

# **GLOSSAE**

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Honorary Chief Editor**

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

**Chief Editor**

Aniceto Masferrer, University of Valencia

**Assistant Chief Editors**

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

**Editorial Board**

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

José Franco-Chasán, University of Augsburg

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

José L. Linares Pineda, “Definición de furtum y expansión jurisprudencial de los supuestos de hurto en el Derecho romano clásico. Relectura del *Diritto penale* de Ferrini”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 16 (2019), pp. 187-203 (available at <http://www.glossae.eu>)

## Definición de *furtum* y expansión jurisprudencial de los supuestos de hurto en el Derecho romano clásico. Relectura del *Diritto penale* de Ferrini\*

### Definition of *furtum* and the jurisprudential expansion of theft's cases in the Classical Roman Law. Rereading of Ferrini's *Diritto penale*

José L. Linares Pineda  
Universidad de Girona

A la profesora Encarnació Ricart,  
con motivo de su jubilación académica

#### Resumen

La extraordinaria expansión jurisprudencial de los supuestos de *furtum* hasta convertirlo en cualquier 'azione dolosa sopra una cosa a fine di lucro' (Ferrini), o bien "...jedes 'unehrliche Antasten' einer fremden (beweglichen) Sache in gewinnsüchtiger Absicht..." (Honsell/Kunkel), se hacía acreedora a la conocida nota crítica de Schulz: "The classical conception of *furtum* was an artificial and unhappy creation of republican and classical jurisprudence... It was not a happy idea on the part of the republican jurists to extend the conception of *furtum* so far beyond the natural sense of the term." Bajo el perfil moderno de la 'Better Regulation', cuesta asimismo encontrar sentido a este 'catch-all crime'. Si los motivos de política del Derecho de tal expansión están lejos de ser evidentes, quizás la vía propuesta por Contardo Ferrini en su *Diritto penale romano* (1902, que se hacía eco de numerosas contribuciones anteriores), de buscar en la transición de la *amotio* a la *contrectatio* (Gai. 3,195) la influencia del desarrollo "della teorica del possesso" nos proporcionará un argumento técnico capaz de explicar, al menos parcialmente, estos desarrollos.

#### Abstract

The extraordinary growth of the cases of *furtum*, until it turned into any 'malicious action on one thing with a profitable aim' (Ferrini), other "...every 'dishonest touch' on a foreign (movable) thing with a profitable aim..." (Honsell/Kunkel), was credited to the well-known critical note of Schulz: "The classical conception of *furtum* was an artificial and unhappy creation of republican and classical jurisprudence... It was not a happy idea on the part of the republican jurists to extend the conception of *furtum* so far beyond the natural sense of the term." Under the modern perspective of 'Better Regulation', it is also hard to explain this 'catch-all crime' reasonably. If the legal-policy reasons of such expansion are far from obvious, it might be the view proposed by Contardo Ferrini in his *Diritto penale romano* (1902, that summarized many previous contributions): to see in the transition from *amotio* to *contrectatio* (Gai. 3,195) the influence of "the theory of possession", which will provide us a technical argument able to explain, at least partially, these developments.

#### Palabras clave

*Furtum, delicta privata*, clases y efectos de la *possessio*, adquisición, conservación y pérdida de la posesión, Contardo Ferrini

#### Keywords

*Furtum, delicta privata*, classes and effects of *possessio*, acquisition and loss of *possessio*, Contardo Ferrini

**Sumario:** 1. Principio de tipicidad y Derecho penal romano. 2. La expansión jurisprudencial de los supuestos de *furtum*. Una visión de conjunto apoyada en exposiciones generales. 3. El capítulo dedicado al hurto del *Diritto penale romano* de Ferrini entre los intentos de explicación de la expansión de los supuestos de *furtum*. 4. Una conclusión provisional. Apéndice bibliográfico

## 1. Principio de tipicidad y Derecho penal romano

La reflexión que sigue enlaza con dos proyectos de investigación en los que participamos, el primero relativo a las *regulae iuris* y el segundo, a la *evaluación del proceso normativo*<sup>1</sup>. Mi aportación a la materia de las *regulae iuris* se centra en la materia conexas de las definiciones<sup>2</sup>. En cuanto a la evaluación del proceso normativo, en ver si un Derecho de la antigüedad como el Derecho romano puede ofrecer perspectivas interesantes a la moderna preocupación por la mejora regulatoria ('Better regulation').

Tanto en materia de definiciones como en lo relativo a 'Better regulation'<sup>3</sup>, nuestra atención se focalizará ahora en el delito privado de hurto. Como es sabido, el Derecho penal romano no ofrece una estructura unitaria<sup>4</sup>: los *delicta privata* tratados en el libro XLVII del Digesto se contraponen a los *crimina publica* del libro XLVIII<sup>5</sup>. El excelente tratado de Ferrini<sup>6</sup> antepone unas 'Dottrine generali' a una 'Parte speciale' dividida en dos secciones separadas dedicadas a la 'distinzione fondamentale fra delitti privati e pubblici'<sup>7</sup>. El monumental *Römisches Strafrecht* de Mommsen<sup>8</sup> reúne, sin embargo, en su cuarto libro, el estudio de cada uno de los delitos<sup>9</sup>, agrupados según el 'bien jurídico protegido', relegando los delitos privados a los capítulos finales<sup>10</sup>. La influyente exposición moderna de Santalucia<sup>11</sup>, cierra el capítulo dedicado a la legislación decenviral con esta precisa delimitación de las dos esferas:

"Viene così delineandosi, già nel sistema delle XII Tavole, la fondamentale distinzione, che impronta il diritto penale romano dell'età classica, tra delitti pubblici (tecnicamente detti *crimina*), perseguiti dallo stato per mezzo degli organi investiti della giurisdizione criminale e sanzionati con pena pubblica, corporale o pecuniaria, e delitti privati (qualificati, pur con qualche oscillazione, *delicta o maleficia*), perseguiti dall'offeso nelle forme del processo privato e sanzionati con pena privata, sempre pecuniaria, dovuta esclusivamente alla parte lesa."<sup>12</sup>

A partir de ese momento, el manual de Santalucia sólo se ocupará de los primeros.

Pues bien, si se nos permite el anacronismo, ya sea en el terreno de la racionalidad normativa como objetivo de la 'Better regulation', o en el plano más amplio de la crítica

---

\* '*Regulae iuris* sobre relaciones jurídicas obligatorias: historia textual, interpretación, práctica', financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, ref. DER2016-75518-P, IP Dra. Encarnació Ricart Martí.

<sup>1</sup> *Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los nuevos retos sociales del estado de derecho*, ref. DER2016-76325-R, IP Dra. Dolors Canals Ametller.

