

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS ORÍGENES PENALES DEL DEPÓSITO

RAMÓN HERRERA BRAVO

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Jaén

I. Está comúnmente aceptado que la relación de depósito contemplada en la legislación decenviral, no es fuente de «obligatio», naciente de un contrato y accionable a través de alguno de los medios propios de las «legis actiones». Resulta obvio que la problemática de la formación histórica de los contratos, es una cuestión muy debatida en la doctrina. El depósito no queda al margen de esta problemática y como afirma MASCHI, calificar de manera contractual los orígenes del depósito es «fruto de la fantasía», pues no tendría ningún sentido que depósito y comodato tardaran tanto en verse reconocidos como fuentes de obligaciones civiles, dado que incluso la protección «in ius» es posterior a la «in factum»¹.

Igualmente, en la legislación de las XII Tablas, no se encuentra plasmado un derecho de crédito del depositante contra el depositario. Algunos autores², sostienen la idea de que el depósito y el comodato se realizaban en la época quiritaria mediante «mancipatio fiduciaria». En cambio, si partimos del texto de las XII Tablas:

6.1. *...cum nexum faciet mancipimque, uti lingua nuncupassit ita ius esto.*

No se justifica la posibilidad de un derecho de crédito. Además, otros textos como los contenidos en la Fórmula Bética y en Cicerón De Off. 3, 17, 70, no aportan pruebas claras de que en la época de las XII Tablas, existiese un derecho de crédito³ a favor del depositante.

¹ MASCHI, *Categoría dei contratti reali*. Milano 1973. p. 135.

² Entre otros AMBROSINO, «La legis actio sacramento in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari». Studi Arangio Ruiz 2. p. 260, ss.

³ Vid. FIRA. 3, 291/ 3. 295.

Por el contrario, las fuentes literarias ⁴ ponen de manifiesto la importancia que tenían las relaciones de depósito. En época quiritaria no resultaba atípico que un sujeto, entregase a otro un objeto por razones de milicia o de comercio o por otras causas excepcionales. En definitiva, en este tipo de fuentes representa una serie de supuestos de depósito fundamentados en la «amicitia» y donde la salvaguarda de la «fides» era primordial.

II. Para encontrar la más remota noticia en relación a la tutela del depositante, contamos con un texto preciso e interesante que se nos ha transmitido gracias a la *Collatio Legum Mosaicarum Romanorum* (10,7,11), fuente postclásica que contiene «iura» y «leges» y cuyo título 10 se refiere al depósito. El texto en cuestión responde a:

Paul. Sent. 2,12,11: «*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*».

La sentencia, atribuida a Paulo, nos viene a decir que en la Ley de las XII Tablas, la acción establecida para el depósito era al doble, a diferencia de la del Edicto del Pretor que era simple.

El texto en cuestión, plantea una serie de problemas interpretativos. Así, previamente, hemos de precisar, el tipo de «actio ex causa depositi», la cual es determinada al doble, frente a la conocida en el edicto que es al «simplum». Sin olvidarnos, que tal como se desprende de D. 16.3,1,1. (Ulp), junto a la acción al simple del edicto, teníamos la acción al doble que se daba en los supuestos en que surgían circunstancias especiales enfocadas con la denominación depósito necesario o «miserabile».

Por consiguiente, es compleja la idea de si dicha acción sería aplicable al depósito en general o solo al depósito necesario o, incluso, existen ciertas discusiones por si estamos ante una acción autónoma o ante una aplicación extensiva de la «actio furti» ⁵. El texto, que forma parte de una obra postclásica, contiene las características de ser resumido, conciso, y como señala MASCHI: «I problema suscitati dal testo sono numerosi e da Cuiacio ai nostri giorni» ⁶.

