

nos no podían carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra oracion inaugural *De veteri jurisprudentiá formulariá*. Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX — MXXXI. VIII.º Falta el otro modo de disolver la obligacion, peculiar de los contratos consensuales, á saber el *mutuo disentimiento*, que no es otra cosa sino un convenio contrario á otro convenio consensual anterior, aún no cumplido, §. *últ. Inst. h. t.* Por ejemplo, ántes habíamos consentido en comprar el uno y vender el otro tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en que ni yo la compraré ni el otro la venderá: aquí tenemos el mutuo disentimiento. Nada hai en esto oscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aún íntegra la cosa, esto es, no cumplido aún el contrato. Si está ya cumplido, podemos mudar la voluntad; pero entónces mas bien se verifica un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo, si ya se me entregó á mí la casa, y pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra y venta, y habrá que pagar dos veces la alcabala, cuando si nos apartásemos por mutuo disentimiento, estando aún la cosa íntegra, nada tendríamos que pagar.

## LIBRO CUARTO.

### TÍTULO PRIMERO.

#### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DELITO.

§. MXXXII — MXXXVIII. Aún no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual dijimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la lei, ó mediatamente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *lícito* ó *ilícito*. El lícito se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aquí de los *contratos*. El ilícito se llama *delito* ó *máleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aunque en la Instituta promete la rúbrica el tratado *De la obligacion que nace del delito*, y en todo el título se hable solo de una de las especies de delito, á saber, del hurto; sin embargo nosotros supliremos este defecto, y ántes de llegar á la doctrina del hurto, diremos brevemente, 1º qué cosa sea delito, §. 4033.; 2º de cuántas maneras, §. 4034-4036.; y 3º qué acciones nacen de los delitos, §. 4037 y sig.

1.º Delito es un hecho ilícito cometido espontáneamente, por el cual uno queda obligado á la restitucion, si puede verificarse, y á la pena (1). Nada sobra

(1) No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la lei divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, porque aún las acciones esternas, para que lo sean, han de perturbar la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado grave; pero no es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara; los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian para usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares; que es lo que principalmente fueron á buscar en la sociedad. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones, que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado: el hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, es decir, las de la criatura con su criador. Pero como la gravedad y medida de este depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse; y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la natu-

en esta definicion. Llámase el delito un hecho, porque nadie es castigado por sus pensamientos, segun la L. 48. ff. De pœn. Llámase hecho ilícito, porque no habiendo ninguna lei prohibitiva, ni natural ni civil, no se delinque. Por ejemplo si no está prohibida la caza, no comete delito el que coge una fiera; pero luego que la Autoridad legítima lo prohíbe, el que caza contraviendo á esta lei, delinque. Se añade en la definicion, cometido espontáneamente, pues lo que hacemos por fuerza y con repugnancia, no puede imputársenos. Por

raleza, en vez de conservar la sociedad, que es su principal y verdadero fin, conseguirian destruirla. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, cap. 11. §. 1.

Aunque el ebrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena segun las circunstancias; el segundo debe ser castigado, como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pítaco se dice, que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena.

La diferencia de los delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra el que principalmente se dirige el daño, sino tambien de que en los primeros puede el juez proceder de oficio ó por denuncia ó acusacion, la que puede intentar cualquiera del pueblo, á no estarle espresamente pro-

esto no delinque el que arrojado por otro desde lo alto, hiere á uno que pasa. Finalmente se añade, *por el cual uno queda obligado á la restitucion, etc.* El fundamento de esta obligacion lo esplica mui bien Grocio *De J. B. et P. lib. II. c. 17. §. 22.* Todo el que comete un delito, causa daño á otro y peca contra las leyes. El que causa daño, está obligado á la restitucion: el que obra contra las leyes, queda obligado al castigo. Por todo delito pues se puede pedir la restitucion del daño y la pena; y no sin razon decimos que está obligado á

hibido. En este sentido, segun la *L. 28 y sig. tit. 1. Part. 7.*, todos los delitos son públicos, á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino á pedimento del marido, *L. 3. tit. 7. lib. 4. Fuero real*; y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado.