<sup>2</sup> Con anterioridad he publicado en *RGDR* 29 (2017) un análisis de las definiciones de *restituere* que nos transmiten nuestras fuentes.

<sup>3</sup> Una introducción a estos temas como perspectiva novedosa desde la que aproximarse a las fuentes romanas, en el brillante ensayo de Carrasco, C., "Impacto normativo y derecho romano: «ex ante/ex post». A propósito de prescripciones edilicias", *Index* 46 (2018), pp. 345 ss. (hemos podido consultar las pruebas de imprenta por cortesía de la autora).

<sup>4</sup> V. la síntesis actualizada que ofrece el cap. XV del *Derecho público romano* del profesor Antonio Fernández de Buján (Madrid 21 ed. 2018), pp. 251 ss. (con bibl.)

<sup>5</sup> La rúbrica de D. 48,1 es propiamente '*de publicis iudiciis*'.

<sup>6</sup> Ferrini, C., *Diritto penale romano. Esposizione Storica e Dottrinale. Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal Prof. E. Pessina* (Roma [1902] 1905, reimp. 1976)

<sup>7</sup> Ferrini, C., *Diritto penale* cit., p. 176.

<sup>8</sup> Mommsen, Th., *Römisches Strafrecht, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, ed. Karl Binding (Leipzig 1899)

<sup>9</sup> Mommsen, Th., *Strafrecht* cit., p. 523 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 733 ss.

<sup>11</sup> Santalucia, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*<sup>2</sup> (Milano 1998)

<sup>12</sup> Santalucia, B., *Diritto e proceso penale* cit., p. 67.

del Derecho, la extraordinaria expansión jurisprudencial del *furtum* romano más allá de su significado primario, que presentaremos sumariamente a continuación, ofrecería un ejemplo aparentemente contrario al ideal de racionalidad normativa en el ámbito penal moderno, que se refleja, entre otros, en el principio de tipicidad, como manifestación del principio de legalidad: “la vaguedad, amplitud o indeterminación en la descripción de las conductas tipificadas”<sup>13</sup> se contraponen abstractamente a un sistema de tipos penales bien definidos que pongan coto al arbitrio judicial y garanticen la seguridad jurídica.

Es evidente que no puede proseguir, con este rigor, la confrontación entre estas exigencias modernas y unas fuentes romanas que sólo participan en parte de este marco mental. Pero sí creemos legítimo preguntarnos por las manifestaciones y el alcance de la idea de tipicidad en el Derecho penal romano.

Dejando a un lado el papel de la ley, los senadoconsultos y las constituciones imperiales en la definición y redefinición de los *crimina publica* y del régimen procesal conexo, conviene no perder de vista que los delitos privados, con posterioridad al régimen decenviral, estarán sujetos a la potente tipicidad del edicto del pretor<sup>14</sup>. No está de más, por tanto, recordarlo en el arranque del estudio de las *obligationes, quae ex delicto nascuntur* (Gai. 3,182) como hace el manual de Juan Miquel: “El rasgo de la tipicidad, tan propio del Derecho romano, se manifiesta también en el ámbito de los delitos.”<sup>15</sup>

Pues bien, en el plano temporal nuestro interés arranca de la plena sustitución del régimen decenviral de autoayuda en el caso de hurtos agravados, por un sistema de multas graduadas (del duplo al cuádruplo)<sup>16</sup> y concluye con la instauración, durante el principado de diversas modalidades de *crimen furti*; esto es, del hurto como delito público<sup>17</sup>.

## 2. La expansión jurisprudencial de los supuestos de *furtum*. Una visión de conjunto apoyada en exposiciones generales

Comenzamos por el *Studienbuch*, y no por los *Handbücher* de Max Kaser, debido al conocido esfuerzo de los editores por adelantar en esta obra las actualizaciones más significativas que deberán formar parte, en su día, de la tercera edición de los *Handbücher*.

El *furtum* consistiría, en expresión sucinta de Kaser<sup>18</sup>, en “...das heimliche ‘Wegtragen’ der fremden beweglichen Sache.” que responde a la derivación etimológica

<sup>13</sup> <http://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-tipicidad.html>

<sup>14</sup> Y el ‘aktionenrechtliches Denken’ predominante v. Kaser, M./Knütel, R./Lohse, S. *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*<sup>21</sup> (München 2017), p. 28 marg. 17.

<sup>15</sup> Miquel, J., *Derecho romano* (Madrid, Barcelona, etc. 2016), p. 273.

<sup>16</sup> Difícil de fijar con precisión cf. Gai. 3,189 (‘*Sed postea inprobata est asperitas poenae...*’; 4,111 (‘...cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.’) Para Ferrini, *Diritto penale cit.*, p. 178 y n.3, la explicación de este tránsito se encuentra “...nelle composizioni pecuniarie esplicitamente consentite dalla legge... [Ulp. D. 2,14,7,14 (3 ed.) ...nam et de furto pacisci lex permittit; Paul. D. eod. 17,1 (3 ed.)] Ulteriores detalles en Pelloso, C., *Studi sul furto nell’antichità mediterranea* (Padova 2008), esp cap. III; pp. 135 ss.; Balzarini, M. “Il furto manifesto tra pena pubblica e privata”, *Atti Copanello* 5 (1992), pp. 49 ss.

<sup>17</sup> V. Santalucia, B., “*Crimen furti*. La repressione straordinaria del furto nell’età del Principato”, *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. Murga Gener*, ed. Paricio, J. (Madrid 1994), pp. 785 ss.

<sup>18</sup> Kaser, M./Knütel, R./Lohse, S. *Römisches Privatrecht*<sup>21</sup> cit., p. 310.

de *ferre*. En este punto coinciden el *furtum* romano y lo que modernamente entendemos por hurto<sup>19</sup>.

Siguiendo con la apretada síntesis del *Studienbuch*<sup>20</sup>, en cuanto al objeto, de la cosa mueble ajena se pasa a la persona sometida a potestad ajena. En cuanto a la conducta, del acto de llevarse (*Wegtragen*), se pasa al menos concluyente ‘*contrectare*’ de la definición paulina en D. 47,2,1,3. Los diccionarios al uso nos ayudaran a precisar algo más esto último.