Efectivamente, nos movemos en torno a la oscuridad interpretativa que plantea la legislación decenviral. Por ello a lo largo de la historia doctrinal de esta figura nos encontramos con las siguientes conjeturas:

La doctrina antigua cree entender que la «actio depositi», tutelaba todo tipo de depósito, amparándose en la imposibilidad de afirmar que el depósito simple tuviese tan amplia protección y el depósito necesario no tuviese ninguna (Tanbensschlag). Igualmente,

⁴ Vid. COSTA, «Il Diritto Romano nella comedie di Plauto y Terencio» AG. 50. 1933. p. 407.

⁵ Vid. EVANS JONES, «The action of the XII Tables ex causa depositi». LABEO, 34. 1988. p. 188, ss.

⁶ MASCHI, Categoría...cit. p. 131.

otra corriente presenta la idea de que la acción de las XII Tablas, sea la de la Fiducia en base a que Paulo no se refiere a una «*actio depositi*» sino a una *actio* «*ex causa depositi*», que puede ser aplicada a la fiducia. (Voigt). En líneas más o menos análogas, otros creen ver que la acción de depósito contenida en las XII Tablas, no sería una acción propia del depósito, sino una acción de perfidia, que no solo sancionaría el caso del depósito sino también, otros supuestos en los cuales no habría propiamente una «*obligatio*» sino una infracción de la «*fides*» y es que, tal como se desprende de D. 16,3,1,4, la «*actio perfidiae*» persigue todo comportamiento contrario a la «*fides*». (Ubbelohde, Perozzi). Por último, dentro de estas corrientes más antiguas, están los que identifican la acción decenviral con una acción civil que se transmite por «*legis actio*» al doble para el depósito ⁷.

Estos postulados planteados por la doctrina antigua, no son admisibles. Así, por ejemplo, la afirmación de que la acción decenviral sea la de la fiducia, cuenta con dos problemas fundamentales: que la «*actio fiduciae*» no es al doble y que la fiducia solo se puede referir a objetos mancipables. Y es que una responsabilidad tan fuerte, no se puede poner en relación con la fiducia y además, en el caso de una aplicación al doble, se culparía en tal supuesto al «*mancipio dans*». Además, si el depósito estuviese sancionado por la a.f. en las XII Tablas, sería un depósito de esclavos o animales de tiro o carga y sin embargo, como puede apreciarse a través de las fuentes, el depósito suele consistir en objetos preciosos y cosas «*nec mancipi*», las cuales, no podían ser entregadas por medio de fiducia.

El admitir la idea de que la *actio* de las XII Tablas es una acción de la Ley, supone conectar el problema con la idea de «*obligatio*» y su nacimiento. El considerar este planteamiento, presupondría que la «*actio in ius*» citada por Gayo, es anterior a la «*actio in factum*», pues según Karlowa, la «*actio ex fide bona*» sucedería a la acción de doble que sería una «*legis actio*». En definitiva, estaríamos ante una concepción errónea de los «*iudicia bonae fidei*».

Esta vieja doctrina por tanto, configura el depósito en la época quiritaria como una relación contractual. Por ello, partiendo de ROTONDI, nos parece inicialmente inadmisibles admitir una defensa contractual del depósito en época antigua ⁸.

Concepciones más recientes, consideran que el remedio decenviral tendría naturaleza penal basándose en la protección al «*duplum*» (Longo, Rotondi, Burillo, Gandolfi) y gracias sobre todo a las huellas que sobreviven en la posterior «*actio in factum*» del depósito, como su problemática concerniente a la transmisión pasiva y el criterio de responsabilidad constituido por el «*dolos malus*» ⁹.

⁷ Cfr. TAUBENSCHLAG, «Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrage römischen Recht». Grunhuts Zeitschrift, 34. 1907. 35. 1908. p. 691; VOIGT, Die XII Tafeln.2. p. 479, ss; UBBELOHDE, Zur Geschichte der beunantenen Real kontrakte. 1870. p. 38, ss; PERNICE, Labeo. I. p. 424.

⁸ Vid. ROTONDI, «Le due formule de la *actio depositi*». Scritti II. p. 13.

