

# DERECHO PENAL Y DERECHO PRIVADO EN LA EDAD MEDIA

TAMMO WALLINGA  
*Erasmus Universiteit Rotterdam*

## INTRODUCCIÓN

Esta contribución está muy lejos de ser un trabajo **definitivo**; al contrario, apenas he empezado con mis investigaciones, y me temo que pueda estar ocupado con el tema durante mucho tiempo. Siendo las cosas así, no puedo hacer más que presentar unas ideas iniciales que tengo para investigar sobre un tema que me parece cada vez más vasto —e interesante.

No se trata sólo del tema oficial de este congreso, el Derecho penal, del que normalmente no me ocupo en ninguna de mis capacidades profesionales. Las asignaturas que imparto son de Derecho privado. Sin embargo, en el primer año enseño sobre la historia de las obligaciones nacidas de delito, empezando con el Derecho romano y terminando con el Derecho privado moderno neerlandés. Una cosa que siempre sorprende mucho a los estudiantes es que los delitos que tratamos (*furtum*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*) pertenecieran al Derecho privado en todos sus aspectos, y que en tiempo de los Romanos el Derecho penal tuviera tan poca importancia.

Ahora es muy distinto: el Derecho público ha obtenido mucho más importancia, y eso incluye el Derecho penal público. Castigar a los ciudadanos es el monopolio del Estado; generalmente hablando una persona privada no tiene la posibilidad de exigir una multa del demandado que ese tenga que pagar al demandante. Sabemos todos que esto fue distinto en el Derecho romano. La víctima de un hurto podía pedir del ladrón una multa del doble o cuádruple valor de la cosa robada, usando la *actio furti*; además podía pedir que se le devolviera la cosa, usando la *reivindicatio* contra el poseedor (que podía ser otra persona distinta al ladrón, o (sobre todo cuando era imposible encontrar la cosa robada) que el ladrón le pagara una indemnización equivalente al valor de la cosa, usando la *condictio ex causa furtiva*. Todas estas acciones pertenecían al Derecho privado.

El caso de la *lex Aquilia* es más complicado, ya que el que hubiera sufrido un daño material (*damnum iniuria datum*) sólo disponía de una sola acción basada en la *lex Aquili-*



Tammo Wallinga

*lia*. Con ella se conseguía, en principio, una multa; era una *actio poenalis*. Sin embargo, ya en Derecho romano clásico, la doctrina llegó a centrarse más en la idea de indemnización, viendo como aspecto penal sólo la posibilidad de *litiscrescentia*: la condena a la doble cantidad cuando el demandado hubiera negado su responsabilidad. O sea que en el caso de la *lex Aquilia* es más difícil separar los aspectos de la indemnización y de la multa, unidos por una misma acción, que Justiniano llama *actio mixta*.

Lo que me interesa es profundizar en los conocimientos sobre este cambio: quiero decir que la «frontera» entre Derecho privado y penal ahora está en otro sitio muy distinto que en el Derecho romano. Como es sabido, existe una recepción muy clara de Derecho romano en los sistemas modernos del Derecho, pero en relación con este tema podemos ver que se han producido cambios importantes también, que han tenido como resultado que, generalmente hablando, en los sistemas modernos el Derecho penal público se ocupe del castigo del perpetrador de un crimen, llevado a cabo por la fiscalía, mientras el Derecho privado sólo contenga la posibilidad para la víctima de obtener una indemnización <sup>1</sup>.

Me gustaría saber cuáles son los motivos o las influencias que han causado el desplazamiento de la frontera entre Derecho penal y privado. Me parece lógico pensar que uno de los pasos importantes hacia el cambio haya sido la introducción de las codificaciones modernas a partir del inicio del siglo XIX. Una codificación da la posibilidad de realizar muchos cambios a la vez. Por cierto, la verdad es que aunque los cambios del derecho se realizan definitivamente a través del cambio del texto de la ley, gran parte del cambio es anterior. Una codificación siempre supone una reflexión profunda y previa sobre el derecho. No pretendo decir que al planear una codificación tendría que organizarse primero esa reflexión, porque ella siempre existe; es la reflexión continua que mantiene la ciencia jurídica. Lo que quiero decir es que en el momento de hacer la codificación se puede hacer una selección entre las opiniones e ideas sobre el derecho que se han producido en el período anterior a la codificación, período que puede abarcar muchos siglos.