El *Dizionario Olivetti on line*<sup>21</sup> sv. *contrectatio* distingue un sentido primario de ‘contatto, tocco’, anterior a ‘trafugamento’ o ‘furto’. Heumann/Seckel<sup>22</sup> svv. *contrectare –atio* sitúa la mera ‘körperliche Berührung’, antes que la ‘Entwendung’. El *Oxford Latin Dictionary*<sup>23</sup>, acompañado de una útil transcripción de ejemplos de las fuentes jurídicas y literarias, remite en primer lugar la forma *contracto* a la variante *contrecto*, sugiriendo un parentesco entre *contrecto*, *contrectatio*, *contrectator* y el sentido usual de *contrahere*, *contractus*, *contractura* (*draw together, contract, esp. the body or parts of it; restricted in space, narrow...*), que nos había pasado completamente por alto. La especificidad del verbo *contrecto* queda también explicada en un contexto léxico más amplio: de un lado, el verbo “*contrecto... Also contracto*” entendido como: “1 *To touch repeatedly, handle, finger, 2. To handle amorously, caress, fondle, 3 (leg.) To handle unlawfully (as in a theft or embezzlement)* [con extractos de fuentes jurídicas], 4 (transf.) *To deal with, handle (a subject); to apply oneself to...*” y, de otro, los sustantivos *contrectatio* (*The action of touching, handling. b fondling, caressing. c (leg.) handling with felonious intent* [con extractos de fuentes jurídicas]) y *contrectator* ((leg.) A thief).

Siguiendo con el *Studienbuch* de Kaser, *contrectare* cubre pues tanto el ‘Wegtragen’ (llevarse) como el ‘Vorenthalten’ (retener) las cosas que tenemos en custodia, dando lugar a la apropiación indebida (*Unterschlagung, Veruntreuung*)<sup>24</sup>, tanto la ocultación del autor o su botín (receptación)<sup>25</sup> como el aprovechamiento fraudulento del error ajeno (v.gr. aceptación consciente del pago de lo indebido<sup>26</sup>, tanto la sustracción del mero uso (*furtum usus*) como sustraer la cosa propia objeto de usucapión o de prenda ajenas (*furtum possessionis*).

Ante este aparente crecimiento descontrolado del supuesto originario del hurto, el *Studienbuch*<sup>27</sup> afirma finalmente el dudoso valor de la definición de Paulo en

<sup>19</sup> La acción viene descrita por nuestro legislador penal como “tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño” v. art. 234 CP de 1995.

<sup>20</sup> Kaser, M., *Römisches Privatrecht*<sup>21</sup> cit. p. 311.

<sup>21</sup> <https://www.dizionario-latino.com/dizionario-latino-italiano.php?parola=contrectatio>

<sup>22</sup> Heumann, H./Seckel, E., *Handlexikon* (Jena 1926), p. 105 sv. *Contrectare*.

<sup>23</sup> (Oxford 1968) svv. accesible asimismo on line: [https://archive.org/details/OxfordLatinDictionary\\_201708/page/n453](https://archive.org/details/OxfordLatinDictionary_201708/page/n453)

<sup>24</sup> Ulp. D. 47,2,52,7 (37 ed.) *Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror.*

<sup>25</sup> Ulp. D. 47,2,48,1 (42 Sab.) *Qui furem novit, sive indicet eum sive non indicet, fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet: qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur.*

<sup>26</sup> Scaev. D. 13,1,18 (4 quaest.) *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur.*

<sup>27</sup> Kaser, M., *Römisches Privatrecht*<sup>21</sup> cit. p. 311.

D. 47,2,1,3 (39 ed.) *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admitttere.*

Ello encajaría hasta cierto punto con la traducción que proponen sus autores: “‘Diebstahl’ ist das betrügerische Ansichbringen einer Sache, um daraus vorteil zu ziehen, entweder der Sache selbst oder auch ihres Gebrauchs oder ihres Besitzes.”<sup>28</sup>

Pensamos, sin embargo, que traducir *contrectatio* por ‘Ansichbringen’ está quizás demasiado cerca del ‘Wegtragen’/‘llevarse’ originario del hurto como delito de desplazamiento.

Contrarrestan esta perspectiva, además del aporte de los diccionarios resumido más arriba, la traducción de Ferrini del fragmento de Paulo: “Il furto è un’azione dolosa sopra una cosa a fine di lucro; tanto se essa azione cada direttamente sulla cosa medesima, quanto se invece sull’uso di essa o sul possesso.”<sup>29</sup>, que explica algo mejor la elección consciente del vago *contrectare*<sup>30</sup> para englobar la multitud de supuestos que abraza este delito.

En el mismo sentido, Honsell/Kunkel traducen la definición paulina por “...jedes ‘unehrliche Antasten’ einer fremden (beweglichen) Sache in gewinnsüchtiger Absicht...”<sup>31</sup>

Particularmente acertadas nos parecen, por último, las consideraciones del artículo *Definitions: Furtum and Contrectatio* de Geoffrey D. MacCormack<sup>32</sup> quien, en síntesis y prescindiendo ahora de algunos matices, defiende “...that *contrectare* was needed to express the physical element of theft in a variety of cases where a verb expressing removal was inappropriate. One of the most important of these cases was unauthorised use by the commodatee of the object borrowed and use by the deposittee of the object deposited.”<sup>33</sup> Y, más adelante, precisa que “...*contrectare* has a wider range of meaning than *subripere*. Whereas *subripere* cannot express a state of affairs falling short of removal *contrectare* may mean both ‘handle and remove’ and ‘handle without removing’. Because *contrectare* includes *subripere* within its range of meaning...”<sup>34</sup>

Sin necesidad de abrir ahora un capítulo específico dedicado el análisis formal de la definición con ayuda de la monografía de Martini<sup>35</sup>, creemos poder adelantar que esta

---

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Ferrini, C., *Diritto penale cit.* p. 185.

<sup>30</sup> V. detalles infra, apartado 3.

<sup>31</sup> Kunkel, W./Honsell, H. *Römisches Recht*<sup>4</sup> (Berlin, Heidelberg 1987), p. 358.

<sup>32</sup> MacCormack, G.D., “*Definitions: Furtum and Contrectatio*”, *Acta juridica* 129 (1977) pp. 129 ss.

<sup>33</sup> MacCormack, G.D., “*Contrectatio*” cit. p.132.

<sup>34</sup> *Ibidem* p. 139.

<sup>35</sup> Martini, R., *Le definizioni dei giuristi romani* (Milano 1966), pp. 236, 238 destaca que los compiladores “...si sono valsi —qundo ciò è stato loro possibile— di definizion(i) elaborate dai giuristi classici...per metterle in testa alla trattazione dei singoli argomenti.” Entre las que estaría la definición de *furtum* que encabeza D. 47,2 e Inst. 4,1. Martini habla de ‘funzione sistemática in senso nuovo/a noi familiare’ (pp. 280, 395) de algunas definiciones “...poichè non sono connesse ad una precedente classificazione, bensì vengono...all’inizio di una trattazione più o meno ampia ed organica dei vari argomenti.” Más adelante, sin embargo (pp. 284 s.), Martini propende a considerar finalmente la definición paulina como una definición con una función meramente interpretativa, no asociada a un tratamiento

definición intenta hacer más bien frente a un desbordamiento de significados que no se acaba en el elenco anterior, sino que, como recuerda el útil capítulo introductorio de Córcoles<sup>36</sup>, quien, sobre los resultados alcanzados por Albanese, concluye: “...la noción de *furtum* se expande hasta comprender casi cualquier acción dañosa; las fuentes citan casos como la ocupación dolosa del fundo ajeno, inducción o ayuda a la fuga de un siervo, falsificación de documentos, la provocación de la pérdida de reses ajenas, el simple *animus* de no devolver la cosa tenida en depósito o el excesivo desbrozamiento de un bosque ajeno. Por tanto, se observa que una categoría de delito nacida con unos contornos más o menos limitados, evoluciona hasta comprender una cantidad tal de actos ilícitos que se acaba identificando prácticamente con el concepto genérico de ilícito privado.”