⁹ LONGO, Il Deposito. Milano. 1946. p. 3; ROTONDI, Le due formule...cit. p. 18; BURILLO, Las formulas de la *actio depositi*, SDHI, 28. 1962. p. 240; GANDOLFI, Il Deposito nella problemática della giurisprudenza romana. Milano. 1976. p. 50, ss.

A partir de la consideración penal del depósito, se nos plantean nuevos interrogantes sobre si se trata de una acción específica «penal de depósito» o, por el contrario, recurrimos a alguna de las acciones penales conocidas. El problema estriba en que a la hora de examinar las fuentes, la oscuridad es un obstáculo importante. Como afirma Burillo: «si admitimos que es una acción penal independiente nos encontramos con una cierta dificultad y es que esta acción no aparece mencionada en otros lugares»¹⁰.

Además, la admisión como acción independiente, tampoco está exenta de ciertos problemas puesto que el salto de una acción penal a una «actio in factum», sería bastante brusco.

Inicialmente, nos movemos con unos ciertos márgenes de inseguridad entre otras cosas porque las fuentes no son muy explícitas y porque se han introducido algunas dudas en relación al texto de las «Sententiae», en la línea de que hubiese sido alterado por los compiladores de la Collatio. La primera llamada de atención en este sentido la da Arangio-Ruiz¹¹, en la medida de que es posible la alteración del texto de cara a reconciliar el derecho romano con las leyes hebraicas. Aunque en la época de Collatio, las «Sententiae» eran muy conocidas en el ambiente forense, si acaso el texto podría haberse retocado por el compilador Alto- postclásico¹².

Para VOLTERRA¹³, el texto en cuestión no puede considerarse como aquellos de las «Sententiae» que han sido retocados. Es evidente que el texto de Paulo presenta algunos oscurantismos que hacen difícil el acceder a los entresijos de su pensamiento, y por ello sea más conveniente hacer un análisis exegético más profundo.

III. Los problemas interpretativos que tiene el texto, surgen en relación a la naturaleza de la «actio». En primer lugar, nos cuestionamos si estamos en presencia de una acción específicamente penal, expresamente introducida por la Ley de las XII Tablas, para perseguir al depositario infiel. Por otro lado, tenemos la posibilidad de identificar la acción con la «actio furti nec manifesti»; y por último, una tercera posibilidad, enfocando la problemática bajo la realidad contractual. Sin embargo, un planteamiento más sincrético, nos debe de llevar a una idea, que parta de una sanción en la que no se sancionaría el negocio mismo del depósito, sino la actitud del depositario que no devuelve la cosa depositada y esa actitud se equipara al hurto.

De manera que, una de las posibles líneas de investigación estaría constituida por el hecho de que la acción del depósito de las XII Tablas, sería la acción del hurto no manifestado cuya condena estaría determinada al doble¹⁴.

¹⁰ BURILLO, Las formulas...cit. p. 239.

¹¹ ARANGIO-RUIZ, «Le formule con demonstratio e la loro origine». Razioza. p. 56.

¹² Vid CERVENCA, «Ancora sul problema della datazione della «Collatio legum Mosaicarum et Romanorum». Studi Senesi. 77, 1965. p. 415, ss.; DE DOMINICIS, «Ancora sulla Collatio legum Mosaicarum et Romanorum», BIDR. 69. 1966. p. 337, ss.

¹³ VOLTERRA, «Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum». Mem. Acc. Lincei. Clas. Stor. Fil. Serie VI. Vol III. Fasc. I. Roma, 1930.

¹⁴ Gayo. 3,190.

Defensor de esta línea es GANDOLFI ¹⁵, el cual considera que la norma decenviral en cuestión, es aquella que castigaba el «furtum nec manifestum». Esta concordancia se fundamenta en la pena y sobre todo a que posteriormente en la época republicana, se alarga el concepto de «furtum» a diferentes supuestos, incluyéndose en uno de ellos, el comportamiento ilícito, que lleva implícito el efecto de pérdida de una cosa por otro sujeto.