Hai delitos *eclesiásticos*, otros *seculares*, y otros *mistos*. Los primeros són aquellos cuyo conocimiento pertenece á los juezes eclesiásticos, como son los delitos comunes de los clérigos, la simonia; los segundos aquellos cuyo conocimiento pertenece á los tribunales civiles; y mistos los que pertenecen á unos y otros. Los clérigos gozan la inmunidad por concesiones de los principes, quienes en virtud del poder de que están investidos, pueden imponer penas, y se hallan en las leyes de la *Partida* contra los clérigos falsificadores de moneda, sellos etc. De los delitos comunes conocen los tribunales eclesiásticos; no así de los privilegiados, por atrozes, como son los de lesa majestad, parricidio, homicidio, incendio y otros, sobre los que las dos potestades instruyen su espediente, y lo remiten al Consejo para fallarlo, *real orden de 19 de noviembre de 1797, y circular de 15 de setiembre de 1815.* Es de advertir que nunca se aplica la sentencia sin preceder la degradacion, por respeto á su dignidad.

la restitucion, *si puede verificarse*, y á la pena. Efectivamente, á vezes no es posible deshacer lo hecho, ni puede estimarse el daño. Por ejemplo, si se mata un hombre, ni puede volvérsese á la vida, ni esta puede estimarse en un precio determinado; y por tanto, en estos casos cesa la restitucion, y basta la pena.

II.º Á la definicion del delito siguen las divisiones, que son varias, porque 1º el delito es ó *verdadero* ó *cuasi delito*. Aquel se comete por dolo, y este por culpa, v. gr. si un juez á sabiendas pronuncia con dolo malo una sentencia injusta, delinque verdaderamente; pero si lo hace solo por falta de saber, casi delinque. Se objeta sin embargo el daño causado injustamente (*injuriá datum*), el cual se llama verdadero delito, y no obstante se comete, así por culpa como por dolo. Pero se responde que entónces se saca la denominacion de lo mas notable, aunque la accion de la lei aquilia, segun los diversos respectos, puede derivarse, ya de un verdadero, ya de un cuasi delito: observó esto Tomasio en sus *Schol. et Nov. addit. ad B. Huberi Praelect. Inst. lib. IV. tit. 3. §. 3.* Ademas el verdadero delito ó es *público* ó *privado*: se dice público el que daña á la seguridad de la república, y por esta razon se le aplica un castigo público; por ejemplo, el crimen de lesa majestad, de homicidio, etc. Por el contrario, privado se llama el que perjudica al patrimonio particular, esto es, á lo que se llama *tuyo* y *mio*; por cuya razon hai contra él una accion ó persecucion particular. De aquellos no se trata hasta el último título. De la clase de es-

tos habia cuatro entre los romanos : hurto, rapiña, daño causado injustamente, é injuria, de los cuales hablaremos en otros tantos títulos. Finalmente el delito público, ó es *ordinario* ó *extraordinario*. Ordinario es aquel, sobre el cual existe una lei particular, que señala para él una pena determinada y ordinaria. Tales son las leyes julias de majestad, de adulterios, de la fuerza pública y privada, de peculado, de intriga en las pretensiones; las leyes cornelias de los asesinos y envenenamientos, y de las falsedades; la lei pompeya de parricidios; la lei fabia de plagiaros, etc. Todos estos son delitos públicos ordinarios, que tambien se llaman *crímenes*. Llámanse en contraposicion *extraordinarios* aquellos, acerca de los que no existe ninguna lei singular, no obstante que merecen una pena extraordinaria. Así, por ejemplo, no habia ninguna lei sobre los que rompian los diques del Nilo, y sin embargo, como este atentado era de mui mal ejemplo, el que lo cometia, era quemado vivo. Luego este era un crimen extraordinario.

III° El efecto de los delitos es que de ellos nazcan dos acciones. Estando el delincuente obligado á la restitucion y al castigo, §. 4032, las acciones por las cuales pedimos que se nos resarzan los daños, se llaman *persecutorias de la cosa*, y aquellas por las que exigimos la pena, se llaman *penales*, v. gr. por la *condicion furtiva* nada pido mas que la restitucion de la cosa robada, ó su estimacion : luego es persecutoria de la cosa. Mas por la *accion de hurto* pido el duplo ó el cuá-

druplo, y esto comprende solo la pena; por consiguiente esta accion es penal. Entre estos géneros de acciones hai muchas diferencias, porque 1° las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo ménos respecto de lo que ha llegado á ellos, *L. ún. C. Ex del. def. her. quemad. conv.*; las penales no competen contra ellos, á no ser que el pleito esté contestado con el difunto, §. 4019. 2° Las persecutorias de la cosa no infaman, y sí las penales. 3° Por las persecutorias de la cosa, aunque sean muchos los delinquentes, están obligados en el todo; pero en pagando uno, quedan libres los demas : por las penales tan obligados *en el todo* están los cómplices, que aunque uno pague, los demas no quedan libres. De esto se puede inferir que las acciones penales y persecutorias de la cosa no se destruyen mutuamente, y que por consiguiente pueden entablarse á un mismo tiempo, *L. 34. §. 2. ff. De O. et A.* La razon de esto se hallará en el §. 4033. Solamente añadido, que no de todos los delitos nacen acciones persecutorias de la cosa y penales, porque en los mas de ellos con una misma y única accion se solicita la cosa y el castigo.

