

**ISSN 1989-1970****Octubre-2025**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>**Fecha de recepción:**
15/09/2025**Fecha de aceptación:**
20/10/2025**Palabras clave:**Casa habitada, *crimina extraordinaria, effractura*, hurto simple, hurto cualificado, robo con fuerza en las cosas.**Keywords:***Inhabitated dwelling, crime, crimina extraordinaria, effractura, simple theft, qualified theft, burglary using forcible means.***DE LA EFFRACTURA ROMANA AL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS
EN EL DERECHO VIGENTE*****FROM ROMAN EFFRACTURA TO BURGLARY USING FORCIBLE MEANS
UNDER CURRENT LAW.****María José Azaustre Fernández**Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Oviedo<https://orcid.org/0000-0001-8059-2015>**(AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. De la *effractura romana al robo con fuerza en las cosas en el derecho vigente RIDROM [on line]*. 35-2025.ISSN 1989-1970, pp.1-137. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)****Resumen:**

En el presente trabajo se analiza el tratamiento realizado por el ordenamiento jurídico romano y la tradición romanística a la conducta de los *effractores*, denominación generalmente aplicada a quienes se introducían mediante fractura en las casas o edificios con intención de robar; que llega a configurarse en época imperial como un crimen persegurable *extra ordinem*, y que en algunas de sus modalidades -dependiendo del momento histórico- llegó a merecer penas de extraordinaria gravedad. Con la codificación, la efracción pasa a ser concebida como una modalidad del robo con fuerza en las cosas, llegando hasta nuestros días

Abstract:

*This paper analyses the approach followed by the Roman legal system and Roman tradition with regard to the conduct of the *effractores*, a term generally applied to those who broke into houses or buildings with the intention of stealing, which in imperial times became a crime that could be prosecuted *extra ordinem*, and which in some of its modalities - depending on the historical moment - came to be punished with extraordinarily serious penalties. As a result of the codification, fracture has come to be conceived as a form of burglary using forcible means, and has remained so up to the present day.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La represión de la *effractura* en el Derecho romano. 2.1. Acción típica. 2.2. Formas imperfectas de ejecución 2.3. Sujetos 2.4. Culpabilidad. 2.5. Pena. 2.6. Algunas cuestiones relativas al procedimiento 2.7. Incidencia de este crimen en el Derecho de obligaciones. 3. Derecho histórico español. 3.1. Derecho visigodo. Referencia a otros pueblos germánicos. 3.2. La obra legislativa de Alfonso X. 3.3. Legislación real recopilada. 4. La codificación. 4.1. Códigos penales históricos. 4.2. Código penal de 1995. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El robo perpetrado con fuerza en las cosas, especialmente cuando implica la entrada del ladrón en la casa de la víctima del delito, siempre ha sido considerado como una conducta particularmente grave. Resultan muy ilustrativas del temor que provoca en el ciudadano corriente las palabras de Escriche¹, cuando observa que “*Contra la introducción furtiva de los ladrones y otros enemigos en tu casa o aposento, podrás tomar medidas de precaución; pero si ni las puertas, ni las rejas, ni aun las paredes los detienen ¿cómo te librarás de sus manos? ¿Dónde encontrarás seguridad? Esta reflexión, que a todos se presenta, produce una alarma general que a todos espanta y hace mirar con terror las violencias de esta clase*”.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar» PID 2021-124953NB.

¹ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874-1876, s.v. «fractura», p. 1.099.

Esta alarma que describe Escriche también debió de afectar, a buen seguro, a los habitantes de la antigua Roma, a juzgar por las medidas de seguridad que se tomaban para la protección de las casas, especialmente de noche, y que describe Lanciani².

La razón del mayor reproche de esta conducta con relación al hurto se ha encontrado en el mayor dolo de aquél ladrón que no se detiene ante las barreras puestas por el dueño para la defensa de sus cosas o de su persona, como explica Manzini³; o en la destreza necesaria para esta empresa, lo que justifica, a juicio de Rein⁴, que los *effractores* sean castigados con mayor severidad que los ladrones ordinarios, de forma muy parecida a los *directarii* -escaladores-; o en la mayor energía criminal que se despliega en el robo con fuerza, si

² LANCIANI, *L'antica Roma*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 169. Para este autor, "la principal causa de desorden se debe buscar en el hecho, casi incomprensible, de que la ciudad en la que se concentraba toda la opulencia, el fasto y el bienestar del mundo se dejaba en perfecta oscuridad de noche (...) apenas la luz del día desaparecía, los vendedores y mercaderes se veían obligados por seguridad a cerrar sus locales (...). Los negocios y las puertas de las casas se cerraban de un modo muy ingenioso, por el interior o por el exterior según la necesidad del caso. Las puertas estaban compuestas de tres o cuatro piezas de tablas sólidas, a veces de doble espesor, y estas piezas se hacían para encastrarse una en otra, en una ranura especialmente hecha en el zócalo y el arquitrabe, después, se encontraban en el interior con una barra transversal, los extremos de los cuales fueron insertados en huecos en ambas jambas de la puerta. Tan grande era la audacia de los malhechores que las ventanas se cerraban con candados por las noches, como describe Plinio el Viejo, e incluso se protegían con cerraduras (...) Las puertas de las casas se vigilaban día y noche, especialmente por la noche, por un *ostarius* o portero que tenía a mano un bastón, y generalmente iba acompañado de un perro. Todas estas protecciones no se juzgaban superfluas para la protección de la propiedad".

³ MANZINI, V., *Trattato del furto e delle varie sue especie*, II, Torino Unione Tipografico editrice, Roma-Napoli-Milano, 1905, p. 600.

⁴ REIN, W., *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* Leipzig, 1844, p. 320.

lo comparamos con el hurto, como entiende, en general, la doctrina penal española.

A la hora de definir la *effractura* (>*frango*: romper⁵) se destaca, ante todo, la conducta consistente en romper por la fuerza las barreras que impiden la entrada en algún lugar. En este sentido, S. Isidoro⁶, se refiere al *effractor* como quien rompe las cerraduras - *effractor, quod sit expugnator claustrorum-*; Du Cange⁷ considera *effractores* a quienes rompen las puertas, entran a las casas por la fuerza, después de haber roto las puertas -*qui januas effringunt, aedes per vim ingrediuntur, effractis januis-*- y Heumann-Seckel⁸ indican que *effringere* es sinónimo de abrir, romper o desgarrar algo cerrado por la fuerza o evadirse por la fuerza de la cárcel.

En otras definiciones encontramos, además, una referencia al propósito de la fractura, identificándolo con el robo. Así, por ejemplo, en el *Thesaurus Linguae Latinae*⁹ leemos que el *effractor* es el ladrón que rompe lugares cerrados -*fur, qui loca clausa effringit*-. De acuerdo con ello, Ferrini¹⁰ conceptúa al *effractor* como aquél que,

⁵ Vid. ERNOUT, A.- MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Retirage de la 4^e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André, Klincksieck, París, 2001, s.v «frango», p. 251.

⁶ ISID., *Etym.*, 10.92.

⁷ DU CANE, *Glossarium medieae et infimae latinatatis*, t. III, Institut Regii Franciae Typographi, Parisiis, 1844, p. 14.

⁸ HEUMANN, H.G.-SECKEL, E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9. Auflage, neu bearbeitet von Seckel, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926, p. 166: *Etwas verscholssenes gewaltsam öffnen, aufbrechern, erbrechern (...)* Añaden un segundo significado: evadirse mediante fractura de la cárcel: *carcere effracto evadere*.

⁹ TLL, s.v. «effractor», p. 200.

¹⁰ FERRINI, C., *Derecho penal romano*, trad. Pérez Alonso *et al.*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017, p. 215.

para cometer el hurto, rompe y destruye las protecciones puestas para la custodia de una cosa.

Aunque el supuesto más común de *effractura* es, efectivamente, el de introducirse en las casas con el propósito de robar, en ocasiones las fuentes jurídicas incluyen bajo la denominación de *effractura* algunos supuestos en los que no existe esa intención, como ocurre con quienes se escapan de la cárcel mediante fractura o descerrajamiento¹¹. Así, en el título 47.18 del Digesto, bajo la rúbrica *De effractoribus et expilatoribus*, los compiladores incluyeron los dos supuestos, de los que se ocupó Ulpiano en su libro octavo sobre el oficio de procónsul: el de quien se evade de la cárcel (D.47.18.1.pr., Ulp. 8 de *off. procons.*) y el de quienes penetran en las casas para robar (D. 47.18.1.2, Ulp. 8 de *off. procons.*). Por ello, Juan Sala¹² considera *effractores* “los que rompen las paredes o puertas de las cárceles u otros edificios, con el fin de evadirse o de sustraer alguna cosa”.

En las páginas que siguen el estudio se limitará únicamente al robo con efracción, al considerar que lo único que esta conducta tiene en común con la evasión de la cárcel con *effractura* -y quizá sea esta la razón por la que los compiladores justinianeos las agruparon bajo el mismo título- es el medio comisivo: la fractura, como medio de superación de las barreras puestas para la protección de una cosa

¹¹ De hecho, TORRENT, A. *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, s.v. «crimen effractionis», p. 233, considera que esta figura se refiere únicamente a la evasión de la prisión preventiva, apuntando su conexión a la *calumnia*.

¹² SALA BAÑULS, J., *Digesto romano español*, t. II, 2^a ed., Imprenta Viuda de Domínguez, Madrid, 1856, p. 146.

-en el caso del robo- o para la custodia de una persona -en el de la evasión de la cárcel-.

2. La represión de la *effractura* en el Derecho romano

En sus orígenes, el Derecho romano no conocía la diferencia entre hurto y robo, a diferencia de otros ordenamientos, como el hindú arcaico¹³ o el griego¹⁴. La víctima de estas conductas solo dispondría en vía civil de las acciones derivadas del hurto, considerado como un *delictum* de naturaleza privada: la *actio furti* correspondiente según el caso *-manifesti, nec manifesti, concepti, oblati* etc.-, dirigida a la imposición de una pena pecuniaria, compatible con el ejercicio de una acción reipersecutoria, como la acción reivindicatoria o la *conductio furtiva*.

No obstante, se coincide también en señalar que los delitos cometidos por los ladrones quedaban sometidos a la actividad de policía de los *tresviri capitales*¹⁵, magistrados menores con funciones

¹³ En este sentido PIZZURI, G., s.v. «rapina», *ED*, t. 38, cita las Leyes de Manú, 8.332, en las que se diferencia el robo cometido con violencia bajo los ojos del propietario del hurto cometido en ausencia de este.

¹⁴ BRASIELLO, s.v. «rapina», *NNDI*, t. 14, p. 768. Explica FERRINI, *op. cit.*, p. 217, que el robo se consideraba más bien un delito contra las personas y no contra la propiedad, considerándolo junto con otras clases de violencia.

¹⁵ SANTALUCÍA, B., «“Crimen furti”. La repressione straordinaria del furto nell’età del Principato», en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Paricio Serrano (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 785. Suele considerarse que estos magistrados fueron creados entre el 289 y 200 a.C., que su nombramiento inicialmente correspondía a los cónsules, quedando sometidos a elección popular en los *comitia tributa* en virtud de una *lex Papiria* de fecha incierta, entre el 242 y el 214 a.C. y que subsisten hasta el siglo II o III d.C., aunque sus funciones habrían pasado a ser desempeñadas por el *Praefectus Vigilum*. *Vid.*, al respecto, MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, La

en materia de justicia civil y criminal¹⁶, aun sin llegar a tener una jurisdicción propia. Dada la complejidad y lentitud del desarrollo del procedimiento de los *iudicia populi*, se ha señalado que es difícil creer que para todo proceso criminal contra un ciudadano fuera necesario reunir la asamblea, incluso para juzgar los hechos de delincuencia común, tan frecuentes en la vida de toda comunidad, probablemente en aumento tras la II Guerra Púnica, con el incremento de la población urbana y el agravamiento de las desigualdades sociales¹⁷, que constitúan un indudable peligro para la seguridad y tranquilidad social, por lo que requerían una

España Moderna, Madrid, 1999, t. I, p. 306, LECRIVAIN, s.v. «tresviri, triumviri», *DS*, t. 5, p. 413; BERGER, *op. cit.*, p. 742; HEUMANN-SECKEL, *op. cit.*, s.v. «triumviri», p. 596; STRASBURGER, H., s.v. «triumviri», *PW*, t. VII-A-1, p. 518, Para CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minores*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999, p. 21, los *tresviri nocturni*, fueron instituidos después del incendio de los galos (hacia el 390 a.C.) con funciones de prevención de incendios, a las que posteriormente se añadirían otras; al inicio del siglo III, serían parcialmente sustituidos en sus funciones por un colegio estable que también sucede a los cuestores en la investigación de las *res capitales*, convirtiéndose hacia el 290 a.C. en verdaderos magistrados menores, que pasarían a ser elegidos directamente por el pueblo entre el 242 y 123 a.C.

¹⁶ En materia de justicia civil, se menciona la recuperación del *sacramentum*, además de juzgar inicialmente en materia de usura. En relación con la justicia criminal, se incluyen la conservación del orden nocturno en las calles de la capital, la vigilancia de los prisioneros, la dirección de la ejecución de condenas capitales (así en D.1.2.2.30, *Pomp. l. sg. enh. (...)* et *triumviri capitales qui carceris custodiam habernet, ut cum animadvertis interventu eorum fieret*), la recepción de denuncias de los crímenes en el foro, cerca de la columna Maevia, donde castigaban a esclavos y ladrones, proceder a una primera instrucción, ordenar la detención preventiva de los delincuentes, etc. ROMANO, L., «Ordinamenti oschi e diritto pubblico romano: "tresviri capitales" nella tavola bantina?», en *INDEX*, 44, 2016, p. 96, señala que, en resumen, su labor sería la de simplificar el funcionamiento del proceso, al resolver los ilícitos cotidianos y desarrollar la instrucción, facilitando la labor de los cuestores. No excluyen la posibilidad de que impusieran multas.

¹⁷ SANTALUCÍA, B. *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2^a ed., Giuffré editore, Milano, 1998, p. 89 y ss.; ROMANO, *op. cit.*, p. 96.

intervención rápida y eficaz, casi “de carácter administrativo”¹⁸, una *castigatio* de carácter policial¹⁹.

Esta actividad punitiva de los *tresviri capitales* sobre los ladrones -*fures*- y sobre los esclavos, que tenía lugar ante la columna Maenia, aparece reflejada en:

PS. Asc. 50²⁰. *Vestri ordinis reos rep. Vestra defensione condignos, velut fures et servos nequam, qui apud triumviros capitales ad columnam Maeniam puniri solent.*

A partir del edicto de Marco Varrón Terencio Lúculo (76 a.C.) se concede una acción por el cuádruplo contra quien cause daño con dolo malo, bien habiendo reunido hombres, bien habiendo robado los bienes -*bona rapta*- (D. 47.8.2.pr., Ulp. 56 *ad ed.*)²¹. Aparece así el

¹⁸ ROMANO, *op. cit.*, p. 96. Ya MOMMSEN, *op. cit.*, t. II, p. 231, advertía que desde los antiguos tiempos tuvieron facultades los jefes de la comunidad romana para proceder por la vía administrativa contra aquellas clases de ladrones que no solamente causaban daño a los particulares, sino que, además, comprometían la seguridad pública.

¹⁹ SANTALUCÍA, *op. cit.*, *Diritto e proceso...cit.*, p. 92 ss.

²⁰ *Commentarii in diuinationem in Quintum Caecilium Asconius Pedianus (Ps.) Ciceronis Orationum Scholiastae. Asconius, Scholia Bobiensia etc., recensuit Th. Stangl*, Hildesheim 1964, 185-204 (Reprografischer Nachdruck der Ausgabe Wien 1912).

²¹ D. 47.8.2.pr. (Ulp. 56 *ad ed.*) *Praetor ait: "Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo"*. Se discute si inicialmente el edicto del pretor incluía o en sus orígenes la referencia a los *bona rapta*, o si se trata de un añadido posterior, como pretendía MOMMSEN, *op. cit.*, p. 133-4, quien consideraba que este delito se asemejaba en su antigua forma al daño en las cosas regulado por la ley aquilia, agravado por la intervención del dolor y del tumulto de personas. La privación de la propiedad, a su juicio, aun cuando se ejerciese mediante la fuerza y tumultuariamente, no caía dentro del concepto originario de daño causado violentamente en la propiedad; pero, como en la práctica se hacía imposible separar el daño y la apropiación indebida, se hizo preciso incluir esta última en la fórmula procesal y en el nombre que

delito de *rapina*, por el que se concede la *actio vi bonorum raptorum*. Sin embargo, señala Balzarini²² que en la *rapina* la violencia había de ser empleada contra la víctima, no contra el propio objeto. Ello implica que los robos ocasionados mediante *effractura* no tuvieran encaje bajo esta figura delictual, a menos que, además de la fractura, se hubiera empleado violencia contra las personas.

Se ha destacado²³ cómo el ámbito del Derecho criminal en el Principado se fue extendiendo, aunque no se aprobaran más leyes penales después de la *lex iulia de adulterium*, y ello por varias vías: 1) incluyendo nuevos hechos en leyes penales preexistentes; 2) creando *crimina extraordinaria* completamente nuevos, sin relación alguna con las antiguas leyes, crímenes que a veces surgían de la *cognitio extra ordinem* del emperador, del *Praefectus Praetorium*, del *Praefectus Vigilum* y de los gobernadores provinciales; en otros casos se trataba

usualmente se daba a la acción, denominándola *actio vi bonorum raptorum*. Críticos con esta teoría se muestra FERRINI, *op. cit.*, p. 217, al observar que ya la *lex Plautia*, contemporánea del edicto, distinguía en materia de usucapión entre las *res vi possessae* y las *furtivae*, lo que muestra que ya existía en ese momento un concepto autónomo de *bona vi rapta*. Para FALCHI, G. F., *Diritto penale romano*, vol. II, *I singoli reati*, Zannoni editore, Padova, 1932, p. 133 el edicto pretorio ya comprendía tres capítulos: reunión de hombres, rapiña (hurto con violencia) y daño causado por turba. *Vid.* un resumen del estado de la cuestión en BRASIELLO, U., s v. «rapina», *NNDI*, t. 14, p. 768, y, recientemente, TORRENT RUIZ, A. «Paralelismos y diferencias entre la Actio legis aquiliae y la Actio vi bonorum raptorum», RIDROM. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 675 ss. <https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.653-701>.

²² BALZARINI, M. *Richerche in tema di danno violento e rapina nel Diritto romano*, CEDAM, Padova, 1969, 164, especialmente n. 224, donde señala expresamente que el *crimen effracturae*, aunque cualificado como hurto agravado, era bien distinto de la *rapina*.

²³ JONES, A.H.J., *The criminal courts of the roman republic and principate*, Basil Blackwell, Oxford, 1972, p. 106 ss.; PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti*, II, Jovene Ed., Napoli, 1985, pp. 679-680.

de delitos inicialmente civiles que acaban siendo tratados como *crimina*.

De este modo, con el transcurso del tiempo, el hurto²⁴, entre otros antiguos *delicta* privados, pasó a ser objeto de persecución como *crimen*; como señala Santalucía²⁵ esto no debe extrañar, pues la persecución de una pena por la vía privada sería ilusoria si el ladrón tenía pocos recursos, lo que sucedería frecuentemente. Lo que resulta discutido, en el caso del hurto, es si su represión como *crimen extra ordinem* en la etapa clásica se limitó únicamente a los denominados “hurtos agravados” que se estudiarán a continuación, o si se extendió también a los hurtos simples²⁶. En todo caso, disponemos del testimonio de Ulpiano²⁷, que señala que en su época la persecución del hurto era más frecuente por vía criminal:

²⁴ Sobre el *furtum* y su evolución, ver TORRENT RUIZ, A, «Concurrencia y paralelismos entre la *actio legis aquiliae* y la *actio furti*». RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano, vol. 1, n.º 26, abril de 2021, pp. 1-63, <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18172>, en concreto páginas 17 y ss.

²⁵ SANTALUCÍA, B., «Crimen furti...», *cit.*, p. 791.

²⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BALZARINI, M. «In tema di repressione “extra ordinem” del furto nel Diritto classico», *BIDR*, 11, 1969, pp. 220 ss.

²⁷ Para demostrar que en esta época el hurto era generalmente tratado como crimen, CROPP, F. *De praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi dissertatio*, Typis Engelmanni et Mederi, Heidelberg, 1813, p. 137, añade al pasaje de Ulpiano lo indicado por Juliano en D.47.2.56.1 y Marciano en D. 48.19.11.1.

D. 47.2.93(92), *Ulp. 38 ad ed. Meminisce oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.*

Así, señala Ulpiano que conviene tener presente que hoy se ejercita las más de las veces criminalmente la acción de hurto, y que el que la ejercita subscribe acusación criminal -*in crimen subscribere*-, no en el sentido de que el juicio fuera casi público- *non quasi publicum sit iudicium*²⁸-, sino porque pareció que se debía castigar también con pena extraordinaria la temeridad de los actores²⁹.

El pasaje concluye recordando la posibilidad que tiene el actor de ejercitar, si así lo prefiere, la acción civil. Sin embargo, algunos autores, entre los que cabe mencionar a Pugliese³⁰, han cuestionado tal posibilidad de elección, por entender interpolado este inciso final del fragmento y porque no parece acorde con otros pasajes del

²⁸ El término *iudicium publicum* hace referencia, en el Principado, a los antiguos *crimina* contemplados en las *leges* que introducían las distintas *quaestiones*, que, con el paso del tiempo, acaban siendo perseguidos a través del procedimiento de la *cognitio extra ordinem* (PIETRINI, *op. cit.*, p. 26; PUGLIESE, *op. cit.*, p.701).

²⁹ Explica SANTALUCÍA, «Crimen furti...», *cit.*, p. 795 que la exigencia de reprimir la temeridad de los actores se deja sentir incluso en los procesos inquisitoriales, al asimilar progresivamente los *delatores* a los acusadores de los *publica iudicia*. Como consecuencia de este desarrollo no se eliminó la *subscriptio in crimen*, propia del sistema acusatorio, manteniéndose para hacer posible las sanciones públicas contra quien hubiese solicitado la intervención de la autoridad con dolo o desconsideración. Con esto se aclara, en su opinión, la afirmación del texto comentado: se pide la *subscriptio* en materia de hurto no como si el juicio fuera quasi público, sino solo para poder castigar la temeridad del actor con una pena extraordinaria.

³⁰ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 714, n. 157.

Digesto³¹. Balzarini³², en su largo estudio, concluye que en la época de los severos sí quedaba al arbitrio del actor la posibilidad de escoger entre la represión pública o la privada, pero solo cuando se trataba de hurtos no cualificados.

En cualquier caso, la persecución como crímenes *extra ordinem* de determinados hurtos cualificados, como el cometido con escalamiento, el abigeato, los efectuados en los baños públicos y también el cometido mediante *effractura*, comienza en el siglo II d.C. En el supuesto concreto de la *effractura* consta su consideración como crimen en la segunda mitad de dicho siglo gracias a un *responsum* de Cervidio Scaevola³³, quien menciona expresamente el término crimen de *effractura*, en un fragmento que nos transmite D. 38.2.48 (Scaev. 2 Resp.) donde el jurista plantea un problema a

³¹ PUGLIESE, *loc. ult. cit.* Concretamente se refiere el jurista italiano a aquellos fragmentos que prevén una pena pública para las formas cualificadas de hurto, que no mencionan ninguna alternativa para la persecución de una pena privada perseguible mediante la *actio furti* (D.1.15.3.1 o D. 1.15.4, por ejemplo) y aquellos que afirman que cuando el hurto no es cualificado, el ladrón debe ser remitido al foro (D. 47.1.3, Ulp. 2 de off. procons.). Cfr. además MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur* (en adelante *Index Interp.*), t. III, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1935, col. 502.

³² BALZARINI, M., «In tema di repressione “extra ordinem” del furto nel Diritto classico», *BIDR* ,72, pp. 220 ss. y 268 ss.

³³ Sobre este jurista *vid.* SPINA, A., *Q. Cervidius Scaevola. Qvaestiorum libri XX*, «L’Erma di Bretschneider», Roma-Bristol, 2021, p. 3 ss.; JÖRS, PW, III-2 (1988-1993). Se cree que probablemente ya emitía responsa bajo Antonino Pío; en este sentido FITTING, H., *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965, p. 67 ss., señala que, si bien no hay razones que justifiquen que Scaevola era autor de respuestas antes del reinado de los *Divi Fratres*, gran parte de sus *responsa* se inscriben en este periodo y otra gran parte en el de Marco Aurelio; sin excluir que algunas pudieron haber alcanzado el de Septimio Severo, pues sigue siendo mencionado como “Scaevola noster” y, por tanto, como vivo, en las *Disputationes* de Trifonino y en las *Quaestiones* de Paulo, escritas después de la muerte de Severo.

propósito de quien ha acusado a un liberto de este crimen: *quaero de eo, qui libertum effracturae crimine accusavit...* y que se analizará más adelante.

También en varios rescriptos imperiales de esta época, correspondientes a Antonino Pío y Marco Aurelio, se contemplan diferentes supuestos de *effractura*:

- Paulo, en un fragmento que transmite D.1.15.3.2 (Paul, *l.s. de off. praef. vig.*) menciona un rescripto de Antonino Pío dirigido a Erucio Claro en el que el emperador señala que, dado que cuando se descerraja una alacena, armario o arca, son castigados de ordinario también los guardianes, cuando se trate de almacenes descerrajados, quedan bajo la competencia del *Praefectum Vigilum*, aunque en ellos hubiera bienes del propio Emperador.
- En CI. 4.65.4, el emperador Alejandro Severo se refiere a una carta de Antonino Pío en virtud de la cual los dueños de los graneros abiertos con fractura tienen necesidad de exhibir los guardas.
- Según D. 47.18.1.2. (Ulp. 8 *de off. procons.*) Marco Aurelio condenó a un caballero romano que robó dinero habiendo quebrantado y perforado una pared a estar durante un quinquenio fuera de África, de donde era, de Roma y de Italia.
- En D. 47.18.1 (Ulp. 8 *de off. cons.*) Ulpiano recuerda un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero dirigido a Emilia Tirón en la que responden que a quienes se evaden de la cárcel mediante fractura se les debe imponer la pena capital.

A pesar de que normalmente en la literatura especializada en Derecho penal romano se relacione la *effractura* entre los “hurtos cualificados”, se predica el carácter autónomo de esta figura criminal³⁴, cuyos elementos se analizan a continuación.

2.1. Acción típica

Las conductas que quedaban comprendidas en este crimen serían los *hurtos cometidos mediante fractura*, tanto interna como externa, siempre que haya intervenido intención de hurtar, lo que se refleja en el siguiente fragmento de Paulo:

D. 1.15.3.2 (Paul. l. s. *de off. praef. Vig*). *Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit. ait enim posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius imperatoris portio esset*³⁵.

El jurista incluye en su relación supuestos que, en terminología moderna, se corresponderían con:

- Fracturas externas: descerrajamiento de casas -*insulae*- y almacenes -*horreis*- donde guardan los hombres la parte más preciosa de su fortuna³⁶- *ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt*.

³⁴ FALCHI, *op. cit.*, vol. II, p. 234.

³⁵ Sin interpolaciones referidas en el *Index Int.*

³⁶ Explica VÁZQUEZ LEMOS, A, *El horreo en Derecho romano*, Bosch, Barcelona, 2024, p. 82, que la sociedad romana consideraba los hórreos como lugares

- Fracturas internas: Paulo menciona el descerrajamiento de una alacena, de un armario o de un arca³⁷ -*cella effringitur vel armarium vel arca-*. En este caso, el jurista señala que normalmente son castigados los guardianes, según aparece en un rescripto de Antonino Pío dirigido a Erucio Claro, quien ha de suponerse ostentaba en aquel momento el cargo de *Praefectus Urbi*³⁸.

Las conductas hasta aquí descritas integrarían lo que podría considerarse tipo básico de fractura. Ahora bien, si concurrían ciertas circunstancias la conducta del delincuente merecía un mayor reproche, correspondiéndole, lógicamente, penas más graves:

- 1- *La nocturnidad.* En Roma siempre se consideró que la comisión de un delito de noche -al igual que el efectuado con armas- revestía mayor gravedad, dada la situación de mayor peligro, lo que, en tiempos de la Ley de las XII Tablas, se reconocía como causa de

seguros donde depositar sus objetos máspreciados, cumpliendo una función de protección del patrimonio y de la herencia, poniendo como ejemplo D. 33.7.20.8 (Scaev. 3 resp.), en el que se menciona una cama recubierta de plata sobredorada guardada en un horreo, y que, por ello, la vigilancia de los hórreos contra delitos y saqueos era una función del *Praefectus Vigilum* (como puede observarse en el fragmento que se comenta).