Esta última teoría, disiente de la de KASER ¹⁶, en la medida de que el texto decenviral, trata específicamente de una acción penal, para perseguir al depositario infiel, análoga a la «actio furti nec manifesti», pero de cualquier modo diferente; y sobre todo porque la noción de «furtum» en la época decenviral estaba rigurosamente limitada a la hipótesis de la «amotio rei», entendida como sustracción material de la cosa mueble a otro.

Creemos, por el contrario, que algunos testimonios tanto jurídicos como literarios, vienen a confirmar el ejercicio de la «actio furti», sobre todo porque la jurisprudencia en la época republicana, frente a la necesidad de reprimir algunos comportamientos ilícitos pero no castigados por la ley, se avalase o se ayudase del remedio constituido por la «actio furti», forzando las previsiones legislativas y ampliándose el supuesto que se había sancionado, como consecuencia de la propia noción de «furtum» ¹⁷.

Pero si partimos de Gayo 4,47, donde nos encontramos la redacción de la fórmula para el depósito, podemos establecer la conexión y relación entre la tutela pretoria del depósito con la correspondiente acción decenviral. Es obvio que, cuando el depósito adquiere en la vida social romana una mayor importancia, era natural que la antigua acción penal «ex causa depositi», se revele como insuficiente y el pretor sienta la necesidad de integrarla. Sin embargo, se produce una gran paradoja pues, si de un lado era insuficiente, desde otra perspectiva la condena «in duplum», debería parecer excesiva, de forma que el pretor interviene mitigando la antigua rigidez y suavizando ciertos comportamientos que en la época más primitiva eran castigados habitualmente con severidad respondiendo a la naturaleza propia del derecho primitivo. El pretor aplica el principio «id quod interest», que calcula al «simplum» o al «duplum» según los casos.

Quizás, cuando el pretor establece una condena al «duplum» en caso de depósito por «tumulto», «incendii», «ruinae», «naufragii causa», esta cláusula, representa la más directa influencia de la acción decenviral sobre el Edicto en materia de depósito. De ahí, que mientras la actio al «simplum» representa una innovación pretoria, por el contrario la «actio in duplum» para el depósito necesario, representa una continuación de la acción decenviral.

IV. Como hemos constatado, la antigua jurisprudencia concebía los signos jurídicos del depósito bajo el prisma penal. Muy distinto va a ser la protección del depósito a tra-

¹⁵ GANDOLFI, *Il Deposito...* cit. p. 59.

¹⁶ KASER, *Das romische Privatrecht I.* p. 446.

¹⁷ Cfr. D. 47,2,67,2; D. 47,2,67,4; D. 47,3,37; D. 41,2,3,18; Gell. Noct. Att. 11,18,13; Gell. Noct. Att. 11,18,14. Vid. También: ALBANESE, «La nozione de furtum fino a Neracio». *Ann. Palermo.* 23.1953. p. 43, ss.

vés del Edicto. La fórmula *in factum* del mismo, ubica en primer lugar el hecho del «deponere» como supuesto objeto de tutela¹⁸. Parecía evidente que, la entrega en custodia como hecho negocial, es merecedora de una protección en cuanto tal. Por consiguiente, en la agravación de la sanción penal para el depósito necesario y en la configuración del elemento subjetivo constituido por el «*dolus malus*» del depositario, nos permite establecer un nexo lógico entre las precedentes elaboraciones jurisprudenciales de los vete- res y la intervención de la actividad del pretor.