Estas consideraciones superficiales, al margen de la exégesis concreta de los muchos textos que nos ofrece básicamente D. 47,2, nos remiten al sugerente juicio crítico de Schulz<sup>37</sup> tantas veces citado: “The classical conception of *furtum* was an artificial and unhappy creation of republican and classical jurisprudence, it cover cases so widely different that an accurate and intelligible definition by means of an abstract formula can hardly be given. (...) It was not a happy idea on the part of the republican jurists to extend the conception of *furtum* so far beyond the natural sense of the term. The rules were very harsh and were rightly described as such by Labeo... But classical jurisprudence went still farther on that path.”

Frente a la imagen del crecimiento caótico de los supuestos de *furtum* que puede obtenerse de los fragmentos transcritos, la relación entre la expansión de los supuestos de *furtum* y la reflexión jurisprudencial sobre adquisición, conservación y pérdida de la posesión sugerida por el *Diritto penale* de Ferrini, que intentamos sintetizar en el apartado siguiente, contribuirá —esperamos— a mostrar un hilo argumental en la mencionada expansión de supuestos delictivos que nos aleje de la imagen de una mera superposición caótica. Naturalmente cosa distinta es la valoración que dicha vía de crecimiento merezca desde el punto de vista de la política del Derecho o de la racionalidad normativa. Ya sería un paso, sin embargo, haber puesto en cuestión la idea del crecimiento puramente selvático de los supuestos de *furtum*.

### 3. El capítulo dedicado al hurto del *Diritto penale romano* de Ferrini entre los intentos de explicación de la expansión de los supuestos de *furtum*

¿Por qué remontarnos al viejo tratado de Ferrini? Pues bien, ha sido gracias a la descripción y el examen crítico de los sucesivos ‘studi sul *furtum*’ que ofrece el capítulo segundo de la monografía de Federico Battaglia *La parte e il tutto. L’oggetto del furto nel pensiero dei giuristi romani*<sup>38</sup>. Aunque el recorrido de Battaglia comienza propiamente con el análisis de las fuentes, tanto jurídicas como literarias, dispuestas de manera

---

inmediatamente posterior de los *genera furtorum*, sino a un estudio casuístico de este delito, tendente a fijar la noción de *furtum* dentro del comentario al edicto *de furtis*.

<sup>36</sup> Córcoles, E. *El hurto en el Derecho visigodo* (Bilbao 2006), p. 26.

<sup>37</sup> Schulz, F., *Classical Roman Law* (Oxford 1951 reprint Aalen 1992), pp.-575 s. que previamente advertía (op. cit p. 573) que la persecución del hurto como *crimen furti* (y no como delito privado) sería moneda corriente en el Principado; una realidad oscurecida sin embargo por el conservadurismo de los juristas, que siguen debatiendo sobre las acciones penales privadas.

<sup>38</sup> Battaglia, F., *La parte e il tutto. L’oggetto del furto nel pensiero dei giuristi romani* (Pavia 2012), pp. 26 ss.

cronológica, que ofrece la monografía clásica de Huvelin<sup>39</sup>, en su extensa nota 1<sup>40</sup>, Battaglia se remonta incluso más atrás del *Strafrecht* de Mommsen y da cuenta de las posiciones del *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus* de W. Rein<sup>41</sup>, que se hace a su vez eco de obras más antiguas. Después dar cuenta del *Strafrecht* de Mommsen, llamó nuestra atención este comentario de Battaglia a los sucesivos estudios de Ferrini sobre el hurto, anteriores al *Strafrecht* mommseniano (1899), que acabarán confluyendo en su *Diritto penale romano* citado: “...C. FERRINI (1859-1902) si preoccupava di rendere funzionale la storia alla dogmática, *in particolare esplorando i rapporti tra furto e possesso.*”<sup>42</sup> (la cursiva es nuestra).

En concreto, el artículo de Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*<sup>43</sup> allí citado, nos sugirió una perspectiva que quizás pudiera arrojar alguna luz sobre la senda expansiva adoptada por la jurisprudencia romana en esta materia, más allá de la idea del crecimiento selvático expuesta más arriba. En un momento posterior a este, habrá que proyectar los resultados del recorrido por las fuentes de Ferrini sobre la que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue siendo la exposición de conjunto más autorizada en materia de *furtum*: los dos extensos artículos de Albanese publicados en *Annali Palermo*<sup>44</sup> y la restante literatura romanística posterior. Téngase presente, sin embargo, que Ferrini participa apasionadamente de las primeras décadas de la romanística histórico-crítica de finales del s. XIX y que la mole de literatura crítica sobre el tema estaba aún por llegar.

Centrémonos en ofrecer pues en primer lugar la línea del discurso y los ejemplos más significativos de las fuentes de la conexión *furtum – possessio* tratados por Ferrini<sup>45</sup>, teniendo presente que *a priori* no resulta evidente la sistemática expositiva seguida por este autor en una sucesión de párrafos numerados sin rubricar a lo largo de cincuenta y cuatro páginas. La extensión del capítulo dedicado al *furtum* y la complejidad y dispersión de los temas allí tratados creemos que justifican la síntesis que sigue.

Tras la obligada referencia a la regulación del *furtum* en el más antiguo Derecho romano, el § 147. del capítulo ofrece, en un plano general, la conexión entre el punto de partida del *furtum* como “...amozione della cosa altrui a scopo di impadronirsene.” y los ‘successivi svolgimenti’<sup>46</sup> en Gayo 3,195: *Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amouet, sed generaliter cum quis rem alienam inuito domino contrectat*. Los verbos utilizados: *amovere* y *contrectare*, son buena muestra, según hemos visto más arriba, de esta evolución.

---

<sup>39</sup> Huvelin, P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. I. *Les sources* (Lyon, París 1915, reimp. 1968)

<sup>40</sup> Battaglia, F., *La parte e il tutto*, p. 26 n. 1

<sup>41</sup> Rein, W., *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus* (Leipzig 1844).

<sup>42</sup> Battaglia, F., *La parte e il tutto* cit. p. 26 n. 1 que se prolonga en la p. 28.