³⁷ La fractura de arca también aparece contemplada en D. 47.2.22.1 (Paul 2 *ad sab.*), donde se plantea el problema de un ladrón que había quebrantado un cofre para llevarse sartas de perlas. Paulo opina que solamente cometió hurto respecto a las sartas de perlas, y no de las demás cosas que se sacaron para llegar a ellas, porque no fueron tocadas con ánimo de hurtarlas: *Si eo consilio arca refracta sit, ut uniones puta tollerentur, hique furti faciendi causa contrectati sint, eorum tantummodo furtum factum videri: quod est verum. Nam ceterae res, quae seponuntur, ut ad uniones perveniatur, non furti faciendi causa contrectantur.*

³⁸ *Vid. infra*, apartado 2.6.

justificación del homicidio³⁹. Análogamente, cuando este hurto cualificado pasa a ser considerado crimen extraordinario, se consideraba más grave si era cometido de noche:

- En D. 48.19.16.5, obra de Saturnino, explica el jurista que el tiempo distingue del fugitivo al soldado que se detiene fuera de su cuartel más de lo que le permite su licencia y al que roba con fractura o al ladrón diurno del nocturno.

D. 48.19.16.5 (Saturn., *l. s. de poen. pagan.*) *Tempus discernit emansorem a fugitivo et effractorem vel furem diurnum a nocturno.*⁴⁰

- En el siguiente fragmento de Paulo, en el que aparecen señaladas las diferentes penas que corresponden a la *effractura*, en función del momento en que se hayan cometido:

D. 47.18.2.pr. (Paul. *l. s. de off. praef. vig.*) *Inter effractores varie animadvertisit. atrociores enim sunt nocturni effractores, et ideo hi fustibus caesi in metallum dari solent: diurni vero effractores post fustum castigationem in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt.*

Informa Paulo que los quebrantadores nocturnos, que considera más atroces, suelen ser condenados a las minas, después de ser apaleados, mientras que los quebrantadores de

³⁹ SANTALUCÍA, B., *Diritto e processo penale ... cit.*, p. 63. XII T., 8.12. SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO (Macr., *Sat.*, 1.4.19; Gell., 8.1; 20, 1, 7) y XII T., 8.13 LUCI... SI SE TELO DEFENDIT, ... ENDOQUE PLORATO (Cic., *p. Tull.*, 20.47; 21.50; Prisc., *Inst. gramm.*, 6. 18.93; Gai., *ad ed.*, D.47.2.55.2- Gai., 3 *ad ed. prov.*; D.9.2.4.1- Gai., 7 *ad ed. prov.*- Gell., 11.18, 6. 7; Cic., *p. Mil.*, 3, 9; Ulp., *ad ed.*, Coll., 7.3.2).

⁴⁰ Fragmento sin interpolaciones referidas en el *Index Int.*

día han de ser condenados, después del castigo de palos, a las obras, perpetua o temporalmente⁴¹.

- La *Collatio Legum Mosaicorum et Romanarum* distingue entre ladrones diurnos y nocturnos, estableciendo que los primeros deben ser remitidos al foro y los segundos deben ser oídos en juicio extraordinario, no debiendo exceder la pena de trabajos públicos temporales:

Coll. 7.4.1. Ulpianus libro octavo de oficio proconsulis sub titulo de furibus: Fures ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi et causa cognita puniendi, dummodo in poena eorum sciamus operis publīi temporari modum non egrediendum. Idem et in balneariis furibus.

- 2- *El empleo de armas.* Cuando el hurto (en nuestro caso, con efracción) se había cometido a mano armada, quedaba comprendido en la *lex Cornelia de sicariis*. Entre las conductas tipificadas en dicha ley se encuentra “el que para matar a un hombre o para cometer un hurto *-furtive faciendi causa-* llevere consigo una saeta” (D. 48.8.1, Marc. 14 Inst.)⁴². En la Coll. 1.3.1.2⁴³ se transmite la aclaración de Ulpiano, en el sentido de que esta ley no castiga a todo el que haya

⁴¹ BESELER «Miszellen», ZSS, 45 (1925), p. 487 cree interpolados los incisos [*atrociores enim sunt*]—[*et ideo hi*], al considerar que la expresión *et (atque) ideo, ideoque* y otras similares en los textos clásicos no son nunca o casi nunca auténticas. Cfr. *Index int. III*, col. 521.

⁴² D. 48.8.1.pr. (Marc. 14 Inst.) *Lege Cornelia de sicariis et beneficis tenetur (...) quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit.*

⁴³ Coll. 1.2.1.2 *Relatis verbis legis modo ipse loquitur Ulpianus: Haec lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit, sed eum tantum, qui hominis necandi furtive faciendi causa telum gerit, coerget (...)*

deambulado con un arma, sino solamente a quien lleva un arma para matar a un hombre o para cometer un hurto.

Por otra parte, señala Ferrini⁴⁴ que en el procedimiento extraordinario se estableció una diferencia en el tratamiento penal entre el hurto a mano armada y el homicidio efectivo, lo que deduce del siguiente fragmento:

D. 47.17.1 (Ulp. 8 de off. procons.) *Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum operis publici temporarii modum non egrediendum. Idem et in balneariis furibus. sed si telo se fures defendunt, vel effractores, vel ceteri his similes, nec quemquam percusserunt, metalli poena, vel honestiores relegationis afficiendi erunt.*

Comienza Ulpiano señalando el procedimiento correspondiente al *crimen furti* cuando se trata de ladrones nocturnos: sólo pueden ser castigados previo conocimiento de causa⁴⁵, mediante el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, teniendo como límite la pena de condenación temporal a obras públicas, lo que también se aplica a los ladrones en los baños.

⁴⁴ FERRINI, *op. cit.*, p. 214, n. 102.

⁴⁵ A juicio de LEVY, ZSS, 50 1930, p. 276, n. 7, la expresión *extra ordinem audiendi* estaría interpolada; proponiendo en su lugar “ad forum remittendi”. Argumenta que, para el jurista clásico, que todavía no conocía la antítesis *civiliter-criminaliter*, la expresión *remittere ad forum* significaría simplemente la remisión al juicio privado; sin embargo, el postclásico, que ya no estaría familiarizado con esa expresión, la evitaría siempre que fuera posible; de este modo, a través de Justiniano, o la expresión cae (como sucede precisamente en este texto, si lo comparamos con la Coll. 7.4.1 (*Fures ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi et causa cognita puniendi...*) o se sustituye por otras expresiones.

A continuación, se ocupa de los ladrones que se defienden con armas, o los que roban con fractura, u otros semejantes a estos que no hayan herido a alguien –*nec quemquam percusserunt*–, señalando que les corresponde la pena de minas o relegación, en función de su clase social. A pesar de que en el fragmento parecen estar tipificándose tres conductas distintas (la de los ladrones que se defienden con armas, o –*vel*– la de los *effractores* o la de otros similares a estos), habrá de interpretarse que, en realidad, Ulpiano está contemplando una agravación: la de los *effractores* que se defienden con armas, pues de lo contrario, no tendría sentido el establecimiento para el mismo supuesto de una pena mayor –condena a minas– a la que señala en otro pasaje del mismo libro octavo *De officio proconsulis* (D.47.18.1)⁴⁶–obras públicas temporales o perpetuas–.

No indica Ulpiano en el fragmento citado qué ocurre con quienes, con el empleo de estos métodos, hayan herido a alguien. Parece dar por sobreentendido que en este caso se aplicaría la *lex Cornelia de sicariis*⁴⁷, que establecía la pena capital –en el sentido de deportación– para los individuos de clase social elevada y crucifixión o la *damnatio ad bestias* para los *humiliores* (Coll. 1.2.1, PS. 5.23.1).

Lo mismo se señala en la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*:

⁴⁶ En la Palingenesia de Lenel está situado justo a continuación del anterior (t. II, col. 983, fragmentos 2.222 y 2.223).

⁴⁷ En igual sentido se pronuncia POTIER, R.J., *Pandectae Justinianae mis dans un nouvel ordre*, t. XX, Dondey-Du Pré, Paris, 1823, p. 99. n.2.

Coll. 7.4.2. *Sed si se telo fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena humiliores, honestiores vero relegatione adficiendi erunt.*

Como se ve, cuando ha mediado el empleo de armas, no se distingue si la comisión de la *effractura* ha sido diurna o nocturna.

3. El robo violento cometido *en determinados lugares*, como la casa, el mar o el camino, llevaba aparejada una pena mayor; interesando, lógicamente, a efectos de estas líneas, la casa, como lugar donde puede ser llevada a cabo la efracción.

Tradicionalmente los ordenamientos jurídicos tienden a dispensar una especial protección al domicilio de una persona. Por ejemplo, la *lex Cornelia de iniuriis* del año 81 a.C.⁴⁸, entre otras conductas, castigaba la entrada violenta en casa ajena *-introire in*

⁴⁸ Concretamente se discute si antes de esta ley la violación de domicilio fue o no objeto de protección mediante la acción general *de iniuriis*. Mientras que para un importante sector la represión de la violación de domicilio no comienza sino a partir de la *Lex Cornelia de iniuriis*, para otros esta ley no introduce una particular figura de *iniuria* consistente en la violación del domicilio, sino la entrada violenta, siendo la *vis* un elemento cualificante. Según LICANDRO, *Domicilium...* p. 94, n. 9 si la *lex Cornelia* introduce una disciplina más severa para la entrada violenta, parece lógico que la represión de la violación del domicilio con anterioridad al 81 a.C. se realizase a través de la *actio iniuriarum*. Vid. un resumen de las diferentes posturas en LÓPEZ-HUGUET, M.L., *El régimen jurídico del domicilio en el Derecho romano*, Universidad de la Rioja, 2012, p. 131 ss. (disponible en <https://investigacion.unirioja.es/documentos/5c13b154c8914b6ed3776502>) Para esta autora sería admisible que la inviolabilidad del domicilio se viera protegida antes de la *lex Cornelia* a través de la extensión fáctica de la acción de injurias pretoria. Para MANFREDINI, *op. cit.*, p. 221, n. 10, el hecho de que en D.47.10.5.pr se constate la asimilación de la violación de domicilio a las injurias *quae manu flunt* se debe probablemente a que, en la práctica, el caso de la violación de domicilio debía venir absorbido por el fenómeno de las palizas que, por lo general, acompañaban a la tentativa de entrada violenta en casa de otro.

alienam domus (D.47.10.5.pr)⁴⁹-, resultando discutido si puede hablarse de una protección frente a la violación del domicilio en el ordenamiento jurídico romano con anterioridad a esta ley. Posteriormente, se entendió que incurrían en el crimen de *vis publica* quienes, haciendo sedición, hubiesen atacado casas -*villas*⁵⁰, o quienes, con hombres armados, hubieren echado de su casa -*domo*- o campo, o de su nave, al poseedor, o que los hubiere atacado con ayuda de otros⁵¹.

Por lo que se refiere al hurto cometido con fractura, esa mayor protección en atención al lugar de comisión del delito -la casa- la encontramos en las Sentencias de Paulo:

PS. 5.3.3⁵². *Hi qui aedes alienas villasve expilaverint effregerint expugnaverint, si quidem id turba cum telis coacta fecerint, capite puniuntur. Telorum autem appellatione omnia, ex quibus saluti hominis noceri possit, accipiuntur.*

⁴⁹ Según la opinión dominante, la acción derivada de la *lex Cornelia de iniuriis* era una acción privada, pero que se sustanciaba mediante un procedimiento criminal a través de las *quaestiones*, introducidas por la misma ley. A diferencia de otras *quaestiones*, sólo podía acusar quien había sufrido la *iniuria* (*vid. PUGLIESE, op. cit.*, p. 705; PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Giuffrè editore, Milano, 1996, p. 23; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., «Antecedentes históricos de la violación de domicilio», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, t. X, BOE-AIDROM, 2021, p. 161, n. 30; SANTALUCÍA, *Diritto e proceso penale...* p. 152 y la bibliografía citada en n. 151). En contra, MANFREDINI, A., *Contributo allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, Giuffrè ed., Milano, 1977, p. 247 ss.

⁵⁰ D.48.6.3.2 (Marc. 14 inst.) *In eadem causa sunt, qui pessimo exemplo convocatu seditione villas expugnaverint et cum telis et armis bona rapuerit.*

⁵¹ D.48.6.3.6. (Marc. 14 inst.) *Eadem lege tenetur, qui hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua deiecerit expugnaverit.*

⁵² En sentido muy parecido, tit. XVIII LRB (*Vid. infra*, apdo. 3).

De este modo, se tipifica el ataque cometido por los *effractores* a una casa -*aedes*- o villa -*villasve*⁵³-, siempre que se haya realizado con banda armada -*turba cum telis*-, por “arma” todo aquello que pueda poner en peligro la salud de una persona. En estos casos, corresponde imponer la pena capital. En realidad, concurren en el supuesto dos agravantes: la de haberse cometido con banda armada y la de haberse efectuado sobre una casa.

Esta mayor protección frente a los hurtos cometidos en una casa -además de los cometidos en el camino o en el mar- continúa en la Nov. 134 de Justiniano (a. 556), si bien la disposición no se refiere exactamente al hurto mediante fractura, sino -como ocurre en el crimen de *vis publica*- a quienes roban *violenter*:

Nov. 134.13. *Pro furto vero nolumus omnino quodlibet membrum abscidi aut mori, sed aliter eum castigari. Fures autem vocamus qui occulte et sine armis huiusmodi delinquunt; eos vero qui violenter adgrediuntur aut cum armis aut sine armis, in domo aut in itineribus aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus.*

⁵³ En el lenguaje de los juristas del Digesto, el término *aedes* se identifica con los edificios de las ciudades, mientras que el vocablo *villa* lo hace con las casas de campo. Así lo indica Florentino en D. 50.16.211 (Flor., 8 *Inst.*) ... *Sed in usu urbana aedificia "aedes", rustica "villae" dicuntur.* Señalan ERNOUT-MEILLET, “s.v. *aedes*”, *op. cit.*, p. 10, que en su significación primitiva el término aludía al hogar, a la habitación donde se enciende el fuego. En singular se refería principalmente al templo, originariamente compuesto por una única habitación, aplicándose inicialmente a la *aedes Vestae*, cuya forma redonda recuerda a una cabaña con el fuego en el centro; mientras que en plural comenzó a utilizarse para referirse al conjunto de una construcción. En época imperial, el término ya había adquirido la significación de “casa”, abandonando su acepción primitiva.

La disposición parte de la distinción de dos tipos de conductas:

-La de quienes cometan hurto, esto es, los ladrones que delinquen ocultamente y sin armas. Estos ladrones no deben sufrir la amputación de miembros ni la muerte, sino ser castigados de otro modo.

-La de quienes acometen violentamente -con armas o sin ellas- en las casas, o en los caminos o en el mar, a quienes Justiniano ordena imponer las penas de las leyes.

4. En cuanto a la *reincidencia*, se tiene en cuenta el hecho de que el ladrón sea *famosa persona* a efectos de atribuir la competencia para conocer de los robos con descerrajamiento por ella perpetrados al *Praefectus Urbi*, en lugar de al *Praefectus vigilum* (D. 1.15.3.1, Paul. *l. sg. de off. praef. vig.*).

2.2. Formas imperfectas de ejecución

En Derecho romano no se llegó a establecer un principio general que castigara la tentativa⁵⁴, a excepción de determinados delitos, como los dirigidos a la usurpación de poder, traición a la patria, *crimen maiestatis*, etc., principio que se extendía también para los delitos privados.

Sobre la cuestión de si puede considerarse que comete este crimen quien entra en una casa o habitación ajena mediante fractura

⁵⁴ FALCHI, *op. cit.*, vol. I, p. 188; FERRINI, *Derecho penal...cit.*, p. 101 ss. y 110 ss., observando este último que los supuestos de tentativa punibles aumentaron en el Derecho justiniano, aun sin existir uniformidad.

si luego no se lleva nada, señalan algunos autores⁵⁵ que no es necesario que el robo se haya consumado. De este modo, cometerían crimen *effracturae* todos los individuos que se introducen mediante fractura en las habitaciones con la intención de hurtar, aunque el robo no se haya llegado a cometer.

A esta interpretación cabe oponer el siguiente fragmento de Paulo, que nos trasmite el Digesto:

D. 47.2.21.7 (Paul 40 *ad sab.*) *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique iniuriarum: aut de vi accusabitur, si per vim introivit.*

Paulo afirma que quien entra en una habitación para cometer hurto, todavía no es ladrón. A partir de ahí, el texto se considera interpolado⁵⁶, concretamente al añadir la adversativa “aunque haya entrado para hurtar”. A continuación, se pregunta el jurista a qué acción estará sujeto, respondiendo que ciertamente a la de injurias o será acusado de violencia, si entrare por la fuerza.

Podría objetarse que el texto de Paulo fue ubicado por los compiladores en sede de hurto y no en relación con el crimen extraordinario de *effractura*. Sin embargo, en el siguiente pasaje, tomado de las sentencias de Paulo, sí aparece expresamente empleado el verbo “effrango”:

⁵⁵ HUMBERT, s.v. «effractor ou effractorius» en *DS*, t. II.1, p. 490; REIN, *op. cit.*, p. 320.

⁵⁶ BESELER, *ZSS*, 43, 1922, p. 555. Cfr. *Index Int.*, t. III, col. 486.

PS. 2.31.35. *Qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, iniuriarum potest.*

De este modo, quien fuerza o abre una habitación con intención de hurtar, pero nada se lleva, no puede ser demandado por la acción de hurto, pero sí por la de injurias. Señala Carnazza-Rametta⁵⁷ a propósito de este texto que la razón está clara: la manifestación externa de la intención de robar es equívoca, de modo que, por sí mismo, el acto de introducirse en casa de otro no es más que una injuria o una violencia, y solo por este hecho puede castigarse a quien, con otra intención, ha violado el domicilio de otro.

Además, a ello se puede añadir, como hace Cropp⁵⁸, que Ulpiano considera que no se comete hurto de palabra o por escrito, *pues no existe hurto sin apoderamiento*. Precisamente por ello, es perjudicial prestar consejo o ayuda cuando va seguido de apoderamiento.

D.47.2.55.19 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. Quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est.*

En conclusión, la comisión del hurto (también el realizado mediante efracción) precisaba de la efectiva sustracción de la cosa contra la voluntad de su dueño⁵⁹, lo cual no quiere decir, como se desprende de los pasajes citados, que dichas tentativas quedaran

⁵⁷ CARNAZZA- RAMETTA, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁸ CROPP, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁹ En igual sentido, CROPP, *op. cit.*, p. 139.

siempre impunes, porque podían ser en sí mismas constitutivas de otros delitos, como el de injuria o el de corrupción del esclavo ajeno⁶⁰.

2.3. Sujetos

El sujeto activo de este crimen será el *effractor*, esto es, quien destruye las barreras de protección de la cosa para entrar a robar.

En la misma pena incurrirá el cooperador necesario para la comisión de este crimen, según puede deducirse a partir del siguiente fragmento de la *Instituta de Justiniano*:

I. 4.1.11. *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est cuius ope et consilio furtum factum est. in quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstituit tibi, ut alius rem tuam surriperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. at ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestrarum supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas,*

⁶⁰ *Ibid.* Respecto a la corrupción del esclavo ajeno, CROPP trae a colación C.I. 6.2.20 (*Iust. A. Iuliano PP.*, a. 530), en el que, resumidamente, Justiniano, poniendo fin a una cuestión controvertida, establece que está sujeto tanto a la *actio servi corrupti* como a la acción de hurto, quien, tras haber aconsejado a un esclavo ajeno la sustracción de alguna cosa de su señor, recibe la cosa en cuestión, pero que el esclavo le entrega tras haber dado cuenta a su amo y con permiso de este.

*ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cuius gratia
commodaverit.*

Comienza el texto refiriéndose al cooperador necesario en el hurto, señalando que a veces se obliga por la acción de hurto aquel que no lo cometió por sí mismo, cual es aquél con cuya cooperación y consejo se verificó el hurto. Como ejemplos de cooperación en el hurto se cita la conducta de quien hace caer de la mano dinero para que otro lo arrebate, o que cierra el paso a la víctima para que alguien le coja alguna cosa, o ahuyenta las ovejas o los bueyes para que otro se apodere de ellos, por ejemplo, poniendo en fuga a los animales con un paño rojo. En el caso de que alguna de estas cosas no se haya realizado con *animus furandi*, sino por diversión, procedería la *actio in factum*.

Cuando se comete hurto con la cooperación de otra persona, ambas quedan obligadas por la acción de hurto.

A continuación, se señalan otra serie de supuestos de cooperación necesaria a conductas que hoy serían calificadas como de robo con fuerza en las cosas:

- el que puso escalas debajo de las ventanas.
- el que rompió las mismas ventanas o las puertas - *fenestras vel ostium effringit*- para que otro realizase el hurto - *ut alius furtum faceret*.
- el que hubiere prestado herramientas para fracturar o escalas para que se pusiesen debajo de las ventanas, sabiendo con qué objeto las hubiere prestado.

En definitiva, aunque el texto comienza refiriéndose a la acción de hurto, dado que algunas de las conductas descritas encajan plenamente en el *crimen effracturae*, puede concluirse que al igual que el cooperador en el hurto quedaba obligado por la *actio furti*, el cooperador en el crimen que nos ocupa -por ejemplo, quien rompe las puertas o ventanas para que otro robe- ha de recibir las mismas penas que este.

Señala Falchi⁶¹ que el Derecho romano distinguió entre formas de participación en el delito principales y accesorias, si bien la tendencia fue la de imponer siempre la misma pena; un ejemplo de ello lo encuentra en el siguiente fragmento, en el que Gayo afirma que quien a sabiendas hubiere prestado herramientas para quebrantar una puerta o un armario o prestado escala para escalar - hasta aquí se estaría refiriendo a formas de participación accesorias-, aunque *principalmente* no haya mediando ningún consejo suyo para hacer el hurto -lo que constituiría una forma de participación principal-, está sujeto a la *actio furti*:

D. 47.2.55(54).4 (Gai. 13 *ad ed. prov.*) *Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.*

⁶¹ FALCHI, *op. cit.*, vol. I, p. 219.

2.4. Culpabilidad

Se trata de un delito que requiere, para su comisión, de la intención de hurtar, por lo que no será posible su comisión culposa. Así se deduce de D. 47.2.53 (55) pr., que excluye la acción de hurto respecto de quien por causa de injuria quebranta *-effregit-* una puerta, aunque como consecuencia de ello otros se lleven las cosas, con el argumento de que es la voluntad y el propósito del delincuente lo que distingue los delitos.

D. 47.2.53 (55) pr. (*Paul. 39 ad ed.*) *Qui iniuriae causa Ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.*

2.5. Pena

Como punto de partida, hay que tener en cuenta, de un lado, que las penas señaladas para los delitos perseguidos a través de la *cognitio extra ordinem* muchas veces tenían un valor orientativo, o se establecían como un límite máximo que no se podía exceder⁶², y, de otro, que a partir de esta época las penas variaban en función de la clase social del sujeto activo. Este fue, precisamente, el caso del crimen *effracturae*.

⁶² PUGLIESE, *op. cit.*, p. 775; SANTALUCÍA, *Diritto e proceso penale...*p. 249; JONES, p. *op. cit.* 108. *Vid.* el larguísimo elenco de ejemplos en los que se concede al juez el poder de aumentar o disminuir la pena dentro de los márgenes consentidos por la ley relacionados por FALCHI, *op. cit.*, vol. I, p. 55 ss. -entre los que se incluyen los supuestos relacionados con el *crimen effracturae*: D. 47.18.1.1 y 2; D.47.18.2-. Destaca el autor cómo en Derecho romano se manifiesta la progresiva tendencia histórica a ampliar los poderes del juez en la determinación de la pena.

De este modo, las penas establecidas fueron:

1) Para los reos de baja condición, la pena que corresponde al que podría considerarse tipo básico de fractura, tendría como tope máximo la condena a obras públicas, temporales o perpetuas, tras ser azotado el ladrón, tal y como nos transmiten los siguientes pasajes, ambos de Paulo:

D. 47.18.1.2 *in fine (Paul. l. s. de off. praef. vig.) ... oportebit autem aequa et in effractores et in ceteros supra scriptos causa cognita statui, prout admissum suggerit, dummodo ne quis in plebeio operis publici poenam...excedat.*

D. 47.18.2 *(Paul. l. s. de off. praef. vig.) ...diurni vero effractores post fustum castigationem in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt*

Dentro de este límite, la autoridad competente podría, a su arbitrio, imponer una pena menor.

2) En el caso de personas de condición elevada, la pena sería la de relegación⁶³, pena que no comporta *capitis deminutio media*, y que, a diferencia de la deportación, puede ser perpetua o solo temporal, como ocurre en D. 47.18.1.2, donde Ulpiano da noticia de un caballero romano -*equitem Romanum*- que había robado dinero tras haber quebrantado y perforado una pared -*effracto perforatoque*

⁶³ Tampoco implicaba necesariamente la confiscación de los bienes, y podía revestir la modalidad de alejamiento de un determinado lugar o de confinamiento en un domicilio coactivo. En relación con esta pena *vid. MOMMSEN, loc. ult. cit.*, pp. 594 y ss.; KLEINFELLER, G., s.v. "relegatio", PWRE, I A.1, 1914, pp. 564-565; HEUMANN-SECKEL, s.v. "relegare", p. 501 y ss., KUNKEL, *op. cit.*, p. 82; ARANGIO RUIZ, *loc. ult. cit.*, p. 310; SANTALUCÍA, *op. cit.*, pp. 117 y ss.; PINO ABAD, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

pariete- y que es condenado por Marco Aurelio a abstenerse de estar ni en Roma, ni en Italia, ni en la provincia de África, de donde era natural, durante un quinquenio.

3) Los quebrantadores nocturnos son considerados más atroces, como indica Paulo en la primera parte de D. 47.18.2. pr. y por ello solían ser condenados a las minas, tras ser azotados:

Inter effractores varie animadvertisit. Atrociores enim sunt nocturni effractores, et ido hi fustibus caesi in metallum dari solent (...)

La condena *in metallum* se consideraba *proxima morti poena* (D.48.19.28.pr., Call., 6 *de cogn.*) comportando pérdida de libertad y ciudadanía⁶⁴. La posible condena a minas para el hurto con efracción aparece también en D. 38.2.48.pr (Scaev. 2 *resp.*)⁶⁵.

4) La *effractura* en la que, además, se habían empleado armas llevaba, asimismo, aparejada la condena a minas para los *honestiores* y la relegación para los *humiliores*:

D. 47.17.1 (Ulp. 8 *de off. procons.*) *Sed si telo se fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena vel honestiores relegationis adficiendi erunt.*

⁶⁴ HEUMANN-SECKEL, "capitalis"; BERGER, *Enciclopedic Dictionary...cit.*, p. 43 y 633; CARNAZZA-RAMETA, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁵ D. 38.2.48.pr. (Scaev. 2 *resp.*) *Quaero de eo, qui libertum effracturae crimine accusavit. respondit, si eiusmodi effracturae crimine accusatus sit, ex quo, si probaretur, in metallum datus esset, denegandam bonorum possessionem.* Vid. *infra*, pp. 19 ss.

Coll. 7.4.2. ... *Sed si se telo fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena humiliores, honestiores vero relegatione adficiendi erunt.*

5) También se ha señalado que los hurtos con fractura cometidos mediante banda armada en una casa merecían, según PS. 5.3.3 -lo que se repite en LRB 18.1-, la pena capital.

2.6. Algunas cuestiones relativas al procedimiento

No es propósito de estas líneas hacer una descripción completa de la persecución del crimen *effracturae* a través de la *cognitio extra ordinem*, sino tan solo hacer referencia a algunas cuestiones puntuales de la tramitación de este crimen en concreto según quedan reflejados en las fuentes.

1- La primera es la relativa a la *autoridad competente* para el conocimiento de estos crímenes. Lo primero que se debe señalar es que, en el Principado, los robos con fuerza en las cosas, junto con otras conductas delictivas, pasan a quedar bajo la jurisdicción del *Praefectus Vigilum*. Señala Santalucía⁶⁶ que, a diferencia de los *tresviri*, que nunca llegaron a tener jurisdicción criminal, estos funcionarios poco a poco acabaron por conseguir, en las materias relacionadas con su actividad de policía, competencia judicial.