El rastro del carácter penal y su supervivencia en la «*actio in factum*», se encuentra muy claramente determinado en el carácter intransmisible de la misma. Dicha intransmisibilidad ha sido defendida por la doctrina, entendiendo que la fórmula se ejercita contra el que cometió dolo, pero no contra su heredero, ya que para ello serviría la «*actio in ius ex fide bona*»¹⁹. Aquí, una vez más, queda reflejado la naturaleza especial de la «*actio depositi*». Incluso la responsabilidad por dolo en la que incurre el depositario, nos acerca más al rastro de lo penal en la «*actio in factum*». La *actio* no nace del hecho de la recepción directamente, se produce por el contrario su ejercicio contra aquel que no devuelve una cosa depositada por dolo malo. ROTONDI entiende, muy acertadamente, que encuentra en el primitivo origen penal de la tutela del depósito, el fundamento de que sea el dolo, precisamente la única razón a tomar en cuenta a la hora de calificar el «*redditam non esse*»²⁰ (D. 16,3,1,1. Ulp. 30. ad. ed). Se produce la antigua violación de la «*fides*», conectándose con la idea de «*crimen violatae fidei*».

V. Por último, un aspecto penal relevante se refiere al hecho del depositario que usa de la cosa sin el consentimiento del deponente, no solamente infringe el contrato, sino que también, es considerado desde el punto de vista penal como reo de hurto, según el largo concepto de *furtum*, que comprende el «*furtum usus*» (Gayo. 3,196; I. 4,1,6). Ahora bien, si el depositario usa de la cosa creyendo de buena fe que puede hacerlo con el consentimiento del depositante, su responsabilidad penal viene atenuada (Gayo 3,197); pero hemos de advertir que el negocio deja de ser un depósito, puesto que excede del fin y objetivo de la custodia (D. 47,2,77. pr). La relación deja de ser un depósito tanto si la posibilidad del uso conferida por el deponente se constituye ab initio o sucesivamente.

Si partimos de D. 47,2,77, hemos de precisar que para la existencia del hurto, se necesita un «*animus furandi*», que en el caso del depósito, si el depositario considera en buena fe que el depositante le había concedido el uso de la cosa, no respondería de la violación del contrato de depósito. Pero aquí encontramos una cierta incongruencia, pues no basta que el depositario tenga la subjetiva convicción de que el depositante le había concedido el uso de la cosa, sino que es necesario que el depositante haya concedido tal uso²¹.

¹⁸ Vid. D. 16,3,1,1 (Ulp. 30. ad. ed).

¹⁹ Vid. BURILLO, *Las formulas...*, cit. p. 258, ss.

²⁰ ROTONDI, *La misura...* cit. p. 98, 94.

²¹ Vid. D. 16,3,1,34; D. 12,1,10; D. 12,1,9,9.

La venta “real”

Antonio Díaz Bautista
Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

a) Elementos griegos en el Derecho Romano

A partir del último siglo de la República, el arte, la literatura, la filosofía y la oratoria de la antigua Roma experimentaron una notable influencia helénica. La Grecia conquistada conquistó al fiero vencedor y llevó el arte al agreste Lacio, *Graecia capta ferum victorem cepit et artis intulit agresti Latio*¹, como dicen los conocidos versos de Horacio. Sólo el pensamiento jurídico, la más original creación del pueblo romano, mantuvo su identidad y alcanzó un nivel de complejidad muy superior al griego. Sin embargo, algunos elementos jurídicos helenizantes consiguieron infiltrarse también en este terreno. A nuestro entender es una tarea fascinante la de rastrear las huellas de esos helenismos que se enroscan, como una hiedra, en las ramas de la vieja encina romana². El contrato de compraventa, como vamos a intentar exponer, nos puede ofrecer un buen ejemplo.

