

## Bases del Derecho Penal Romano

Por José María Uría, S. J.

### Advertencia preliminar

No es nuestra intención presentar a los ilustrados lectores de esta Revista una obra perfecta y sistemática. Nuestro propósito es mucho más sencillo y modesto. Pretendemos tan sólo ir anotando algunas ideas fundamentales sobre el Derecho Penal, que arrojan la lectura y el estudio atentos de las fuentes. No habrá, ni se puede exigir que haya en nuestro trabajo, nexo lógico e interno entre unas y otras partes. Se trata únicamente de ir amontonando materiales que manos más expertas que las nuestras podrán convertir —ojalá sea pronto— en edificio jurídico de grandes y sorprendentes proporciones. Digo *sorprendentes*, porque no será difícil que el avisado lector tope aquí y allí con principios que, según algunos, víctimas de un poco de euforia y otro poco de presunción, constituyen adquisiciones muy apreciables de la ciencia penal moderna, máxime de la positivista.

1).—Es de recibo en nuestras leyes que las acciones *penales* no pueden ejercitarse contra los herederos y demás sucesores a título particular. Tal sucede, verbigracia, con la *Actio furti*: acción judicial por robo. Pero sí cabe, dentro de las normas de la estricta justicia, obligarlos a que reparen los daños y perjuicios, si poseen aún lo que el testador o, en términos más generales, el *causam dans* robó a la víctima, o también si dejaron de poseerlos con ánimo e intención ciertamente dolosos. (1)

2).—El que uno haya cometido varios delitos, cada uno de los cuales tenga su pena y tratamiento jurídico especiales señalados en las leyes, no es motivo suficiente para que en los tribunales no se le apliquen algunas o alguna de las sanciones establecidas: porque no es justo ni conforme a naturaleza que el delito sea título para disminuir la pena por la so-

la razón de que va junto con otro delito. Y así, quien robó a una persona y la mató, podrá ser emplazado con la *actio furti*, por haber robado, y con la *actio legis aquiliae*, por haber dado muerte a otro, contra las normas de lo justo. Toda vez que una acción penal no excluye ni elimina en su concepto jurídico otra acción penal, cuando hubiere fundamento bastante para el ejercicio y aplicación de ambas. (2)

3).—Una vez llevado a término el delito, de acuerdo con los elementos requeridos en la ley para la consumación de tal figura delictuosa, surgen automáticamente dos acciones iniciales: la una, para pedir la cumplida y cabal *reparación* de los daños y perjuicios que se siguieron del crimen: *aspecto civil o privado del delito*; y la otra, para reclamar de las autoridades públicas que se le aplique al malhechor la sanción correspondiente: *aspecto criminal o público del delito*. (3)

4).—Para que haya verdadero delito—notemos que el pasaje de las *Pandectas* en consideración se refiere tan sólo al hurto; pero es cierto y aun evidente que tiene alcance y significación jurídica generales— no basta la sola *intención* y el propósito, aun cuando éste sea deliberado, de cometerlo; así como, por el contrario, tampoco basta el sólo *hecho* de tomar o retener lo ajeno, sin la intención y el propósito de robar. Tenemos, pues, que para que se actúe y realice en un caso concreto la figura jurídica de robo, hacen falta los dos elementos: el *material*, que consiste en apoderarse de lo ajeno: *Contrectatio rei alienae*, que dirían los jurisconsultos de la época imperial clásica; y el jurídico o formal, que importa el *ánimo* e intención dolosa de robo: *Animus furandi*. (4)

5).—Es de supremo interés para fijar el concepto jurídico de *conato* en la técnica judicial romana, el siguiente pasaje de una de las lumbreras mayores que brillaron durante la época imperial clásica: Julio Paulo. (5) “El que logró penetrar en un aposento, no es todavía ni puede en rigor de términos llamarse ladrón, aun cuando lo haya hecho con la mente y el propósito ciertamente dolosos de robar. Pero sí podrá ser llevado a los tribunales por la injuria que con ello infirió al dueño del aposento, mediante la *actio iniuriarum*.”

6).—No son de menor interés e importancia para determinar el concepto claro y preciso de *solidaridad ex causa de-*

(2) D. I. c. 2.

(3) D. I. c. 3.

(4) D. XLVII, 2, 1.

(5) D. XLVII, 2, 1, 7.

(1) D. XLVII, 1, pr. 1, 2.

