españoles, que quizás no deba ni pueda separarse de aquel análisis³²², constituye, en verdad, estudio del Derecho vigente que queda reservado para otro lugar³²³.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

319. Decreto de 23 de diciembre de 1944, Pr. L. Cfr. F. CASTEJÓN, *Génesis y Breve Comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944* (Madrid, 1946), pág. 93.

320. Cfr. Sentencias 6 de junio de 1947, 7 de octubre de 1947, 13 de noviembre de 1947, 6 de marzo de 1948, 20 de abril de 1948, 13 de diciembre de 1948, 12 de marzo de 1949, 6 de marzo de 1950, 2 de enero de 1951, 3 de marzo de 1952, 26 de noviembre de 1954, 26 de mayo de 1955, 18 de noviembre de 1955, 1 de junio de 1956.

321. Cfr. Sentencias de 20 de octubre de 1947, 26 de mayo de 1948, 30 de marzo de 1950, 19 de junio de 1950, 12 de enero de 1951, 18 de enero de 1952, 10 de marzo de 1954, 26 de noviembre de 1954, 1 de junio de 1956, 5 de abril de 1957.

322. Con razón advierte J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*, en ADP y CP. (1960), pág. 38, refiriéndose al Título XIII del libro II de nuestro Código, que "en primer lugar merece destacarse el proceso histórico que ha dado lugar al Título", y que "todos los delitos contra la propiedad se resienten de su ascendencia romana" (op. cit., pág. 39).

323. De la distinción hurto-robo en los distintos Códigos penales españoles y en el Derecho vigente nos hemos ocupado en la segunda parte (inédita) de nuestra Tesis Doctoral, *La distinción hurto-robo en el Derecho español* (Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, 1959), páginas 123 y ss.