§. MXXXIX — XLVI. Dados ya estos preliminares, pasamos á hablar del primer delito privado, que es el hurto, y trataremos, 1° de su naturaleza, §. 4039-4046; 2° de sus varias especies, §. 4047-4060; y 3° de las acciones que nacen de este delito, §. 4067-4070.

1° La naturaleza del hurto la inferimos de la antigua definicion que nos presenta el §. 4. *Inst. h. t.* El hur-

to es *el acto de tomar fraudulentamente, con el ánimo de sacar utilidad, una cosa, ó tambien el uso ó posesion de ella*, lo cual está prohibido por la lei natural. La misma definicion tenemos en la *L. 1. §. 3. ff. De furt.* Decimos 1º que el hurto es *el acto de tomar*; y ¿por qué no decimos mas bien que es la sustraccion? Respondo, porque no solo es ladron el que quitó ó sustrajo, sino tambien el que tomó la cosa con ánimo de robarla, aún cuando no la haya quitado. Por ejemplo, si cojo en mi casa á un ladron en el mismo acto de robar, aunque todavía no haya quitado nada, es reo de hurto manifesto. De esto inferimos, (a) que el que habiendo entrado en una casa, no cogió todavía nada, no es propiamente ladron, sino lo que llamaban los romanos *contrectario*, el cual era castigado estraordinariamente, *L. 7. ff. De extr. crim.* (b) Que la intencion sola no hace ladron, á no ser que se haya agregado el hecho de tomar la cosa, *L. 1. §. 4. ff. De furt. L. 18. ff. De pœn.* (c) En tanto hai lugar á la accion de hurto, en cuanto se ha verificado el hecho de tomar la cosa, *L. 21. pr. ff. De furt.* Cuya tésis oponemos á ciertos jurisconsultos antiguos, que engañados por el principio estoico de que *todos los delitos son iguales*, creían absurdamente que quitar un solo grano de un monton de trigo, era lo mismo que robar todo el monton; principio que es criticado con agudeza por Horacio, *Serm. l. 1. sat. 3. v. 115. sig.* Decimos, 2º que el hurto es el acto de tomar *fraudulentamente*, no solo porque se requiere el dolo para todo el delito, §.

1034, sino tambien para que se distinga de la rapiña, que no es sustraccion fraudulenta, sino violenta. De aquí inferimos (d) que no pueden cometer hurto los furiosos, dementes, infantes ni los próximos á la infancia, §. 18. *Inst. h. t.*, porque no son capaces de dolo. (e) Que sin embargo pueden cometerlo los próximos á la pubertad, en quienes frecuentemente la malicia suple la edad, *L. 23. ff. De furt.* (f) Que una necesidad estrema escusa del hurto. Así opinan Grocio, Puffendorf y otros doctores. Pero Valent. Alberti, en el *Comp. jur. nat. orthod. confirm.*, lo niega, porque la necesidad no escusa del pecado, y habiendo de elegirse el mal menor, cuando uno es moral y otro físico, el físico es el que siempre debe tenerse por menor. Así es que opina que ántes se debe morir de hambre que coger ni un bocado de pan contra la voluntad de su dueño. ¡Austeria filosofía por cierto, de la cual no sabemos si daria ejemplo el mismo Alberti en el caso de verse acosado de una estrema necesidad! Pero esta es una mera peticion de principio. Niega que la necesidad escusa de pecado, y afirma que el mal moral no se debe posponer al mal físico; pero ante todo conviene averiguar si es pecado el mal moral, porque á la verdad falta el dolo. Un hombre que está sumergido en la miseria, no tiene ánimo de lograr una ganancia criminal, sino tansolo de conservar la vida; y á propósito de esto manifesta claramente Grocio, que en el caso de una estrema necesidad revive la comunion primitiva de las cosas. Decimos 3º que el hurto es el acto de tomar una *cosa aje-*