*licti*, estas otras palabras del mismo juriconsulto: (6) "Si dos o más individuos han robado un madero, que ninguno de ellos pudiera llevarse consigo, hay que establecer, como del todo cierta, la tesis de que todos ellos quedan obligados *in solidum* por razón del hurto: pues no cabe afirmar que cada uno de los varios ladrones sólo realizó una parte del *furtum*; antes por el contrario, éste puede y debe atribuirse perfectamente como efecto a cada uno de ellos." Merecen citarse las propias palabras de la fuente, en su lengua original: *Neque enim potest dici pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos: Sic fiet singulos furti teneri.*

7).—Acerca de la edad necesaria para delinquir, escribe el célebre juriconsulto, también de la época imperial clásica, Domicio Ulpiano: (7) "Afirma Salvio Juliano que los impúberes pueden cometer crimen de hurto, si han llegado a aquel desarrollo anímico que se necesita para que se actúe el concepto jurídico de *dolo*. Pero añade el mismo juriconsulto que se impone una buena dosis de moderación en el castigo de aquellas personas, que aún no tienen los años de la pubertad."

8).—Sobre el *animus furandi*: propósito e intención de robar, como elemento esencial e imprescindible del hurto, tenemos un concepto muy notable y digno de toda consideración en el *liber quadragesimus primus ad sabinum* de Domicio Ulpiano: (8) "El que tomare, con el propósito e intención de lucro, una cosa ajena, que se halla en el suelo, cometerá hurto, ora sepa de quién es la tal cosa, ora lo ignore. Si se trata de cosas que fueron abandonadas por su dueño no habrá robo, por más que quien la tomó, hubiere tenido el propósito e intención de robar: *animus furandi*. . . . Si la cosa no fue abandonada, mas el individuo creyó erróneamente que sí lo fue, tampoco podrá ser tratado en los tribunales como ladrón. . . . Cuando se toman cosas arrojadas de un navío en momentos graves de riesgo, hay que distinguir: si quien las arrojó tuvo la intención y el ánimo de abandonarlas, lo que se presume por regla general, pues se trata de cosas que se sabe no pueden conservarse, es claro e indiscutible que el individuo que las recogió las hizo suyas, y no cometió, por tanto, ningún robo. Pero si la echazón se llevó a término con el propósito de conservar las cosas, podrá el dueño quitárselas — ya se entiende que por vía judicial—; más aún, si el individuo que las recogió supo cuáles fueron el ánimo e intención con que se arrojaron en el agua las cosas, podrá ser persegui-

(6) D. l. c. 9.

(7) D. l. c. 23.

(8) D. XLVII, 2, 43, 4 ss.

do como ladrón" lo que significa que la acción judicial podrá instaurarse contra el malhechor tanto civil como criminalmente.

También merecen referirse otras frases del citado juriconsulto sobre la misma materia (9): "Con razón se ha dicho que los que toman las cosas de otro, convencidos honrada, aunque erróneamente, de que el señor de las mismas no se opone a ello: no son en hecho de verdad ni pueden ser por ende tratados como verdaderos ladrones. Porque el concepto de robo pide en todo caso, de manera esencial y necesaria el *propósito e intención dolosos*. Y no se puede afirmar que hubo dolo en el caso que venimos contemplando: ora la convicción haya sido verdadera, ora errónea."

9).—Si te di una cosa mía, creyendo que era tuya, pero sabiendo perfectamente tú que era a mí a quien me pertenecía, ni qué decir tiene que me asiste perfecto e indisputable derecho para utilizar contra ti la *actio furti*, supuesto caso, naturalmente, que la hubieres recibido con ánimo e intención de lucro. (10) Bastaba en estos casos la certeza objetiva, para que se presumiera que quien tomó lo que no era suyo, al modo dicho, procedió con ánimo e intención dolosos dando de esta suerte motivo para que se utilizara contra él la acción referida.

10).—Si Ticio se apoderó de una cosa propia de Cayo, pero que la tenía en arriendo Mevio, tanto éste como aquél podrán ejercitar ante los tribunales la *actio furti* contra el primero, por que fueron desconocidos y lesionados gravemente los derechos e intereses de ambos. (11)

11).—Si Ticio *oculta* en su casa a Sempronio, de quien sabe que es un ladrón, para que no le apresen y castiguen los ministros de la justicia: podrán aplicársele las penas que la ley establece contra los ladrones. En cambio, no cabe proceder del mismo modo contra el individuo a quien le consta que Mevio es un ladrón, que ha llevado a término por ventura robos cuantiosos, pero que no le *delata* a las autoridades públicas. (12)

12).—Si habiéndote yo dado un objeto de valor, para que me lo guardaras, tú luégo sin contar conmigo se lo prestaste a Ticio, y éste te lo robó: podrás ejercitar la *actio furti* con-

(9) D. l. c. XLVI, 7.