La competencia del *Praefectus vigilum* aparece contemplada, en primer lugar, en el siguiente fragmento de Paulo:

⁶⁶ SANTALUCÍA, «Crimen furti...» *cit.*, p. 786.

D.1.15.3.1 (Paul. *l. sg. de off. praef. vig.*) *Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur. et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos qui neglegentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustum castigationem remittit.*

Indica Paulo que normalmente es competente este funcionario para conocer de los asuntos en que intervienen los descerrajadores-*effractoribus*- además de aquellos relativos a incendiarios, ladrones, rateros y receptadores. Sin embargo, en supuestos en los que el delincuente fuera excepcionalmente peligroso o reincidente, la competencia quedaba reservada al *Praefectus Urbi*. Ello ocurre, explica Cuiacio, porque el *Praefectus Vigilum* no tenía *merum imperium*, esto es, carecía *ius gladii* o derecho a imponer la pena capital⁶⁷.

En el fragmento siguiente, el mismo jurista da noticia de un rescripto del emperador Antonino Pio dirigido a Erucius Clarus⁶⁸,

⁶⁷ CUIACIUS, *Opera Parisiensem Fabrotianam editionem, diligentissime exacta in tomos XIII distributa*, t. VI, col. 2039, *Merum imperium est gladii potest...Praefecto vigilum datum est jus verberandi, non jus gladii*; y t. IX, col. 607, Ad tit. 4.65 Codex, de locato et conducto: *Verum cum res exigit maiorem animadversionem, a praefecto vigilum viniunt ad praefectum urbi...Nam praefectus vigilum merum imperium non habuit.*

⁶⁸ Erucio Claro es mencionado dos veces por Aulo Gelio en sus Noches Áticas; en ambas se refiere a él como *Praefectus Urbi* e informa que alcanzó dos veces el consulado. Lo presenta como una persona culta, interesada por las instituciones y la cultura antigua y amigo de Sulpicio Apolinar, célebre maestro de gramática, al que pregunta por el significado de ciertas palabras: Gell., 13.18.2 *Erucius Clarus, qui praefectus urbi et bis consul fuit, vir morum et litterarum veterum studiosissimus, ad Sulpicium Apollinarem scripsit, hominem memoriae nostrae doctissimum, quaerere sese et petere, uti sibi rescriberet,*

quién probablemente ostentara en ese momento el cargo de *Praefectus Urbi*, al que dirige como superior jerárquico un rescripto relativo al cargo de *Praefectus Vigilum*⁶⁹.

D. 1.15.3.2 (Paul. l. s. *de off. praef. vig.*) *Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit. ait enim posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius imperatoris portio esset.*

En dicho rescripto, que pudiera ser del año 146 d.C.⁷⁰, el emperador aclara que, tratándose de almacenes descerrajados, aunque en ellos se encontraran depositados bienes pertenecientes al propio emperador, quedan bajo la jurisdicción del *Praefectus Vigilum* también los esclavos guardianes.

quaenam esset eorum verborum sententia y 7.6.12 Adulescens ego Romae, cum etiamtum ad grammaticos itarem, audivi Apollinarem Sulpicium, quem in primis sectabar, cum de iure augurio quaereretur et mentio "praepetum" avium facta esset, Erucio Claro praefecto urbi dicere "praepetes" sibi videri esse alites (...)

⁶⁹ En este sentido VIGNEAUX, P.E., *Essai sur l'histoire de la Praefectura Urbis à Rome*, Thorin et fils, Paris, 1836, p. 63, n. 4.

⁷⁰ Según VIGNEAUX, *op. cit.*, p. 69, Erucio Claro fue *Praefectus Urbi* y cónsul en el año 146 d.C., por lo que esa podría ser, precisamente, la fecha del rescripto al que se refiere Paulo en D. 1.15.3.2. Informa este autor que la acumulación del consulado con el cargo de Prefecto de la ciudad fue frecuente en el s. II d.C., aunque se dieron también casos antes y después. Erucio Claro volvería a alcanzar el consulado bajo Marco Aurelio, en el 170 d.C., siendo más tarde enviado como *legatus* a Judea. La familia Erucia alcanzó importancia en el siglo II d.C., siendo el destinatario del rescripto que nos ocupa probablemente hijo de S. Erucius Clarus, quien obtuvo el laticlavo en tiempos de Trajano (GROAG, s.v. Erucius, RE, VI.1, col. 552; SMITH, W. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, vol II., 1867, p. 51).

En las provincias, la competencia recaería en el Presidente.

2. El *crimen effracturae* era considerado un crimen extraordinario, cuya represión se encauzaba a través de la *cognitio extra ordinem*, presidida, según es sentir general, por el principio inquisitivo, por lo que se iniciaba de oficio⁷¹, lo que no impedía que la víctima pudiera formular, si lo deseaba, la oportuna *accusatio*⁷².

Un caso concreto de *accusatio* formulada en el crimen que nos ocupa aparece en el siguiente pasaje del Digesto:

D. 38.2.48.pr. (Scaev. 2 resp.) *Quaero de eo, qui libertum effracturae crimine accusavit. respondit, si eiusmodi effracturae crimine accusatus sit, ex quo, si probaretur, in metallum datus esset, denegandam bonorum possessionem*⁷³.

⁷¹ En este sentido son de cita frecuente D. 1.18.13.pr. (Ulp. 7 de *off. procons.*), en cuanto establece el deber del Gobernador provincial de tener su provincia pacificada y tranquila, lo que obrendrá si con solicitud actúa para que la provincia esté limpia de hombres malos -*si solliciti agat, ut malis hominibus provincia careat-* por lo que deberá castigar a los sacrílegos, ladrones, plagiarios y rateros, y castigar a cada uno según hubiere delinquido (...); D.1.15.3.1 (Paul. *l. s. de off. Praef. Vig.*) antes comentado, a propósito del *Praefectus vigilum* y D. 1.15.4 (Ulp. *l.s. de off. praef. Vig.*) en el que Ulpiano da noticia de un rescripto de Septimio Severo y Caracalla a Junio Rufino, Prefecto de los Vigiles, en el que se le indica que puede mandar que sean apaleados o azotados los inquilinos que por negligencia hubieran provocado incendio en sus casas.

⁷² PUGLIESE, «Linee generali ...», *cit.*, p.783 y PIETRINI, *op. cit.*, p. 43.

⁷³ PULITANO, F., «Bonorum possessio dimidiae partis» e «accussatio capitii» in una costituzione dei «divi fratres», *Rivista di Diritto Romano ledonline*, III, 2003, p. 10, considera que existe una contracción en el texto, que se abre con un verbo en primera persona del singular (*quaero*) y que formaría parte de una discusión más articulada; a la pregunta inicial sigue inmediatamente el parecer del jurista, en tercera persona del singular (*respondit*).

Se pregunta Cervidio Scaevola qué ocurre con el (se sobreentiende que el patrono) que acusó del crimen de *effractura* a su liberto, respondiendo que se le ha de denegar la *bonorum possessio* si se le acusa de un crimen, que, de ser probado, conllevaría la condena a minas.

Como es sabido, la relación de patronato impone una serie de deberes al liberto, pero también al patrono. Respecto a este último, regía la prohibición de ejercitar contra el primero acusación que pudiera conllevar la pena capital⁷⁴. Nos encontramos con una causa de indignidad para suceder⁷⁵ que se traduce en una *denegatio actionis*.

Cabe observar que, fuera de la sucesión *ab intestato* del patrono que aquí se comenta, solo figuran en los tradicionales elencos de causas de indignidad⁷⁶ ciertas actuaciones procesales del heredero muy concretas, como la contestación del *status* del difunto (D. 34.9.1, Marc. 6 *Inst.*) o la denuncia del liberto a su patrón por una práctica de comercio ilícito (D. 34.9.9.1, Ulp. 14 *ad leg. iul. et pap.*)⁷⁷; sin

⁷⁴ ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano*, Tipografía Montaina, Palermo, 1979, p. 96 y p. 64 n. 226; PANERO, R., *Derecho romano*, 6^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2201, p. 226, n. 60.

⁷⁵ Como tal la califica ALBANESE, *op. cit.*, p. 64, n. 226.

⁷⁶ Vid. los recopilados por VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, 2^a ed., Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 466 ss.; BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano*, UTET, Torino, 1964, p. 789; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad, Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986, pp. 703-704; SANTOS JUSTO, A., *Direito privado*, tomo V, *Direito das Sucessões e Doações*, Coimbra editora, 2009, p. 47 ss.; LÓPEZ-GÜETO, A., «La indignidad para suceder de los herejes en la Novela 115.3 y su recepción en el Derecho castellano», en *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal: temas y ejemplos* (Montañana Casaní- Lázaro Guillamón, ed.), Universitat Jaume I- BOE, 2023, p. 348 ss.

⁷⁷ Como observa BIONDI, B., *Successione testamentaria. Donazioni*, Giuffré ed.,

embargo, en dichos listados no se hace referencia al ejercicio de una acusación criminal.

No será hasta la Nov. 115.3 de Justiniano (a. 542 d.C.) donde se recogerá, si bien como justa causa de desheredación de los descendientes, el haber sido acusado por estos en causa criminal, con la excepción del *crimen maiestatis*:

Nov. 115.3.3 *Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rem publicam.*

Y en el apartado siguiente de la misma novela, aparece como justa causa de desheredación de los ascendientes, haber entregado a sus descendientes para que pierdan la vida -se entiende que hayan acusado a sus hijos de crimen que lleve aparejada pena capital-, excepto por causa que se conoce que se refiere a la majestad.

Nov. 115.4.1. *Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causa tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur.*

Retomando lo dispuesto en D.38.2.48.pr, para que la acusación efectuada por el patrono determinase la denegación de la *bonorum possessio*, esta acusación debía serlo a un crimen que llevase aparejada la pena capital. Para determinar el alcance de esta medida, es preciso aclarar los conceptos de "pena capital" y de "acusación". De ambas cuestiones se ocupa Terencio Clemente, contemporáneo de Salvio Juliano, en el siguiente fragmento del Digesto:

Milano, 1943, p. 161, no es preciso que se trate de acciones calumniosas, ya que la ley, partiendo de la reverencia que el liberto debe observar frente al patrono, sanciona el ataque a su honor con independencia del fundamento de la acusación.

D. 37.14.10 (*Clement. 2 ad leg. Iul. et Pap.*) *Eum patronum, qui capit is libertum accusasset, excludi a bonorum possessione contra tabulas placuit. Labeo existimabat capit is accusationem eam esse, cuius poena mors aut exilium esset. Qui nomen detulit, accusasse intellegendus est, nisi abolitionem petit: idque etiam proculo placuisse Servilius refert.*

El jurista explica que se determinó que el patrono que hubiese acusado a su liberto de crimen capital había de ser excluido de la *bonorum possessio contra tabulas*, aclarando, a continuación, los dos conceptos mencionados:

1º) Respecto a lo que haya de entenderse por “acusación capital”, Terencio Clemente sigue el parecer de Labeón, según el cual “acusación capital” es aquella cuya pena sea la muerte o el exilio. Esta opinión de Labeón no difiere de la expresada por juristas posteriores; así, tanto Paulo como Modestino identifican la pena capital con la muerte o la pérdida de la ciudadanía (o el exilio, que da lugar a la pérdida de esta).

D. 48.1.2 (*Paul. 15 ad ed.*) *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est⁷⁸.*

⁷⁸ VOLTERRA considera glosemas los incisos [*hoc-interdictio*] y [*nam-retinetur*].
Vid. Index Int., II, col. 525.

D. 50.16.103 (Mod. 8 reg.) *Licet "capitalis" Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est.*

En definitiva, lo determinante en el concepto romano de “pena capital” es la pérdida de una cabeza -*caput*⁷⁹-, como explica Paulo en el primero de los fragmentos transcritos: *per has enim poenas eximitur caput de civitate* - ya se trate de la vida, de la libertad o de la ciudadanía⁸⁰. Comportaban pérdida de libertad el trabajo en las minas de por vida (*damnatio ad metalla*) o la condena a trabajos públicos -*opus publicum*⁸¹. La pérdida de ciudadanía venía

⁷⁹ Entre los diversos usos de la palabra *caput*, ALBANESE, *op. cit.*, p. 9, destaca, a los efectos que interesan para la interpretación de este fragmento, el que indica la vida del hombre, sobre todo en cuanto es susceptible de supresión a título de pena y el más abstracto, correspondiente a una condición personal de relevancia jurídica tal que puede compararse a la vida: la condición de persona libre y la de ciudadano romano. En igual sentido CARNAZZA-RAMETA, G. *Studio sul Diritto penale dei romani*, L' Erma" di Bretschneider, Roma, 1972, p. 232 señala que las penas capitales eran las que se ligaban a la *diminutio capititis*, afectando a la degradación de la dignidad del ciudadano romano, por lo que la disminución de la cabeza máxima o media comportaban la muerte como hecho de cesación de la vida natural o de la muerte civil, y así la pena del *ultimum supplicium* era el hecho de la vida que se había terminado, perdiendo la dignidad del ciudadano romano.

⁸⁰ Y así explica LEVY, E. «Die römische Kapitalstrafe», *Gesammelte Schriften*, t. II, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1963, p. 325, que cuando las fuentes emplean términos como *poena* o *reus capititis*, *causa capitalis*, *capite punitur*, etc., pueden estar haciéndolo en un sentido estricto, equivalente a pena de muerte, o en un sentido amplio, que incluye el trabajo en las minas o la deportación, para referirse a las penas que lleven aparejada la pena de libertad o de la ciudadanía.

⁸¹ HEUMANN-SECKEL, “capitalis” BERGER, *Encyclopedic Dictionary...cit.*, p. 43 y 633; CARNAZZA-RAMETA, *op. cit.*, p. 233.

determinada por penas como la *interdictio aquae et igni*⁸² o la *deportatio*⁸³. En cambio, y a diferencia de las anteriores, la *relegatio* - que podía ser temporal o perpetua- no comportaba *capitis deminutio media*.

Por ello, en el supuesto contemplado en D.38.2.48, Scaevola precisa que la acusación se hace por un crimen de *effractura* que, de ser probado, comportaría la condena a las minas, lo que le hace caer en el supuesto de hecho que determina la denegación de la *bonorum possessio* del patrono sobre los bienes del liberto (D. 37.14.10, Clement. 9 *ad l. iul. et pap.*). Concluye Accursio⁸⁴ que para que esto

⁸² La *interdictio aquae et igni* surge en la República, consistiendo, originariamente, en la posibilidad que asistía a todo ciudadano sometido a un proceso capital de huir de la condena abandonado voluntariamente la *civitas*; esta figura subsiste como pena en el alto imperio hasta ser sustituida por la *deportatio*. Implicaba que un individuo pudiera establecer su domicilio dentro del territorio romano y en un determinado radio, pero no conllevaba la imposición de un domicilio coactivo. Vid. HUMBERT, G., s.v. *exsiliū*, DS, t. II-1, p. 943 ss., MOMMSEN, *op. cit.*, t. I, p. 80 y t. II, p. 406 y ss.; KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel, 9^a ed., Ariel, Barcelona, 1985, pp. 36 y 72; ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, trad. de la 2^o ed. it. De Pelsmaeker e Ivañez, 5^o ed., Reus, Madrid, 1994, pp. 99, 210 y ss. y 310; SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano*, trad. Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 88 y ss.; PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999, pp. 32 ss.

⁸³ La *deportatio*, comportaba, como la *interdictio aquae et igni*, una *capitis deminutio media*, y se imponía a perpetuidad. Se diferenciaba de aquella en que, mientras la deportación entrañaba la imposición de un domicilio coactivo, del que el deportado no podía escapar bajo pena de muerte, la interdicción suponía la prohibición de residir en un lugar determinado, pero con libertad para fijar su domicilio fuera de él. Sobre la figura vid.: MOMMSEN, *loc. ult. cit.*, pp. 406 y ss.; KLEINFELLER, G., s.v. "deportatio in insulam", PWRE, V.1, 1903, pp. 231-233; HEUMANNS-SECKEL, s.v. "deportare", p. 137; BERGER, s.v. "deportatio", p. 432, KUNKEL, *op. cit.*, p. 82; ARANGIO RUIZ, *loc. ult. cit.*, p. 310; SABATINI, G., s.v. "Deportazione", NNDI, t. V, UTET, Torino, 1960, pp. 490 y ss.; SANTALUCÍA, *op. cit.*, p. 117; PINO ABAD, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

⁸⁴ ACCURSIO, F., en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii*,

ocurra, ha de tratarse de una *effractura nocturna*, que efectivamente llevaba aparejada esta pena (D. 47.18.2), aunque a esto deben añadirse los crímenes de *effractura* en que se hubieren empleado armas (D. 47.17.1, Ulp. 8 *de off. procons.* y Coll. 7.4.2), que también comportaban la *damnatio in metallum*.

2º) Por lo que se refiere a la acción de “acusar”, Terencio Clemente entiende que incluye la delación *-nomen detulit-* si no pidió la abolición. En este punto sigue el parecer de Próculo, según fue transmitido por Servilio.

Como recuerda Masi Doria⁸⁵, a la *accusatio capitis* se equipara el testimonio contra el liberto, según resulta del siguiente fragmento de Ulpiano:

D. 38.2.14.5 (Ulp. 45 *ad ed.*) *Sed si non accusaverit, sed testimonium in caput liberti dixit aut subiecit accusatorem, puto eum a contra tabulas removeri*⁸⁶.

3. *Medios probatorios*. Dada la gravedad que podían alcanzar las penas a imponer, era esencial que el crimen quedara suficientemente probado. De ahí que, en D. 19.2.55 (= P.S.2.18.3), Paulo señale que los esclavos del *horrearius* pueden ser reclamados para ser sometidos a tormento para hacer revelaciones respecto a los edificios.

scholiis Contii et D. Gothofredi lucubationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscurores explicantur, similes & contrariae afferuntur, vitiosae notantur...studio & opera Ioannis Fehi, Lyon, 1627, gl. a/ In metallum a D.38.2.48.pr.

⁸⁵ MASI DORIA, C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Jovene ed., Napoli, 1996, p. 414.

⁸⁶ Sin interpolaciones referidas en el *Index Int.*, t. II, col. 58.

4. La última de las cuestiones a destacar en los procesos por *effractura* es el relativo al *concurso de acciones*. Se entendió que el ejercicio de la acción criminal determinaba la imposibilidad de ejercitar la acción civil, tal y como explica Juliano⁸⁷:

D.47.2.57(56)1 (Iul. 22 dig.) *Qui furem deducit ad praefectum vigilibus vel ad praesidem, existimandus est elegisse viam, qua rem persequeretur: et si negotium ibi terminatum et damnato fure recepta est pecunia sublata in simplum, videtur furti quaestio sublata, maxime si non solum rem furtivam fur restituere iussus fuerit, sed amplius aliquid in eum iudex constituerit. Sed et si nihil amplius quam furtivam rem restituere iussus fuerit, ipso, quod in periculum maioris poenae deductus est fur, intellegendum est quaestionem furti sublatam esse.*

Para el autor del Edicto Perpetuo, quien lleva un ladrón -*furem-* al Prefecto de los Vigiles o al Presidente, eligió la vía de persecución de la cosa, cerrando el paso a las acciones civiles derivadas del hurto. El jurista distingue dos hipótesis posibles:

- 1) Que el ladrón haya sido condenado (por el Prefecto de los Vigiles o por el Presidente) y se haya recuperado el dinero quitado. En este caso, se considera extinguida la *actio furti* respecto al simple importe. Al final del fragmento, en el que se vuelve a esta hipótesis -*si nihil amplius quam furtivam rem restituere iussus fuerit-* se explica la razón de la extinción de la

⁸⁷ Para algunos el texto no es genuino: Cfr. *Index Int.*, t. III, p. 495. Para ALBERTARIO, el texto se encontraría interpolado a partir de *videtur*.

acción: el haber puesto al ladrón en peligro de sufrir una pena mayor.

- 2) Que el ladrón hubiere sido condenado no solo a la restitución, sino a algo más – *amplius*. En este caso, entiende Juliano que se habrá extinguido la *actio furti* aun con mayor motivo que en el caso anterior.

Ahora bien, a la hora de interpretar este pasaje la doctrina no es unánime, particularmente en lo que respecta a la posibilidad de elección de la víctima de un hurto no cualificado:

- Balzarini⁸⁸ considera que, a partir de Juliano en adelante, el hurto no cualificado siempre era perseguible *extra ordinem* a elección de la víctima, que podría haber escogido la vía privada, mientras que en el caso de los hurtos cualificados el ladrón siempre quedaba sujeto a la represión pública.
- Pugliese⁸⁹, al examinar este pasaje, observa que Juliano no precisa qué tipo de ladrón toma en consideración, pues en su época todavía no se habían establecido diferentes categorías; en consecuencia, la víctima del hurto podía acudir a la vía privada o dirigirse al *Praefectus vigilum*, si consideraba que había razones para culpar al ladrón con una pena pública. Más tarde, cuando se establecen varias clases de ladrones (*nocturni, effractores, derectarii, balnearii, saccularii, expilatores*), si el ladrón quedaba comprendido

⁸⁸ BALZARINI, «In tema...» *cit.*, p. 308 ss. Además, a juicio de este autor, al menos a partir del siglo II d.C. para la jurisprudencia romana son incompatibles las sanciones criminales infligidas al ladrón *extra ordinem* con las ordinarias de naturaleza penal privada previstas en el edicto pretorio.

⁸⁹ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 706.

en alguna de estas categorías, quedaba sujeto a la represión pública *extra ordinem*, permaneciendo el resto sometidos a la acción privada. Para los hurtos cualificados -concluye- la víctima del robo no podía escoger entre la vía pública y la privada, aunque podía promover la *accusatio*.

- Para Santalucía⁹⁰ los ladrones serían juzgados por el *praefectus vigilum* solo si el hurto, por su gravedad, aparecía merecedor de una persecución pública, siendo remitidos al foro en caso contrario.

2.7. Incidencia de este crimen en el Derecho de obligaciones

Son varias las fuentes del Derecho romano que se ocupan de las consecuencias de un robo efectuado mediante fractura en supuestos de arrendamiento de almacén⁹¹ con la finalidad de acotar la responsabilidad del dueño de este.

⁹⁰ SANTALUCÍA, *Diritto e processo...cit.*, p. 225, n. 130. El mismo autor en «Crimen furti...» *cit.*, p. 796, aclara que el hecho de que la víctima del hurto fuera libre de escoger el tipo de procedimiento, no significaba que, si elegía la persecución pública, se procediese necesariamente a la instauración de un procedimiento criminal contra el ladrón, pues el inciso *si negotium ibi terminatum est* deja entender que el proceso podía concluirse en otra sede, remitiendo la causa a un tribunal civil.

⁹¹ Aunque la calificación del contrato en el pasado no fue cuestión pacífica, discutiendo la doctrina si se trataba de una *locatio conductio rei u operis* -o incluso, para algunos, *operarum-*, actualmente la doctrina mayoritaria considera este arrendamiento como *locatio rei*: LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore como limite allá responsabilità contrattuale*, Vol. I, Milano, 1938, p. 226. CANNATA, C.A. *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, en *Scritti Scelti*, I, Giappicheli ed., Torino, 2011, p.125 ss; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. - MALAVÉ OSUNA, B., «La responsabilidad del *horrearius* por las mercancías depositadas en los almacenes», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. VII, BOE-AIDROM 2021, p. 2275

D. 19.2.55 (Paul. 2 *sent.*) = P.S.2.18.3. *Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestione peti possunt.*

Señala Paulo que el dueño de unos almacenes no queda obligado en caso de que estos hayan sido abiertos con violencia y robados, a menos que hubiere aceptado su custodia. Sin embargo, a efectos de prueba, sus esclavos podrán ser reclamados para ser interrogados por tortura para obtener información sobre los edificios.

Para la doctrina mayoritaria, que considera que el *horrearius* en el Derecho clásico estaría sujeto a una responsabilidad por custodia respecto a las mercancías depositadas en el almacén⁹², el inciso *nisi custodiam eorum recepit* está interpolado⁹³.

ss. Como observan acertadamente LUZZATTO, *op. cit.*, p. 226 y CANNATA, *op. cit.*, p. 128 las fuentes siempre se refieren al *horrearius* como *conductor*, lo que no sucedería de tratarse de una *locatio operis*.

⁹² LUZZATTO, *op. cit.*, p. 226. Según CANNATA, *op. cit.*, p. 129, la diferente responsabilidad del *horrearius* respecto a la que tiene el *locator* en otros arrendamientos de cosa se encuentra en el objeto del contrato: en el de edificios, la cosa se pone a nuda disposición del propietario, mientras que en el arrendamiento de lugares dentro del horreo se ve aderezado por una finalidad ulterior: la conservación de la cosa. Incluso llega a establecer alguna analogía con la *locatio navis*, en el sentido de que en ambos casos el arrendamiento no puede considerarse en su materialidad sino en relación con la eficiencia para un fin, extendiéndose la responsabilidad del *locator* a la restitución de la cosa. Para DOMÍNGUEZ LÓPEZ y MALAVÉ OSUNA, *op. cit.*, p. 2.277, la peculiaridad viene dada por la cualidad de la cosa arrendada: quien solicita los servicios prestados en un *horreum* busca ante todo ciertas condiciones o aptitudes en el local, pagando por tener un lugar seguro en que depositar sus mercancías. Señalan estas autoras (p. 2.287) que la responsabilidad por custodia se deduce claramente de fragmentos como D. 19.2.60.9 y 6; CI. 4.65.1; Coll. 10-9-1 y de diversas cláusulas de *leges horreorum*.

⁹³ En este sentido CANNATA, *op. cit.*, pp. 132-133. *Vid.* los autores que cita en la

Respecto a la expresión *propter aedificiorum notitiam*, indica Godofredo⁹⁴ que no suele presumirse la ignorancia de los acontecimientos que ocurren en el interior de una casa en las personas domésticas y en los vecinos. Por tanto, como señala Baldo⁹⁵ deben ser interrogados antes que otros para juzgar el delito.

También se ocupan de este problema dos fragmentos del Código de Justiniano. Al igual que en el caso anterior, aparecen ubicados en sede de arrendamiento (CI 4.65, *de locato et conducto*):

CI. 4.65.1.pr. Ant. A. Iulio Agrippino. *Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. <a. 213 pp. prid. non. Ian. Antonino A. IIII et Balbino cons.>*

En este rescripto, Caracalla aborda el problema del *periculum* en la *locatio conductio*, estableciendo que el dueño del almacén no está obligado a responder frente al arrendatario que allí hubiese

nota 127, así como *Index int.*, t. I, col 366.

⁹⁴ GOTHOFREDII, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, t. II, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1929-1830, p. 163, n. 9. El humanista francés relaciona esta disposición con CI 5.4.9, que transmite un rescripto del emperador Probo a Fortunato (sin fecha), en el que le señala que si, sabiéndolo los vecinos u otras personas - *si vicinis vel aliis scientibus-* tuvo a una mujer en su casa para procrear hijos, y de tal matrimonio nació una hija - *uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est-*, aunque no se hubieran hecho ni los instrumentos nupciales ni los relativos a la hija nacida-*quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt-* no por ello tiene menos fuerza la verdad del matrimonio o del nacimiento de la hija - *non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.*

⁹⁵ BALDO UBALDI, *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1577, 153 v., *ad l. Dominus horreorum* (D.19.2.55).

depositado⁹⁶ sus mercancías en caso de fuerza mayor o de efracción de ladrones, aunque sí por el perecimiento de las cosas depositadas motivado por causa extrínseca, siempre que se mantengan ilesos los graneros. Podrían encajar en este último caso los hurtos o daños o, en general, los hechos del personal encargado de la custodia o de otros clientes⁹⁷. Para Accursio⁹⁸ podría tratarse de cualquier caso que no provenga de vicio propio de la cosa depositada.

Esta constitución, que, al parecer, fue comentada por Paulo en su libro de Respuestas, bajo el título *ex locato et conducto*, es recogida también en la *Collatio*:

Coll. 10.9. *Paulus libro responsorum V sub titulo ex locato et conducto: Imp. Antoninus Iulio Agrippino. dominus horreorum periculam vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet. <P. III non. Nov. Antonino IIII cons.> Paulus respondit satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim inputari non posse.*

⁹⁶ Aunque el texto hable de “cosas depositadas” no cabe entender que nos encontremos ante un contrato de depósito, sino de arrendamiento, como se viene observando desde antiguo. Ya ACCURSIO, F., *Corpus Juris Civilis ex Pandectis Florentinis repraesentatum*, vol. 4, Sev. Nivellius, Parisiis, 1576, col. 979 (gl. c/*depositarum* a CI. 4.65.1) explicaba que el fragmento se refiere a que las mercancías “estén allí puestas”; no pudiendo entenderse que el contrato es de depósito por la existencia de un precio, y, además, porque de ser así, la responsabilidad del *horrearius* se limitaría al dolo.