<sup>43</sup> Ferrini, C., “*Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*”, *Archivio giuridico* 47 (1891) 423 ss. (= *Opere* 5 [Milano 1930] 129 ss.) En 1889 Ferrini publica un *Diritto penale romano*, dentro del *Trattato completo di diritto penale* (Milano ed. Vallardi), que suponemos que constituye el antecedente directo de la obra definitiva de 1902 cit, más arriba.

<sup>44</sup> Albanese, B. “La nozione del *furtum* fino a Nerazio”, *APal* 23 (1953) pp. 1 ss.; “La nozione del *furtum* da Nerazio a Marciano”, *APal* 25 (1957) pp. 1 ss.

<sup>45</sup> Sólo daremos cuenta de aquellos fragmentos donde el comentario de Ferrini sobre la conexión entre *furtum* y *possessio* tenga un mínimo desarrollo.

<sup>46</sup> Ferrini, *Diritto penale*, p. 180.



Paul. D. 41,2,3,18 (54 ed.) apuntaría, sin embargo, a una versión de *contrectare/-atio* que comportaría un plus de actividad respecto de lo dicho hasta ahora<sup>47</sup> (*furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*):

*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*

A continuación Ferrini proclama la relación ya aludida entre la expansión de los supuestos de *furtum* y la reflexión jurisprudencial sobre adquisición, conservación y pérdida de la posesión: “Nello svolgimento del diritto romano...si ammise che il furto potesse avvenire anco in altra maniera, che col *amotio*...” en esta transición “...certamente...inflù lo svolgersi della teorica del possesso...”<sup>48</sup>, si bien el gran estudioso igualmente advierte de que la senda expansiva del *furtum* no se detendría aquí: “...poi si procedette a trovare il furto anche là, dove non c’era lesione del possesso altrui; finalmente si considerò possibile anche un furto lesivo non del dominio, ma pur d’altri diritti reali.”<sup>49</sup> Por tanto, desde un comienzo, hay que contar con que la reflexión jurisprudencial al hilo ‘della teorica del possesso’ es capaz de explicar sólo parte de este proceso expansivo.

A tratar más arriba de los sentidos de *contrectare/-atio*, vimos su particular idoneidad para abrazar aquella evolución de los supuestos de *furtum*. Ferrini<sup>50</sup> recuerda al respecto que las voces *adtrectare*, y no sólo *contrectare*, “...sono...adoperate per indicare il modo di consumazione del reato.”; que mientras “La voce *adtrectare* si trova solamente in Sabino [Gellius 11,18,20; eod. 22; Ulp. D. 47,2,46,7].— Poi succede la voce *contrectare*.”

El § 148. vuelve sobre Ulp. D. 47,2,46,7 (42 Sab.)

*Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit.*

Y, apoyándose en el testimonio de Gelio 11,18,20<sup>51</sup>, eleva el inciso *is ergo solus fur est...* a definición de Sabino del *furtum*, seguida por Gayo en 3,195, reproducido más arriba.

Sin que se capte a primera vista su encuadre sistemático, el § 149. trata del ‘furto di cose smarrite’. El hurto de cosas perdidas, según el testimonio de Gell. 11,18,21:

*Item alio capite (sc. verba Sabini ex libro iuris civilis): “Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit”*

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 180 n. 2.

<sup>48</sup> *Ibidem* p. 181.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem* p. 181 y nn. 3-4.

<sup>51</sup> *Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: “Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur”.*

contaría con una definición específica debida a Sabino, que tendría perfecta continuidad en Ulp. D. 47,2,43,4 (41 Sab.)

*Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret.*

Ferrini llama la atención sobre el elemento subjetivo de este ‘tipo específico’ de *furtum*<sup>52</sup>: “È ad ogni modo notevole come tale definizione... faccia parola del requisito dell’*animus lucrificandi*; di cui invece Sabino tace nella generale definizione del furto.”<sup>53</sup>

Tras una argumentación en términos posesorios en la que se confunde, hasta donde sabemos leer, la posición sabiniana sobre la adquisición de las cosas abandonadas<sup>54</sup>, Ferrini cree poder explicar más fácilmente la presencia de una definición específica del *furtum* de cosas perdidas caracterizada por el requisito del *animus lucrificandi* porque “Chi sottrae la cosa alla custodia altrui dimostra già col fatto intenzioni riprovevoli...” mientras “...chi s’impossessa di cosa smarrita può anche avere uno scopo lecito: ad esempio, quello di mettere in salvo la cosa a favore del proprietario che poi si manifesti.”<sup>55</sup>

Cierran el § 149. fragmentos que profundizan en este elemento subjetivo (‘dolo específico’) del *furtum (causa lucrificandi)*: Ulp. D. 47,2,66 (1 ed. aed. cur.)<sup>56</sup>, con pretensión de valor general, y la expresión sucinta de PS 2,31,1<sup>57</sup>; mientras que “...la breve e indiretta definizione di Trifonino”, extraida de D. 50,16,225 (1 disp.)<sup>58</sup> “...risponde più alle vedute degli antichi...”

En el § 150. Ferrini pasa sumaria revista a los defectos de las tentativas definitorias del *furtum* avanzadas hasta ahora por los juristas romanos y presenta la famosa definición “accolta da Paolo nel suo Commento all’Editto”<sup>59</sup> como superadora de las anteriores. Hace conjeturas probables sobre los elementos ausentes en los tres primeros párrafos de Paul. D. 47,2,1 (39 ed.), que desembocan en:

D. eod.1,3 *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.*

El párrafo nos ofrece una definición general (*Furtum—gratia*) y “...a mo’ di epesegesi...” el sintagma “...vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.”<sup>60</sup>. Las

<sup>52</sup> “...definizione speciale di Sabino...”, en *Ibidem* p. 182.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> “...su di esse...gravita il dominio del delinquente fino all’altrui apprensione...” *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 182 n. 2. Sobre la ausencia del requisito del *animus lucrificandi* en la ‘definición general’ de *furtum* de Sabino en Ulp. D. 47,2,46,7 cit., Ferrini invoca de manera no muy clara la opinión de los *veteres* en Paul D. 47,2,67,2 (7 ad Plaut.) *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*

<sup>56</sup> “*Qui ea mente alienum quid contractavit, ut lucrificeret...fur est...*”

<sup>57</sup> *Fur est qui dolo malo rem alienam contractat* (cfr. Coll. 7,5,2.)

<sup>58</sup> “<fur est> qui...alienam rem invito domino subtraxerit...” (el verbo empleado apunta al hurto-apropiación), op. cit. 183 y n. 2.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 184

apositiones explicativas<sup>61</sup> (epexégesis) son un elemento de la técnica definitoria de los juristas romanos<sup>62</sup>.