Para ilustrar estas ideas iniciales, me gustaría presentar unos textos que muestran unas influencias que ya se pueden ver en la Edad Media, y que han tenido cierto impacto

---

<sup>1</sup> Me doy cuenta de que estoy simplificando aquí; no existe esta separación total entre Derecho penal público y Derecho privado que acabo de dibujar. Por ejemplo, en el Derecho penal español existe la posibilidad para la víctima de un hurto de demandar que se le devuelva la cosa robada (Código penal art. 109-122); muchas veces el Derecho penal contiene la posibilidad de demandar una indemnización (que no sea demasiado grande o difícil de calcular) y existen varias formas de influencia de la víctima en el proceso penal. Por otro lado, ya durante la época clásica del Derecho romano, el procesamiento penal del *furtum* fue ganando importancia: Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 758-759; M. KASER, *Das römische Privatrecht, I. Das altrömische, vorklassische und klassische Recht*. [Handbuch der Altertumswissenschaft : 10. Abteilung, Rechtsgeschichte des Altertums; 3,3,1], München 1971, 617; véase también *II. Die nachklassischen Entwicklungen. Mit Nachtr. zum Abschn. 1*, [Handbuch der Altertumswissenschaft: 10. Abteilung, Rechtsgeschichte des Altertums; 3,3,2], München 1975, 425-430.



en el tema que me interesa: ¿por qué, cuándo y cómo se ha desplazado la frontera entre Derecho privado y Derecho penal público?

## LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO

Presento tres textos que muestran una aportación importante del Derecho canónico. El primer texto es una carta del Papa Gregorio I, escrita alrededor del año 600: Unas personas han robado cosas desde unas iglesias, o sea que han perpetrado *furtum* varias veces; podemos suponer que el obispo local u otro sacerdote ha escrito al Papa para preguntar cómo debe actuar su iglesia en cuanto al proceso. El Papa responde que es suficiente obtener que se devuelvan las cosas robadas; no conviene que la iglesia pida más. Es decir que no debe usar la *actio furti* para obtener una multa. La carta fue colocada en el *Decretum Gratiani* en el siglo XII, y por ese motivo, con el tiempo, ha obtenido una autoridad añadida; ha sido generalizada.

Decretum Gratiani, C.2, q.2, c.11, § 1 (carta del Papa Gregorio I, 540-604; Corpus Iuris Canonici I, edición Friedberg col. 690)

Addis etiam, quo augmento ea, que furto de ecclesiis abstulerint, reddere debeant. Sed absit, ut ecclesia cum augmento recipiat quod de terrenis rebus videtur amittere, et lucra de dampnis querere.

*Preguntas también, con qué aumento tengan que devolver las cosas que han robado de las iglesias. Pero no sea que la iglesia reciba con aumento lo que parece haber perdido de los bienes terrenales y consiga un lucro de su daño.*

El hecho de que la iglesia no quisiera obtener una multa dejó el campo abierto a la autoridad pública para hacerse cargo de imponer una pena al que hubiere perpetrado el delito, si este tenía una gravedad suficiente. O sea que la posición tomada por la iglesia tendía a dejar más clara la distinción entre el derecho penal público y el derecho privado —la misma que muchos sistemas de derecho tienen ahora. El Derecho privado terminó ocupándose sólo de la indemnización de la víctima, también en el caso de la *actio legis Aquiliae*, que a lo largo de la Edad Media fue perdiendo su aspecto penal y convirtiéndose en una acción con la que se consigue nada más que una indemnización.

Hay un efecto secundario: porque esta acción ya no tenía ningún elemento penal, no quedaba nada en contra de la transmisibilidad pasiva. La *actio legis Aquiliae* poco a poco se convirtió en una acción que se podía usar contra el heredero del autor del delito, aunque hay fuentes a finales del siglo XV que todavía mencionan la condena al doble del que haya negado su culpabilidad, la *litiscrescentia* <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> J. HALLEBEEK, *Negligence in Medieval Roman Law*. E.J.H. Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 22], Berlin [2001] 73-100, en la página 80.



Tammo Wallinga

Decretum Gratiani, C.14, q.6, c.1 (carta de Agustín, 354-430; Corpus Iuris Canonici I, edición Friedberg, col. 742)

Si res aliena, propter quam peccatum est, reddi possit et non redditur, penitencia non agitur, sed simulatur. Si autem veraciter agitur, non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum.

*Si una cosa ajena, por la cual uno ha pecado, puede ser devuelta y no es devuelta, no se hace sino que se simula la penitencia. Pero si uno actúa con sinceridad, el pecado no será perdonado a no ser que se haya devuelto lo quitado.*

Liber Sextus, De regulis iuris, 4 (Corpus Iuris Canonici II, edición Friedberg col. 1122)  
Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum.