(10) D. l. c. 44.

(11) D. l. c. 46, 1.

(12) D. l. c. 48, 1.

tra él, y también yo contra ti. Tú contra él, puesto que a ti te pertenecía la *rei custodia*; y yo contra ti, por que no pudiste ni debiste prestarle lo que no era tuyo sin antes haber obtenido para ello mi venia y consentimiento: por lo cual cometiste un robo y puedes, en consecuencia, ser perseguido y tratado como ladrón. Así, pues, tenemos que un ladrón puede ejercitar la *actio furti* en relación con la cosa, no suya, que otro le robó. (13)

13).—Sempronio me roba un objeto de gran valor, y luego sale de él por medio de una venta. Yo, por mi parte, siendo como soy el único, legítimo dueño de la cosa, le arranco por la fuerza a Sempronio el precio de la referida venta. Es indudable que, al proceder de esta manera, he llevado a término un *furtum*, y que por tanto se me puede perseguir ante los tribunales con la *actio furti*. El fundamento jurídico de esta doctrina es que el dueño en semejantes casos, al servirse de la fuerza física y material por su autoridad propia, para recuperar su derecho, aunque por otra parte cierto y auténtico, viola gravemente el recto orden social. (14)

14).—La *actio furti* tiene por objeto obligar judicialmente al ladrón a que pague el doble o el cuádruplo—según los casos— del verdadero precio de la cosa. Si ésta se hubiere deteriorado, habrá que fijarse para determinar el doble o el cuádruplo en el valor de la misma, cuando se perpetró el robo. Al revés, si la *res furtiva* subió de precio y valor hallándose en poder del ladrón: *pretiosior apud furem facta est*, se toma cuenta con el valor y el precio actuales, aunque fueren muy crecidos respecto del valor y del precio que tuvo la cosa en el momento de ser robada. (15)

15).—El que sirviéndose de un trapo rojo espanta y ahuyenta mi rebaño *dolo malo*: con intención y propósito dolo-sos, para de esta suerte facilitar el hurto de las ovejas que perpetrará otro individuo, podrá ser emplazado con la *actio furti*. El que en tales casos se limita a realizar la acción material de robo, pero sin *dolo malo*, no es justo ni conforme a razón que quede impune: cuando se llevan a término acciones tan dañosas y perjudiciales, habrá que utilizar contra el ejecutor material del robo una *actio furti in factum*, siendo por lo demás de la incumbencia de los jueces, tomadas en

(13) D. l. c. 48, 4.

(14) D. l. c. 48, 7.

(15) D. l. c. 50 pr.

cuenta y bien ponderadas todas las circunstancias que rodearon el hecho, fijar la cantidad precisa de la pena. (16)

16).—(Cfr. supra N° 3) una vez perpetrado el robo, dos son las acciones que se pueden intentar contra el ladrón: la *actio furti* y la *vindicatio rei furtivae*. El objeto de la primera es que se le aplique una justa sanción, puesto que sólo así se logrará restaurar y reintegrar el orden público gravemente violado. La segunda tiene por fin la *recuperación* de la cosa robada. Una vez que hubiere sido cobrada ésta, podrá aún intentarse la *actio furti* para obtener el *duplum* o el *cuadruplum*, según los diferentes casos. Del mismo modo, después que se hubiere obtenido judicialmente el doble o el cuádruplo del precio de la cosa robada, quedará aún libre y expedito el camino para reclamar la restitución de la cosa robada. (17)

17).—Si Ticio, habiendo dado una cosa suya en préstamo de uso: *Comodato*, a Sempronio, luego se la quita clandestinamente, no roba, es cierto, ni se le puede aplicar, en consecuencia, la *actio furti*, porque tomó lo que era suyo. Pero este principio debe restringirse en el sentido de que el comodatario no haya tenido razones de monta y plausibles para retener la cosa: porque si llevó a término expensas necesarias, por ventura muy fuertes, en utilidad de la misma: tuvo interés justísimo en quedarse con ella. Hasta tanto que lograra del comodante la satisfacción cumplida de su derecho. (18)

18).—El que tomó lo ajeno con ánimo e intención de lucro, pero luego, arrepentido de su mal procedimiento, se lo restituyó a su dueño, será ladrón ante las leyes, y cabrá por tanto aplicarle, previo juicio, las penas señaladas en aquellas contra los ladrones: dado que, una vez perpetrado y llevado a término el delito, con la subsiguiente perturbación del orden público, no es justo remitir las penas fijadas en la ley, aun cuando hubiere habido arrepentimiento por parte del delincuente.