na; porque si no se hubiese introducido el dominio de las cosas, no podria concebirse el hurto. De aquí se infiere (g) que nadie puede cometer hurto en una cosa propia. Pudiera objetarse que no hai duda en que es ladron el que sustrajo á su acreedor la prenda, sin embargo de ser dueño de ella. Á esto se dice que ese deudor es ladron, no de la cosa, sino de la posesion, y nosotros aquí hablamos del hurto de cosa. (h) Que mucho ménos se comete hurto de una cosa que no tiene dueño (*nullius*), porque estas son del primero que las ocupa, §. 343. 4. De lo cual se deduce por qué no se comete hurto de una herencia abandonada; y es porque en tanto que no la aceptan, no tiene dueño, L. 68. ff. *De furt.* Mas no obstante, como esto seria de mui mal ejemplo, nació de aquí el nuevo y extraordinario crimen (*expilatae hereditatis*) de herencia robada. De lo mismo inferimos, (i) que entre cónyuges durante el matrimonio no se comete hurto. Porque las cosas de un cónyuge respecto del otro no se tienen por ajenas, por causa de la comunion que tienen del uso de las cosas. No obstante, si un cónyuge, estando inmediato el divorcio, sustrajere algo al otro cónyuge, en lugar de la accion de hurto, se da la accion de cosas quitadas (*rerum amotarum*); la cual es solo persecutoria de la cosa, y no produce ignominia. Por último, (k) se deduce que no hai hurto entre padre é hijo, á saber, en cuanto al efecto civil (porque moralmente el hijo que roba á su padre, no deja de ser ladron) de suerte que nazca la pena de hurto y la accion derivada de él, §. 42.

*Inst. h. t.* Efectivamente el hijo en vida de su padre es tenido en cierto modo por dueño de las cosas paternas, §. 387. Luego si sustrajo algo, no se puede decir que sea el acto de tomar una cosa ajena. Decimos en fin, con el ánimo de sacar utilidad, porque cuando alguno por un exceso de pasion me roba la esclava, será reconvenido por la lei aquilia, si la tomó por hacerme daño, y por la accion de las injurias, si fué para causarme afrenta; mas no por la accion de hurto, L. 39. pr. ff. *De furt.* L. 53. ff. *cod.* L. 5. §. ult. ff. *Ad L. aquill.*

§. MXLVII — MLX. IIº Esto en cuanto á la naturaleza del hurto; ahora siguen sus varias divisiones (1).

(1) De cuantas divisiones del hurto trae Heineccio, ninguna hai tan interesante como la de simple y calificado. *Simple* es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia; *calificado*, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agravan, como si se sube por escalas, se quebrantan puertas, ó se entra con armas. El simple se subdivide en grande y pequeño; es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se debe imponer, lei 18. tit. 14. Part. 7.

En el hurto, á mas de dar el Derecho accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion de aquel que la hurtó, concede la accion penal de hurto para repetir el duplo ó el cuádruplo. El dueño de la cosa puede demandarla, contra el que la robó ó sus herederos, por la accion persecutoria de la cosa; pero el cuádruplo ó duplo solo podria pedirlo (si estu-

4º El hurto ó es de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*. El hurto de cosa se comete por aquel que robó una cosa mueble (porque si se causa estorsion en una inmueble, esto será fuerza, no hurto); y por mueble se entienden tambien los hijos y esclavos, como que son cosas, no personas, §. 77. 83. \* Si no obstante alguno arrebató á un hombre libre, se dice que ha cometido un *plagio*, del cual trataremos abajo en el §. 4368. El hurto de uso es cuando uno, aunque no quite la cosa ajena, usa de ella contra la voluntad de su dueño de otra manera que debia. Por ejemplo, si alguno usa de una cosa que tiene en depósito, debiendo custodiarla, ó usa de un caballo prestado hasta Groninga, habiéndosele concedi-

viera en uso) contra el ladron, y no contra los herederos, á no ser que viviendo el ladron, se hubiese contestado la demanda, *lei 20 tit. 14. Part. 7.* Ademas de esto debe el ladron, si el hurto es manifiesto, pagar el cuádruplo, y en el oculto el duplo; cuya pena se entiende contra los que dan ayuda ó consejo, *lei 4 del mismo tit.* y Antonio Gómez, *Variar. resol. cap. 5. núm. 4.*; pero estas penas pecuniarias muchos años hace que no están en uso, y solo quedaron las corporales siguientes, que tambien se hallan en parte suprimidas: para el primer hurto simple, pena de vergüenza, seis años de galeras (castigo que no se conoce desde que no tenemos galeras) ó de algun presidio, *L. 18. tit. 14. Part. 7.* Por el segundo cien azotes (esta pena fué abolida por el *decreto de las Cortes de 8 de setiembre de 1813*, restablecido posteriormente) y diez años de presidio, *real pragmática de 19 de marzo de 1771.*, aunque posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, teniéndose presente la repeticion ó reincidencia, la calidad de la persona á quien se hurtó y la del delincuente,

