

**DISTINCIÓN HURTO ROBO EN SAN ISIDORO DE SEVILLA.
ALGUNAS OBSERVACIONES**

Silvestre Bello Rodríguez

Profesor Titular de Derecho Romano.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. DEFINICIÓN DE *FURTUM* EN SAN ISIDORO DE SEVILLA
- II. DISTINCIÓN *LATRO-FUR*
- III. DERECHO ROMANO DERECHO VISIGÓTICO
- IV. TRATAMIENTO DEL HURTO COMO *CRIMEN FURTI*
- V. ASPECTO PÚBLICO Y PRIVADO DE UNA MISMA REALIDAD JURÍDICA
- VI. LA *RAPINA* EN LA *LEX VISIGOTHORUM*
- VII. CONCLUSIONES

I. DEFINICIÓN DE *FURTUM* EN SAN ISIDORO

En 1942 el Cardenal Tabéra escribió un artículo cuyo título es la definición del *furtum* en las Etimologías de San Isidoro de Sevilla¹. En su opinión al tratar una de las diferencias más interesantes de San Isidoro “La definición de *furtum*² todos los intentos para determinar un autor en el cual se inspirase San Isidoro pueden considerarse como fracasados ya que con toda probabilidad no utilizó la codificación de Justiniano así como no es fácil probar el uso en las obras de San Isidoro de la *Lex Romana Visigothorum* ni del Código Teodosiano.

En el Capítulo 26 del libro V San Isidoro trata de varios delitos contra la propiedad: *furtum*, *pervasio*, *inficiatio*, *iudicium peculatum*, *iudicium repetundarum*; en materia de *furtum* Tabera dice: No copiamos la definición de furo(hurón)³ (Orig. XII,2,39) “*furo a furvo dictus, unde et fur. Tenebrosos enim et occultos cuniculos effodit et eiicit praedam quam invenerit*” por no decir a nuestro propósito, sino en cuanto reproduce la etimología varroniana de *furtum* sin añadir ningún detalle a los textos citados.

En Diff I,340 nos da otra definición de *fur* y de *latro* sin ninguna relación con la que estudiamos “*Qui alienum involat fur est; qui furatur et occidit latro est.*”

II DISTINCIÓN *LATRO FUR*

Como demostraremos con estas observaciones, la distinción entre *latro* y *fur* tiene una gran importancia porque va a probar toda la evolución del derecho visigótico que sigue las huellas trazadas por el derecho romano del bajo Imperio: la distinción es fundamental porque marca la diferencia entre hurto simple (*furtum*) y hurto agravado por la utilización de la violencia (*rapina*). Es una constante en la evolución histórica a partir de la época clásica y sobre todo marca la distinción fundamental de la época postclásica; el reflejo de esta particularidad lo encontramos también en la citada etimología donde San Isidoro describe la *pervasio*.

1 SDHI n° 8 pag. 23 y ss.

2 Orig. V.26.19.20

3 Orig. XII.2.39

Pervasio est rei alienae manifesta praesumptio. Furtum autem earum rerum fit, quae de loco in locum transferri possunt, pervasio autem et earum quae transferuntur, et earum quae immobiles sunt. En opinión de Huvelin San Isidoro utilizó distinta fuente para cada uno de los textos de los 19 y 20. La definición de la pervasio está tomada del presunto manual jurídico compuesto en España entre la publicación del Código Teodosiano y del Justiniano cuya existencia ha tratado de demostrar Kübler y que en opinión de Huvelin, la definición de furtum la ha copiado de algún gramático. En esta distinción se aprecia la apropiación de cosas muebles *quae transferri possunt* e inmuebles *quae immobiles sunt*, siendo en ambos casos la *praesumptio* manifiesta y es aquí donde radica la diferencia con relación al *furtum* que aunque siempre hace referencia a cosas muebles tiene que ser con carácter de clandestinidad.

El texto de San Isidoro *Differentiae (sive de proprietate* libro 7 n 340) puede servirnos de pauta para estudiar las dos posibles vías o medios para resarcirse del daño mediante la denuncia criminal o ejercitando la acción civil.

Inter latronem et furem. Qui alienum involat, fur est,; qui furatur et occidit, latro est.

Proprie autem latro a latitando insidiis dictus: fur autem a furvo vocatus, id est nigro; nam noctis utitur tempore. Pulchre autem Plautus cuidam qui furabatur ait. Tu trium litterarum homo, id est fur,

En la versión de Huron S. Isidoro nos da una nueva versión de oradar o hacer agujeros, en este texto debe inspirarse D. Ors y no en Tabera que cita y elimina este párrafo, cuando afirma: la relación con oradar muy explicable en una sociedad que vive en casa de paredes perforables, da el punto de conexión para la comparación popular con rata..raton...ratero.