Preguntamos: no bastará este solo pasaje de Domicio Ulpiano para probar que el fin principal de la pena, en la teoría romana, no es la enmienda, la *post-educación* como hoy suele decirse, del malhechor, sino la *expiación* y el restablecimiento del orden social que se perturbó con el delito?

19).—El que da en prenda una cosa, y luego la vende: aun cuando sea su dueño único y legítimo ante las leyes, es

(16) D. l. c. 50, 4.

(17) D. l. c. 54, 3.

(18) D. l. c. 59).

indudable que comete hurto; y así podrá ser tratado como ladrón mediante la *actio furti*, ora hubiere entregado la cosa: *pignus* a su acreedor, ora se hubiere limitado a gravar sus bienes, con base en un pacto especial, para seguridad y garantía de la obligación. (19)

20).—El que con *dolo malo* lleva a los tribunales a un mozo de mulas, y en el entretanto éstas se pierden, deberá compensar a la víctima todos los daños y perjuicios, y podrá ser compelido a ello por medio de la *actio furti*. (20)

21).—Si Ticio utilizó a sabiendas materiales ajenos para la construcción y el levantamiento de su casa, Cayo, el dueño de aquéllos, no podrá reivindicarlos, pero sí reclamar—dado caso que lo pruebe— el doble de su valor. (21).

22).—De un pasaje de las Pandectas, en el cual se trata de un *Statuliber* que osó lesionar los derechos ciertos y auténticos del *Heres Institutus*, antes de que éste hubiera llevado a término la adición o aceptación de la herencia, se sacan, sobre la base de una lectura atenta, estos tres principios de señalados momento e importancia:

a) que para que haya verdadero delito, en la significación que se da a esta palabra en las leyes y jurisprudencia romanas, se requiere conocimiento intelectual de la cosa junto con la libre determinación de la voluntad previamente ilustrada por el entendimiento;

b) que el fin y el intento principal de la pena, en la teoría jurídica de Roma, es la *coercitio* o la *punitio*, es decir, la reacción violenta del orden contra aquél que tuvo la osadía de perturbarle;

c)—que las acciones fundadas en el delito podían prescribir, siempre que no se intentaran dentro del tiempo hábil señalado en las leyes para su ejercicio. (22)

23).—Cuando en una fonda se perpetró un robo, y se sabe a ciencia cierta que su autor es o el propio dueño del establecimiento o uno de sus dependientes, podrá ejercitarse una *actio in duplum* contra el primero. Más aún, siempre que se cometiere el hurto en el referido lugar, quedará obligado, en virtud del *ius praetorium*, el que se encuentra al frente del mencionado establecimiento, en términos que la víctima podrá, a su libre elección, dirigirse contra él apoyándose en las

(19) D. l. c. 66 pr.

(20) D. l. c. 66, 2.

(21) D. XLVII, 3, 1.

(22) D. XLVII, 4, 1.

normas del derecho *honorario*, o también contra el propio ladrón, fundándose en los principios generales del Derecho Civil. (23)

24).—Para que haya verdadero delito, es necesario que el malhechor hubiere procedido con conocimiento de causa y con libre determinación de la voluntad. Domicio Ulpiano contempla, a este propósito, el caso del dueño que o no tuvo conocimiento del hurto que iban a realizar sus propios esclavos, o conociéndolo no pudo en absoluto evitarlo. No se se puede afirmar, en este caso, que el *Dominus servorum* participara en el delito por éstos perpetrado. (24)

25).—El que corta furtivamente árboles de otro, incurre en las responsabilidades fijadas por la *Ley Aquilia* y por las *Duodecim tabulae*. La *actio arborum furtim caesarum*, aun cuando sea penal, es perpetua; en otros términos, no prescribe, contra lo que suele acontecer en las acciones penales. No se puede urgir contra los herederos del malhechor, pero sí la pueden utilizar los sucesores de la víctima a título universal—*inter vivos*— o a título particular, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La sanción importa el *duplum* del valor, lo cual se explica de esta manera: si el precio de los árboles cortados es mil monedas, el delincuente pagará mil a título de compensación y dos mil a título de pena. (25)

(Continuará)

JOSE MARIA URIA, S. J.

(23) D. XLVII, 5, 1.

(24) D. XLVII, 6, 1.