do solo hasta Leovardia, *L. 40. pr. ff. De furt. L. 54. L. 76. ff. eod.* Valerio Máximo, *lib. 8. cap. 2.* y Gelio, *lib. 7. cap. 45.*, refieren haber sido condenado en Roma como ladron uno que habiendo recibido prestado de un amigo un caballo hasta Aricia, lo llevó fuera de la ciudad á un monte cercano: tal era la rigidez de la disciplina de los antiguos romanos. Finalmente hai hurto de *posesion*, cuando uno quita una cosa propia que otro posee justamente, v. gr. si el deudor roba una prenda al acreedor, §. 40. *Inst. h. t.* 2º Ademas el hurto, segun la lei de las XII Tablas, se divide en manifiesto, no manifiesto, interceptado, trasferido, prohibido, y no exhibido. Era *manifiesto*, cuando se cogia al ladron en el mismo acto de robar, ó ántes que tras-

*real orden de 18 de abril de 1746.* Por el tercer hurto se impone la pena de horca (la cual conmutó en pena de garrote el *real decreto de 24 de abril de 1832*), como á ladron famoso, *lei 18. tit. 15. Partida 7.*, siempre que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo. Al hurto calificado se le impone la pena de muerte en los siguientes casos: cuando el ladron es conocido por robar públicamente en los caminos; cuando es un corsario que roba en el mar con naves armadas; si entra en las casas ó lugares por fuerza y con armas; si roba en iglesia y cosa religiosa; al que roba el tesoro del rei; á los cuatrerros; y por el primer robo en la corte y su rastro está impuesta la pena de horca, segun una lei promulgada por Felipe V, aunque sea el hurto de una cantidad mui tenue. Esta lei fué dada en unas circunstancias terribles y extraordinarias: hoy dia se economiza mucho la pena de muerte, y están prohibidos los tormentos y la confiscacion de bienes.

ladase las cosas al sitio á donde se dirigia. Este hurto está descrito por Virgilio en la *Ecl. III. v. 45* :

*Nonne ego te vidi Damonis, pessime, caprum  
Excipere insidiis, multum latrante Lyciscâ?  
Et quum clamarem, quorsum se proripit iste?*

Este hurto por el peligro que amenazaba al dueño, era castigado mas gravemente, á saber, con el cuádruplo, porque en efecto los ladrones, que son sorprendidos y reducidos á la desesperacion, suelen defenderse con armas. *No manifesto* es, cuando el ladron no es cogido robando, ni en el camino. Esto se castigaba con el duplo, segun la misma lei de las XII Tablas, §. 3. *Instit. h. t. Interceptado (conceptum)* era el hurto buscado y hallado por medio del plato y la faja, §. 4. *Inst. h. t.* Hemos descrito este rito oscuro por su antigüedad en nuestras *Antiq. rom. h. t. §. 43. y sig.* Es de saber que los que buscaban una cosa hurtada, iban desnudos, no fuera que tal vez, para calumniar, introdujesen algo en la casa. No obstante, para mirar por el pudor, se cubrian la cintura con una faja que llamaban *licium*. Los ojos y la cara los cubrian con un plato agujereado que les servia de máscara. Presentándose de esta manera todos tenian que admitirlos, y abrirles todas las puertas y cofres. Si hallaban la cosa robada que buscaban, el inquilino era reo de hurto interceptado, y por eso segun la lei de las XII Tablas, estaba obligado al triplo, y despues al duplo, *Gell. Noct. att. lib. II. cap. 48.* Pero este modo de encontrar los hurtos pare-