⁹⁷ ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁸ ACCURSIUS, gl. g/*extrinsecus* ad CI. 4.65.4 (en FEHI, *op. cit.*, t. IV, col 1.083).

En su *responsa* Paulo formula la siguiente máxima: a los que arrienden un horreo no se les puede imputar la fuerza mayor -*qui horrea locant, maiorem vim inputari non posse-*

El segundo fragmento del *Codex* que se ocupa de la responsabilidad del *horrearius* nos trasmite un rescripto del año 222 d.C. de Alejandro Severo dirigido a Arrio Sabino:

C.I. 4.65.4. *Alex. A. Arrio Sabino. Ex divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi querellas referentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint.*

1. *Quod vos quoque adito praeside provinciae impetrabitis. Qui si maiorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remittere curabit*
2. *Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent. ALEX. A. ARRIO SABINO. <A 222 PP. K. DEC. ALEXANDRO A. CONS.>*

El Emperador, siguiendo una epístola de Antonino Pío y Caracalla, establece que el dueño de unos almacenes que haya sido objeto de un hurto con fractura ha de exhibir a los guardias, pues no tiene porqué responder del *periculum*. Por tanto, Arrio Sabino y los demás interesados, podrán solicitar dicha exhibición al Presidente de la Provincia, el cual, si el caso exige una mayor corrección, lo remitirá al Prefecto del Pretorio Domicio Ulpiano, al que Alejandro Severo se refiere como su padre -*parentem meum-*.

El apartado final del fragmento -en el que se indica que, si los dueños de los almacenes especialmente prometieron también la custodia, deben responder de ella- ha causado perplejidad en algunos autores⁹⁹, como Arangio Ruiz¹⁰⁰. Para el jurista italiano, la cuestión debería haber quedado agotada con la exoneración de responsabilidad del *dominus horreorum* y el deber de exhibición de los siervos, por lo que maravilla volver a verla abierta en la última parte, con la declaración de que, si el dueño del almacén se hubiera obligado expresamente a la custodia, debe ser considerado responsable. La maravilla aumenta -continúa- si se considera que el *custodiam praestare* es un elemento natural del contrato entre el *horrearius* y su cliente (D.19.2.60.6 y 9) y que la *effractura latronum* suele ser considerada como un caso de fuerza mayor no comprendido dentro de los límites de la responsabilidad por custodia.

En conclusión, en las fuentes se excluye la responsabilidad del dueño del almacén, como consecuencia de una *effractura* que haya dado lugar a la pérdida de las mercancías allí depositadas. Parece que la responsabilidad del *horrearius* en el Derecho clásico era muy similar a la de los *nautae*¹⁰¹, *cauponum et stabulariorum*¹⁰²: una

⁹⁹ *Vid.* las interpolaciones reseñadas por BROGGINI, G., *Index interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur: tomus in quo era commemorantur, quae viri docti in scriptis ante annum 1936 editis suspicati sunt*, Bohlau, Köln- Wien, 1969, p. 89 (la primera está mal reportada, en el lugar mencionado Appleton se refiere al título anterior del Codex, el 4.64, que se ocupa de la permuta).

¹⁰⁰ ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Jovene ed., Napoli, 1958, pp. 119-120.

¹⁰¹ Para LUZZATTO, *op. cit.*, p. 227 puede pensarse que la responsabilidad del *horrearius* ha experimentado una evolución análoga a la del *receptum nautarum*: con un origen en la explícita asunción de garantía, no formal, que

responsabilidad por custodia en sentido técnico, de la que se podían únicamente liberar en los casos de fuerza mayor, entre los que se incluye la efracción¹⁰³.

Las intervenciones de los compiladores en D. 19.2.55.pr y C.I. 4.65.4.2 se dirigirían a extender la responsabilidad por custodia, pero solo si era expresamente asumida, para incluir acontecimientos de *vis maior*¹⁰⁴, como la *effractura*¹⁰⁵. En apoyo de esta explicación, Luzzato¹⁰⁶ acude al Derecho bizantino, donde los Basílicos establecen la regla general de que el dueño del almacén, si ocurre una efracción, no está obligado a indemnizar por los daños, pero debe exhibir a los guardias, a menos que haya prometido especialmente que custodiaría los bienes incluso contra ese tipo de incidentes:

a través de la obra de la jurisprudencia es rápidamente encuadrada en el criterio de la custodia.

¹⁰² En igual sentido ARANGIO-RUIZ, V, *op. it.*, p. 121 y DOMÍNGUEZ LÓPEZ-MALAVÉ OSUNA, *op. cit.*, p. 2.289.

¹⁰³ Consideran que toda *effractura* es clasificable como acontecimiento de fuerza mayor, postura que compartimos, DOMÍNGUEZ LÓPEZ-MALAVÉ OSUNA, *op. cit.*, pp. 2.287 ss., rebatiendo la distinción efectuada por CANNATTA entre *effractura simple* y *effractura latronum*.

¹⁰⁴ LUZZATTO, *op. cit.*, p. 230; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁵ Explica CUIACIO, *Opera Parisiensem Fabrotianam editionem, diligentissime exacta in tomos XIII distributa, omnia*, t. 9, ex officina fratr. Giacchetti, Prati, 1839, col. 607 que el arrendador de los almacenes no responde de los daños causados por efracción, *a menos que haya aceptado expresamente la obligación de custodia*, pues ni siquiera la custodia más diligente podría haber evitado la efracción, añadiendo que tampoco responde por una fuerza mayor o divina, es decir, por la ira divina que viene del cielo, y con mucha menos razón, aunque haya prometido la custodia, ya que contra esa causa la custodia no pudo hacer nada, *a menos que expresamente haya asumido el riesgo de caso fortuito*.

¹⁰⁶ LUZZATTO, *op. cit.*, p. 230.

Bas. 20.1.66. *Dominus horrei, si effractura acciderit ipse quidem indemnitatē praestare non cogitur, sed custodes exhibet, nisi forte specialiter repromiserit, se adversus effracturam quoque res custoditurum*¹⁰⁷.

3. Derecho histórico español

3.1. Derecho visigodo. Referencia a otros pueblos germánicos

Antes de analizar el Derecho visigodo, resulta conveniente examinar cómo era contemplada la conducta que nos ocupa en otros pueblos germánicos. Se coincide en señalar que en el Derecho germánico la distinción entre hurto y robo operaba sobre unos criterios distintos que en el romano. Mientras en este último el criterio fundamental de distinción se encontraba en el empleo de violencia en el caso de la *rapina*, en aquel la nota distintiva del hurto (*Diebsthal*) era el apoderamiento clandestino de una cosa mueble ajena, que en los casos más graves, podía conducir a la horca, frente al robo (*Raub*) que consistía en la aprehensión pública y manifiesta de una cosa en posesión ajena, no siendo necesario el empleo de la violencia, y que, por admitir posibilidad de defensa era considerado menos grave¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Schol 1. *Dominus horrei*] "Se dice correctamente en la constitución (C.I. 4.65.1), que, si se ha producido un ataque de ladrones, no se le puede obligar a presentar a los esclavos. Pero si la efracción ha ocurrido de otro modo, entonces debe entregarlos. Sin embargo, si se ha producido un saqueo, se le imputa a él, y debe proporcionar indemnización."

¹⁰⁸ En este sentido, GARCÍA DE VALDEAVELLANO L., «Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo, *Revista Portuguesa de História*, t. IV, vol. 1, 1949, p. 216; RODRÍGUEZ DEVESA; J.M., *Derecho penal*

Señala Benito Gutiérrez¹⁰⁹ que en los pueblos germanos la casa del ciudadano era mirada como un asilo, lo cual no impedía que fuese a veces violada, y podía serlo penetrando en ella contra la voluntad del dueño, lanzando proyectiles o embarazando la entrada o la salida, añadiendo que los borgoñones y los sajones castigaban este delito con pena de muerte. También la Iglesia (y en consecuencia los delitos allí cometidos) como contrarios a la *paz de la Iglesia* van a resultar especialmente protegidos.

Estas son las disposiciones en la materia aplicadas por algunos de estos pueblos:

a) Sajones. La *lex saxonum* en su capítulo 21 castiga con la pena de muerte a quien matare a un hombre en una iglesia, o allí robase, o la fracturase -*effregerit*- o dolosamente cometiera perjurio.

L.S. 21. *Qui in ecclesia hominem occiderit vel aliquid furaverit vele am effregerit vel sciens perjuraverit capite puniantur.*

El *Capitulatus de partibus saxoniae* dispone, en su apartado tercero que, si alguien entra en una iglesia con violencia y en ella toma

español. *Parte especial*, 14^a ed., Dykinson, Madrid, 1991, p. 426; MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p 280.

¹⁰⁹ GUTIÉRREZ, B. *op. cit.*, p. 68. Sobre el concepto de paz de la casa, vid. PASCUAL LÓPEZ, S., «El Derecho germánico y la paz de la casa» *AFD de Extremadura*, 24, 2006, p. 225 y ss., en particular, p. 229, donde afirma que “en la noción general de la paz- paz del país (*Landfriede*) o del rey (*Königsfriede*) se incluyen ciertas paces especiales con una base religiosa en un principio, y como conceptos que implican una garantía jurídica peculiar para determinadas instituciones, personas, circunstancias y lugares: la morada del monarca y sus alrededores; la iglesia; el mercado; las asambleas populares”.

algo por la fuerza o por robo, o si quema la misma iglesia con fuego, deberá morir¹¹⁰.

b) Borgoñones. El título XXIX.3 de la *Lex Burgundiorum* o *Lex Gundovanda* ordenaba matar a todos los *effractores* que expolian las casas o los escritorios¹¹¹:

LB, 19.3. *Effractores omnes, qui aut domos aut scrinia expoliant, iubemus occidi.*

Por su parte, el título XVIII de la *Lex Romana Burgundiorum*, aplicable a la población romana del territorio, que lleva por rúbrica *De superventoribus et effractoribus*, establecía en su primer fragmento, en un sentido muy parecido a PS. 5.3.3, la pena de muerte para quien atacase a una persona e irrumpa, descerraje o saquee casas ajena, si es sorprendido con cualquier tipo de arma:

¹¹⁰ *Si quis ecclesiam per violentiam intraverit et in ea per vim vel furtu aliquid abstulerit vel ipsam ecclesiam igne cremaverit, norte moriatur.*

¹¹¹ En el capítulo XIX de las Extravagantes a la *Lex Burgundiorum*, Gundovando, rey de los burgundios, dirigiéndose a sus condes, afirmaba haber tenido conocimiento de que los ladrones de caballos y los descerrajadores de casas se habían entregado a esta locura públicamente y de manera audaz, por lo que ordena detener inmediatamente a los sospechosos de tales crímenes si son encontrados y, si son declarados culpables, que reciban la pena de muerte o tormento, sin hacer excepciones: *Gundobadus rex Burgundiorum omnibus comitibus. Multorum relatione cognovimus, caballorum fures et effractores domuum tantum se ad hanc insaniam prorupisse, ut non occulte, veru etiam publice crimina et Omnia mala committant. Ideoque praceptionem ad vos dedimus, ut, si quos caballorum fures aut effractores domuum, criminosos quam suspectos, inbenire potueritis, statim capere et ad vos adducere non moretur (...) 2. Si vero criminosis inventus fuerit, norte poenam vel tormenta suscipiat, quae meretur, et res illius ab his, qui eum ceperunt, praesumantur* (*Leges Nationum germanicarum*, t. II, pars I, *Leges Burgundiorum*, edidit Societas aperiendis fontibus rerum germanicarum Meii Aevii, Hannoverae, 1892).

LRB. 18.1. *Si quis supervento, sive diurno sive nocturno, quemquam fuerit adgressus, et domus alienas expugnaverit, effregerit aut expilaverit, capite puniatur, cum quolibet genere armorum fuerit deprehensus; receptores etiam aggressorum vel latronum eadem poena plectantur.*

En este caso, como se ve, no se diferencia entre robo diurno o nocturno. También hay que destacar que se impone al cómplice la misma pena que al agresor o al ladrón.

c) En el reino franco, la *lex francorum*¹¹² castiga con la pena capital a quienes de noche entren en casa ajena cavando o con fractura y se lleven alguna cosa por importe superior a dos sólidos, permitiendo que la muerte del ladrón, en tales circunstancias quede impune, lo que en definitiva supone un retorno al régimen de la ley de las XII Tablas:

L.F. 32. *Qui noctu domum alterius effodiens vel effringens intraverit et duorum solidorum pretium abstulerit capite puniatur. Si ibi occisus fuerit non solvatur.*

d) La ley sálica, aplicable a los franceses salios, reguló separadamente los hurtos y robos con *effractura* cometidos por hombres libres y los llevados a cabo por los esclavos.

De los primeros se ocupa el capítulo XI, estableciendo una graduación de las penas en función de la forma y lugar de comisión del delito y del importe de lo robado:

¹¹² En *Lex Saxonum, herausgegeben von Johannes Merkel*, Berlin, Verlag von Wilhelm Herz, 1853, p. 12.

L. sal. XI. *De furtis ingenuorum vel effracturis.* *Si quis ingenuus foris casa quod valit duos dinarios furaverit 600 dinarios qui faciun solidos 15 culpabilis iudicetur.* *Si vero goris casa quod valit 40 dinarios furaverit et ei fuerit adprobatu, 1400 dinarios quie faciunt solidos 35 cupabilis iudicetur excepto capitale et dilatura.* *Si quis ingenuus homo effractura fecerit quod valit 2 dinarios et ei fuerit adprobatum, malb. anthedio, hoc est 1200 dinarios qui faciunt solidos 30 culpabilis iudicetur.* *Si vero supra 5 dinarios quod valit furaverit et ei fuerit adprobatum, 1400 dinarios que faciunt solidos 35 culpabilis iudicetur excepto capitale et dilatura.* *Si vero clavem effrigerit aut adulteraverit et sic in domum ingressus fuerit aut exinde furtum aliquid tulerit et ei fuerit adprobatum, 1800 dinarios qui faciunt solidos 45 culpabilis iudicetur excepto capitale et dilatura.* *si vero nihil tulerit aut fugiens evaserit (propter effracturam tantum) 1200 dinarios qui faciun solidos 30 culpabilis iudicetur.*

Este capítulo contempla seis conductas distintas en función del lugar y forma de comisión del delito y del importe de lo sustraído:

1. Si un hombre libre roba fuera de una casa algo por importe de dos denarios, será considerado culpable y deberá pagar 600 denarios, que equivalen a 15 sólidos.
2. Si roba fuera de una casa algo que valga 40 denarios y se le prueba, será considerado culpable y deberá pagar 1400 denarios, que equivalen a 35 sólidos, además del valor del objeto robado y los daños.

3. Si un hombre libre comete un descerrajamiento -*effractura fecerit*-y roba algo que valga 2 denarios y se le prueba, será considerado culpable y deberá pagar 1200 denarios, que equivalen a 30 sólidos.
4. Si roba algo que valga más de 5 denarios y se le prueba, será considerado culpable y deberá pagar 1400 denarios, que equivalen a 35 sólidos, además del valor del objeto robado y los daños.
5. Si rompe o manipula una cerradura y entra en una casa y roba algo, y se le prueba, será considerado culpable y deberá pagar 1800 denarios, que equivalen a 45 sólidos, además del valor del objeto robado y los daños.
6. Si no roba nada, pero comete la *effractura* (solo por el allanamiento), será considerado culpable y deberá pagar 1200 denarios, que equivalen a 30 sólidos.

Cabe destacar en esta normativa que se castiga la simple entrada con fractura, aunque no se haya robado nada. Además, en los supuestos en que el valor de lo robado sea superior a 40 denarios en los robos cometidos fuera de una casa, en los casos de efracción por importe superior a 5 y de descerrajamiento con entrada en una casa, a las multas establecidas ha de añadirse el valor del objeto robado y el importe de los daños causados.

De los hurtos y robos con fractura cometidos por los siervos se ocupa el capítulo XII:

XII. *De furtis servorum vel effracturis. Si servus foris casa quod valit 2 dinarios furaverit et ei fuerit adprobatum 120 dinarios qui faciunt solidos 3 pro dorsum suum aut 120 flagellus siscipiat. Si vero quod valit 40 dinarios furaverit, aut castretur aut 240 dinarios qui faciunt solidos 6 reddat. Dominus vtero servi qui furtur fecit capitale (et dilaturam) in locum restituat*

- El hurto cometido por un siervo fuera de la casa por importe de 2 denarios, deberá, en caso de ser probado, abonar 120 denarios, que equivalen a 3 sólidos, o recibir 120 latigazos.
- Si roba algo que vale 40 denarios, o será castrado o deberá pagar 240 denarios, que equivalen a 6 sólidos.
- El amo del esclavo que cometió el robo debe restituir el valor de lo robado.

Por lo que se refiere al reino visigodo, en el *Liber iudiciorum* o *Lex visigothorum* sigue estando presente la distinción propia del Derecho romano entre *furtum* (al que se dedica el libro VII) y *rapina* (a la que se refiere, por ej. LV. 8.1.10) caracterizada esta última por el empleo de la violencia¹¹³.

¹¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «La distinción hurto-robo en el derecho histórico español», *AHDE*, 32, 1962, p. 63; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 218 y 222 ss. Ambos autores destacan la presencia de los términos *furtum* y *rapere* incluso en una misma norma. Señala el primero (*op. cit.*, p. 55 ss.) la existencia de dos tipos de hurto en el *Liber iudiciorum*: el normal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, que lleva aparejada la pena al doble, y varios hurtos agravados por circunstancias como la nocturnidad, ser sorprendido *in fraganti* o por la categoría del objeto material.

Señala Rodríguez Mourullo¹¹⁴ que en el *Liber* se castigan unos hurtos normales con la pena del duplo, como en el Derecho romano¹¹⁵, y unos hurtos que califica de agravados con el nónuplo.

A su vez, también cabría distinguir en dicho cuerpo legal entre dos tipos de robo¹¹⁶: el normal, castigado con el cuádruplo, y los agravados, que podían llevar aparejada hasta la pena del undécuplo, y, en algunos casos, azotes, infamia o esclavitud.

Una de estas agravaciones era el perpetrar el robo entrando violentamente en una casa. De esta conducta se ocupa una *lex antiqua*, recogida en el *Liber iudiciorum* 6.4.2. Ahora bien, es dudoso si el término *violenter* se puede aplicar a robos con efracción o se refiere únicamente a supuestos de violencia sobre las personas:

De presumtoribus et operibus presumtorum. Si quis evaginato gladio vel quolibet genere armorum munitus presumtivo modo in domo alienam intraverit, cupiens dominum domus occidere, si ipse fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur; sin autem ipse, qui in domum alienam intravit, hominem occiderit, continuo et ipse moriatur. Quod si non criminalem culpam admiserit, secundum legum ordinem conponere non moretur, iuxta quod damna in ea domo fecerit. Nam si ille, qui in domum alienam violenter ingressus fuerat, aliquid exinde rapuerit, undecupli satisfactione que levabit

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 56 ss.

¹¹⁵ Precisa GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 219, que cuando en la legislación visigoda aparece esta composición del cuadruplo no es con referencia a la *actio furti manifesti* sino a la que corresponde a la rapiña.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 63.

cogatur exolvere. *Quod si non habuerit, unde conponat, ipse sine dubio servitus tradatur. Et si aliquid in domo, quam ingressus fuerat, damni non fecerit nec aliquid substraxerit, pro eo, quod ingressus fuerit, decem solidos dare cogatur et CC flagellis publice verberetur.* Quod si non habuerit, unde conponat, CC flagella suscipiat. Si vero aliqui de ingenuis cum eo in eadem domo, non ab illo iussi neque in eius obsequio vel patrocinios constituti, unanimes tamen vel consentientes presumtori, ingressi fuerint, unusquisque eorum simili damno et pene subiaceat. *Quod si non habuerint, unde conponant, CL flagella suscipiant; nam testimonium non amittant.* Quod si in patrocinio vel obsequio presumtoris retenti, ab illo hoc facere iussi fuerint, vel cum eo hoc eos fecisse constiterit, solus patronus ad omnem satisfactionem et pene et damni teneatur obnoxius; nam illi non erunt culpabiles, qui iussa patroni videntur esse complentes. Si autem servus hoc domino nesciente commiserit, CC flagella accipiat et quecumque abstulerit reddat; si vero concio domino, ipse dominus. pro eo conponat, sicut de ingenuis est superius comprehensum.

Las conductas típicas contempladas en esta ley pueden sintetizarse así:

1. Entrada violenta con armas en casa de otro con propósito de matar al dueño de la casa:
 - a) Si él mismo resultare muerto, dicha muerte queda impune. En el fondo, se vuelve al sistema de la venganza privada previsto

por la ley de las XII Tabla y concuerda con la *interpretatio* al CTh. 9.14.2¹¹⁷.

- b) Si mata a otra persona, se dispone que ha de morir inmediatamente.
2. Entrada violenta sin cometer una falta criminal: deberá indemnizar los daños causados.
3. Entrada violenta en casa ajena cometiendo hurto: habrá de pagar lo que se llevó y una compensación once veces superior - *undecupli satisfactione*. Si no tiene con qué pagar, será entregado como siervo.
4. Entrada violenta sin ocasionar daños ni cometer hurto: habrá de pagar 10 sueldos al dueño de la casa y recibirá 100 azotes, o 200 si no tuviera con qué pagar.
5. Por lo que se refiere a los cómplices, si actuaron por obediencia al autor material, sólo se ha de castigar a éste. En caso contrario, sufrirán la misma pena.
6. Si el autor material ha sido un siervo actuando sin conocimiento de su amo, ha de recibir 200 azotes y devolver lo robado. En cambio, si lo hizo con el consentimiento del amo, éste ha de pagar la compensación por él, conforme a lo establecido respecto a los hombres libres en los números precedentes.

Los encubridores -tanto si se trataba de hombres libres como de esclavos- que ocultaban conscientemente al ladrón -- recibían 200

¹¹⁷ Int. CTh. 9.14.2 *Si quis ad faciendam rapinam aut iter agentem aut domum nocturnus ex spoliator aggreditur, qui vim sustinet, tlainus licentiara cum annis resistendi et si latro ibidera occisus fuerit, a nemine requiratur. J Dat. Kal. Datio et Symmacho Coss.*

azotes si lo presentaban. En caso de no entregarlo, les correspondería la misma pena que al autor material (LV. 9.1.19)¹¹⁸.

La misma norma contenida en LV 6.4.2. se repetirá, siglos después, en la versión romance del *Liber*, el Fuero Juzgo:

F.J. 6.4.2. "Si el que por fuerza¹¹⁹ entre en casa agena con cuchilo sacado u otro arma, y quiera matar al señor de ella, fuere muerto, no debe demandarse su muerte: si dentro mate a alguno, luego debe morir; y si no hiciere delito de muerte pague el daño que cause, como mandan las leyes. Si en la casa robe alguna cosa paguela con 10 tantos (solidos 10), o sea entregado por siervo al señor; y si nada hurte ni cause daño, reciba 100 azotes por la fuerza y pague 100 sueldos (solidos 10) y a falta de estos haya 200 azotes. En esta pena incurra el que con él entre como amigo y por su gusto, y no por su mandato, ni para auxiliarle; y no teniendo con que pagar el daño, reciba 150 azotes: mas si fuere en su ayuda, y lo haga por su mandato, o junto con él, debe el señor demandar (satisfacere) el daño y pena por todos, y no será culpado el que obró por mandato de él. Si el siervo entrare en casa agena por fuerza, y sin noticia del señor, reciba 200

¹¹⁸ LV. 9.1.19. *Antiqua. Si ingenuus vel servus latrones celando suscepereint. Si quis ingenuus vel servus sciens latrones celando suscepereit, presenten quos celavit et CC hictus accipiat flagellorum. Quod si non presentaverit absconsos, penam quam illi merebantur, incurrat.*

¹¹⁹ Conviene tener en cuenta, como advierte MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 283 que en la legislación histórica el término "fuerza", si bien puede poseer un significado próximo al actual de fuerza en las cosas, también suele hacer referencia a comportamientos coactivos sobre las personas.

azotes y entregue lo tomado; y si este lo supo, pague por él quanto debe satisfacer el hombre libre, según queda dicho”.

3.2. La obra legislativa de Alfonso X

Comenzando por el Fuero Real, señala Benito Gutiérrez¹²⁰ que, en este cuerpo legal, la morada de un ciudadano se miraba como algo sagrado, siendo digno de castigo el ultraje que se le causaba invadiéndola o saqueándola. En concreto, el robo cometido con fractura se castiga en la siguiente disposición:

F.R. 4.5.6. “Todo ome que foradare casa, o iglesia quebrantare por furtar, muera por ellos et si alguno furtare alguna cosa que vala XL maravedís o dent ayusos, peche las novenas, las dos partes al duepo del furto, e las siete partes al rey et si non oviere de que lo peche, pierda lo que oviee, e cortene las oreias e esto sea por el primer furto: e si furtare otra vez, muera por ello: et si el furto primero valiere mas de XL maravedís, peche las novenas como sobre dicho es, e si non ovier de que las pechar, córtenle las oreias e el puño”.

Como se ve, las penas establecidas eran extraordinariamente severas¹²¹:

¹²⁰ GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, pp. 149-150.

¹²¹ Afirma DU BOYS, A. *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872, p. 145, que se reconoce en esta norma -entre otras- “una mezcla de fiscalización y de barbarie que caracteriza a un mismo tiempo la tradición germánica y las

- 1- Para la entrada con fractura¹²² en una casa o iglesia con ánimo de cometer hurto, se establecía la pena de muerte (incluso aunque se tratase del primero)¹²³.
- 2- El hurto por importe de hasta 40 maravedís, se castigaba con una pena de nueve veces el valor de lo hurtado, de las cuales se destinaban dos a la víctima y siete al rey. Si no tuviera con qué pagar, se le habían de cortar las orejas¹²⁴. La amputación de orejas, al menos, por el segundo hurto, debió de ser una pena relativamente frecuente y se extendió a lo largo del tiempo, a juzgar por los testimonios que de ello quedan en la literatura¹²⁵ y en las obras de criminalistas españoles de los siglos siguientes¹²⁶.
- 3- En caso de reincidencia, se establecía la pena de muerte. No obstante, Gregorio López¹²⁷ advierte que ni ha visto observado

costumbres españolas del siglo XIII".

¹²² GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 152 interpreta que la entrada puede ser con escalamiento o fractura, teniendo en cuenta lo dispuesto en la ley 74 de Estilo.

¹²³ En igual sentido respecto a este primer inciso de esta disposición del Fuero Real, LÓPEZ, G., gl. 5/ Matar ni cortar miembro a Part. 7.14.18.

¹²⁴ Según GREGORIO LÓPEZ, *loc. ult. cit.*, el derecho que se observaba en su época era que por el segundo hurto se cortaban las orejas al ladrón (así como prevenía el derecho lombardo que por el primer hurto se le quitase un ojo, por el segundo la nariz y por el tercero fuese ahorcado).

¹²⁵ Sobre los testimonios de esta pena para los ladrones en la literatura, *vid.* SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaen, 2004, p 793 ss, quien refiere ejemplos extraídos de las obras del Arcipreste de Hita o Cervantes, entre otros. El autor da noticia, además, de la existencia de un gorro, denominado *beconquín*, provisto de orejeras para disimular el defecto ocasionado por la imposición de la pena.

¹²⁶ Como, por ejemplo, Diego de Covarrubias. *Vid.* GARCÍA SÁNCHEZ, J.-GARCÍA FUEYO, B., *Diego de Covarrubias y Leyva. Summa, de delictis et eorum poenis. Año 1540. (Primer tratado de Derecho penal, parte especial, de Europa)*, SPU Oviedo, 2018, p. 176.

¹²⁷ LÓPEZ, G., Gl. 5/ matar ni cortar miembro a Part. 7.14.18.

este precepto ni creía que estuviera en uso, considera por el segundo hurto debe repetirse la pena de azotes. Por ello considera, en línea con el Derecho común, que para imponer la pena de muerte debía esperarse al tercer hurto, porque este induce ya costumbre.

- 4- Si el primer hurto era de importe superior a los 40 maravedís, se establecía la obligación de pagar las novenas, y si el ladrón no tenía con qué pagar, se disponía que se le cortasen las orejas y el puño.