En la diferencia entre Fur y Latro se contiene la referencia a hurto simple y hurto agravado que constituye la base de la diferenciación jurídica y también la actual distinción del código Penal español entre hurto y robo.⁴

III. DERECHO ROMANO DERECHO VISIGÓTICO

Es necesario partir del derecho clásico y de las modificaciones postclásicas ya que el derecho visigótico en el que se inspira es una continuación del derecho romano.

Al tratar de los precedentes se observa que no existe un concepto único de hurto, originariamente se seguía la concepción material de *ferre* llevarse o *subreptio* de que parte la Ley de las XII tablas y la Ley Atinia.

Las fuentes que se refieren a esta Ley hablan de *res subreptae* o *subreptae* porque en el texto de la misma aparece la voz *subreptum* según noticia de Aulio Gelio; el citado texto y la ley de las XII tablas dan mayor importancia a la usucapion de la

4 C. Penal arts. 234 y 237

res furtiva; en una concepción originaria y primitiva en la esfera del hurto se incluían las res hostiles ocupadas a los enemigos y la ocupación del campo.

Por ello la acción reivindicatoria de estas cosas y de los campos se hacía preceder de un *repetere*, una reclamación de la propiedad que nos sitúa en el origen de la *condictio ex causa furtiva* y su aplicación a los hurtos de fundos. En opinión de Frezza⁵ la *condictio* dentro del sistema del *ius civile* comprendería las reclamaciones delictuales por hurto, daño aquiliano, *iniuriae* etc., junto al mutuo legado y estipulaciones: dos grupos a los que luego Gayo llama *ex maleficio* y *ex contractu*; en el caso del *furtum* entra en juego la *condictio furtiva* precisamente por existir en ese supuesto una *datio "ex eventu"*

La doctrina jurisprudencial que admite el *furtum fundi* y que aprobaba Sabino, debe ponerse en relación con el primitivo régimen de apoderamiento furtivo de los fundos, no comprendido en los preceptos de la Ley Atinia, también con la originaria función de la *condictio ex causa furtiva*.

Más tarde por obra de los Juristas Republicanos y en torno al concepto del *furtum nec manifestum* que deja de considerarse un acto o hecho material para convertirse en una concepción más amplia del *furtum* que se extiende a todo acto ilícito privado o daño patrimonial. Junto a la acción penal se concede al propietario contra el ladrón acciones reipersecutorias como era la *reivindicatio* y la *condictio*⁶.

IV. TRATAMIENTO DEL HURTO COMO *CRIMEN FURTI*

A partir del Imperio todo esto sufre un profundo cambio al considerar el delito de hurto como crimen *furti* en la esfera del derecho público y también en el ámbito de la *cognitio extraordinem*. El concepto amplísimo que del *furtum* tienen los antiguos juristas republicanos es el resultado de encuadrar en su ámbito casos tan diversos como los referentes a los esclavos, cosas, muebles, fundos, animales y sobre todo, encuadrar en la esfera del acto furtivo supuestos de responsabilidad contractual desde el comodato y el depósito, pasando por la prenda, hasta la compraventa y el arrendamiento. Sin embargo no observamos ninguna diferencia en cuanto se refiere a esta amplitud del ámbito de aplicación entre los criterios seguidos por los veteranos y el de los últimos juristas como no sea el de una mayor precisión, lo que suponía el avance en las respuestas.

En materia de comodato y *furtum usus* las respuestas jurisprudenciales desde Bruto y Quinto hasta Juliano y Gayo siguen una línea continua de desarrollo jurisprudencial. El Prof. García Garrido en un trabajo cuyo título es Observaciones sobre *delictum* y *crimen furti* afirma en primer lugar la progresiva admisión de los varios tipos

⁵ D.ors Rasegna di Diritto Romano. Labeo 1977 pag. 55

⁶ Existe diversidad de opiniones en la Doctrina respecto a la posibilidad de utilizar conjuntamente acciones reipersecutorias y penales, en opinión de García Garrido esto es dable solamente cuando la acción penal no persigue indemnización. Véase García Garrido. Derecho Privado Romano pag. 483. edición 1997.

de *crimina furti* y la extensión de la esfera pública con la consiguiente limitación de la privada que se realiza en estrecha relación con la noción clásica del *delictum furti* sobre la que no se realizan innovaciones sustanciales.

V. ASPECTO PÚBLICO Y PRIVADO DE UNA MISMA REALIDAD JURÍDICA

En segundo lugar que el concurso y la alternatividad de los procedimientos del *ordo* y de la *cognitio extraordinem* y la tardía contraposición entre *civiliter* y *criminaliter agere* que sigue el mismo criterio de alternatividad viene a demostrar una vez más las dos distintas posiciones, pública y privada que puede asumirse sobre una misma realidad jurídica. Juliano⁷ en D.47.2.56(58) trata de la reprensión que puede instarse con independencia del ejercicio de las acciones privadas como es el caso de las ejercitadas contra el ladrón de hurto por razón de una misma cosa. La primera persecución de los hurtos realizada con violencia es la que realiza el Pretor Luculo mediante una acción que luego pasó al edicto perpetuo en favor del que ha sido privado violentamente de sus derechos patrimoniales, acción que se denominó *actio vi bonorum raptorum* y que se creó por la necesidad de reprimir a las numerosas bandas de malhechores que asolaban Italia y tendía a reforzar las disposiciones de Derecho Civil en materia de injurias daños y hurtos a la que se añaden los hurtos agravados, de aquí que exista la distinción entre *crimina furti* y *delicta*.