Ferrini trata las *Pauli sententiae* como una obra más de Paulo e intenta explicar la ausencia de una definición tan acabada en el título 2,31 de las mismas<sup>63</sup>.

Más arriba ya nos hacíamos eco de la traducción del fragmento de Ferrini y del “...senso alquanto vago...”<sup>64</sup> de *contrectare*.

Tras estos párrafos con intención definitoria, el § 151. afronta las modalidades de *furtum* según el fragmento paulino; habría así “...due categorie di contrettazione: la prima cade direttamente sulla cosa e importa ablazione, materiale usurpazione di essa; l'altra invece consiste in una usurpazione dell'uso o del possesso, che non implica una ablazione della cosa medesima.”<sup>65</sup> La conexión entre *furtum* y dinámica de la posesión se concreta en: “il ladro non può mai acquistare più del semplice *possesso* della cosa rubata.”<sup>66</sup> Tras el examen de algunos textos característicos, intenta encerrar el *furtum usus* en la siguiente definición: “...la figura...è sempre ricondotta a casi, in cui taluno, che per volere del domino già detiene la cosa, ne usa oltre i limiti delle sue facoltà e contro la conosciuta volontà del domino stesso.”<sup>67</sup> Esta modalidad de *furtum* que sanciona el uso abusivo del mero detentador quedará, por sus acusadas particularidades<sup>68</sup> en la dinámica *furtum—possessio*<sup>69</sup>, fuera de nuestro interés.

El § 152. retorna al *furtum rei* con casos complejos y heterogéneos como el rapto de la esclava ajena para abusar sexualmente de ella<sup>70</sup>, el aprovecharse de la capacidad generativa de animales ajenos o el *furtum* de la *scriptura* que accede al material usado como soporte<sup>71</sup>.

El § 153. pasa al *furtum possessionis*, que define traduciendo del índice griego a Inst. 4,1,1: “...v'è *furtum possessionis* nel caso che io cominci a possedere a mo' di padrone ciò che prima io detenevo come pegno o deposito.” y que debe verse, sin embargo, desde el punto de vista “di ciò che il derubato perde. ...il possesso...Infatti, se il creditore pignoratizio possiede *ad interdicta*, il debitore continua a possedere *ad usucapionem* ed è precisamente questo che tramonta per opera del furto.”<sup>72</sup>

El § 154. muestra la perspectiva opuesta del llamado *furtum rei propriae* de quien “...avendo già il diritto di proprietà...” mira “a procurarsene l'attuale godimento o

<sup>61</sup> “Paolo non vuole...distinguere tre modi...di contrettazione; ma solamente due...la contrettazione dell'uso e quella del possesso si contrappongono come specie del medesimo genere al genere della *contrectatio rei*.” Op. cit. 184. Sobre este recurso lingüístico v. Marchese, A./Forradellas, J. *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria* (Barcelona 7ª ed. 2000) pp. 129 y 33.

<sup>62</sup> Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* cit.

<sup>63</sup> Ferrini, *Diritto penale*, 183 s.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> “specialissima figura” dirà Ferrini en *Diritto penale*, p. 213.

<sup>69</sup> “...non coinvolgeva una usurpazione della cosa...l'usurpazione non era che dell'*usus*”; *Ibidem*, p. 187.

<sup>70</sup> PS 2, 31, 31 (= D.47,2,83,2)

<sup>71</sup> *Ibidem*, p 187 s.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 188 ss.

possessione, che ad altri legittimamente compete”<sup>73</sup> como el deudor que toma la cosa pignorada del acreedor pignoraticio, o el propietario que sustrae la cosa gravada al usufructuario. Ferrini sólo admite, sin embargo, una auténtica pérdida de la posesión en el caso del dueño que arrebatara la cosa pignorada al acreedor pignoraticio y no en los casos de mera detentación o de titularidad de un *ius retentionis* sobre la misma. La perspectiva del *furtum possessionis* no sería capaz, por otro lado, de dar razón del tratamiento igual de *pignus* e hipoteca en Ulp. D. 47, 2, 19, 6 (40 Sab.)<sup>74</sup>.

El § 155 pasa en este contexto a la figura, considerada por Ferrini más prometedora, de la interversión de la causa de la posesión. Uno de los testimonios más claros puede leerse en:

Cels. D. 47, 2, 68 pr. (12 dig.) *Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactylitheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.*

Siguiendo con el binomio *furtum—possessio*, el § 157<sup>75</sup> llama la atención sobre la presencia de una *contrectatio* precedente también en el *furtum possessionis*, es inexacto decir que “...il possesso sorge colla sola manifestazione dell’animus possidendi...”, dado que “...la contrettazione c’era nel fatto stesso della precedente detenzione che ora assorgeva a possesso. Naturalmente non può esserci né acquisto di possesso, nè furto, se non c’è una chiara manifestazione di quel *animus*.”<sup>76</sup>.

A cuenta de Paul. D. 41, 2, 3, 18 (54 ed.), transcrito más arriba, Ferrini enlaza con la controversia entre sabinianos y proculeyanos en materia de adquisición de la posesión: mientras aquellos enlazan con el antiguo concepto del hurto fundado en la *amotio rei* y exigen, al menos una “mozione dal luogo”, los proculeyanos sostienen sin embargo “...che il sorgere del possesso non esige che la cosa “si muova dal luogo”...”<sup>77</sup>. Más adelante subraya que “La teorica proculiana deve invece considerarsi come quella accolta nel diritto giustiniano, visto il numero ben prevalente di testi che la insegnano...”<sup>78</sup>

El § 158. comienza con un contundente “La teoría del furto pende ad ogni modo da quella del possesso...si acquista l’uno (sc. la posesión) e si compie l’altro (sc. el hurto) pel concorrere della naturale detenzione coll’animus di tenere per sé la cosa.”

El § 159. aborda la sucesión de supuestos de Paul. D. 47,2,21 (40 Sab.) relativos al hurto de parte de “un complesso di cose”, exhaustivamente estudiados en la reciente

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 190.

<sup>74</sup> *Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit. Ibidem.*

<sup>75</sup> Por error, Ferrini, *Diritto penale* cit. duplica el § 156 en p. 192.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>77</sup> Comp. Ulp. D. 12,1,9,9 (26 ed.) *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*, de un lado, con: Paul D. 47,2,1,2 (39 ed.) *Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercepti causa occultaverit* (el subrayado es nuestro) en este segundo caso “È chiaro che il giurista esige un’azione sulla cosa, che esprime col verbo *occultare*.” Op. cit. p. 195.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 196.

monografía de Battaglia<sup>79</sup>, y donde la corrección del criterio extensivo sabiniano por la jurisprudencia posterior pone finalmente de acuerdo “...la dottrina del furto con quella del possesso.”<sup>80</sup>

El § 160. hace una primera referencia al *animus furandi* (‘dolo específico’ del *furtum*), en el que no pretendemos profundizar ahora, dado que nos venimos centrando prevalentemente en el proceso de expansión del ‘tipo objetivo’ del delito.