El robo con fractura también se castiga en las Leyes de Estilo, disponiendo la ley 74:

Ley de Estilo, 74: *Que pena ha quien foradare casa, o subiere por encima de pared o ventana, o abriese con llave alguna puerta.* En el título de las penas sobre la ley que comienza: Todo ome que foradare casa, muera por ello: et eso mismo ha de morir si subiere por pared, o entrare por finiestra o por tejado a la casa debe morir, o si abriere la puerta con llave o en otra manera, o si descerajare arca, o si entrare en otra guisa por la puerta seyendo abierta, et lo fallaren que está ascondido en casa, debe morir por ello por justicia.

Al igual que ocurría en D.1.15.3.2, la disposición tipifica tanto la fractura interna como la externa, ampliando las conductas punibles con relación al Fuero Real¹²⁸. Como observa Mata y Martín¹²⁹, esta

¹²⁸ Observa DU BOYS, *op. cit.*, p. 145 que la ley de Estilo da explicaciones que

norma tiene la virtualidad de contener en la acción descrita -“todo home que foradare casa”- las tres modalidades del actual robo con fuerza: escalamiento –“si se subiere por pared o entrare por finiestra o por tejado”-, fractura –“si descerrajare arca”- y uso de llaves falsas –“si abriere la puerta con llave o en otra manera”-. Hay que destacar que es la primera alusión que se encuentra en Derecho histórico español al empleo de llaves falsas, equiparándolo a la fractura y el escalamiento: con anterioridad, el empleo de llaves aparecía castigado en la ley sálica, en el reino franco.

El tipo delictivo se extiende también a quien entra en casa ajena estando la puerta abierta y encontrado lo que en ella estaba escondido. Parece claro que el bien jurídico protegido en la norma no es el empleo de la fuerza -pues algunas de las modalidades comisivas no la requieren- sino el vencer -independientemente de cómo- las barreras de protección que separaban al ladrón del objeto robado.

La pena establecida por esta Ley de Estilo -que recoge la costumbre en la aplicación de la ley correspondiente del Fuero Real y es a la vez la interpretación propugnada en su aplicación¹³⁰- es la de muerte, al igual que sucedía en el Fuero Real y se reitera en Partidas.

Por lo que se refiere a estas últimas, donde se consagra más claramente la recepción del Derecho romano, cabe destacar que se mantiene la distinción entre los conceptos de hurto y de robo, lo que

agravan todavía sobre este punto el rigor del Fuero Real.

¹²⁹ MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 284.

¹³⁰ MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 284.

se desprende, sin ir más lejos, del comienzo del título XIV de la Partida Séptima: “pues en el titulo ante deste fablamos de los Robos, queremos aquí decir en este de los Furtos”. Mientras que el hurto es definido como “malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin placer de su señor con intención de ganar el señorio o la possession o el uso de ella” (Part. 7.14.1), el robo es situado como categoría intermedia entre el hurto y el crimen de *vis* (“vna manera de malfetria que cae entre furto, e fuerça”). En Part. 7.13.1, se identifica el robo con la *rapina* del Derecho romano:

Part. 7.13.1 “Rapina en latin, tanto quiere dezir en romance como robo que los omes fazen en las cosas agenas que son muebles (...)"

Señala la Part. 7.13.3 que contra los robadores se pueden interponer dos tipos de penas, la una a título de indemnización, consistente en la devolución del cuádruplo del valor de la cosa robada; la otra de carácter penal - o “de escarmiento”. Esta última “ha lugar contra los omes de mala fama que roban los caminos, o las casas, o lugares agenos como ladrones: e desto fablaremos adelante en el titulo de los furtos que se sigue em pos de aqueste”.

La penalidad de los hurtos y de los robos viene establecida en Part. 7.14.18¹³¹, estableciéndose dos tipos de penas, unas pecuniaria - *pena de pecho-* y otra corporal -*con escarmiento-*:

¹³¹ Observa RODRÍGUEZ DEVESA, s.v. “hurto cualificado”, p. 239 que, en las Partidas, aunque domina la influencia del Derecho romano, se advierte el entrecruzamiento con el germánico, en cuanto que las definiciones del robo y del hurto se construyen a base del contraste entre la clandestinidad y abiertamente. Pero advierte que esto ocurre solo en la definición, pues las

Part. 7.14.18. Los furtadores pueden ser escarmientados en dos maneras. La vna es con pena de pecho. E la otra es con escarmiento que les fazen en los cuerpos por el furto, o por el mal que fazen (...)

La disposición se ocupa en primer lugar de los hurtos simples:

(...) E por ende dezimos que si el furto es manifiesto, que deue tornar el ladron la cosa furtada, o la estimacion della a aquel a quien la furtó: maguer sea muerta, o perdida. E demas deue pechar quatro tanto, como aquello que valia. E si el furto fuere fecho encubiertamente, estonce le deue el ladron dar la cosa furtada, o la estimacion della, e pechar de mas dos tanto que valia la cosa. Essa mesma pena deue pechar aquel que le dio consejo, o esfuerço al ladron que fiziesse el furto: mas aquel que diesse ayuda, o consejo tan solamente para fazerlo, deue pechar doblado lo que se furto por su ayuda, e non mas. Otrosi deuen los juzgadores quando les fuere demandado en juyzio, escarmentar los furtadores publicamente con feridas de açotes, o de otra guisa, de manera que sufran pena, e verguença. Mas por razon de furto non deue matar, nin cortar miembro ninguno (...).

penas del robo hay que buscarlas en el capítulo que trata del hurto, porque se parte de la idea romana de que el robo es un hurto agravado y no se mencionan los hurtos cualificados. Precisamente por el hecho de que en la misma ley que trata de las penas contra los hurtos se establecen también las correspondientes a los robos, GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 183 considera que no existen motivos que justifiquen en las Partidas la división entre hurto y robo.

Como se ve, la ley establece las siguientes penas pecuniarias, procedentes del Derecho romano:

- En caso de hurto manifiesto, pena del cuádruplo, además de la obligación de restituir la cosa hurtada.
- Si el hurto es no manifiesto, la pena es del doble, además de la obligación de restitución de la cosa hurtada.
- Quien dio consejo o auxilio, sólo ha de pagar doblado lo que se hurtó con su ayuda o consejo. Por otra parte, hay que tener en cuenta la Part. 7.14.4 *in fine*, que concuerda plenamente con I. 4.1.11, donde se tipifica la cooperación o consejo al robo con fuerza en las cosas.

Part. 7.14.4 (...) “E dezimos que daria ayuda al ladron todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramienta, o demostrasse otra arte con que pudiesse decerrajar, o cortar alguna puerta, *o abrir arca*, o para foradar pared, o en otra manera qualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuesse semejante de alguna destas para fazer furto. E consejo da al ladron, todo ome que lo conforta, o lo esfuerça, e le demuestra a alguna manera de como faga el furto”.

Hay que destacar que en esta parte final de la norma queda contemplada la modalidad de fractura interna, y no solo la externa.

Como penas corporales derivadas del hurto se dispone que el ladrón debe ser castigado con azotes o con heridas de otro tipo que

inflija sufrimiento o vergüenza, pero sin llegar a la muerte ni a la amputación de miembro alguno, lo que recuerda la Novela 134.13 de Justiniano.

La última parte de la norma se refiere a los hurtos agravados:

(...) Fueras ende si fuese ladron conocido que manifiestamente tuuiesse caminos, o que robasse otros en la mar con nauios armados, a quien dizen cursarios, *o si fuessen ladrones que ouiessen entrado por fuerça en las casas, o en los lugares de otro para robar* con armas, o sin armas, o ladron que furtasse de la Eglesia, o de otro lugar religioso alguna cosa santa, o sagrada, o oficial del Rey que tuuiesse del algun thesoro en guarda, o que ouiesse de recabdar sus pechos, o sus derechos, e le furtare, o le encubriere dello a sabiendas, o del juzgador que furtasse los maraudis del Rey, o de algun concejo mientra estuuiere en el oficio. Qualquier destos sobredichos a quien fuere prouado que fizó furto en alguna destas maneras, deue morir por ende el, e quantos dieren ayuda, e consejo atales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus casas, o en otros lugares deuen auer aquella mesma pena. Pero si el Rey, o el concejo non demandasse el furto, que auia fecho el su oficial despues que lo supiere por cierto fasta cinco años non le podria despues dar muerte por ello comoquier que le podria demandar pena de pecho de quatro doblo.

Varias cuestiones merecen ser destacadas:

1. Continúa la analogía con la Novela 134 de Justiniano al considerar supuestos más graves, merecedores de la pena capital, el robo en caminos, en el mar o en las casas, a lo que se añade, como en el Fuero Real, el robo en Iglesia, probablemente por influencia del Derecho germánico (ya se ha visto cómo muchos de estos ordenamientos castigaban de manera especial el robo cometido en Iglesia; así, la *lex francorum*, la *lex saxonum*, etc.)

2. Pero en el tipo quedan comprendidos, además, cualquier robo con fuerza cometido en cualquier lugar cerrado, dado el tenor de la ley, que se refiere a los *ladrones que ouiessen entrado por fuerça en las casas, o en los lugares de otro*. No se limita, pues, a la fractura de hórreos o almacenes, además de las casas, como se hacía en diversos fragmentos de la Compilación de Justiniano. “Dando pues a las palabras de la ley de Partida el sentido lato a que naturalmente se prestan -dice García Goyena¹³²- sería extremadamente dura su disposición: la violencia de la puerta o cerca de un jardín o huerta envolvería la pena capital”.

3. Da igual que el hecho delictivo -entrar por fuerza en lugar de otro para robar- se haya cometido con o sin armas (*aut cum armis aut sine armis*, rezaba la Novela 134.13 de Justiniano). Tampoco se diferencia entre comisión diurna o nocturna.

4. Se establecen, además, otros hurtos calificados:

¹³² GARCÍA GOYENA, F., *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, t. II, Librería de los señores viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1843, p. 203.

- Por razón del objeto sustraído -cosa sagrada-: el hurto sacrílego.
- Por la condición personal del sujeto activo del delito -oficial del rey que custodiase algún tesoro, o que estuviere encargado del cobro de los impuestos.

Otras leyes de Partida consideran también hurto calificado el de ganado o abigeato (Part. 7.14.19) y el de vides o parras (Part. 7.15.28).

5. La pena es la misma para el autor, instigador, cómplices y encubridores¹³³.

6. En los casos de hurto cometido por oficial del rey, el plazo para pedir la pena de muerte es de cinco años desde que su tuviera conocimiento del delito. Posteriormente, solo procede la pena del cuádruplo.

7. El castigo que corresponde según el tenor de la ley es siempre la pena de muerte, incluso cuando se refiere al robo con fractura cometido en las casas sin haber empleado violencia contra las personas: *o si fuessen ladrones que ouiessem entrado por fuerça en las casas, o en los lugares de otro para robar ... cualquier destos sobredichos a quien fuere prouado que fizó furto en alguna destas maneras, deue morir.*

8. La ley parece exigir que se haya entrado en la casa, Iglesia o lugar de otro, sin que sea suficiente haberlo intentado, al hablar de “a los que hubiesen entrado”¹³⁴.

¹³³ Afirma DU BOYS, *op. cit.*, p. 214, que durante toda la Edad Media se asimiló el cómplice al autor principal del delito.

¹³⁴ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 204.

En el ámbito del *ius commune* se discutió largamente acerca de la penalidad del hurto¹³⁵. En principio, el Derecho romano no había establecido la pena de muerte para el hurto, salvo para quienes tuvieran la condición de *famosus latro* o para los *grassatores*, esto es los salteadores de caminos que roban con fuerza y violencia¹³⁶, o para determinados tipos agravados de hurto cualificado.

Ahora bien, en el estudio de esta materia ejerció gran influencia la constitución de Federico Barbarroja que transmite el libro 2, título 27 de los *Libri feudorum*, bajo la rúbrica *De pace tenenda & eius violatoribus*, que ordenaba ahorcar al ladrón por un hurto simple por importe superior a cinco sólidos. Si el importe era inferior el ladrón había de ser azotado:

L.F. 2.27.17 *Si quis quinque solidos¹³⁷ valens vel amplius furatus fuerit, laqueo suspendatur; si minus, scopis et forcipe excorietur et tundatur¹³⁸.*

¹³⁵ PAULO DE CASTRO establece cuatro especies de hurto: 1) *El cometido sin armas y sin fractura*. Si se trata de un hurto doméstico y lo sustraído es de poco valor, queda impune, si es cometido por extraño, la pena dependerá de la reincidencia: el primero no merece la pena capital, el segundo será castigado más severamente y el tercero comportará la horca. 2) *El realizado con fractura*, denominándose *expilatores* quienes los cometen. En este caso ya por el primer hurto ha de aplicarse mayor severidad al arbitrio del juez. Señala Paulo de Castro que para Baldo constituye un hurto máximo el cometido por fractura de puestas o escritorios. 3) *El realizado por los grassatores*, los que roban en los caminos públicos sin matar y 4) Los cometidos por los *publici latrones*, que roban y matan en la vía pública y que incluso por las disposiciones del Digesto (D. 48.19.28.15) deben ser ahorcados.

¹³⁶ PEREDA, J., «*Famosus latro*», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 15 (1), 1962, p. 5.

¹³⁷ Aclara la glosa que hay que entender “sólido” por “aureo”, pues se expide moneda en función de las regiones (*Vid. ALBERICO DE ROSATAE, In secundam Codicis partem Commentaria, Venetiis, 1685, p. 3v., ad Auth. sed novo*

De este modo, los doctores tenían que delimitar el campo de aplicación de la Compilación de Justiniano, en particular la Auténtica *sed novo iure* a C.I. 6.1.3 y la Nov. 134.13.1, que establecían que por el hurto simple el ladrón no debía morir; la mencionada constitución *si quis quinque solidos* y los estatutos de las ciudades¹³⁹.

Bartolo de Sassoferato¹⁴⁰, por ejemplo, explicaba que a los ladrones, por Derecho antiguo se les imponía una pena extraordinaria, salvo que se tratase de un *publicus et famosus latro*, al que correspondía la horca en virtud de D.48.19.28.15¹⁴¹. Discrepa de la glosa, que se refiere aquí al *publicus fur*, entendiendo por tal el que acostumbra a robar -*qui consuevit furari*- mientras que, hablando con propiedad, el *publicus latro* es aquel que roba con violencia. Después apareció la constitución *de pace tenenda* y finalmente se refiere a los estatutos de las ciudades italianas existentes en su tiempo, que son las que habían de ser observadas.

En general, los doctores consideraron que, por un único hurto simple, no se imponía la pena de muerte. A partir de lo establecido en la Auth. *sed novo iure*, según la cual, si la calidad del crimen

iure).

¹³⁸ *Libri Feudorum*, 2.27.17 (STELLA, A, The *Libri Feudorum* (the “Books of Fiefs”). An annotated English Translation of the Vulgata Recension with Latin Text, Brill, Leiden-Boston, 2023).

¹³⁹ Para ALBERICO, *loc. ult. cit.*, los crímenes deben ser castigados donde se hayan cometido, en este caso, en el lugar donde se haya cometido el hurto.

¹⁴⁰ BARTOLI A SAXOFERRATO *Omnium Iuris Interpretum Antesignani commentaria*, t. 8, in secundam atque tertiam codicis partem, Venetiis, 1590, p. 3, ad Auth. *sed novo iure*.

¹⁴¹ D. 48.19.28.15 (Call 6 de cogn.) *Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena redditia, in quo latrones homicidia fecissent: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt.*

exigiera a la amputación de un miembro, se amputaría una sola mano, surgió una extensísima literatura acerca de la mano que debía ser amputada. Según la glosa de Accursio¹⁴², seguido por Baldo, aquella con la que menos se pudiera, para Butrigario¹⁴³, por ejemplo, había de cortarse con la que menos se pudiera, fuera la izquierda o la derecha; para Odofredo¹⁴⁴ aquella con la que se había delinquido o la que eligiera el ladrón. El casuismo se llevó hasta el extremo, planteándose qué ocurría si el ladrón solo tenía una mano¹⁴⁵, o si no tenía ninguna¹⁴⁶, o si tenía una mano seca – *manum aridam-*. En este

¹⁴² Gl. 1/ *Vna sola manu. Sed quae? Illa in quae minus potest, vt ff. De poen l. interpretatione* (D.48.19.42, Hermog. 1epist.) donde el jurista sienta la máxima de que en la interpretación de las leyes las penas han de ser atenuadas más bien que agravadas.

¹⁴³ BUTRIGARIUS, I., *Lectura super codice*, Parisiis, 1516, pars II, fol. 1 v, *ad sed novo*.

¹⁴⁴ Citado por BALDO, *Commentaria in sextum Codicis libris*, Lugduni, 1585, p. 5 v. Odofredo se apoya en D. 12.6.32.3, según el cual del que generalmente prometió un siervo se dice lo ismo que del que debe diez, o un siervo, y por esto, si creyendo que prometió a Estico lo diese, lo podrá reclamar por la *condictio indebiti*, pero podrá librarse entregando otro cualquiera.

¹⁴⁵ BUTRIGARIUS, loc. ult. cit.; ALBERICO, op. cit., fol 3 v. y SALICETO, B., *Pars tertia, in quintum & sextum Codicis libros*, Venetiis, 1574, p. 60, resuelven el problema acudiendo a la teoría de las obligaciones alternativas, señalando que si el ladrón solo tiene una mano esa es la que debe ser cortada, en aplicación de D. 18.1.34.6 (Paul, 33 ad ed.) donde se dice que en una compra en la que se ha dicho “tengo por comprado a Estico o a Pámfilo” corresponde al vendedor dar el que quiera, como en las estipulaciones, pero que, si ha muerto uno, se ha de dar el que queda.

¹⁴⁶ Mientras que, para algunos, como GUILLERMO DE CUNEO, citado por BALDO (*Commentaria in sextum ... cit.*, fol. 5 v.) debería amputarse esa única mano, otros comentaristas se muestran en favor de la commutación de la pena, así, ALBERICO, op. cit., fol 3 v. y BALDO DEGLI UBALDIS, *Commentaria in sextum Codicis libris*, Lugduni, 1585, p. 5 v. argumentando que es más grave la pena de perder una mano para quie solo possee una que la amputación de una para quien tiene una inútil, apoyándose en CI 9.44.2 (*Impp. Honor. Theod. AA Caeciliano, PP*, a. 409) donde se establece que, si la persona es más vil, y para ella no fuera injuria la pérdida de su fama, ha de sufrir la pena de destierro.

último caso, mientras que, para algunos, como Cino de Pistoia¹⁴⁷ habría de amputarse la mano sana, otros, como Paulo de Castro¹⁴⁸, se muestran partidarios de amputar la mano seca, considerando el tenor de la glosa, donde se indica que se ha de amputar lo menos posible, y que la pena no es pequeña por razón de la deformidad que se causa, porque esa interpretación respeta el tenor literal de los estatutos y es la más benigna.

Surgió un intenso debate acerca de si por el tercer hurto (simple) el ladrón merecía la pena capital. Existió un consenso bastante generalizado al entender que, por el tercer hurto, por razón de la costumbre el ladrón había de ser ahorcado. Como resume Pereda¹⁴⁹ “existió, impuesto por la costumbre, este principio de que se pague el tercer hurto con la vida; que lo creen contrario al derecho los doctores, pero que, dado el estado de la legislación y la sociedad, no hay más remedio que tolerarlo: que aun así y todo, concentran su estudio en ponerle más y más dificultades para hacerle prácticamente impracticable en muchísimos casos”¹⁵⁰.

Ahora bien, el ladrón podía ser condenado a la horca ya por el primer hurto si se trataba de un hurto cualificado. Lo que resultaba

¹⁴⁷ CINUS PISTORIENSIS, *Codice & Digesto veteri lectura*, Lugduni, 1547, p. 232.

¹⁴⁸ PAULI CASTRENSIS, *In secundam Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1583, *Auth. sed novo.* (a CI 6.1.3) fol. 4.

¹⁴⁹ PEREDA, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁰ Y así, se solían plantear los doctores del *ius commune* si el juez había o no de tener en cuenta los cometidos en otro territorio; si se habían de excluir los hurtos que hubieran sido perdonados; algunos consideraban que no había varios delitos sino uno cuando se daba unidad de tiempo (por ejemplo, si se robaba en una única noche, aunque fuera en diferentes lugares) o de lugar; se propuso que a efectos del tercer hurto solo haían de tenerse en cuenta los hurtos propios, etc. (Vid. PEREDA, *op. cit.*, pp. 14 ss.)

discutido era cuando entraba un hurto en esta categoría. Así, para Baldo de Ubaldis¹⁵¹ un hurto *magno* -enorme por razón de la cuantía- podía conllevar la pena de horca, pues frecuentemente una cosa grande equivale a tres pequeñas, argumento que extrae de D. 27.1.31.4 (Paul. 6 *quaest.*), donde el jurista opina que pese a que, por lo general, para apreciar como causa de abstención de una tutela se exigía estar ya administrando tres, sin embargo, podía ser causa bastante el estar administrando ya una única tutela que fuera tan complicada y de tantos negocios que valiera por muchas, pues no se ha de considerar el número de pupilos, sino la dificultad de formalizar y de dar las cuentas (argumento también empleado por Antonio Gómez¹⁵²). Para otros, como Paulo de Castro, el delito se agrava más el por razón de la frecuencia y de la magnitud de lo sustraído¹⁵³.

Los juristas españoles que han comentado la Part. 7.14.18, que contempla la pena de muerte para el hurto cometido con efracción, han tratado de proponer una interpretación más benigna. Así, Gregorio López en su glosa *en las casas* considera que la pena capital solo tendrá aplicación respecto a aquellos que no una, si no muchas veces entraron violentamente en casa ajena para robar, con armas o

¹⁵¹ BALDO DEGLI UBALDIS, *Commentaria in sextum Codicis libris*, Lugduni, 1585, p. 5 v.

¹⁵² GOMEZIO, A, *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, communis & Regii, tomus tertius & ultimus De delictis*, Salamancae, 1555, p. 458, nº 7.

¹⁵³ De este modo, señala BARTOLI A SAXOFERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani*, t. VIII, *In secundam atque tertiam Codicis partem apud Iuntas, Venetiis*, 159, *Auth. sed novo*. (a CI 6.1.3) ad nota (Boercius) p. 7, si varios hombres armados, habiendo forzado las puertas, roban muchas cosas de los cofres, no se les impondrá la pena de muerte en la primera ocasión, si el robo asciende a la suma de mil ducados.

sin ellas¹⁵⁴. Antonio Gómez¹⁵⁵, a su vez, señala que la ley contenida en Part.7.14.18 debería interpretarse en el sentido de que establece la pena de muerte cuando en el hurto interviene violencia contra las personas entrando públicamente en la casa de otro por la fuerza, y no de otro modo, pues en tal caso concurre un doble delito: el hurto y la violencia, que, por tanto, habría de castigarse más gravemente (arg. ex. D. 48.19.11.pr. y 48.19.16.pr.). Sin embargo, reconoce que, en su época, ha visto aplicar la pena de muerte señalada en Part. 7.14.18 como establece la ley, que, además, coincide con lo dispuesto en FR. 4.5.6.

Por lo que se refiere a los cómplices, cooperadores, etc. de la efracción, hay que tener en cuenta el final de la ley 7.14.4, claro eco de IJ. 4.1.11, y que, como señala Mata y Martín¹⁵⁶, demuestra que las Partidas recogían la modalidad de robo con fuerza en las cosas. En esta disposición, que comienza regulando el hurto cometido entre parientes, se establece que se puede demandar el objeto hurtado a los cómplices y a quienes dieron consejo, “ca si el ayuda, o el consejo que ellos dieron non fuese, pudiera ser que non fuera hecho aquel

¹⁵⁴ LÓPEZ, G., Su razonamiento es el siguiente: si, a pesar de lo dispuesto en esta ley y en la Nov. 134 con la que concuerda, resulta que, como consecuencia de D.47.19.28.10 (Cal., 5 de Cogn.: *Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur; et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur; utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt; ceteri in metallum dantur, vel in insulas relegantur*) no se aplica la pena capital a quienes roban en los caminos y en el mar por primera vez, aun cuando hay mayor riesgo, por ser más difícil la defensa, con mayor motivo no se deberá aplicar a quienes roban por primera vez en las casas o en poblados, donde más fácilmente pueden hallar protección los robados.

¹⁵⁵ GOMEZIO, A., *op. cit.*, p. 460, nº 12.

¹⁵⁶ MATA Y MARTÍN, R. «Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 5-6, 1996-1997, p. 285.

furto”, señalando que lo mismo ha de aplicarse cuando el hurto se ha cometido entre extraños:

Part. 7.14.4 (...) E dezimos que daria ayuda al ladron todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramenta, o demostrasse otra arte con que pudiesse decerrajar, o cortar alguna puerta, o abrir arca, o para foradar pared, o en otra manera qualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuese semejante de alguna destas para fazer furto. E consejo da al ladron, todo ome que lo conforta, o lo esfuerça, e le demuestra a alguna manera de como faga el furto.

Antonio Gómez¹⁵⁷ se pregunta si se puede imponer la pena de hurto al que se introduce en casa de otro para hurtar pero no se lleva nada. Responde que no se puede castigar con pena civil pecuniaria, porque no se repara la cosa hurtada que se paga con el duplo o cuádruplo, pero puede ser castigado con alguna otra pena corporal arbitraria (D.47.11.7).

Observa acertadamente Gregorio López que la última parte de la ley, en la que se define el “consejo” concuerda con lo dispuesto en D. 47.2.50.3 (*Ulp. 37 ad ed.*).

Al margen de la legislación alfonsina, en algunos de los fueros extensos, a partir de finales del siglo XIII, ya existen disposiciones que se refieren a la institución que nos ocupa, como ha destacado

¹⁵⁷ GOMEZIO, *op. cit.*, p. 461, nº 15.

Mata y Martín¹⁵⁸ en su estudio sobre la regulación del robo con fuerza en las cosas:

- Fuero de Cuenca¹⁵⁹: 1.8.16. *Del que foradare casa o molino.* “Qualquier que casa o molino foradare, peche tanto commo por casa quebrantada, maguera que non saquen ende nada; et si danno en / ellos fiziere, pechelo commo ladron”.
- Fuero de Béjar¹⁶⁰, 209. *Del que foradar casa de Molino ageno.* “Qvi foradar casa o molino peche el coto de casa quebrantada, maguer no saque ende nada. Si danno fizier, pechelo como ladron”.
- Fueros de Aragón: 8.5.1 (292) “Tot omne que quebranbará la protección del senyor rey e agreviera cléríos o otros religiosos, viudas o guérfanos que son en special fuarda del senyor rey e reguritat, (o) quebranta los castiellos, heredades o otros lugares, o rara el qual el senyor rey recibió en comanda, assi como traspasador de mandamiento del rey, faga a la mercé del rey con el cuerpo en con todas sus riquezas muebles e no muebles et emienda entrefament los danyos que hizo en las ditas defensiones e comandas”.

En el Código de Huesca se da cuenta de un episodio, ocurrido en Barbastro, que incorpora la rotura de la cerradura de una puerta¹⁶¹.

¹⁵⁸ MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 285 ss.

¹⁵⁹ UREÑA Y SMENJAUD, R., *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935.

¹⁶⁰ GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Fuero de Béjar*, p. 70.

¹⁶¹ Código de Huesca, 300. “Un iudío enpennó a logro un vaso destanno por C sueldos a un christiano, diciendo que era dargent, e quando [en un anno] fo acabulado el logro con el cab dal. El christiano, no entendiendo aquel enganno, tóvolo I anno aquel baso assí. Después, entendiendo el christiano el enganno, pensó en qual manera podría cobrar sos dineros, assí que trayó

Además, el quebrantamiento de cerradura queda específicamente tipificado en los Fueros de Plasencia y de Sepúlveda:

- Fuero de Plasencia¹⁶², 582: “Todo ome qui çerradura agena quebrantare, peche V mrs. & el daño que por y viniere doblado si probar pudiere; & si non, iure con dos vezinos & sea creído”.
- Fuero de Sepúlveda, 155. Del qui quebrantare cerradura. Qui quebrantare cerradura agena, peche cinco mrs., et el danno doblado que por ello viniere, si gelo pudieren probar; si non, salves con dos vecinos, e sea creído”.

3.3. Legislación real recopilada

El Ordenamiento de Alcalá de 1348 únicamente se refiere, en su título 30, al hurto de castillos o casas fuertes (NR. 6.5.100, Nov. Rec. 12.15.2)¹⁶³.

de nueit quanto avía en so casa e comendólo a sos vezinos quanto más escondido pudo, *e crebantó todas las serraduras de so casa*, cridando e dando voz es que en aquella nueyt avían ropada ladrones so casa. Aquesto oydo, vino el iudío con sos CC sueldos e demandó firmemientre quel rendí esse so vaso, cuy dando que lo avía perdido con las otras cosas. El christiano vido quel iudío le dava sos CC sueldos, fo a so casa fu yendo, diciendo que lo avía perdido dallí o lo avía aleado, e depués cobrados sos CC sueldos, rendió el vaso al iudío, e fo engannado assí aquel qui lo cuidó engañar” (*Legislación foral aragonesa. La compilación romance de Huesca (1247/1300)*. Estudio de Antonio Pérez Martín, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2016).