VI. LA RAPINA EN LA LEX VISIGOTHORUM

Para la Lex Visigothorum la rapina supone, siguiendo la tradición romana tomar la cosa con violencia. No se trata ya de un *furtum auferre* sino de un *rapere*. De hurto y robo se habla como de acciones distintas incluso en un mismo texto. También aparece escrito para designar la acción constitutiva del robo el verbo *auferre*. Pero no se trata aquí de aquel simple *auferre*, empleado para designar hechos furtivos, sino de un *auferre* cualificado, calificación que aunque no siempre es expresa cabe deducirla claramente del sentido del texto. También algunas sustracciones se califican en esta ley como *rapina*, aún cuando no llegase en realidad a darse la fuerza como en el caso en que el agente sabe de antemano que la víctima no tiene posibilidad de defensa, en este supuesto la fuerza no llegaría a cobrar existencia porque la víctima consciente de su inferioridad frente a las gentes armadas de la hueste, no opondría resistencia. En tal caso no se puede hablar de un arrebatarse sino más bien de un llevar porque el agente va revestido de la suficiente fuerza potencial para cohibir al perjudicado y es esta fuerza *in potentia* en la que se ve envuelta la víctima, lo que cualifica la sustracción.

También las sustracciones realizadas con ocasión de catastrofe continúan integrándose en el concepto de robo. La L.V. se refiere a dos composiciones lo cual parece indicar que detrás de ellas se encierra una distinción.

Al igual que en el hurto aquí el legislador visigodo también toma en cuenta las circunstancias que envuelven al robo distinguiéndose una serie de robos normales

⁷ Dig.47.2.57pr. Juliano Digesto libro XXII. Palingenesia Iuris Civilis. O.Lenel. Pag.376 Index Interpolationum T.III pag.495, este texto en opinión de Lenel, Pampaloni y Levy ha sido interpolado, coincidiendo estos dos últimos en la interpolación del último párrafo.

cuya composición es por el cadruplo establecido en la L.V. al lado de robos agravados cuya composición se ve incrementada hasta el undecuplo.

En la L.V. al igual que en los primeros tiempos del derecho romano el *furtum* vuelve a aparecer intimamente vinculado a *ferre*.

La necesidad práctica que llevó a los juristas al estudio del *auferre* originario al *contractare* clásico lleva también al mismo planteamiento en la L.V. es decir que a pesar de haber sido sustituida la expresión *contractat* romano clásica por *ablatat est*, *abstulerit* y *tulerit* se observa un retroceso, lo que es sintoma de la falta de tecnicismo jurídico, en otras palabras se trata de influencia de la vulgarización.

Hay que tener en cuenta que es en el primitivo derecho romano donde se llega a una noción materialista de lo que era el *furtum* distinta de las que siguen los Juristas republicanos. *Auferre furtin* es llevar la cosa escondida, esto nos sitúa en el mismo aspecto de ocultación a que se refiere la definición de San Isidoro de Sevilla.

Por último sobre la *rapina* en la L.V. se trata de las dos posibles composiciones al doble que era la antigua composición del *furtum nec manifestum* al nonuplo del valor de la cosa

VII. CONCLUSIONES

Del estudio de las fuentes jurídicas se podría concluir diciendo que aún cuando San Isidoro no utilizara como fuente la Lex romana visigothorum⁸ ni el Código Teodosiano entre otros, la distinción que aparece de San Isidoro de Sevilla entre hurto y robo aparece justificada en las fuentes del derecho visigótico que hemos citado.

BIBLIOGRAFÍA

- D.ORS *Sobre 12.1.9.1* (Replicas Panormitanas V) Labeo Rasesegna di Diritto romano. 1977.
LONGO G. *Corso di diritto Romano I*. Diritto Reale. Padova 1962.
PUGSLEY DAVID. *The Misinterpretation of the Lex Atinia*. Revue Internationale des Droits de L, Antiquité.
SOLAZZI S. SULLA *Lex Atinia de rebus subreptis*. Scritti di Diritto Romano 1947-56.
TABERA A. *La definición de furtum en las "Etimologías" de San Isidoro* (Orig.26.19.20) Breviarum Alaricianum. Römisches Recht in Fränkischen Reich. Leipzig 1903.
Lex Visigothorum V.6.,2-4; VII,2.1; VII,2.10.
Lex Romana Visigothorum Tit. XXXII, Dict. Des Antiquites Grec. Et Rom. *Lex Atinia de rebus furtivis*

⁸ Pauli Sententiarum lib.II. Tit.XXXII De Furtis