*El pecado no se perdona a no ser que se haya devuelto lo quitado.*

En los textos 2 y 3 vemos el inicio de lo que iba a convertirse en la doctrina de la *restitutio* en derecho canónico. La idea de Agustín, de que es necesario que se devuelva todo antes de que uno pueda ser absuelto de su pecado se convierte en una parte de la práctica de la confesión. Por cierto, no se trata de una norma que se aplica inmediatamente en todo el mundo del derecho canónico, ni mucho menos fuera del derecho canónico. Al inicio, es sólo una posibilidad que tiene el sacerdote para aplicar cierta presión *in foro conscientiae* para obtener que se devuelva lo quitado.<sup>3</sup> Pero la *restitutio* va asumiendo un sentido muy amplio: con el tiempo, la *restitutio* se va a referir a cada tipo de indemnización. Entonces no sólo se trata de devolver una cosa robada, pero también de hacer reparación de cada tipo de daño causado. Un siglo después de incorporarse estos textos en el Decreto de Graciano, Tomás de Aquino tuvo un papel importante en desarrollar la doctrina de la *restitutio*, que fue recibida y perfeccionada en la Escuela de Salamanca en los siglos XV y XVI, y que a través de esa escuela tuvo mucha influencia en el Derecho natural.<sup>4</sup> Sobre todo las obras de Hugo Grotius, que se basan en Tomás de Aquino y la Escuela de Salamanca, influyeron mucho en los juristas de las generaciones siguientes y a través de ellos, dejaron sus huellas en las codificaciones modernas<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der Mittelalterlichen Rechtstheorie* [Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 2], Münster-Köln 1955, 131-133; G. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*. Diss. Freiburg im Breisgau [1969], 18; J. H. DONDORP, *Crime and Punishment. Negligentia for the canonists and moral theologians*. E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 22], Berlin [2001] 101-128.

<sup>4</sup> G. DOLEZALEK, *The Moral Theologians' doctrine of restitution and its juridification in the sixteenth and seventeenth centuries*. Acta juridica 1992 [Essays in honour of Wouter de Vos] 104-114.

<sup>5</sup> Véase G. ROTONDI, *Dalla «Lex Aquilia» all'art. 1151 Cod. civ., Ricerche storico-dogmatiche*. Rivista di diritto commerciale 14 (1916) 942-970 + 15 (1917) 236-295; réimpr. en G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, 465-578; R. FEENSTRA, *Grotius' doctrine of liability for negligence: its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications*. E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 22], Berlin [2001] 129-171.



## COMPOSICIÓN PRIVADA DE DELITOS

Sin embargo, existía también un factor en contra de la distinción moderna entre derecho privado y derecho penal público. Ese factor es la composición privada de los delitos, incluso de los delitos capitales, la sucesora de la vendetta primitiva. Padoa Schioppa la ha investigado para el tiempo de los Glosadores en el norte de Italia, pero él destaca que se trata de un fenómeno europeo<sup>6</sup>. Es más, hay textos de derecho romano que la mencionan, entre otros una constitución de Diocleciano del año 293, que dice que no está prohibido transigir sobre *crimina capitalia*, excepto el adulterio<sup>7</sup>.

El cuarto texto, de Wilhelmus de Cabriano, nos lleva a mediados del siglo XII. La opinión representada es probablemente de Búlgaro, el maestro de Wilhelmus<sup>8</sup>. El texto acepta sin más que una *transactio*, aquí en forma de una composición privada sobre un *crimen*, es posible. Pero la pregunta esencial sobre el texto podría ser: ¿Cuál es el efecto exacto de tal composición? ¿Hay diferencia con la sentencia de un juez? La respuesta es afirmativa: después de haber sido absuelto por un juez, el acusado no puede ser acusado otra vez, mientras que la composición no elimina la posibilidad de una acusación por otra persona por el mismo crimen. El motivo está claro: lo que se hace entre dos partes no puede surtir efecto contra terceras personas.

Wilhelmus de Cabriano, *Casus Codicis* (+ 1157)

C. 9,2,11 (...) Multum enim referre dixeris transegerit quis super crimine de quo licuit an etiam per sententiam liberatus sit: nam ubi transegerit aduersus eum tantum sibi prospexit cum quo transactio facta fuerit. Inde fit ut alius sine metu exceptionis possit eum reum deferre atque perferre, ne res inter alios acta aliis preiudicium afferat.