¹⁶² MAJADA NEILA, J., *Fuero de Plasencia. Introducción. Transcripción. Vocabulario*, Librería Cervantes, Salamanca, 1986.

¹⁶³ Ello da pie a RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 99, a reflexionar sobre la escasa virtualidad que en la práctica debieron tener las Partidas, que, siguiendo el ejemplo del Derecho romano, precisan que el hurto no puede recaer sobre bienes inmuebles. En esta disposición el Rey Alfonso XI concede el seguro real a las casas fuertes y castillos de Señores particulares, estableciendo la pena de muerte para quienes por fuerza o por hurto los

Posteriormente, Enrique III, en su ordenamiento de penas de Cámara de 1400, decretará la confiscación de la mitad de los bienes del ladrón que perforase una cerca para cometer el crimen, destinándolos a la Cámara Real:

Ley 28. *En que pena cae el que forade cerca.* [T]odo aquel que forade cerca o fiziere logar por donde onbre entre a fazer malefício, cae en caso de aleve, e la meatad de sus bienes son para la mi cámara.

Dicha norma pasará, en primer lugar, a las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo:

LEY 29. Todo aquel que forada casa o ficiere lugar por donde hombre entre a facer maleficio cae en caso de aleve y la meytad de sus bienes son para la nuestra Cámara¹⁶⁴.

Con posterioridad, será incorporada tanto a la Nueva como a la Novísima Recopilación (N.Rec. 8.26.6 y 9; Nov. Rec. 12.15.9).

En 1532 Carlos I promulgó la *Constitutio Criminalis Carolina* para el Sacro Imperio Romano Germánico, en cuyo capítulo 160 (*De furto quinque solidorum, vel maioris pretii*), dedicado a los hurtos no

tomaren. Si de alguna casa fuerte o castillo se hicieren *furtos o robos o malfetrias*, correspondrá al Juez o Merino mayor de aquella tierra aplicar lo que proceda conforme a fuero y Derecho.

¹⁶⁴ PORRAS ARBOLEDAS, P. A. «El Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400) Un nuevo manuscrito», *CHD*, 10, 2003, p. 213 destaca la novedad introducida por Montalvo en su ley 29, pues donde los textos originales de Enrique III penaban el horadamiento de cerca, el jurista abulense pena el butrón de casa.

cualificados, pero de valor superior a cinco sólidos, se deja sentir claramente la influencia de la constitución de Federico Barbarroja:

Si primum furtum magnum sit, quo quis quinque solidos vel amplius contrectarit, nulla tamen earum adsit circumstatiarum, quibus furta atrociora fiunt et aggravantur, ut sunt effractio, ruptio, adscensus in aedes, teli gestatio: tale furtum (etsi simplex et nec manifestum sit) tamen magnitudinis pretii contemplatione maiori poena plecti oportere quam quo res minoris valoris contrectatur, nemo non animadvertis. Inspici enim omnino aestimatio rei furto ablatae qui nihilominus attenta magnitudine seu gravitate furti, id graviorem omnino quam simplex poenam habet. Et in huiusmodi cassibus precium furti attendendum est, et nunquid fu reo diffamatus aut deprehensus sit. Ad haec, poderanda sunt et contemplanda status et qualitas personae furtum admittentis et prepetrantis, et quantum laeso damni intulerit furtum, quae dein corporis aut vitaepoena decernenda. Quum vero talis aestimatio seu discretio in Jurisperitorum ratione consistit, volumus ut in istiusmodis memorato casu, quoties is se ita dicetur, consilium requirant, commemoratis simul omnibus circunstantiis. Quo quiden consilio habito acceptoque, aut frangendo, sive armis telisve (ut praemissum est) furtum patravit, capitis utique, quemadmodum praefatur, poenam incurrisset.

De este modo, si el primer robo cometido puede ser considerado *magno* -entendiendo por tal aquel en el que se hayan sustraído cinco sólidos o más, sin que concurran las circunstancias que agravan y

hacen más atroz el delito de hurto —como son la fractura, rotura, entrada en una casa mediante escalamiento o el porte de armas—, tal hurto (aunque sea simple y no flagrante) debe ser castigado con una pena mayor debido al alto valor de lo sustraído.

En efecto, debe considerarse siempre la estimación del valor de lo robado, ya que, atendiendo a la magnitud o gravedad del hurto, este merece una pena más severa que la de un hurto simple. En estos casos, debe tenerse en cuenta el valor del hurto, si el ladrón fue sorprendido o acusado por el delito, así como el estado y la calidad de la persona que lo cometió, y cuánto daño causó a la víctima. A partir de ello, se determinará la pena corporal o incluso de vida que corresponda.

Dado que tal valoración o distinción queda a discreción de los jurisperitos, el emperador ordena que siempre que se presenten estos casos, se solicite consejo, exponiendo todas las circunstancias. Una vez recibido dicho consejo, si el hurto se cometió mediante fractura o con armas, el delincuente incurrirá en pena capital, tal como se ha establecido.

De los hurtos cualificados se ocupa el capítulo 159 de dicho cuerpo legal, que lleva por rúbrica *De furto violento quod per effractionem, aut in locum superiorem adcensu fit*, estableciendo lo siguiente:

Si quis ut furtum faciat, fores arcambe ruperit, effregerit: aut in aedes scalis admotis, vel alia quavis ratione ascenderit: aut cum telo (quo eos, a quibus se impediri, aut comprehendi

metuit, repellat, et laedat) eo scilicet animo, ut furetur, domum alterius ingressus sit: seu hoc primum, saepiusve admiserit, seu magnum exiguumve furtum sit: et fur in comperto furto deprehensus sit, seu post de eo crimine sit diffamatus: hic furtum deliberatum et destinata voluntate nec sine violentia fecisse dicitur. Ideo, quia vis a tali fure cum telo accidente metuenda est; si vir fuerit, suspendio; si femina, submersione, puniendo sunt; aut alia quavis extra ordinem poena, pro personarum qualitate ex arbitrio judicis, velut oculorum effosione, manusve amputatione, coherceri possunt.

Según esta disposición, constituyen hurtos cualificados las siguientes acciones, siempre que se hayan cometido con intención de hurtar:

- Romper o forzar una puerta o un cofre (fractura externa e interna).
- Entrar en una casa utilizando escalas o por cualquier otro medio.
- Entrar armado (con un arma para repeler o herir a quienes pudieran impedirle o capturarlo), con la clara intención de robar, en casa de otro.

No importa que el hurto se haya cometido por primera vez o que el ladrón sea reincidente, que el robo sea grande o pequeño, o que el ladrón sea sorprendido en flagrante delito o sea acusado de ese crimen posteriormente. En todos los casos se entiende que ha cometido un robo con deliberación, con voluntad decidida y no sin violencia.

La pena establecida, dado que debe temerse la violencia de un ladrón que actúa armado, es, para el hombre, la horca y para la mujer, el ahogamiento; también se admite cualquier otro castigo extraordinario, como la extracción de los ojos o la amputación de las manos, a discreción del juez, según la calidad de las personas.

A semejanza de lo ocurrido tras la promulgación de la constitución *si quis quinque solidos* de Federico Barbarroja, esta disposición de la *Constitutio criminalis Carolina* estuvo muy presente en las obras de los juristas de los siglos siguientes. Pero también en este caso se trató de limitar los casos en que se podía aplicar la pena de muerte para los *effractores*. Por ejemplo, Farinacio¹⁶⁵, contrario a que los *effractores* fueran condenados a la pena capital, sin dejar de reconocer que la fractura agrava el hurto, indica que los hurtos magnos, también los cometidos con fractura, han de ser castigados con azotes, la relegación o la condena a minas, para lo que sigue a autores como Antonio Gómez o Menochio. Exceptúa únicamente a los *effractores* que hayan utilizado armas o robado con multitud de hombres, que han de ser condenados a muerte.

Carpzov¹⁶⁶ distingue dos tipos de *effractura*:

1. *Effractura violenta o sediciosa*, que turba la paz pública.

Considera que el hurto cometido con este tipo de efracción es

¹⁶⁵ FARINACII, P., *Praxis et theoricae criminalis, partis tertiae, tomus secundus, sumptibus Horatii Cardon*, Lugduni, 1634, *quaestio 167*, p. 15. Para este autor, la pena de muerte por el primer hurto de valor superior a cinco sólidos, señalada en la constitución de Federico Barbarroja, no sirve como costumbre.

¹⁶⁶ CARPZOV B., *Jurisprudentia forensis romano-saxonica secundum ordinem constitutionum in foro*, vol. II, ex officina Thomae Fritschii, Lipsiae, 1721, p. 1089 ss.

mucho más grave que el hurto simple, y su autor, aunque se trate del primer hurto, merece siempre la pena real indicada en el capítulo 159 de la *Constitutio criminalis carolina*, por más que el hurto sea módico por razón de la cuantía, que en este caso no se tiene en cuenta¹⁶⁷.

2. *Effractura simple*, que no merece la pena de muerte. Para Carpzov, los ladrones de almacenes, tugurios, casas rústicas y otros lugares descerrajados sin armas ni fuerza hostil, siempre que se trate de un hurto módico -que no exceda de cinco ducados- no han de ser ahorcados¹⁶⁸. No obstante, si se hubieran cometido varios crímenes descerrajando casas o rompiendo cofres, no cabe duda de que el ladrón merece ser ahorcado, aunque el importe máximo de lo robado en cada uno de ellos no alcance los cinco sólidos, porque la *effractura* violenta, incluso por un hurto módico, merece esta pena según la *Constitutio criminalis*¹⁶⁹.

A diferencia de la mayoría de los doctores, que consideran la efracción como una de las modalidades de hurto cualificado, Antonio Matthaei¹⁷⁰ incluye la efracción entre los supuestos de

¹⁶⁷ CARPZOV, *op. cit.*, Def. 9. La restitución de la cosa robada a su dueño no libera al ladrón con *effractura* de la pena de horca, al ser la efracción violenta lo que agrava el crimen (IDEM, Def. 15).

¹⁶⁸ CARPZOV, *op. cit.*, Def. 10.

¹⁶⁹ CARPZOV, *op. cit.*, Def. 14. A juicio de este autor, la apertura con llave falsa no se tiene por violenta o sediciosa, con el argumento de que tal apertura no es propiamente una *effractura* sino una apertura astuta, oculta y dolosa, que de ningún modo debían quedar impunes, pero que no merece la pena de horca, aunque el valor de lo hurtado exceda de cinco sólidos.

¹⁷⁰ MATTHAEI, A., *De criminibus ad lib. 47 et 48 Dig. Commentarius*, ed. quinta, Antwerpiae, 1761 p. 83. Distingue este jurista entre los siguientes tipos de rapiña: 1) *Effractores*, quienes rompen la casa o almacén para robar o

rapina, que define como la sustracción violenta de una cosa mueble, hecha con dolo malo y con ánimo de lucro. Para este autor, son *raptores* todos aquellos que se apoderan de algo por la fuerza, aunque no fuercen casas, ni asalten en el campo, ni infesten los mares con flotas; eso sí, no es suficiente que infljan miedo, sino que es precisa la sustracción de la cosa, porque si no, lo que procedería sería la *actio quod metus causa*.

En su *Política para corregidores* Castillo de Bobadilla¹⁷¹ señala que quien rompiere o quebrantare las puertas, paredes, o ventanas de la Iglesia o la robare o quemare no gozará de la inmunidad, pues delinquió contra ella¹⁷².

A partir del siglo XVI, en España, la pena de muerte al ladrón, salvo en los casos más graves, podía ser conmutada por pena a galeras en virtud de la Pragmática de D. Carlos y Doña Juana en Monzón de 25 de noviembre de 1552, y de la Pragmática de D. Felipe II en Madrid en mayo de 1566, en las que, además de

perforan paredes; también llamados *vetricularii* aquellos que, con palancas, garfios o ganchos, fuerzan paredes, puertas o ventanas o *perfossores parietum* (perforadores de muros) por su cosbumbre de horadar, 2) *latrones* y *grassatores*, son aquellos que, armados, atacan en los caminos y despojan a los transeúntes. Antiguamente se llamaban *latrones* a los que servían como soldados a sueldo, porque atacaban de lado (*a latere*) o porque emboscaban en secreto (*latenter*). 3) Se llaman *praedones* a los que se llevan botines; entre ellos y los *latrones*, no se considera que haya diferencia alguna; y 4) *expilatores*, que son aquellos que, durante la noche, atrapan a cualquier persona que se les cruce y la despojan de sus vestiduras

¹⁷¹ CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seglares*, t. 1, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1775, p. 487, Duda XVI.

¹⁷² Sigue en este punto la opinión común sobre este tema, expresada, entre otros por REMIGII DE GONNI, *De immunitate ecclesiarum*, Tolosae, 1550, t. I, 1.4, tit.2, primae part., p. 11.

reorganizar las penas de los hurtos se introduce una nueva cualificación, la de ser el hurto cometido en la Corte¹⁷³:

NR. 8.7.11 = Nov. Rec. 12.14.1. Mandamos a todas las justicias de nuestros Rejos, que a los ladrones, que conforme a las leyes de nuestros Reyo deben ser condenados en pena de azotes, de aquí adelante la pena sea que los traigan a la vergüenza, y que sirvan cuatro años en nuestras galeras por la primera vez, siendo el tal ladrón mayor de veinte años, y por la segunda le den cien azotes, y sirva perpetuamente en las dichas galeras, y si fuere el hurto en nuestra Corte, por la primera vez le sean dados cien azotes, y sirva ocho años en las dichas nuestras galeras, siendo mayores de dicha edad, y por la segunda vez le sean dados doscientos azotes, y sirva perpetuamente en as dichas galeras: *y en los hurtos qualificados y robos y salteamientos en caminos o en campos y fuerzas y otros delitos semejantes o mayores, los delinquentes sean castigados conforme a las leyes de nuestros Reynos (...)*

¹⁷³ Explica GARCÍA GOYENA, *op cit*, p. 206 la justificación de este agravamiento de los hurtos cometidos en la Corte en los siguientes términos: “La Corte, como fuente de justicia, debe ser segura a todos los que vinieren y residan en ella; l. 3, tit. 14 y 5, tit. 21, lib 12. Novísima Recopilación; la l. 27, tit.9, P. 2 la llama espada de la *justicia*, y por eso adquieran mayor gravedad los delitos que en ella y su rastro se cometen”. A ello añade otra razón: “la mayor propensión y facilidad en cometer (los hurtos) por lo opuloso de la Corte, y porque es el asilo y sentina de toda la gente perdida, a la que su notoria inmoralidad arroja de las provincias: de Madrid puede decirse, guardada proporción, lo que de Roma dijo Tácito, lib. XV de sus Anales, n. 44, *quo cuncta undique atrocia aut pudenda confluunt, celebranturque*”.

N.R. 8.11.8 (= Nov. Rec. 12.40.2) *Que en los delitos donde buenamente pudiere aver comutación en pena de galeras, se faga.* Mandamos, que ansi en los hurtos calificados, robos y salteamientos en caminos, o en campo y fuerças, y otros delitos semejantes o mayores, como en otros qualesquier delitos de otra cualquier calidad, no siendo los delitos tan calificados y graves que convenga a la Republica no diferir la ejecución de la justicia y en que buenamente pueda auer lugar comutacion, sin hacer en ello perjuyzio a las partes querellosas, las penas ordinarias les sean comutadas en mandarlos ir a servir a las nuestras galeras por el tiempo que pareciere a las nuestras justicias, según la calidad de los dichos delitos.

Esta conmutación a la pena de galeras, una de las más temidas durante los siglos XVI y XVII¹⁷⁴, se encuentra en línea con lo

¹⁷⁴ GUILLOT ALIAGA, D., «Los delitos de robo y hurto en la codificación penal española del siglo XIX», *Tradición e influencia extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Masferrer, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, Cizur Menor (Navarra), p. 959 y TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 390-391, quien subraya la vaguedad con que la norma está redactada, propicia para mantener el arbitrio judicial, destacando la general indeterminación de su duración para cada reo, con independencia del tiempo por el que fuese impuesta en la sentencia condenatoria. La pena ya no se aplicaba a finales del s.XVIII, siendo sustituida por presidio, arsenales y trabajos públicos “tampoco del gusto de los ilustrados pero sin duda más útiles” (SAINZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 807). Explica ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal...cit.*, p. 404, que la pena de galeras, ya conmutada en presidio, era la práctica habitual, pero que una Real Cédula de 16 de febrero de 1785 restableció las galeras en la Real Armería, mandando a los Jueces del Reyno sentenciar al servicio de ellas a los reos que lo mereciesen, como se practicaba antiguamente, no teniendo el autor noticia de que la norma en sus días hubiera sido derogada.

establecido en otros ordenamientos, sin duda motivado por las necesidades de la fuerza naval militar en la Edad Moderna.

En 1734 Felipe V endurece las penas contra los ladrones mediante pragmática de 23 de febrero (NR. 8.11.19 = Nov. Rec. 12.14.3), regulando el robo cometido dentro de la Corte y cinco leguas alrededor, castigándolo con la pena capital, salvo para el caso de menores de 17 años. Se trata de una disposición que no distinguía entre robo y hurto.

Poco después, a consulta el 1 de marzo de 1735, la ley se extiende a la provincia de Guipúzcoa, sus distritos y jurisdicciones (NR 8.11.20 = Nov. Rec. 12.14.4) tras la petición de los Procuradores y el Corregidor, al no ser suficiente sus fueros para evitar y probar los hurtos y otros delitos graves, por la frecuencia de cometerlos a causa de lo áspero e intrincado del terreno. A finales de ese mismo año, el 3 de noviembre, una pragmática dada en El Escorial aclara que todo hurto, calificado o no y con independencia de la cantidad, había de entenderse incluido en el campo de aplicación de la norma (NR.8.11.21 = Nov.Rec. 12.14.5).

En 1745 una Pragmática de Felipe V recogida en la Nov. Rec 11.15.6, como respuesta a la exposición realizada en 1744 por la Sala de Alcaldes de Casa y Corte sobre la necesidad de modificar la legislación vigente sobre hurtos¹⁷⁵, rectifica la normativa precedente distinguiendo entre:

¹⁷⁵ El texto de la consulta lo trasmite VIZCAINO PÉREZ, *Código y Práctica criminal arreglado a las leyes de España*, p. 307 ss. “El Rey, Dios le guarde, a consultas

- a) *Hurto simple*, de escasa cuantía, sin violencia ni fuerza en las cosas del robo. Su pena queda al arbitrio de la Sala en función de las circunstancias, que conllevará la pena de azotes, galeras y a ser marcado el reo con una “L”, para que, si vuelve a cometer el mismo delito, tuviese hecha ya la prueba de haberle cometido antecedentemente. En caso de que el hurto haya sido cometido por un noble, correspondiendole entonces la pena de presidio o trabajos forzados¹⁷⁶.
- b) *Hurto cualificado*, por el que se impone la pena capital. Del texto de la pragmática se deduce que tales son los de elevada cuantía, así como los cometidos con violencia o fuerza. Entre estos se incluyen los cometidos por:

del Consejo de 9 de abril y 23 de noviembre del año próximo pasado, en vista de la representación de la Sala de 28 de febrero de 1744, en que expuso los motivos que halló por convenientes en razón de que subsistiese la Pragmática de hurtos, publicada en 28 de febrero del año 1734 en todas sus partes, menos en los simples de corta cantidad, sin violencia o fuerza, en que se comprenden los que roban capa, mantillas u otro género de vestidos en las calles, que vulgarmente se llaman capeadores, sin escalamiento, herida ni fractura de puerta de casa, arca, cofre, papelera, escritorio ni otra cosa alguna cerrada, en que estuviese la cosa que se hurtase, ni que se abriese con llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante, o que el robo llegase a la cantidad que fuese del Real agrado de S.M. porque en estos casos se debería ejecutar la Pragmática; y que siempre que el robo no fuere de la cantidad que se señalase se impusiese la pena de 200 azotes y 10 años de Galeras a los plebeyos, marcándoles el verdugo las espaldas con un hierro ardiendo hecho en figura de una L, para que si volviesen a incurrir en igual detestable delito, tuviese hecha ya la prueba de haberle cometido antecedentemente, y el noble diez años de Presidio del Peñón o de las minas del azogue, según las circunstancias que concurriesen al robo”.

¹⁷⁶ Sobre esta pragmática SAINZ GUERRA, p. 806 explica que la norma surge de la desproporción de las penas, que provocaba que en ocasiones ni los robados se atrevían a denunciar a los ladrones ni los testigos declaraban la verdad con tal de no ver condenado a muerte a un reo por un delito que tenían por leve.

- Escalamiento.
- Fractura de puerta de casa, arca, cofre, papelera, escritorio o cualquier otra cosa cerrada, en que estuviese lo que se hurtase.
- Empleo de llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante.

Carlos III mantiene la pena de muerte en el caso de hurtos cometidos en las nuevas poblaciones con violencia en sus personas o casas:

Nov. Rec. 12.15.11 (D. Carlos III en S. Lorenzo, por Cédula del Consejo de 17 de octubre de 1769). 1. “Ordeno y mando, que desde ahora en adelante todo hurto, aunque sea el primero, cometido contra los colonos de las nuevas poblaciones con violencia en sus personas o en sus casas, sea castigado con pena de muerte”.

También existe alguna disposición especial para la efracción efectuada en cuarteles. El 31 de agosto de 1772, con motivo de haberse dudado el valor que debe tener una alhaja robada en cuartel para imponer al reo la pena de muerte prescrita en el artículo 70 del título 10 de las Ordenanzas generales del ejército, se dicta una R.O.¹⁷⁷ en la que se aclaran los supuestos en las que procede la pena capital, interesando, a efectos de estas líneas, la segunda:

¹⁷⁷ Recogida por PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XXVI, s.v. «robos», Reales Resoluciones no recopiladas, p. 476 y GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pp. 209-210. Señala este último que la disposición se insertó en otra R.O. de 22 de enero de 1824.

2. El que hiciere fractura de puerta, ventana, pared, techo o suelo, cofre o papelera, falseos de llaves, violencia o uso de armas, aunque no llegue a verificarse el robo¹⁷⁸, y verificado desde un real arriba, será ahorcado; y si resultare muerte, será ahorcado y descuartizado.

La doctrina española de los siglos XVI a XVIII, a la hora de tratar la penalidad del hurto, continúa distinguiendo entre el Derecho común y el Derecho regio, y dentro de este, a su vez, entre el Derecho de Partidas y el Derecho nuevo.

Diego de Covarrubias¹⁷⁹ señala que en la práctica, casi común, para los casos de hurto no cometidos en descampado es la siguiente: en el primer hurto, si apareciese ante el juez que la cosa robada era de poca cuantía, se azota al ladrón, en la segunda ocasión, se le amputan las orejas y se le azota; en la tercera se le cuelga en la horca, lo que también puede suceder en caso de un único hurto ciertamente grande y grave, teniendo muy presente en esta materia el arbitrio del juez, que tomará en cuenta si el ladrón fue cruel o pacífico.

Pradilla¹⁸⁰ resume del siguiente modo la diferencia entre el Derecho de Partidas y el Derecho nuevo: las Partidas establecen que por el primer hurto corresponde una pena pecuniaria, del duplo o

¹⁷⁸ La R.O. de 25 de marzo de 1773, reitera la pena de muerte por el mero hecho de fractura, aunque no llegue el robo a verificarse, según el art. 2 de la R.O. anterior.

¹⁷⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, J.- GARCÍA FUEYO, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁰ PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilitud y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general*, viuda de Luis Sánchez, Madrid, 1628, p. 20 v.

del cuádruplo, en función de si es o no manifiesto, y además pena corporal al arbitrio del juez, atendiendo a la persona que hurtó y al valor y cantidad del hurto; por el segundo hurto se aumenta la pena al ladrón, quedando según el derecho común civil al arbitrio del juez, pero por el Derecho del reino está determinado, debiendo ser el ladrón azotado y desorejado (FR. 4.5.6 y 4.13.2). Por el tercer hurto, se aumenta la pena, y aunque no está determinado por derecho, por la general costumbre se les da la pena de muerte y son ahorcados. Aun por el primer hurto, siendo grande y de mucha consideración, se puede dar pena de muerte, según muchos doctores, si bien otros muchos son de la opinión contraria, lo que Pradilla considera más correcto. Por Derecho nuevo, la primera vez el ladrón es sometido a vergüenza pública y seis años de galeras (NR. 8.9.11); los que hurtan en la Corte de su Majestad y fueren hallados con el hurto, siendo de consideración, deben morir por ello, aunque sea el primero.

En cuanto a los criterios de distinción entre los distintos tipos de hurto, Vizcaíno Pérez¹⁸¹, señala que el hurto puede considerarse por parte de la acción furtiva (distinguiendo así entre el hurto manifiesto y el no manifiesto) y por razón de la cosa hurtada, pudiendo ser simple (el realizado ocultamente y sin violencia alguna ni otra cualidad agravante) y el cualificado por circunstancias variadas:

¹⁸¹ VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y Práctica criminal: arreglado a las leyes de España*, Imprenta de la viuda de Ybarra, Madrid, 1797, p. 301 ss.

- relativas a la cosa hurtada, por ser de mucho o extraordinario valor o si la cosa es sagrada
- por razón del lugar, como realizarse el hurto en camino público, en Iglesia etc.
- por razón del tiempo, si se lleva a cabo de noche
- por razón del modo, *como si se hace el hurto rompiendo la puerta, el escritorio, el arca, etc., o si el ladrón usa de escala, llave falsa, ganzúa, etc.*; y también si el hurto se hace a cara descubierta con armas, hiriendo o amedrentando, o si el ladrón se finge Justicia u Oficial de la Curia, y haciendo abrir las puertas roba la casa¹⁸² como igualmente si se finge Colector de tributos Reales, y recoge el dinero con nombre de tributos.

En relación con el procedimiento a seguir, indica Vilanova Mañes¹⁸³ que se ha de exigir informe jurado del propio dueño que padeció el hurto y estimación de la propia cosa hurtada para dar el tratamiento debido a la causa, que se regula por la importancia de aquella, al arbitrio del Juez y según la costumbre del pueblo (Part. 7.14.4) así como por las circunstancias, pudiendo ocurrir que, aunque el hurto sea tenué, si se califica violencia de la persona, de la cosa, o del lugar, como que hubo invasión, asalto o rompimiento de casa, arca, o edificio, no pueda perdonarse un procedimiento rígido

¹⁸² Esta conducta no varía sustancialmente de quienes, en la actualidad, se hacen pasar por empleados de alguna compañía proveedora de servicios de electricidad, gas, etc. que logran entrar en los domicilios alegando tener que realizar inspecciones o lecturas de contadores, etc., con el propósito de robar.

¹⁸³ VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense o Tratado único Universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes en género y especie*, t. 3, Librería Hispano francesa de la Rosa, Paris, 1827, pp. 157-158.

y profuso, a causa de versarse dos delitos en un propio hecho, el de fuerza y el de hurto.

Con el paso del tiempo, a pesar de la severidad con la que las leyes castigaban los robos “calificados” (con escalamiento, efracción, robo de ganado, etc.) los tribunales solían aplicar cierta benignidad siempre que no hubiese mediado violencia contra las personas, aunque siempre había excepciones en las que el ladrón era condenado a la pena capital¹⁸⁴.

Paulatinamente, como consecuencia de las nuevas ideas que se abren paso en la Ilustración sobre la necesidad de reforma del Derecho penal¹⁸⁵, comienza a debatirse sobre la conveniencia de seguir aplicando la misma severidad en el castigo a los robos con efracción. Así, por ejemplo, tras afirmar que la pena de muerte es injusta para quien ha ofendido a un particular únicamente en sus

¹⁸⁴ BERNI Y CATALÁ, J., *Práctica criminal*, 2^a ed., Josph Thomas Lucas, Valencia, 1765, p. 30 indicaba que la pena de muerte establecida en Part. 7.14.18 había sido atemperada en la práctica con azotes, vergüenza pública, galeras o minas; solo en el caso de ser incorregible el ladrón por tres veces se le da pena de horca; VIZMANOS, T.M.-ÁLVAREZ MARTINAC, C., *Comentarios al Código Penal*, t. II, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 466, quienes reseñan el caso del famoso ladrón Candelas, condenado por la Audiencia de Madrid por robo con escalamiento, a pesar de no haber cometido nunca un delito de sangre.