Pero las fuentes de conocimiento del derecho griego, a lo largo de su dilatada andadura histórica, son muy dispersas y, para precisar las reglas jurídicas, han de acudir los investigadores a textos normativos, pero también, y en mucha

1 Hor. *Epist.* 2.1.

2 En el famoso Congreso Internazionale di Diritto Romano celebrado en Roma, en 1933, tras resumir el estado de la cuestión en aquel momento, proponía SAN NICOLÓ abrir un ambicioso programa de trabajo para detectar las influencias griegas y orientales en el Derecho Romano postclásico, desde Constantino a Justiniano, vid. Il problema degli influssi greco-orientali nel diritto bizantino, en *Atti*, vol. I, págs. 257 y sigs., Roma 1934; BERGER A Pourquoi “ius graeco-romano?”, *BIDR* 55-56 (1951), págs: 290-301.

mayor medida a escritos literarios, filosóficos, epigráficos y papirológicos³. Hubo una generación de brillantes romanistas, centrada en la primera mitad del siglo XX, cuya herencia aún se manifiesta en los años posteriores, que, sin merma de su profundo conocimiento del legado jurídico de Roma, realizaron magníficas investigaciones sobre el Derecho del mundo helénico. Sin ánimo exhaustivo es preciso recordar los nombres de BEAUCHET⁴, MITTEIS⁵, PARTSCH⁶, PRINGSHEIM⁷, von LINGENTHAL⁸, TAUBENSLAG, WEISS⁹, BISCARDI¹⁰, PAOLI¹¹ H.J WOLFF¹² CANTARELLA¹³ o

3 Vid. PREAUX, Pourquoi n'y eût-il pas de grandes codifications hellénistiques?, en *RIDA* 5 (1958), págs: 365-387.

4 *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, 1887.

5 *Grundzüge und Chrestomathie der papyruskunde*. I. Band, con U. WILCKEN, Hildesheim, Olms, 1963.

6 *Griechisches Bürgerschaftsrecht*. 1.(único). *Recht des altgriechen Gemeindenstaats*.(reimpr. de la edición de 1909) 1966.

7 *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, The Greek sale by auction, *Scritti Ferrini* 4, Milano 1949, págs. 284-343, Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque, *RIDA* 6 (1951) págs: 161-175, Zum 'byzantinischen Affect', *ZSS*. 69 (1952) págs: 398-402, *Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes* Heidelberg 1952, Über die Basiliken-Scholien, *ZSS* 80 (1963) págs: 287-341, Enantiophanes *BIDR* 55-56 (1951) págs: 302-322, Griechischer Einfluss auf das römische Recht, *BIDR* 63 (1960), págs: 1-17.

8 *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* 3, Reimpr. Scientia Aalen, 1955; *Kleine Schriften zur römischen und Byzantinischen Rechtsgeschichte*. Band I-II , Leipzig, 1973.

9 *Griechisches Privatrech auf rechtvergleichender Grundlage*, t. I (único) *Allgemeine Lehren*, 1923 págs. 1-133 (*Die Rechtsquellen*).

10 *Profilo storico di diritto greco*, 1961 (2ª ed. con CANTARELLA E. 1974, 3ª ed. 1982) *Diritto greco e scienza del diritto*, Symposion 1974, Milán, págs: 1-22, 1978.

11 PAOLI U.E. Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, *RHD*31 (1953), págs: 175-199: NNDI *s. v.* "Successioni" (Diritto greco).

12 WOLFF H.J. Die Grundlagen des griechischen Vertragsrecht *ZSS* 74, (1957), págs: 26-72; *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägyptens* (Forschungen zur römischen Recht, 13), 1961; Hellenistisches Privatrecht, *ZSS*. 90 (1973), págs: 63-90, La structure de l'obligation contractuelle en droit grec, *RHD* 44 (1966) págs: 569-583. Symposion. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (*Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte, begründet von H.J. Wolff*) (Santander, septiembre 1982, Publ. F.J. Fernández Nieto, y Ringberg, julio 1985,) Publ. Thür, Biscardi, Modrzejewski , Köln/Wien, 1989.

13 CANTARELLA E., NNDI, *s. vv.* "Vendita dir. Greco" "Obbligazione" (Diritto Greco), "Possesso" (Diritto greco); *La fideiussione reciproca*. ('Alleleggye' e 'Mutua fideiussio'). *Contributo allo*