ció poco decoroso, y aún en tiempo de la república libre cayó en desuso : tan léjos está de observarse en el dia. Así pues si hoy se necesita buscar la cosa robada en una casa sospechosa, esto no se hace por autoridad privada; sino por mandato del juez y por medio de alguaciles. El hurto *trasladado (oblatum)* es, cuando el ladron da á otro la cosa robada, ó la arroja en un fundo ajeno, para que sea hallada en poder de otro y no en el suyo, §. 4. *Inst. h. t.* El que hacia esto, era condenado en el triplo, lo cual era solo por via de castigo, *Gell. ib.*, y *Paul. Rec. sent. II. 31.* Hurto *prohibido* es, cuando uno no admite á los que quieren buscar la cosa robada y les prohíbe buscarla. No se sabe á punto fijo la pena que en este caso se imponia; sin embargo es probable que fuese el duplo. Hurto *no exhibido* es, cuando uno niega tener en su poder la cosa robada y no la exhibe, siendo así que despues se encuentra que la tiene, §. 4. *Inst. h. t.* La pena de este hurto era el duplo, segun probamos claramente en el §. 4058. \*, por el notable pasaje de Plauto, *Pœn. act. III. sc. I. v. 54. y sig.*; sobre cuyo punto es increíble cuánto han disputado los criticos. Pero de todas estas especies de hurto no se hacia ya por Derecho antiguo ningun uso, segun confiesa el mismo Justiniano, §. 4. *Inst. h. t.*; y en el dia suelen los magistrados en todos estos casos imponer una pena estraordinaria con proporecion al delito y á la diversidad de las circunstancias. Finalmente el hurto ó es *diurno* ó *nocturno* : aquel se hace de dia; este de noche. Los ladrones nocturnos se llamaban



*dormitatores*, porque de día solian dormir y de noche robar. El hurto nocturno tiene de singular el ser lícito matar al ladrón de esta especie, con tal que el matador grite y pida socorro á los vecinos; lo cual antiguamente se acostumbraba hacer con esta fórmula: *Quirites, vestram fidem, ó Porro quirites*; y de aquí viene el vocablo *quiritari* (implorar el auxilio de los ciudadanos). Esto es lo que habian establecido las XII Tablas y el Derecho justiniano, *L. 54. §. 2. ff. De furt. L. 9. ff. ad L. corn. De sicar.*; y así se ve dispuesto por una lei de Solon, y por el Derecho divino, *Exod. cap. 22. v. 3*; siendo de admirar la concordia de todos los legisladores sobre este punto. Y del hurto diurno qué hai dispuesto? será lícito matar al que es cogido en casa? De ningun modo, porque de día es mucho mas fácil que de noche encontrar quien dé auxilio. Solo se exceptúa el caso en que el ladrón se defendiere con armas, porque entónces de cualquiera modo puede uno tratar de salvar su vida, segun dichas leyes.

§. MLXI—MLXV. III<sup>o</sup> Ahora siguen las persecuciones que nuestro Derecho concede contra los ladrones. Segun él podemos obrar *civil ó criminalmente*. Si obramos civilmente, pedimos que se nos pague la pena pecuniaria; pero en el segundo caso solicitamos que se proceda criminalmente contra el ladrón, v. gr. azotándole ó cortándole las manos etc. Además obramos civilmente, ó por la acción persecutoria de la cosa, para que se nos resarza el daño, ó por la acción penal, para recoger la pena pecuniaria ó multa. La acción persecu-

toria de la cosa que nace de este delito, es la *acción furtiva*; la cual tiene algo de singular. Efectivamente por lo regular, segun nuestro Derecho, se observa la regla de que *nadie interpone acción para su cosa*, es decir, que nadie pide su cosa con acción personal, sino que la *vindica*, esto es, la solicita por acción real, §. 44. *Inst. h. t.*; pero en este caso se ha permitido contravenir á esta regla por odio á los ladrones, para que estos esten obligados por mas acciones. Por esta razón puedo *vindicar* una cosa del ladrón, ó *perdirla por la acción furtiva*; vindicarla de cualquier poseedor, ó entablar la acción contra el ladrón ó sus herederos. Por lo cual se concede la acción furtiva al dueño, no á otro (en lo que difiere de la acción de hurto) contra el ladrón ó sus herederos, para obtener la restitucion de la cosa hurtada ó su estimacion. Esta acción no infama, porque es persecutoria de la cosa, *L. 36. ff. De O. et A.* Llámase acción penal la *acción de hurto*, diferente de la anterior por muchos respectos. 1<sup>o</sup> Aquella se daba solo al dueño; esta se daba tambien á uno que tuviese interes en ello. Por ejemplo, si á mí se me prestó un libro y me lo quita un ladrón, tengo la acción de hurto, porque en ello me va á mí interes, puesto que debo pagar al dueño mi culpa, §. 44. *Inst. h. t.* 2<sup>o</sup> Aquella compete tambien contra los herederos, porque perseguimos ó tratamos de recobrar la cosa; esta no se da contra ellos, §. 4038. 2. 3<sup>o</sup> Aquella se da simplemente, para que la cosa se restituya; esta se da para la pena del duplo ó del cuádruplo, segun que el hurto