¹⁸⁵ En la doctrina española varios autores reflexionan sobre la falta de proporcionalidad y la crueldad de las penas establecidas para el hurto en los ordenamientos europeos. Sirva de ejemplo GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pp. 81-82: “Las legislaciones modernas de la Europa, creadas en tiempos de ferocidad y barbarie, a excepción de las formadas recientemente, son respecto de los hurtos más crueles y sanguinarias que las legislaciones antiguas. ¡Cuán prodigas son de la sangre de aquellos hombres infelices, cuya miseria los precipita en ocasiones al crimen, por conservar de otros hombres más afortunados los bienes, infinitamente menos apreciables que la vida!”

bienes o en su reputación, Brissot¹⁸⁶ advierte sobre la inconsecuencia de las leyes francesas, en las que se establece la pena de muerte para un robo con efracción en el que el objeto robado no supera el valor de un luis, mientras que no establecen más pena que la de galeras contra un ladrón que, encontrando un armario abierto, se lleva veinte o treinta mil libras.

Esta sería la respuesta de Lardizabal, en su *Discurso sobre las penas*¹⁸⁷ quien, si bien contrario a la aplicación de la pena capital en el hurto¹⁸⁸, sin embargo, consideraba necesario establecer una agravación en el robo con efracción objeto de estas líneas:

51. “Tampoco admite Mr. Brissot la distinción generalmente recibida entre el robo simple y el hecho con efracción y quebrantamiento, y dice, que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por más grave y violento que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometan dos delitos: uno el del robo, y otro el del quebrantamiento, y por consiguiente debe castigarse con mayor pena. Nuestro autor se burla de

¹⁸⁶ BRISSOT DE WARVILLE, *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix penales en France sans nuire à la sûrete publique*, Paris, 1781, p. 542.

¹⁸⁷ LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Edición digital basada en la de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782 (https://www.cervantesvirtual.com/obravisor/discurso-sobre-las-penas-contraido-a-las-leyes-criminales-de-espana-para-facilitar-su-reforma--0/html/dcb73996-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_2.html#I_11_)

¹⁸⁸ Sobre esta cuestión, SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, pp. 806-807.

esto. ¿*Cómo no ven, dice, que el quebrantamiento no es más que un medio para cometer un mismo delito, y no un delito nuevo?*”

52. “Pero supongamos con Mr. Brissot, que efectivamente no haya más que un delito, y que el quebrantamiento no sea más que un medio para cometerle. ¿Por ventura los medios y modo de cometer los delitos no pueden agravar la acción y hacerlos más enormes? La muerte dada con veneno, o alevosamente ¿quién ha dudado nunca que es más enorme que la que se hace en una riña? Sin embargo, el delito es el mismo, y sólo hay la diferencia en el modo con que se ha ejecutado”.

4. La codificación

4.1. Códigos penales históricos

El robo con fuerza en las cosas -y por consiguiente la efracción- ha estado presente en todos nuestros códigos penales. Como señala Rodríguez Devesa¹⁸⁹, es llamativo que en la codificación penal española se rompa con la tradición del derecho histórico y del criterio dominante en derecho comparado de incorporar al hurto todas las cualificaciones provenientes del Derecho común, habiendo dejado los *furta periculosa* (*cum efractione, scalis, armis, clave adulterina*) fuera del hurto y en las proximidades del robo violento. La

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESAS, *Derecho penal ... cit.*, p. 449.

consecuencia-añade- es que este delito revista una gravedad intermedia entre el robo genuino, que es el violento, y el hurto.

No obstante compartir la estructura del hurto, se señala la autonomía del delito de robo con fuerza en las cosas con respecto a aquél, destacando, como fundamento de la mayor penalidad del robo, el haber mostrado el sujeto una mayor energía criminal.

Comenzando con el Código de 1822, en él se señalaba que “comete robo el que quita o toma para si con violencia o con fuerza lo ajeno” (art. 723), violencia o fuerza que se hace a las personas o a las cosas (art. 724).

En relación con el robo con violencia contra las personas, se distingue entre el cometido en camino público o casa habitada (artículo 727) y el perpetrado fuera de los lugares anteriores (artículo 728). El artículo 729 establece una serie de circunstancias agravantes, alguna de las cuales viene ya del Derecho romano, como la nocturnidad (precisándose que el robo ha de cometerse “desde media hora después de puesto el sol, hasta media hora antes de haber salido”)¹⁹⁰. Interesa especialmente a efectos de estas líneas la circunstancia quinta:

Art. 729. (...) Quinta: introduciéndose en la casa o edificio habitado o deshabitado, o en la heredad cercada

¹⁹⁰ Otro tipo de agravantes, que darán lugar a la condena a trabajos perpetuos, se recogen en el artículo 730, mientras que los artículos 731 y 732 contemplan algunos tipos atenuados.

por medio de escalamiento, *fractura*, llave falsa o connivencia con algún doméstico.

El concepto de “fuerza en las cosas” es pormenorizado en nuestro primer Código Penal hasta el extremo, concretamente en el artículo 726, incluyendo tanto supuestos de fractura externa como interna:

Artículo 726. Son fuerza o violencia hecha a las cosas el escalamiento de edificio, pared o cerca; la fractura de pared, puerta, ventana, reja, techo, armario, escritorio, cofre, arca, cómoda, maleta, papelera o de cualquier otra cosa cerrada, y de las sogas, correas o ataduras de cualquiera cosa atada; y la abertura de agujeros o conductos subterráneos, o por debajo de las puertas o paredes. Entiéndese que hace fuerza o violencia a las cosas, el que usa de falsa llave, de ganzúa, o de cualquiera otro instrumento que no sea la llave propia y verdadera, o de esta sin consentimiento del dueño; o el que se vale de algún doméstico para abrir alguna cosa o introducirse en alguna casa o lugar cerrado.

La tipificación de las conductas constitutivas de robo con fuerza o violencia en las cosas y sus penas se establece casuísticamente, en los siguientes términos¹⁹¹:

¹⁹¹ Critica SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 808. el excesivo rigor del CP de 1822 así como lo desproporcionado de las sanciones para robos menores (pañuelos, relojes, mantillas, etc.) que podían llegar a dos a seis años de trabajos

- Robo con fuerza o violencia ejecutada en las cosas solamente, si se comete en casa o lugar habitado, al que se equiparan los templos y los edificios en que se reúnen tribunales y corporaciones. La pena es de cinco a diez y seis años de obras públicas (artículo 733).
- Robo de las mismas características que el anterior cometido en edificio no destinado a habitación o en heredad o sitio cerrado. La pena en este caso es de tres a catorce años de obras públicas (artículo 734)
- Robo con fuerza cometido en cualquier otro lugar, al que corresponde una pena de dos a doce años de obras públicas (artículo 735)

Hay que destacar que se tipifica expresamente la tentativa de robo en el artículo 741, estableciéndose una penalidad diferente en función del medio empleado:

Artículo 741 CP 1822. Los que, habiéndose introducido con fractura, uso de llave falsa, escalamiento o auxilio de doméstico en alguna casa o lugar habitado o sus dependencias con intento de robar, hubieren sido descubiertos antes de ejecutar el robo, serán condenados a obras públicas por el tiempo de tres a diez años. Si se hubieren introducido por otro medio, fuera de los

forzados en virtud del art. 731, y “muestra cómo la protección de la propiedad privada se convierte en un elemento trascendental que impregna de manera vigorosa toda la normativa”.

expresados, pero con el mismo intento, será la pena de dos a siete años de obras públicas.

Recapitulando todo lo anterior, la fractura para cometer robo en el Código Penal de 1822 se tiene en cuenta: 1) para establecer las distintas conductas típicas de robo con fuerza en las cosas; 2) como circunstancia agravante en los delitos de robo con violencia en las personas y 3) para agravar la pena en la tentativa de robo.

En todo caso, lo más reseñable en el sistema de penas para el robo en el Código penal de 1822 es la desaparición de la pena de muerte.

En los Códigos Penales posteriores la fractura se tiene en cuenta como circunstancia agravante genérica, susceptible de ser aplicada a cualquier delito. De este modo, tanto el CP de 1848 como el de 1850 establecen en el artículo 10 que son circunstancias agravantes:

21^a. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.

Como principales novedades en la regulación de los delitos contra la propiedad en este código de 1848 destacan Vizmanos y Álvarez Martinac¹⁹² la inclusión de algunos que antiguamente no existían, así como grandes modificaciones en las penas establecidas por los antiguos legisladores, “que como casi todos los antiguos creyeron impedir la perpetración de los delitos contra la propiedad encrudenciendo las penas hasta no guardar proporción alguna con

¹⁹² VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 456 ss.

el delito e imponer la misma pena para hechos de muy distinta gravedad”¹⁹³. También llaman la atención sobre la supresión de la clasificación entre robos y hurtos calificados y no calificados, procedente de nuestro Derecho histórico y que había reemplazado a la división romana del hurto en manifiesto y no manifiesto, lo que ya sucedía, según se ha visto, en el CP de 1822, siendo sustituida por la que distingue de robo con violencia en las personas, de mayor gravedad (pudiendo llevar aparejado penas de cadena perpetua a muerte si concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 415), y robo con fuerza en las cosas.

¹⁹³ También PACHECO, J.F., reflexionaba en sus *Lecciones*, 5^a ed., Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1887, p. 335-6, sobre la necesidad de derogar la pena de muerte en relación a los delitos que afecten únicamente al derecho de propiedad: “la pena de muerte, análoga, natural, popular, justa en los casos de asesinato, no tiene ninguna de estas cualidades en los de robo o hurto, de cualquier modo, que se cometan, en ninguna cosa en que recaigan. La sociedad, estremecida con un homicidio, pedirá, para aquietarse y asegurarse en sus bases, el castigo tremendo que la ley señala contra el que lo cometió: llamada a juzgar, apartará su vista, má aplicará, indudablemente, la pena. Pero la sociedad, si bien alarmada con un robo, se estremecerá mucho más todavía al contemplar elevarse un dacalso para la expiación de este solo delito; ella reprobará la ley, se gozará de que sea eludida, y si es llamada para pronunciar la pena, la conmutará en otra menor. Así sucede de hecho casi siempre. Los tribunales faltan al deber que la ley les impone, y es rara la ocasión en que sólo por delitos contra la propiedad se vean decretar penas capitales. En el conflicto de la legislación positiva, que lo repele, la jurisprudencia ha hecho prevalecer el uso de las penas extraordinarias. Y con razón, ciertamente, se ha verificado así: porque es menos malo el desuso de la ley y su sustitución por prácticas humanas, conformes al estado de la sociedad, que la aplicación estricta y rigorosa de aquella, siempre que en su esencia es notoriamente injusta, e inmoral y antisocial en sus resultados”. RODRÍGUEZ DE VESA, s.v. “hurto” NEJ Seix, p. 185, aportando el testimonio de numerosos comentaristas de la época, reputa, errónea la afirmación de Pacheco en la *Introducción de sus Comentarios al CP de 1848* acerca de que la pena de muerte se seguía ejecutando para los delitos de robo en sus tiempos con una severidad draconiana, siendo aplicada incluso a los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas o valor de una peseta en Madrid.

La tipificación del robo con fuerza en las cosas en el Código Penal de 1848 se articula combinando dos criterios: el del lugar de comisión del delito, diferenciándose entre robo en iglesia o lugar habitado y robo cometido en lugar distinto de los anteriores y al empleo o no de armas; reduciéndose, a juicio de la doctrina, el casuismo del Código precedente¹⁹⁴. Explican Vizmanos y Álvarez Martinac¹⁹⁵ que el robo en iglesia o lugar habitado llevando armas demuestra ir dispuesto el ladrón a servirse de ellas y cometer cualquiera atentado que necesitare para lograr su propósito, por lo que este delito, si bien menos grave, cuando no se hace uso de las armas, que el robo con violencia o intimidación, merece severas penas.

En el caso de robo cometido con armas en iglesia¹⁹⁶ o lugar habitado, se impondrán la pena de cadena temporal si el robo con armas se ha cometido:

1º. Con escalamiento, entendiendo por tal entrar por una vía que no sea la destinada al efecto.

2º. Con rompimiento de pared o techo o fractura de puertas o ventanas. Se ha observado que el artículo se refiere únicamente a la fractura o quebrantamiento exterior, siendo

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, s.v. "hurto", *cit.*, p. 186.

¹⁹⁵ VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 466.

¹⁹⁶ Destacan VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *loc. ult. cit.*, que el Código Penal atiende únicamente a castigar el delito contra la propiedad, a diferencia de las antiguas leyes que castigaban el robo cometido en iglesia o lugar sagrado como sacrilegio y con el último suplicio.

preciso no confundirla con la fractura interior de puertas o muebles para apoderarse del objeto del robo¹⁹⁷.

3º. Haciendo uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

4º. Introduciéndose en el lugar del robo a favor de nombres supuestos o simulación de Autoridad.

5º. En despoblado y en cuadrilla (artículo 421 CP 1848= art. 431 CP 1850). Si concurre alguna de esas circunstancias, pero no se han empleado armas, la pena baja a presidio mayor (art. 422)

En el segundo caso -robo cometido con armas en lugar no habitado- el artículo 423 establece la pena de presidio mayor, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Rompimiento de paredes, puertas o ventanas (fractura exterior)

2º. Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados (fractura interior).

Las penas pueden variar en función del valor de lo robado¹⁹⁸ (artículo 424) o del carácter sagrado del objeto (artículo 425).

¹⁹⁷ VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 468.

¹⁹⁸ Explican VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p.470, que cuando el robo se ejecuta con violencia en las personas, no admite la ley parvidad de materia, llevándose a tal punto la severidad que hasta la tentativa de robo empleando violencia se castiga como el delito consumado (art. 419). Cuando el robo se ejecuta con fuerza en las cosas siendo en iglesia o lugar habitado, tampoco puede atenderse a la cantidad robada, porque los respetos en tal caso ofendidos y el mal causado por el delito, no consisten tanto en la cuantía del robo como en las circunstancias que acompañaron el

El Código penal de 1850 mantiene la pena de cadena temporal para el robo con armas cometido en iglesia o lugar habitado y efectuado con alguna de las modalidades previstas en el artículo 421 del CP de 1848, elevándose a cadena temporal en grado medio a máximo en caso de reincidencia o reduciéndose a presidio mayor si no hay reincidencia y el valor de lo robado no llega a 100 duros (artículo 431) Si no se emplearon armas, la pena baja a presidio mayor en grado medio o máximo (artículo 432).

En cuanto al robo cometido en lugar no habitado, no se distingue ya en si ha sido cometido con armas o sin ellas, estableciéndose la pena de presidio menor en grado máximo a mayor en grado medio en caso de haberse cometido mediante escalamiento, rompimiento de paredes techos o ventanas, fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o haber hecho uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo. Estas penas, como sucedía en el CP de 1848, podían variar en función del valor de lo robado o del carácter sagrado del objeto.

delito. Sin embargo, si este se cometió en lugar no habitado, si se redujo a un simple atentado contra la propiedad, parece justo tener en consideración el valor del robo, y minorar la pena en proporción a la corta cuantía de aquél. Con todo, observan los autores citados, que incluso en el caso más leve nunca llevará el robo pena inferior a cinco o seis meses de encierro, concluyendo que “muy severo debe ser quien esto considere como poco, para el robo menor de cinco duros”.

El Código Penal de 1870 mantiene la agravante genérica de fractura, pero la hace objeto de un apartado independiente, desligado del escalamiento¹⁹⁹.

El castigo del robo con fuerza en las cosas²⁰⁰ se efectúa con arreglo al siguiente esquema:

1- *Robo en casa habitada²⁰¹ o edificio público o destinado al culto religioso:*

-
- ¹⁹⁹ De acuerdo con ello, mientras la circunstancia agravante 21^a del art. 10 reza “Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto”, la 22^a dice “Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo o pavimento, o con fractura de puertas o ventanas”.
- ²⁰⁰ Según ANTÓN ONECA, citado por LASSO GAITÉ, J.F., *Crónica de la Codificación española. Codificación Penal*, t. 5, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 476, “donde los legisladores del 70 agotaron la capacidad casuística, fue en el delito de robo, especialmente en el de fuerza en las cosas, al combinar varias circunstancias para determinar diversos efectos penales: casa habitada o no habitada, edificio público o destinado al culto, dependencias de estos lugares; las especies de objetos sustraídos y el importe de lo robado; la cuadrilla y el despoblado, llevar o no armas. Aquí se debió volcar la memoria de los prácticos que intervinieron en la redacción del Código y antes intervinieron profesionalmente en el juicio de multitud de robos, calibrando todas sus circunstancias: objetivas casi todas, salvo la cuadrilla y ser el culpable dos o más veces reincidente. Este detallismo, más escrupuloso en el Código del 70 que en el de 1848, creó un laberinto del que intentó salir el Código de 1944. En cambio, sistematizó en la forma que perdura en la actualidad las faltas”.
- ²⁰¹ El artículo 523 precisa los conceptos de “casa habitada” (todo albergue que constituyere la morada de una más personas, aunque se encontraren accidentalmente ausentes de ella, cuando el robo tuviere \’iere lugar) y de “dependencias de casa habitada, o de edificio público o destinado al culto” (sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo y con el cual formen un todo) Quedan excluidas las huertas y terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercadas, contiguas al edificio y en comunicación interior con el mismo.

A/ Si se comete con armas, lleva aparejada la pena de presidio mayor en grado medio a cadena temporal en grado mínimo, si se cumplen los dos requisitos siguientes:

- Que el valor de los efectos robados exceda de 500 pesetas.
- Que los malhechores se hubieran introducido en la casa o edificio por medio de:

1º. Escalamiento

2º. Rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana;

3º. Haciendo uso de llaves falsas, ganzúas y otros instrumentos semejantes o

4º. Con nombre supuesto o simulación de autoridad.

Se impondrá la pena inferior si los malhechores llevaren armas y el valor de lo robado no excediere de 500 pesetas.

B/ Si no se llevasen armas y el valor de lo robado no excede de 500 pesetas, se impondrá esta pena en su grado mínimo.

Ahora bien, si este mismo tipo de robo se hubiere efectuado introduciéndose los culpables saltando un muro exterior y se hubiere limitado la sustracción a frutas, semillas, caldos, animales u otros objetos destinados a la alimentación, y el valor de las cosas robadas no excediere de 25 pesetas, señala el artículo 524 que la

pena será la de arresto mayor en su grado medio a prisión correccional en su grada mínimo²⁰².

Si concurre la agravante de despoblado y cuadrilla, la pena se impondrá en su grado máximo.

2- *Robo cometido en lugar no habitado:* se castiga con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si el valor de lo robado excede de 500 pesetas y concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1º/ Escalamiento; 2º/ rompimiento de paredes, techos o suelos, puertas o ventanas exteriores; 3º/ haber hecho uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo; 4º/ fractura de puertas, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados y 5º/ sustracción de los objetos cerrados o sellados aunque se fracturen fuera del lugar del robo (artículo 525).

Si el valor de los objetos robados no excediere de 500 pesetas, se impondrá la pena inmediatamente inferior, y la de arresto mayor en sus grados medio y máximo si no excede de 25 pesetas, y si se trata de las cosas robadas mencionadas en el artículo 524, la pena inmediatamente inferior.

El Código Penal de 1928 considera como agravante genérica, en su artículo 66.9º el haber ejecutado el delito “con rompimiento de pared, techo o pavimento, de puertas o ventanas, fractura de

²⁰² El artículo 500 establece una previsión análoga al artículo 524 respecto a sustracción de semillas alimenticias, frutos o leñas.

muebles cerrados, o sin rompimiento, pero con escalamiento” (manteniendo la misma definición de escalamiento que los códigos penales anteriores: “penetrar en lugar cerrado por una vía que no sea la destinada al efecto”).

En cuanto a la penalidad del robo con fuerza en las cosas, sigue una técnica distinta a los Códigos anteriores: primero tipifica el robo con fuerza en las cosas en su artículo 694 como aquel en el que concurren algunas siguientes:

1º. Escalamiento

2º. Rompimiento de pared, techo, suelo o galería subterránea o fractura de puertas o ventanas exteriores o interiores o de sus cerraduras

3º. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o de sus cerraduras o sustracción de ellos para fracturárlas o violentarlos en otro lugar

4º. Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes.

A continuación, el artículo 695 establece distintas penas en función del valor de lo robado, estableciéndose una serie de agravantes en el 696 que conllevan la aplicación de las penas en su grado máximo (entre ellas, la de haberse cometido el delito en edificio público, destinado al culto o lugar habitado, o el haber empleado armas, que aparecen así como agravantes, no como un tipo autónomo).

En el Código Penal de 1932 desaparece la agravante genérica de fractura. Según la Exposición de motivos ello sucede porque esta agravante, como la de esclamamiento, solo debe tenerse en cuenta en ciertos delitos, como los robos y el quebrantamiento de condena, y ya se toma en consideración en las infracciones que especialmente agravan.

Por lo demás, se vuelve a la técnica del Código Penal de 1870 y anteriores estableciendo en su artículo 497 como tipo autónomo el robo con armas en casa habitada o edificio público -se suprime la mención a la Iglesia o lugar de culto- si el valor de lo robado es superior a 1.000 pesetas y concurren las clásicas circunstancias de escalamiento, rompimiento de pared, techo, suelo, fractura de puerta o ventana, uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes, fractura de puertas, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o sustracción para ser fracturados o violentados fuera del lugar del robo. La pena impuesta es la de presidio mayor en grado mínimo.

Se señalan como tipos atenuados no llevar armas o escaso valor de lo robado (menos de 1.000 pesetas), imponiéndose en estos casos la pena inmediatamente inferior. Si se dan las dos circunstancias conjuntamente, la pena se impone en su grado mínimo. En cambio, si estos delitos se han ejecutado en despoblado y cuadrilla, se impondrá a los culpables la pena en grado máximo (artículo 498).

El robo cometido en lugar no habitado se castiga con presidio menor, si concurre alguna de las circunstancias del artículo 497,

bajando la pena a arresto mayor en grado máximo a presidio menor en grado mínimo en caso de que el valor de lo robado no exceda de 1000 pesetas (artículo 501) o arresto mayor si no excede de 100 (artículo 502).

Tampoco el Código Penal de 1944 contempla la agravante genérica de fractura. Por lo demás, vuelve a la técnica legislativa del Código de 1928, definiendo el tipo de robo con fuerza en las cosas en el artículo 504 con una redacción prácticamente idéntica²⁰³, estableciendo las penas en función del valor de lo robado en el artículo 505 (si bien la escala se reduce de 6 tramos a 3) y estableciendo una serie de circunstancias agravantes en el 506.

A partir de este Código de 1944 (aunque con antecedentes en el de 1928) se admite la existencia de fractura interna de manera independiente a la entrada en un recinto cerrado, como explica la STS de 2 de marzo de 1988²⁰⁴, que, además, realiza un interesante recorrido histórico sobre la efracción en nuestro Derecho:

"La fractura tiene su remoto precedente en la effractio romana y, en efecto, el Digesto distinguía entre el efractor diurno y el nocturno, penando más severamente a éste, sin duda por la mayor posibilidad de que afectara a la seguridad de las personas, esto es, por la superior probabilidad de que representara un peligro para las mismas, subsistiendo, la distinción aludida, en el Fuero

²⁰³ Solo desaparece la referencia a la fractura de galería subterránea.

²⁰⁴ STS (Sala 2^a, de lo Penal) de 2 de marzo de 1988 (RJ\1988\1518), F.D. 1º.

Juzgo -Ley 2 Tít. IV Libro VI-. Por otra parte, la primitiva idea de exigir *sine qua non* la entrada en un inmueble no es afrancesada, como generalmente se cree, sino que se halla exteriorizada en Las Partidas. La fractura interna de muebles, totalmente desvinculada con el ingreso en un recinto inmobiliario aparece en la Representación de 28 Feb. 1744 con reenvío a la Pragmática de 25 Feb. 1734, la que se reproduce en la Novísima Recopilación-Ley 6 Tít. XIV Libro XIII-. Llegada la época de la Codificación, en el Código francés, como en el español de 1822, se punió exclusivamente la fractura externa, mientras que, en el de 1848 -art. 423.2-, se castigó también la fractura interna, si bien supeditada a la entrada previa en determinado lugar, manteniéndose esta técnica en el CP de 1870-arts. 521 y 525-y, con alguna mayor simplificación, en el CP de 1932-arts. 497 y 501-, en cuyo cuerpo legal la casa habitada, el edificio público o el edificio habitable eran requisitos esenciales tanto en la fractura externa como en la interna, si bien, en el CP de 1928 y el de 1944, la fractura externa se independiza de toda exigencia de previa penetración, ingreso o entrada en locales o recintos de naturaleza inmobiliaria, conviniendo destacar que esta Sala, en SS 18 Ene. 1985, 5 Feb. 1896, 14 Oct. y 27 Sep. 1898, 13 Oct. 1899, 12 Dic. 1911, 14 Mar. 1913 y 26 Nov. 1918, equipara la fractura externa con la interna, sin exigir previo quebrantamiento de espacios cerrados".

Finalmente, el Texto refundido de 1973 mantiene en su artículo 504 la redacción de 1944 así como la graduación de las penas en tres tramos en función del valor de lo robado en el artículo siguiente (con la correspondiente actualización de las cantidades) y estableciendo una serie de circunstancias agravantes en el artículo 506.

4.2. Código Penal de 1995

En su redacción original, el Código Penal de 1995 en su artículo 237 definía el delito de robo en los siguientes términos:

“Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”.

Tras la modificación operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el artículo queda redactado de la siguiente manera:

“Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”

La acción típica requiere, como viene siendo tradicional, el apoderamiento, en contra de la voluntad del dueño - *invito domino-* de un objeto material que ha de ser cosa mueble y con la característica de ajenidad. Tal apoderamiento ha de ser realizado mediante unos determinados medios comisivos que supongan el empleo de fuerza, del que se da un concepto normativo en los artículos 238 y 239.

Pero, junto a ello, como puede observarse, la reforma de 2015 ha traído importantes novedades en la *conducta típica*. Ciñéndonos al robo con fuerza en las cosas²⁰⁵ el tipo se amplía para abarcar el empleo de fuerza no solo para acceder al lugar donde las cosas se encuentran, sino la utilizada para abandonar el lugar con el botín. Explica la Exposición de Motivos que el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar. Sin embargo, la reforma ha suscitado críticas por parte de un sector doctrinal, que considera que se ha producido un endurecimiento punitivo injustificado a costa del hurto, y que puede afectar no solo a los supuestos de desactivación de alarmas, sino los de acceso ordinario a un local con permanencia clandestina y empleo de fuerza para salir, por ejemplo, el escalamiento de salida²⁰⁶.

²⁰⁵ Tras la reforma, en los delitos de robo con violencia o intimidación de las personas, esta puede recaer no solo sobre la víctima, sino sobre quienes acudiesen en su auxilio o persiguiesen al ladrón.

²⁰⁶ En este sentido VICENTE MARTINEZ, R., *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 121; SÁNCHEZ ROBERT, M.J., «Hurto, furtum possesionis, robo y hurto de uso de vehículos de motor, usurpación» en *Estudios sobre el Código penal reformado*

La “fuerza” a la que se refiere el precepto, ha de aplicarse sobre lo que contiene la cosa, para acceder a ella o para abandonar el lugar, lo que implica que el objeto del apoderamiento debe encontrarse en un lugar cerrado²⁰⁷. Ha de tratarse de una *vis ad rem*, y no sobre la cosa misma sustraída -*vis in re*- pues ello daría lugar a un delito de daños²⁰⁸. Además, se exige una relación de medio a fin entre el empleo de la fuerza y el apoderamiento del objeto sustraído, lo que implica que el sujeto activo del delito remueva el obstáculo para hacerse con ella, no por motivos distintos²⁰⁹.

(Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Morillas Cueva (dir.). Dykinson, Madrid, 2015, p. 534, apuntando un retorno al pasado, por cuanto la tipificación del robo con fuerza en las cosas bajo el CP de 1973 podía dar lugar a alguna duda respecto a si quedaba incluido el uso de la fuerza para salir: “son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajena (...) empleando fuerza en las cosas”, señalando que, pese a alguna sentencia aislada, doctrina y jurisprudencia daban una respuesta negativa, pero quedando zanjada la cuestión con el CP de 1995, cuya redacción excluía claramente tal posibilidad; SOUTO GARCÍA, E.M., *Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 129; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal... cit.*, p. 452, en relación a la interpretación del artículo 504 del texto refundido de 1973.