Los §§ 161.162.163 presentan la temática que recientemente desarrolla Fagnoli en sus Ricerche in tema di *furtum. Qui sciens indebitum accepit*<sup>81</sup> y que, por su especificidad, renunciamos a abordar en esta aproximación preliminar.

El § 165. vuelve a la línea central de la exposición de los requisitos del *furtum rei* y del *furtum possessionis* (“Il detentore della cosa che esterna l’illecita intenzione di tenerla per se...che non si distingue dall’ordinario *furtum rei*, se non pel diverso modo di acquisto del possesso”<sup>82</sup>) y aporta una serie de fragmentos, en ocasiones complejos, relativos a actos de disposición:

(*furtum y reversio ad dominum*) Paul. D. 41, 3, 4, 10 (54 ed.) *Si rem, quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex poenitentia redemeris et eodem statu habeas: sive ignorante me sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam redisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est.*

Iav. D. 47, 2, 74 pr. (15 ex Cass.) *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat.*

(*furtum y adquisición de frutos por percepción por parte del arrendatario, de manera que no basta con la mera venta no seguida de entrega para que éste incurra en furtum*) Afr. D. 47,2,62,8 (8 quaest.) *Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent. si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat. sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. quod certe in proposito non aequae dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?*

El § 168. se dedica al *furtum* en el contexto de los modos originarios de adquirir: (confusión o conmixtión dolosas con la substancia ajena) Ulp. D. 6,1,3,2; Paul D. eod. 4 pr. “...in tutti questi casi può aver luogo l’azione di furto; ma a condizione che la cosa stessa sia stata *rubata*; che cioè vi sia stata una contrettazione iniziale suficiente ad imprimere il carattere di “furtività” a tutte le conseguenti e successive contrettazioni.”; la *contrectatio* inicial consiste, como de costumbre, en manifestar “...l’intenzione di voler trattare come propria la cosa.”<sup>83</sup>

El § 169 retorna a la adquisición derivativa con “...il famoso testo gayano, Inst. 2,49-50.

---

<sup>79</sup> Battaglia, *La parte e il tutto*. cit.

<sup>80</sup> Ferrini, *Diritto penale*, p. 197.

<sup>81</sup> Fagnoli, I., Ricerche in tema di *furtum. Qui sciens indebitum accepit*, Milano, 2006.

<sup>82</sup> Ferrini, *Diritto penale*, p. 204.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 208 y Gai. 2,78 s.

Gai. 2, 50 *Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. sed tamen hoc aliquando aliter se habet: nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit. item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

Obsta a la usucapión el hecho de que, fuera de las excepciones que menciona el propio Gayo, “...la cosa non può in termini generali essere alienata che o dal ladro... o da un detentore che non può scientemente alienarla senza usurparsene il possesso...”<sup>84</sup>

El § 170. recapitula sobre “...i casi di furto nascenti da illecite disposizioni del detentore...”, de suerte que “Il detentore che converte se stesso in possessore, e il creditore pignoratizio che trata come suo il pegno sono nella stessa condizione di chi ocupa la cosa altrui: è una mera differenza cronológica che ha luogo circa all’affermarsi dei due elementi dell’acquisto del possesso”<sup>85</sup>

Los desarrollos en este y los §§ 171.172 requerirían un tratamiento más detenido del *furtum* en las transmisiones *a non domino*.

Más allá de los hurtos “...a danno del proprietario.” el § 173. se ocupa de aquéllos “...di fronte al titolare di un diritto di pegno o di ipoteca<sup>86</sup>, di usufrutto<sup>87</sup>, o di uso<sup>88</sup>. ...a danno del possessore di buona fede o di un detentore, che abbiano un *ius retentionis*<sup>89</sup> ...a danno del colono pei *fructus pendentes*<sup>90</sup>

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 209 ss.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 212 ss.

<sup>86</sup> Ulp. D. 47, 2, 19, 5 (Sab.) *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur.*; Paul. D. 47, 2, 67 pr. (7 ad Plaut.) *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.*; Gai. 3,200 *Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subriperim. unde placuit eum, qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere.* Gai. 3, 204 *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.* Paul. 2, 31, 19. *Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit: quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest.*

<sup>87</sup> Paul. D. 47,2,15,1 (5 ad Sab.) *Dominus, qui rem subripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario tenetur.*; (bonae fidei possessor + usufructuario) D. 47,2,20,1 (9 ad Sab.) *Si bona fide rem meam emeris eamque ego subriperero, vel etiam tuus usus fructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impeditur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapiebatur.*

<sup>88</sup> Ulp. D.47,2,46,3 (42 ad Sab.) *Haec actio (sc. furti) et si sit, qui in eo servo habeat usum tantum, poterit ei competere.* D. 47,2,20,1

<sup>89</sup> Paul. D. 47,2,20,1 cit.; D. 47,2,15,2 (5 ad Sab.) *Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.*

<sup>90</sup> Paul. D. 47, 2, 26, 1 (9 ad Sab.) *Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subriperit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.*

También en el límite entre *furtum* y legitimación a la *actio furti* se sitúa el § 176. “Il concetto del furto non fu mai esteso a favore di colui, che ha sulla cosa una semplice pretesa obbligatoria. Quindi lo *stipulator* non ha azione di furto, se la cosa dovutagli viene rubata da un terzo.”<sup>91</sup> La excepción se encuentra, como es sabido, en la *actio furti* a favor “...di colui che detiene una cosa altrui in forza di un rapporto contrattuale ed è responsabile per la *custodia* di essa.”<sup>92</sup> Pues el simple *furtum* no exime en este caso de responsabilidad al deudor. No es preciso reproducir en este punto la lista de supuestos.

A nuestros efectos, el § 178. cierra la exposición: “Tranne il caso del *furtum usus*...il furto consiste in una usurpazione di possesso...” y, a continuación, enumera algunas excepciones puntuales a “...che il furto faccia tramontare un possesso esistente...” como ocurre, por ejemplo, con el hurto de cosas perdidas visto al comienzo.

El § 179. se ocupa de la *actio rerum amotarum*; el § 180. del hurto nocturno de las XII Tablas; el § 181. y los que le siguen, se ocupan de la represión pública durante el Principado de las modalidades más graves del hurto (*crimen furti*) y otros delitos conexos (el *crimen expilatae hereditatis* y la receptación).