es manifiesto ó no manifiesto. 4º Aquella no infama ; esta es ignominiosa. Cuyas diferencias deben tenerse presentes, y ademas se notará que una de estas acciones no quita la otra ; porque si ya he conseguido la pena, aún tengo la accion, para recuperar la cosa hurtada ; y si recibí la cosa, todavía puedo solicitar la pena. Por el contrario, la accion furtiva y la vindicacion de la cosa, y asimismo la accion de hurto y la persecucion criminal, no pueden acumularse, porque tienden á un mismo objeto. Así se obraba civilmente. Fuera del órden regular tambien se obraba *criminalmente*, para que se pagase al fisco la multa, se impusiese la pena de azotes, se cortasen las manos, ó se aplicase otra pena corporal afflictiva, *L. 16. ff. Ad leg. jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió que los ladrones fuesen mutilados ó que se les matase, y quiso que fuesen desterrados. Estraña severidad : ¿Qué cosa mas apetecible para los ladrones que el destierro? Todo lo llevan consigo y lo mismo pueden robar en el destierro que en su patria. Luego esta pena no afligirá mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice le imponian no sé que pueblos, de arrojarle al agua para que se ahogase.

§. MLXVI—MLXX. [Segun la *L. 11. tit. 14. Part. 7.* se concede al dueño de la cosa dada en comodato, y que fué hurtada, la reclamacion de ella contra el ladrón, de cuyo derecho puede usar tambien el comodatario, pero no entrambos.]

## TÍTULO II.

## DE LOS BIENES ROBADOS CON VIOLENCIA.

§. MLXXI—MLXXV. Hasta aquí hemos hablado del primer delito privado, que es el hurto. Sigue la *rapiña*, ó como la llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum*. Sobre él diremos, 1º en qué consiste su naturaleza, §. 1074-1075 ; y 2º cuál es la pena del robador, segun el Derecho romano, §. 1076-1078.

1º La naturaleza de este delito se infiere de su definicion. La *rapiña* es la *sustraccion violenta de una cosa mueble ajena, hecha con dolo malo para sacar utilidad*. Decimos, 1º que la *rapiña* es la *sustraccion violenta*, porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente, siendo así que la *rapiña* consiste en la violencia. (b) Tambien se diferencia en esto de la *concusion*, porque si alguno obliga á otro con fuerza y amenazas á que le dé, es reo de *concusion* ; pero si él mismo lo arrebatara, se tiene por robador. Decimos, 2º que la *rapiña* es la *sustraccion de una cosa mueble* ; en lo cual conviene con el hurto. De aquí inferimos, (c) no ser reo de *rapiña* el que echa á otro de la posesion de una cosa inmueble ; el cual debe ser reconvenido por la accion de por la fuerza pública y privada (*De vi publicá et privatá*), ó por el interdicto, donde por la fuerza (*Unde vi*), *L. 2. §.*

1. ff. h. t. Añadimos, 3º de una cosa mueble ajena; y esto es comun al hurto y á la rapiña. Pero se pregunta, si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, ¿se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por quanto la definicion de la rapiña no cuadra á este caso, L. 2. §. 18. ff. Vi bon. rap. Sin embargo no quedará impune el que se hace justicia por su propia mano, sin aguardar el auxilio del juez. En efecto son de notar dos leyes, L. Extat. 13. ff. Quod met. caus., y L. Si quis in tantam 7. C. Unde vi; en las cuales se manda que si uno quita por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa; y si sacare por fuerza como suya una cosa ajena, no solo la ha de restituir, sino que ademas está obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la L. Extat, y la L. Si quis in tantam, hai la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raíces. Finalmente, 4º añadimos que la rapiña se hace con dolo malo y para sacar utilidad. Luego cesando el dolo, v. gr. si el que tomó la cosa, estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aquí no se pregunta cuánta fué la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla: así es que hai ejemplos de hombres, que por haber robado en un camino público á una mujer algunas monedas, fueron condenados á muerte, L. 2. §. 18. ff. h. t.