²⁰⁷ Se ha criticado la reforma por haber perdido la oportunidad de enfatizar que lo relevante es que el objeto material esté protegido (GALLEGOS SOLER, J. I., «De los robos», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Vera Sánchez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 827; SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 132).

²⁰⁸ GALLEGOS SOLER, *op. cit.*, p. 827; SOUTO GARCÍA, p. 127 ss., quien observa, no obstante, que la *vis in re* tenía cabida en el CP de 1944-73, que consideraba reos de delito de robo a los que, con ánimo de lucrarse se apoderan de cosas muebles ajena (...) empleando fuerza en las cosas. Por ello en la jurisprudencia se considera robo con fuerza en las cosas la rotura del cristal de un coche para sustraer algún objeto que se encuentra en su interior, mientras que la rotura de ese mismo cristal, para hacer un puente y llevárselo, no lo sería.

²⁰⁹ SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 134; MATA Y MARTÍN, R.- VICENTE MARTÍNEZ, R., «Artículos 237 a 242: de los robos», en *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. 3, Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 85-86.

Por otra parte, se coincide en señalar que nos encontramos a un concepto normativo de “fuerza”: la realizada a través de los medios comisivos especificados en los artículos 238 y 239, sin que proceda la aplicación analógica²¹⁰. Establece el primero de los preceptos citados que son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^º Escalamiento.
- 2.^º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.
- 3.^º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.
- 4.^º Uso de llaves falsas.
- 5.^º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Por tanto, nuestro CP considera que quedan incluidos en el robo con fuerza, como viene siendo regla constante desde el CP de 1848, los dos tipos de fractura:

²¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 5^a, Sentencia de 13 Feb. 2002, Rec. 812/2000 (ARP\2002\219) que resuelve un supuesto en el que se había ejercido palanca con la mano sobre el cajetín de monedas de un teléfono sin que el mismo resultase fracturado. La Sala apreció la existencia de hurto, y no robo con fuerza; considera improcedente extender la aplicación del art. 238 al cajetín de un teléfono, carente de cualquier elemento de la naturaleza definida en el tipo (a diferencia de los coches, caravanas etc. que contienen en su estructura los elementos contenidos en la descripción típica, susceptibles de forzamiento, como puertas o ventanas)

- *Fractura externa (o inmobiliaria)*, consistente en el “rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana”. Algunos ejemplos clásicos son los robos cometidos mediante la técnica del *butrón* (realización de un agujero en la pared), conducta que ya aparece contemplada tanto en el Digesto como en algunas leyes de nuestro Derecho histórico, o del *alunizaje* (empotrar un coche contra un escaparate²¹¹).

Se vienen estableciendo como requisitos de la fractura externa²¹²:

- 1) La aplicación de una cierta cantidad de fuerza física, suficiente para demostrar la mayor energía criminal que caracteriza al robo frente al hurto.
- 2) Que se cause un resultado de rotura o fractura en el elemento sobre el que se ejerce la fuerza, aunque la exigencia de este requisito no es cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia, constándose la existencia de dos corrientes jurisprudenciales a la hora de interpretar el término “fractura”: una amplia (que algunos han calificado de extensiva y contra reo²¹³) que la identifica con todo esfuerzo material y físico empleado sobre los medios, modos y mecanismos de seguridad o cerramiento colocados por el propietario para la protección de sus bienes, aunque no se hayan producido daños - por ejemplo, si se empuja

²¹¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en *Derecho penal. Parte especial*. Serrano Tárraga (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

²¹² Seguimos los indicados por SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 139.

²¹³ SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 139, planteando la cuestión de si se pueden considerar robo con fuerza en las cosas aquellos supuestos en los que se ejerce fuerza, pero no se llega a producir un resultado de rotura o fractura (por ejemplo, abatiendo en un punto una valla metálica o un toldo).

una puerta que fácilmente se abre sin romper o cuando se emplea destreza en lugar de fuerza, *v.gr.* desmontando la puerta o ventana²¹⁴ y otra más estricta, que, más atenta, al significado gramatical de los términos, entiende que la fractura supone una acción de romper o quebrantar, que entraña la producción de daños en la cosa²¹⁵. En cualquier caso, los resultados dañinos causados se absorben por el robo²¹⁶.

- 3) Que la rotura o fractura lo sea de una pared, techo, suelo puerta o ventana. Observa la doctrina que el precepto está redactado en sentido limitativo; nos encontraríamos ante un *numerus clausus*; si

²¹⁴ SOUTO GARCÍA, *loc. ult. cit.*, poniendo como ejemplo el resuelto por la STS de 1 de junio de 1987 (RJ\ 1987\ 4067).

²¹⁵ Y así, mientras que la STS de 22 de abril de 1985, declaró que es indiferente que con la fractura se hayan causado o no daños, la STS de 2 de marzo de 1988 (RJ\ 1988\ 1518) considera que “es un indicio valioso para poder entender que el objeto se hallaba cerrado y que se abrió mediante fractura y no por procedimientos normales el que se verifiquen daños o desperfectos en el objeto violentado de que se trate. La SAP de Córdoba, Sección 2^a, 62/1998 de 4 de mayo, ARP\ 1998\ 2302 calificó unos hechos como los descritos como constitutivos de hurto. Alguna sentencia, como la del TS de 2 de marzo de 1988, antes citada, indica que, si bien la existencia de daño no es requisito imprescindible para apreciar el delito de robo con fuerza, sin embargo, constituye un valioso indicio para poder entender que el objeto se hallaba cerrado y que se abrió mediante fractura. Más recientemente, la STS (Sala de lo Penal) 894/2021, de 18 de noviembre, estima que “no cualquier empleo de fuerza sobre las cosas efectuado por el sujeto activo del delito para acceder al lugar en el que los objetos se encuentran o para abandonar el mismo, producirá el efecto de trasmutar el hurto en robo, sino solo cuando concurran aquellos precisos medios que en el referido artículo 238 se describen”. En el supuesto en cuestión, el sujeto activo había accedido al interior del vehículo que no presentaba daño o desperfecto alguno, para sustraer ciertos efectos, por lo que se entiende que hubo hurto, y no robo con fuerza.

²¹⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 456; MUÑOZ CUESTA, *op. cit.*, p. 103 (precisando que solo cuando los daños sean absolutamente innecesarios o desproporcionados para llegar a las ocsas muebles, podrán penarse como delito independiente en concurso real con el de robo); MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 421; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 446; VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 130.

bien bajo el concepto de “pared” se ha interpretado de manera que cabe incluir cualquier elemento que sirva para delimitar un espacio cerrado, pudiendo tratarse de un automóvil, de una construcción prefabricada, de un vagón o de una caravana y con independencia del material de construcción, por ejemplo, un escaparate²¹⁷. No obstante, algunos supuestos resultan dudosos, como el corte de una valla metálica o una alambrada, existiendo jurisprudencia contradictoria²¹⁸.

4) Que gracias al resultado de rotura o fractura se pueda acceder al lugar en que la cosa se encuentra o abandonarlo.

- *Fractura interior (o mobiliaria)*, consistente en la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras²¹⁹ o descubrimiento de sus claves

²¹⁷ GALLEGOSOLER, *op. cit.*, p. 828. En este sentido, la SAP de Madrid (Sección 7ª) 406/2008 de 12 de mayo, FD 2º: “Se entiende por rompimiento o fractura la fractura física de las cosas o “fractura exterior” que supone un esfuerzo material y físico para superar los mecanismos de cerramiento, incluyéndose la fractura de persianas exteriores y la utilización de utensilios a modo de palanca, aún cuando no se produzcan desperfectos definitivos (TS 143/2001, 7-2); no comprende sólo el rompimiento o fractura de puerta o ventana, sino que abarca a las cerraduras en cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabas, fallebas, candados y sus anillas de sujeción, cadenas de seguridad o a cualquier mecanismo de cierre o seguridad ya sean mecánicos, eléctricos o electrónicos, en cuanto que el término forzar equivale a vencer los obstáculos que los propietarios colocan para proteger sus bienes (ATS 13-7-1999). Se muestra crítica contra esta línea interpretativa, que califica de extensiva, VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 136.

²¹⁸ *Vid.* VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁹ Se ha discutido si desmontar las cerraduras por el desmontaje de tornillos, sin aplicar fuerza es constitutivo de un delito de robo (en este sentido Quintero Olivares) o de hurto. A favor de esta segunda calificación se pronuncian MUÑOZ CUESTA, J., «Robo con fuerza en las cosas», *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 105 y SÁNCHEZ MORENO, *op. cit.* p. 22. En igual sentido, SAP de Castellón, Sección 1ª, 237/2008 de 22 de abril, JUR\2008\22533, FD. 3º: “la acción consistente en “desatornillar” y “forzar” los diversos tornillos no encaja en el concepto

para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. A diferencia del caso anterior, el precepto está redactado en sentido ejemplificativo.

Como elemento subjetivo del injusto, es necesaria la existencia de ánimo de lucro por parte del sujeto activo, exigencia que se remonta, al menos, a D. 47.2.53 (55) pr.²²⁰

Se coincide en señalar que el delito está consumado si se han llevado a cabo los actos de fuerza y ha existido disponibilidad, al menos potencial, sobre la cosa robada -siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración²²¹; en caso contrario, el delito se encontraría en grado de tentativa²²².

de fuerza descrito en el artículo 238.3 CP referido a la fractura interna". La SAP de Barcelona, Sección 5^a, 221/2019 de 25 de marzo, ARP\2019\883 considera que desencajar los cristales protectores de una máquina expendedora de peluches para apoderarse de los objetos de su interior constituye hurto, "porque desencajar no es fracturar o romper, como exige el art. 238 CP". La SAP de Barcelona, Sección 5^a, 243/2023 de 5 de abril, JUR\2023\258406 niega que pueda considerarse robo en la modalidad de fractura interna el supuesto en el que una de las cajas registradoras fue manipulada para acceder al dinero que se guardaba en su interior, no fracturada, lo que simplemente comporta que se manejó con las manos u otro instrumento.

²²⁰ No consideró probado el ánimo de lucro, por ejemplo, la SAP de Girona, Sección 4^a, 185/2021 de 9 de abril (JUR\2022\33880) que contemplaba el supuesto de un sujeto que había accedido al interior de una vivienda, en la que permaneció un tiempo cocinando y comiéndose unos alimentos caducados sin haber sustraído ningún objeto, habiéndose encontrado únicamente una huella suya en un cristal roto por el que no pudo entrar, debido a la existencia de una verja. El Tribunal consideró que la entrada en la casa pudo obedecer simplemente a un interés de pernoctar o guarecerse en ella, y no a un ánimo predatorio.

²²¹ Como, por ej., en el supuesto resuelto por la reciente STS (Sala Segunda) 430/2025 de 14 de mayo, 6544/2022 (JUR\2025\117179), donde los autores fueron detenidos pocos instantes después de cometidos los hechos, entendiéndose que tuvieron la plena disponibilidad de las zapatillas

Por lo que se refiere a las agravantes de este delito, aparte de las comunes con el hurto, se mantiene, como ha ocurrido siempre, la de haberse cometido en casa habitada, considerándose como fundamento de la agravación el riesgo para la vida o integridad de las personas que eventualmente puedan encontrarse en el lugar en que se efectúa el robo, de manera que se podría derivar en robo con violencia, a lo que se une el atentado contra el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio²²³. También agrava el delito el hecho de haberse cometido en edificio o local abierto al público, aunque, si se hace fuera de las horas de apertura de este, la pena es menor²²⁴.

No se contempla expresamente en sede de robo ningún tipo agravado por razón de la nocturnidad, ni en el vigente Código ni en toda la etapa codificadora. Ahora bien, existe una agravante genérica establecida en el artículo 21.2 consistente en “haber ejecutado el hecho (...) aprovechando las circunstancias de lugar o tiempo (...) que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente” (la terminología empleada hasta el Texto refundido de 1973 era la de agravante de nocturnidad).

En cuanto a las formas de participación, es curioso constatar cómo la jurisprudencia de nuestros tribunales estima que la entrega de instrumentos que facilitan la comisión del robo constituye una

deportivas sustraídas del interior de un vehículo entre el momento del apoderamiento y el de la identificación y cacheo policial.

²²² SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, 143; GALLEGOS SOLER, *op. cit.*, p. 830.

²²³ GALLEGOS SOLER, *op. cit.*, p. 833; SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 159.

²²⁴ Esta última puntualización fue introducida con la reforma LO 1/2015, para poner fin a las dudas suscitadas en la aplicación práctica de la agravación.

actividad de cooperación necesaria (así, por ejemplo, la entrega de las llaves del piso a quienes materialmente efectúan el robo)²²⁵. Es la misma solución vista en I. 4.1.11 y D. 47.2.55(54).4 (Gai. 13 *ad ed. prov.*) respecto a quienes prestaban las escalas para poner bajo las ventanas o las herramientas para fracturar. Respecto a las tareas de vigilancia, se señala la necesidad de valorar en cada caso concreto la aportación del vigilante para la consecución del apoderamiento, lo que permitirá distinguir los supuestos de complicidad de los de cooperación necesaria²²⁶.

Por último, resta señalar las penas establecidas para el robo con fuerza en las cosas, que, son, en la actualidad:

- 1) Para el tipo básico: de uno a tres años de prisión (artículo 240.1)
- 2) Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el 235, que agravan el hurto (artículo 240.2), así como el cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público (salvo que sea fuera de horas de apertura), o en cualquiera de sus dependencias (artículo 241): de dos a cinco años de prisión.
- 3) Cuando el robo cometido en casa habitada, etc., revista especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados, y en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235: de dos a seis años de prisión (artículo 241.4).

²²⁵ MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 365; STS de 17 de diciembre de 1973 y STS (Sala 2^a, de lo Penal) 1 de marzo de 1988 (JUR\1988\5313).

²²⁶ MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 366.

5. Conclusiones

I. En la Compilación justinianea se agruparon bajo el título *De effractoribus* dos conductas: la de quienes cometan hurto con fractura y la de quienes se fugan de la cárcel con fractura, figura esta última que, con el andar del tiempo, dará lugar al delito de quebrantamiento de condena, siendo el único factor aglutinador de ambos tipos el medio empleado.

II. La sustracción de objetos muebles mediante efracción ha sido considerada históricamente como un hurto cualificado, correspondiéndole penas más elevadas que las que comporta el hurto simple, por el mayor reproche que merece la conducta de quien vence las barreras de protección de la cosa puestas por el dueño y por la alarma que genera, pero sin llegar a quedar incluido en el concepto de robo, que tradicionalmente se ha identificado con la rapiña del Derecho romano, teniéndose por tal la sustracción en la que media empleo de violencia o intimidación, a excepción de alguna opinión doctrinal aislada. No será hasta la codificación cuando la efracción quede incluida en la categoría de robo en nuestro ordenamiento jurídico, si bien las penas impuestas son siempre más leves que las correspondientes al robo con violencia o intimidación.

III. La persecución como *extra ordinem* de determinados hurtos cualificados, entre ellos el cometido mediante *effractura*, comienza en el siglo II d.C. En la estructura del tipo del *crimen effractionis* aparecen algunos elementos que se mantienen inalterables a lo largo

de la historia: la necesidad de que el objeto sustraído sea mueble y ajeno, el requisito del ánimo de lucro y, como medio comisivo, la fractura, que, en Derecho romano, como en la actualidad, podía ser tanto externa como interna.

IV. Preocupaba a los juristas romanos, como preocupa hoy, el problema del *crimen effractionis* intentado, pero no consumado. Mientras que en Roma la conducta no sería constitutiva de hurto (sin perjuicio de poder llegar a encajar, en su caso, en otras figuras delictivas, como la *iniuria*) en la actualidad se distingue entre robo intentado y consumado, aunque su delimitación en la práctica pueda suscitar dificultades.

V. En cuanto a la participación, la tendencia histórica ha sido, desde el Derecho romano, la equiparación de los cómplices, encubridores, etc. a los autores materiales del robo con fractura a efectos de pena. En la actualidad, la necesidad de distinguir entre cómplice y cooperador necesario exige valorar en cada caso la contribución de cada partícipe en el robo, por ejemplo, para apreciar los efectos de la vigilancia en el caso concreto; si bien la entrega consciente de útiles que faciliten el robo con fuerza se viene considerando como cooperación necesaria, al igual que ocurría en el Derecho romano.

VI. La penalidad de esta figura ha evolucionado notablemente a lo largo de la historia, de modo paralelo al desarrollo histórico del propio Derecho penal. En principio la represión de la *effractura* era arbitraria dentro de unos límites máximos; la penalidad aumentaba, lógicamente ante la existencia de agravaciones. El carácter arbitrario de la pena se mantiene a lo largo del Derecho histórico y, en algunos

periodos, la comisión de un hurto cualificado por la efracción, independientemente del importe y aun siendo el primero, podía conducir al sujeto activo a la horca. Muchos juristas trataron de proporcionar interpretaciones más benignas para limitar el número de supuestos merecedores de la pena capital.

VII. Finalmente, ha de concluirse que, si bien las penas del robo con efracción han variado notablemente si las comparamos con el punto de partida romano, sin embargo, la tipificación de las conductas, la mayoría de los requisitos (necesidad de que el objeto sea cosa mueble ajena, exigencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, medios comisivos -fractura interna y externa) y algunas de sus agravantes, como la de haberse cometido el delito en casa habitada, no se aleja especialmente de ellas.

Como muestra de ello, basta releer, una vez más, el artículo 238 del CP, que considera robo con fuerza en las cosas, entre otros, el cometido con escalamiento (como los antiguos *directarii*); con rompimiento de pared (evocando así la acción de aquel caballero romano condenado por Marco Aurelio tras haber *effracto perforatoque pariete*) o fractura de puerta o ventana (recordamos aquí todos los textos referidos a la fractura de *fenestras vel ostium*), o - como ya señalaba D. 1.15.3.2- con fractura de armarios, arcas, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados (*vel cella vel armarium vel arca*).

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979.

ALBERICO DE ROSATAE, *In secundam Codicis partem Commentaria*, Venetiis, 1685.

ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, parte II, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1796.

ANGELI VBALDI, Perusini, *in I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria*, Venetiis, 1579.

AZCUTIA, M., *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876.

BALDO DEGLI UBALDIS, *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1577.

— *Commentaria in sextum Codicis libris*, Lugduni, 1585.

BALZARINI, M. *Richerche in tema di danno violento e rapina nel Diritto romano*, CEDAM, Padova, 1969.

— «In tema di repressione “extra ordinem” del furto nel Diritto classico», *BIDR*, 72, 1969, pp. 203-311.

BARTOLO A SAXO FERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani, tomus octavus. In secundam atque tertiam Codicis partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1590.

- BESELER, G. «Einzelne Stellen», *ZSS*, vol. 43, no. 1, 1922, pp. 535-556.
- BRASIELLO, s.v. «rapina», *NNDI*, t. 14, p. 768.
- BIONDI, B., *Successione testamentaria. Donazioni*, Giuffré ed., Milano, 1943.
- BRISSOT DE WARVILLE, *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix penales en France sans nuire à la sûrete publique*, Paris, 1781.
- BRUNEMANN, J. *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, opus theoretico-practicum...* t. II, Coloniae Allobrogum, 1762.
- BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano*, UTET, Torino, 1964
- CANNATA, C.A. *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico, en Scritti Scelti*, I, Giappicheli ed., Torino, 2011, pp. 125-138.
- CARNAZZA-RAMETA, G., *Studio sul Diritto penale dei romani*, L' Erma" di Bretschneider, Roma, 1972.
- CARPZOV B., *Jurisprudentia forensis romano-saxonica secundvm ordinem constitutionum in foro*, vol. II, ex officina Thomae Fritschii, Lipsiae, 1721.
- CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minores*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999.
- CINUS PISTORIENSIS, *Codice & Digesto veteri lectura*, Lugduni, 1547.
- CROPP, F. *De praceptoris iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi dissertatio*, Typis Engelmanni et Mederi, Heidelberg, 1813.

CUIACIUS, J., *Opera Parisiensem Fabrotianam editionem, diligentissime exacta in tomos XIII distributa*, ex officina fratr. Giacchetti, Prati, 1836-1844.

DE CASTRO, P., *In secundam Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1583.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., «Antecedentes históricos de la violación de domicilio», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, t. X, BOE-AIDROM, 2021, pp. 201-214.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. - MALAVÉ OSUNA, B., «La responsabilidad del *horrearius* por las mercancías depositadas en los almacenes», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. VII, BOE-AIDROM, 2021, pp. 2.271- 2.290.

DU BOYS, A. *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de Josñe María Pérez, Madrid, 1872.

DU CANGE, *Glossarium medieae et infimae latinatitidis*, t. III, Instituti Regii Franciae Typographi, Parisiis, 1844.

ERNOUT, A.- MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Retirage de la 4^e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André, Klincksieck, París, 2001

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta de Eduardo Cuesta, cuatro tomos, Madrid, 1874-1876.

FALCHI, G. F., *Diritto penale romano. Vol I. Dottrine generali*, 2^a ed., Zannoni editore, Padova, 1937.

— *Diritto penale romano*, vol. II, *I singoli reati*, Zannoni editore, Padova, 1932.

FARINACII, P., *Praxis et theoricae criminalis, partis tertiae, tomus secundus*, sumptibus Horatii Cardon, Lugduni, 1634.

FERRINI, C., *Derecho penal romano*, trad. Pérez Alonso *et al.*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo, 2017.

FITTING, H., *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965.

GALLEGOS SOLER, J. I., «De los robos», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Vera Sánchez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 824-851.

GARCÍA GOYENA, F., *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, t. II, Librería de los señores viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1843.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., «Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo», *Revista Portuguesa de História*, t. IV, vol. 1, 1949, pp. 211- 251.

GARCÍA SÁNCHEZ, J.- GARCÍA FUEYO, B., *Diego de Covarrubias y Leyva. Summa, de delictis et eorum poenis. Año 1540. (Primer tratado de Derecho penal, parte especial, de Europa)*, SPU Oviedo, 2018.

GOMEZIO, A., *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, communis & Regii, tomus tertius & ultimus De delictis*, Salamancae, 1555.

GUILLOT ALIAGA, D., «Los delitos de robo y hurto en la codificación penal española del siglo XIX», *Tradición e influencia extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Masferrer, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 955-982.

GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866.

GROAG, s.v. «Erucius», *RE*, VI.1, col. 552

HEUMANN, H.G.-SECKEL, E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9. Auflage, neu bearbeitet von Seckel, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.

JONES, A.H.J., *The criminal courts of the roman republic and principate*, Basil Blackwell, Oxford, 1972

JÖRS, *RE*, III-2 s.v. «Scaevola 1» (1988-1993).

KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel, 9^a ed., Ariel, Barcelona, 1985.

LANCIANI, R., *L'antica Roma*, Laterza, Roma-Bari, 1981.

LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Edición digital basada en la de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782 (https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/discurso-sobre-las-penas-contraido-a-las-leyes-criminales-de-espana-para-facilitar-su-reforma--0/html/dcb73996-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_2.html#I_11_)

LASSO GAITÉ, J.F., *Crónica de la Codificación española. Codificación Penal*, t. 5, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LECRIVAIN, s.v. «tresviri, triumviri», *DS*, t. 5, p. 413.

LEVY, E. «Die römische Kapitalstrafe», *Gesammelte Schriften*, t. II, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1963, pp. 325-378.

LICANDRO, O., *Domicilium. El principio dell'inviolabilitá dalle XII Tavole all'età tardoantica. Lezioni di Esegesi*, Giappichelli ed., Torino, 2009.

LÓPEZ-GÜETO, A., «La indignidad para suceder de los herejes en la Novela 115.3 y su recepción en el Derecho castellano», en *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal: temas y ejemplos* (Montañana Casaní- Lázaro Guillamón, ed.), Universitat Jaume I- BOE, 2023, pp. 342-280.

LÓPEZ-HUGUET, M.L., *El régimen jurídico del domicilio en el Derecho romano* (tesis), Universidad de la Rioja, 2012 (disponible en <https://investigacion.unirioja.es/documentos/5c13b154c8914b6ed3776502>)

LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore como limite allá responsabilità contrattuale*, Vol. I, Milano, 1938.

MANFREDINI, A., *Contributo allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, Giuffrè ed., Milano, 1977

MASI DORIA, C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Jovene ed., Napoli, 1996.

MATA Y MARTÍN, R. «Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 5-6, 1996-1997, pp. 277-310.

MATA MARTÍN, R.- VICENTE MARTÍNEZ, R., «Artículos 237 a 242: de los robos», en *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. 3, Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

MATTHAEI, A., *De criminibus ad lib. 47 et 48 Dig. Commentarius*, ed. quinta, Antwerpiae, 1761.

MANZINI, V., *Trattato del furto e delle varie sue especie*, II, Torino Unione Tipografico editrice, Roma-Napoli-Milano, 1905.

MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationumquae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, 3 tomos, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1929-1935.

MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, 2 tomos, La España Moderna, Madrid, 1999.

MUÑOZ CUESTA, J., «Robo con fuerza en las cosas», *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

PASCUAL LÓPEZ, S., «El Derecho germánico y la paz de la casa» *AFD de Extremadura*, 24, 2006, p. 225-231.

PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 2^a ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856.

— *Lecciones*, 5^a ed., Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1887.

PEREDA, J., «*Famosus latro*», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 15 (1), 1962, pp. 5-22.

PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Giuffrè editore, Milano, 1996.

PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999.

PIZZURI, G., s.v. «rapina», *ED*, t. 38.

PORRAS ARBOLEDAS, P. A. «El Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400) Un nuevo manuscrito», *CHD*, 10, 2003, pp. 209-234.

POTHIER, R.J., *Pandectae Justinianeae mis dans un nouvel ordre*, t. XX, Dondey-Du Pré, Paris, 1823.

PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti*, II, Jovene Ed., Napoli, 1985, pp. 651-720.

PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilitad y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general*, viuda de Luis Sánchez, Madrid, 1628.

PULITANO, F., «Bonorum possessio dimidiae partis» e «accussatio capitum» in una costituzione dei «divi fratres», *Rivista di Diritto Romano ledonline*, III, 2003.

REIN, W., *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* Leipzig, 1844.

REMIGII DE GONNI, *De immunitate ecclesiarum*, Tolosae, 1550.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «La distinción hurto-robo en el derecho histórico español», *AHDE*, 32, 1962, pp. 25-112.

ROMANO, L., «*Ordinamenti oschi e diritto pubblico romano: "tresviri capitales" nella tavola bantina?*», en *INDEX*, 44, 2016, pp. 91-99.

SAÍNZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaen, 2004.

SALA BAÑULS, J., *Digesto romano español*, t. II, 2^a ed., Imprenta Viuda de Domínguez, Madrid, 1856.

SÁNCHEZ MORENO, J., *El robo con fuerza en las cosas*, Bosch, Barcelona, 2000.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J., «'Hurto, furtum possessionis, robo', robo y hurto de uso de vehículos de motor, usurpación» en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva (dir.). Dykinson, Madrid, 2015.

SANTALUCIA, B. «'Crimen furti'. La repressione straordinaria del furto nell'età del principato», en *Derecho romano de obligaciones Homenaje a JL. Murga Gener*, Madrid, pp. 785-797.

— *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2^a ed., Giuffré editore, Milano, 1998.

SANTOS JUSTO, A., *Direito privado*, tomo V, *Direito das Sucessões e Doações*, Coimbra editora, 2009.

SMITH, W. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, vol II, 1867.

SOUTO GARCÍA, E.M., *Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SPINA, A., *Q. Cervidius Scaevola. Qvaestionum libri XX, «L'Erma di Bretschneider»*, Roma-Bristol, 2021.

TORRENT RUIZ, A, *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005.

TORRENT RUIZ, A, «Concurrencia y paralelismos entre la *actio legis aquiliae* y la *actio furti*». *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, vol. 1, 26, 2021, pp. 1-63,
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18172>

TORRENT RUIZ, A. «Paralelismos y diferencias entre la *Actio legis aquiliae* y la *Actio vi bonorum raptorum*», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 653-701.
<https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.653-701>

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en *Derecho penal. Parte especial*. Serrano Tárraga (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

VICENTE MARTINEZ, R., *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015

VIGNEAUX, P.E., *Essai sur l'histoire de la Praefectura Urbis à Rome*, Thorin et fils, Paris, 1836.

VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense o Tratado único Universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes en género y especie*, t. 3, Librería Hispano francesa de la Rosa, Paris, 1827.

VIZMANOS, T.M.-ÁLVAREZ MARTINAC, C., *Comentarios al Código Penal*, t. II, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986.