#### 4. Una conclusión provisional

A pesar de nuestro esfuerzo por identificar una línea central dentro de la exposición de Ferrini, de haber dejado a un lado no pocas temáticas conexas, pero con perfiles propios, para no desviarnos de la misma, de haber preferido los textos de las fuentes de carácter enunciativo sobre aquellos que reflejan el debate casuístico, el lector podrá darse una idea cabal de la amplitud y variedad de argumentos en juego en la tensión *possessio – furtum* como clave para orientarse en el desarrollo jurisprudencial del delito privado de *furtum*.

Estas cuestiones ligadas al desarrollo jurisprudencial del Derecho privado romano evocan en nuestro caso la lección del Profesor Franz Wieacker ‘Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana’, pronunciada con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Barcelona<sup>93</sup> en 1991 y que tuve el honor de traducir,. Justo es agradecer de nuevo la revisión de aquel texto a mi maestro, Juan Miquel, familiarizado como pocos con la densidad del pensamiento del genial romanista. Con carácter general, Wieacker afirma que el *respondere* “sobre la decisión de una *quaestio iuris* contenciosa...sólo rara vez derivan por simple subsunción de las Doce Tablas o de una vieja *lex publica*. ... la decisión debía encontrarse a través de un proceso de inducción...a partir de resoluciones precedentes a la vista o a partir de una *regula veterum* para un nuevo supuesto de hecho con idéntica *ratio decidendi*. Dado

---

<sup>91</sup> El texto que sigue reproduce, sin embargo, el conocido régimen del riesgo en la compraventa Ulp. D. 47, 2, 14 pr. (29 ad Sab.) *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*

<sup>92</sup> *Ibidem* p. 219.

<sup>93</sup> Wieacker, F. “Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 3 (1991) pp. 11 ss. y, posteriormente, en 1998, en un fascículo de la colección *Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea* (ed. Comares, Granada) dirigida por Javier Paricio, a cuya paginación nos atenemos.

que ningún caso es idéntico a otro, ello entraña un juicio de analogía... En esencia, puede llamarse, por ello, al tesoro de experiencia de los viejos juristas, un saber de *rationes decidendi*. ...no sólo para el *responsum*, sino para cada una de las tres actividades...es característica la obtención del Derecho a través del juicio de analogía resultante de la comparación de casos.” Y concluye “Comparación de casos y juicio de analogía aseguraban y controlaban de esta manera, permanentemente, aquella consistencia o ausencia de contradicciones entre los elementos...de un sistema en sentido general.”<sup>94</sup>

Pues bien, pasando de estas premisas generales sobre ‘el sistema interno’ del *ius civile*, al desarrollo jurisprudencial del delito privado de *furtum*, a pesar de la disparidad de supuestos y de las múltiples líneas de desarrollo, creemos poder afirmar que Ferrini ha identificado en el debate jurisprudencial sobre clases y efectos de la posesión y sobre adquisición, conservación y pérdida de la misma un potente argumentario para afirmar o negar la presencia de *furtum* en un contexto de comparación de casos como el descrito. Sólo un estudio futuro más profundo y acotado<sup>95</sup> nos permitirá confirmar, desechar o matizar al menos la hipótesis sobre si la expansión jurisprudencial de los supuestos de *furtum* es hija de una reflexión exquisitamente técnico-jurídica como la expuesta, un tanto ajena a razones de política criminal.

### Apéndice bibliográfico

- AA.VV., *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1968.
- Albanese, B., La nozione del *furtum* fino a Nerazio”, *APal* 23 (1953) pp. 1 ss.; “La nozione del *furtum* da Nerazio a Marciano”, *APal* 25 (1957) pp. 1 ss.
- Battaglia, F., *La parte e il tutto. L’oggetto del furto nel pensiero dei giuristi romani* (Pavia 2012)
- Carrasco, C., “Impacto normativo y derecho romano: «ex ante/ex post». A propósito de prescripciones edilicias”, *Index* 46 (2018), pp. 345 ss.
- Córcoles, E., *El hurto en el Derecho visigodo*, Bilbao, 2006.
- Fargnoli, I., Ricerche in tema di *furtum*. *Qui sciens indebitum accepit*, Milano, 2006.
- Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, Madrid, 21 ed., 2018.
- Ferrini, C.:
- “*Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*”, *Archivio giuridico* 47 (1891) 423 ss. (= *Opere* 5 [Milano 1930] 129 ss.).
  - *Diritto penale romano, Trattato completo di diritto penale* (Milano ed. Vallardi 1899).
  - *Diritto penale romano. Esposizione Storica e Dottrinale. Estratto dall’Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal Prof. E. Pessina*, Roma [1902] 1905, reimp. 1976.
- Floria Hidalgo, M.D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana* (Madrid 1991)
- Heumann, F/Seckel, E., *Handlexikon*, Jena, 1926.
- Huvelin, P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, Lyon-París 1915, reimp. 1968.

<sup>94</sup> “Fundamentos de la formación del sistema” cit. pp. 27 s. Entre los ejemplos que siguen está precisamente el desarrollo del *furtum usus* (v. pp. 29 s.)

<sup>95</sup> Que deberá dar entrada asimismo al ‘método de comparación de casos’ impulsado por el Prof. García Garrido, que persigue identificar ‘estratos casuísticos’ es decir supuestos de hecho, iguales en lo esencial, resueltos por sucesivas generaciones de juristas, y que tiene una plasmación concreta en esta temática en la monografía de Floria Hidalgo, M.D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1991.



- Kaser, M./Knütel, R./Lohse, S. *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*<sup>21</sup>, München 2017.
- Kunkel, W./Honsell, H., *Römisches Recht*<sup>4</sup>, Berlin-Heidelberg, 1987.
- Linares Pineda, J.L., “Definiciones romanas de *restituere*”, *RGDR* 29 (2017)
- MacCormack, G.D., “*Definitions: Furtum and Contrectatio*”, *Acta juridica* 129 (1977) pp. 129 ss.
- Marchese, A./Forradellas, J. *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, Barcelona, 7ª ed. 2000.
- Martini, R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.
- Miquel, J., *Derecho romano*, Madrid-Barcelona, 2016.
- Mommsen, Th., *Römisches Strafrecht*, dentro del *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, ed. Karl Binding, Leipzig, 1899.
- Pelloso, C., *Studi sul furto nell’antichità mediterranea*, Padova, 2008.
- Rein, W., *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844.
- Santalucia, B.:
- “*Crimen furti. La repressione straordinaria del furto nell’età del Principato*”, *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. Murga Gener*, ed. Paricio, J., Madrid, 1994.
  - *Diritto e proceso penale nell’antica Roma*<sup>2</sup>, Milano, 1998.
- Schulz, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951 (reprint Aalen, 1992).
- Wieacker, F., “Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 3 (1991) pp. 11 ss. (= fascículo de la colección *Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea* [ed. Comares, Granada 1998] Paricio, J. ed.)