§. MLXXVI—MLXXVIII. IIº Vamos á hablar de la pena que impone el Derecho romano. Procedian los ro-

manos contra los que robaban, ó civilmente, ó fuera del orden comun y regular criminalmente, para imponer la pena capital ú otra corporal afflictiva. Los que obraban civilmente, tenian dos acciones, la de hurto manifesto, ó la accion de rapiña (Vi bonorum raptorum), porque Justiniano no dudó que la accion de hurto debia convenir tambien en este caso, por quanto el robador no dejaba de ser un detestable ladron, pr. Inst. h. t. Si uno intenta la accion de hurto manifesto, consigue el cuádruplo de lo que se ha robado. Si entabla la accion de rapiña, consigue igualmente el cuádruplo, d. pr. Inst. h. t. ¿Qué diferencia pues hai entre estas acciones? Y ¿por qué las leyes concedian dos acciones, de las cuales ninguna es mas pingüe que la otra? Se responde que média una gran diferencia, y que la accion de hurto manifesto, es mucho mas pingüe que la otra de rapiña. Porque 1º la accion de hurto manifesto es meramente penal; este cuádruplo contiene solo la pena, y despues de haberla conseguido, puedo todavía pedir por la accion furtiva la cosa robada ó su estimacion, pero la accion de rapiña (Vi bonorum raptorum) no es meramente penal, sino que la pena es del triplo; lo que escede de esto, contiene la estimacion de la cosa, y por tanto, ademas del cuádruplo, no puedo repetir la cosa robada. 2º La accion de hurto manifesto es perpetua, y cuando quiera que se instituye, se da para el cuádruplo; por el contrario, la accion de rapiña, por ser pretoria, se da solo dentro de un año para el cuádruplo, y pasado este solamente pa-

ra el simple valor. Así se obraba civilmente contra el robador. Con la *severidad criminal* eran perseguidos los *salteadores* y *bandidos*. Se entiende por salteadores á los que infestan los caminos públicos, y despojan á los caminantes, aunque no los matan; por el contrario se llaman bandidos los que matan y roban ensangrentando los despojos. Aquellos igualmente que estos eran condenados á muerte, y además los bandidos eran colgados de una horca, *L. 28. §. 40, 45. ff. De pœnis.*

§. MLXXIX. [El Derecho español adoptó, con respecto á este delito, las penas señaladas por los pretores, y con respecto á la accion para pedir la cosa robada, la concede á aquel en cuyo poder se hallaba, cuando fué robada, sin hacer diferencia entre el robo y el hurto.]

### TÍTULO III.

#### DE LA LEI AQUILIA.

§. MLXXX—MLXXXIV. El tercer delito privado sobre el cual se promulgó la lei Aquilia, es el *daño causado injustamente*, por el cual se entiende toda disminucion del patrimonio causada sin ningun derecho por un hombre libre. Acerca de este delito veremos, 1º la naturaleza del daño causado injustamente, §. 4080-4084, 2º los capítulos de la lei aquilia, y las acciones que de

ella nacen, §. 4085-4091; y 3º los atributos de estas acciones, §. 4092-4094.

1º El mejor modo de entender la naturaleza del daño causado injustamente, será explicar la definicion. Decimos en ella, que este daño es *cualquiera disminucion del patrimonio*. De aquí se infiere, que un daño inestimable propia y directamente no se vindica por esta lei; porque v. gr. si un hombre es muerto ó herido, cesa enteramente la accion de la lei aquilia; y en el primer caso se procede criminalmente por la lei cornelia de asesinos, y en el segundo caso compete la accion útil de la lei aquilia; acerca de la cual se hablará en el §. 4092. Decimos además *injustamente*; lo que quiere decir, injuria causada sin derecho. De donde se infiere, 4º que es lo mismo que el daño se cause por dolo malo, que por culpa lata, leve ó levisima, §. 3. *Inst. h. t.*; pues aunque ordinariamente pertenezca á la naturaleza del delito ser perpetrado con dolo malo, §. 4034, tiene sin embargo de singular la lei aquilia, que vindica toda clase de culpa, aunque sea la levisima. Por lo cual ya arriba en el mismo párrafo observámos, que propiamente el daño causado injustamente es verdadero y cuasi delito, y con todo se cuenta entre los verdaderos, por cuanto la denominacion se toma de lo principal. De esto se ven en el Derecho romano notables ejemplos, v. gr. en la *L. 41. ff. Ad L. aquil.* se refiere que un barbero se puso á afeitar en un camino público á un esclavo, y como en el mismo sitio estuviesen jugando á la pelota unos muchachos, resaltó la