*Dirás que importa mucho si alguien haya transigido sobre un crimen sobre el que se puede, o si haya sido absuelto por una sentencia: porque donde haya transigido sólo se ha cuidado frente a la persona con la que haya hecho la transacción. Y así sucede que otra persona puede acusarlo sin temer la exceptio y hacerle el proceso, para que una cosa hecha entre unos no perjudique a otros.*

Padoa Schioppa muestra en su artículo que esa no fue una opinión compartida por todos los Glosadores. Algunos, famosos, como Pilio de Medicina y Azo, mantuvieron que la posición jurídica era igual después de hacer una composición privada o ser absuelto por un juez. Sin embargo, otros Glosadores, como Hugolino y Accursio (contra su maestro Azo), estaban de acuerdo con la opinión de Wilhelmus / Búlgarus<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi, Brevi note*. Studia Gratiana 20 (1976) [= Mélanges G. Franssen, II], 269-287, en la página 272.

<sup>7</sup> C. 2,4,18 del año 293.

<sup>8</sup> Véase: G. DOLEZALEK, *Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano*. W. Wilhelm (ed.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt 1972, 25-52, en las páginas 35-37.

<sup>9</sup> PADOA SCHIOPPA (*op. cit.* nota 6), 281-282.



Tammo Wallinga

La composición privada se mantuvo durante mucho tiempo. Parece que se puede encontrar en el norte de Francia y en Bélgica hasta finales del siglo XVIII<sup>10</sup>. Y en el quinto texto se ve que existía en por lo menos «entre comas, por lo menos // que existía ya, por lo menos, en» una región de Países Bajos al inicio del siglo XVII.

Derecho de la región de Roermond, Países Bajos (1619), 6,9,1

Soo wanneer jemandt eenen doot- oft nederslagh heeft gedaen, die moet hem met die naeste vrinden van den afflijvigen, die 't selve nae deses Quartiers Rechten toestaat, verenigen, ende den moet-soen doen in der manieren hier naer verclaert, al eer hy deshalven met den Officier sich magh verdragen, oft daer van vergiffenisse verkrijgen, 't zy van 't Hoff, oft van den Heer ter plaetsen die de selve vermogh te geven.

*Si alguien hubiere perpetrado un homicidio o asesinato, deberá componerse con los parientes más cercanos del muerto, quienes puedan hacerlo según los Derechos de esta Región, y celebrar la composición en la manera descrita abajo, antes de que pueda componerse con el Fiscal, o pedir perdón a la Corte o al Señor local quien tenga derecho a otorgárselo.*

Lo que está claro en ese texto es que la composición privada es lo que tiene que hacerse primero; después, el autor del crimen puede dirigirse a la autoridad pública y pedir perdón, o hacer una segunda composición con el fiscal. La composición privada tiene la prioridad, y me parece claro que la gravedad de las consecuencias en derecho penal público dependen del éxito de las negociaciones entre el autor del crimen y los parientes de la víctima. Por cierto, en un párrafo siguiente del texto (que no está imprimido aquí) se puede constatar que la cantidad que tiene que pagar el autor no es sólo una indemnización, sino que también contiene una cantidad para rescatar la venganza de la familia. O sea que en Roermond al inicio del siglo XVII, el monopolio del Estado sobre el castigo todavía es un sueño muy remoto.

## CONCLUSIÓN

Está claro que estoy lejos de poder llegar a conclusiones generales. No puedo hacer más que destacar unos puntos que voy a tener en cuenta mientras estudie varios sistemas de derecho desde el punto de vista de cómo reaccionan a los delitos.

Un primer punto es la existencia o no de la composición privada de los delitos. Si existe, hay que preguntarse cuál es el efecto de la composición sobre la posibilidad de

---

<sup>10</sup> B. AUZARY-SCHMALZ, *La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français: Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil*. *Revue historique du droit français et étranger*, 4e série, 77 (1999) 163-190, en la página 169; = *Liability in Tort in France before the Code Civil: The Origins of Art. 1382 ff. Code Civil*. E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 22], Berlin [2001] 309-339, en la página 315.



una acción penal pública —si esa existe—. Otra cuestión es si la cantidad de dinero pactada en la composición es sólo una indemnización, o si incluye también una cantidad para rescatar la venganza de la familia de la víctima, o quizás una cantidad que se paga a las autoridades públicas.

Para saber si una acción por indemnización contiene o no elementos penales, hay que comprobar si es posible la acumulación contra todos los autores del delito, si hay más de uno, y si existe o no la transmisibilidad pasiva.

Me queda mucho por hacer, y esta será sólo una línea de investigación secundaria. O sea que quizás cuando en el futuro este congreso retome el tema del Derecho penal, yo pueda presentar conclusiones más definitivas y específicas. Hasta entonces estaré muy agradecido por cada consejo o crítica que me puedan hacer.



