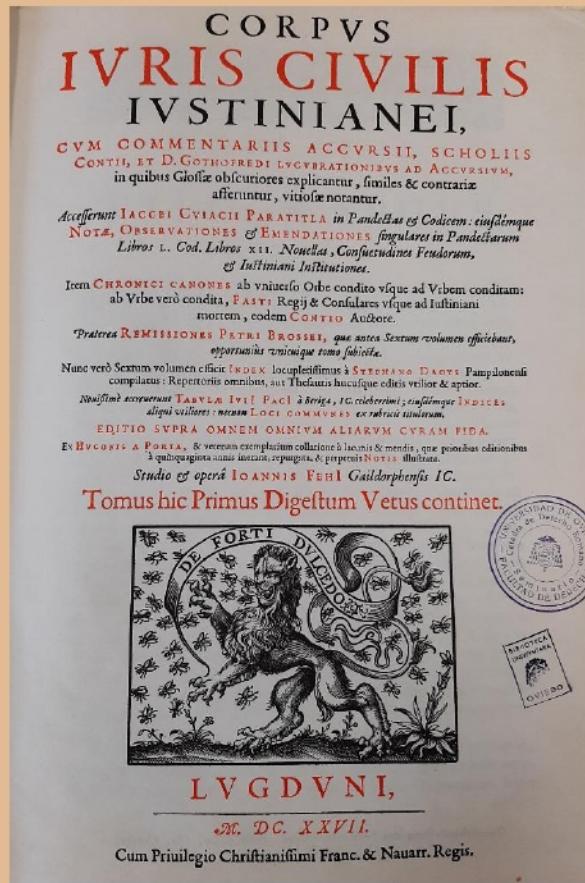


# RIDROM

## REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO



Universidad de Oviedo

ISSN 1989-1970

Octubre 2025 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



## ÍNDICE NÚMERO 35 Octubre 2025

### ARTÍCULOS

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

1

La *actio de dolo* y el *stellionatus*; orígenes romanos y su influencia en la regulación moderna de la estafa en España.

*The action de dolo and stellionatus: Roman origins and their influence on the modern regulation of fraud in Spain.*

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES

138

Los juicios de *repetundis* y su trasfondo político en época de Cicerón.

*De repetundis trials and their political background in Cicero's time.*

LORNA GARCÍA GÉRBOLES

183

Las *statuas in civitate positas* y su régimen de propiedad.

*The statuas in civitate positas and their regime of ownership.*

RAMIRO GRAU CELMA

223

El testamento de las mujeres piadosas en las constituciones imperiales del Bajo Imperio.

*The testament of pious women in the imperial constitutions of the Late Roman Empire.*

AURORA LÓPEZ GÜETO

252

El delito de *furtum* en la *specificatio* y en otras figuras afines.

*The delict of furtum in specificatio and similar legal constructs.*

HENAR MURILLO VILLAR

292

## RECENSIONES

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ: *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad.* Comares, 2024, ISBN: 978-84-1369-717-8, 636 páginas.

JAVIER RONCERO NÚÑEZ

336

FEDERICA BERTOLDI: *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei,* Roma TrE-Press, 2025, ISBN: 979-12-5977-442-2, 257 páginas.

ANA VÁZQUEZ LEMOS

343

## VARIA

Crónica del XXVI Congreso Internacional y XXIX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano “*Crimina et Delicta en el Derecho Romano y su recepción*” en homenaje a la profesora Rosa Mentxaka Elexpe, celebrado en San Sebastián, País Vasco, los días 9, 10 y 11 de abril del 2025.

CARLOS MARÍA ANTUÑA SUÁREZ

359

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO (RIDROM). ISSN-1989-197**

**DIRECCIÓN**

**Margarita Fuenteseca Degeneffe**, Catedrática de Derecho Romano. Universidad de Vigo

**Alfonso Murillo Villar**, Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Burgos

**Armando Torrent Ruiz**, Catedrático de Derecho Romano. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

**SUBDIRECCIÓN**

**Aránzazu Calzada González**, Catedrática de Derecho Romano. Universidad de Alicante

**Teresa Duplá Marín**, Catedrática de Derecho Romano. Universidad Ramón Llull ESADE de Barcelona.

**Justo García Sánchez (†)**, Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

**Carmen López-Rendo Rodríguez**, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

**SECRETARÍA CIENTÍFICA**

**Patricia Panero Oria**, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Barcelona

**Alicia Valmaña Ochaita**, Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Castilla-La Mancha

**COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR INTERNACIONAL**

**José Luis Alonso**, Catedrático. Universidad de Zúrich. Suiza.

**Mirta Beatriz Álvarez**, Catedrática. Universidad de Buenos Aires. Argentina

**Carlos Amunátegui**, Catedrático. Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile

**Lorena Atzeri**, Catedrática, Università degli Studi di Milano Statale

**Feliciano Barrios**, Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha, de la Real Academia Española de la Historia. España

**Myriam Benarros**. Mestre em Direito Romano e Sistemas jurídicos. Professora de História do Direito e Direito Civil. Centro Universitário CEUNI-FAMETRO,

Manaus-Amazonas, Brasil

**Rafael Bernad**, Catedrático. Universidad Católica Andrés Bello de Caracas

**Fabio Botta**, Catedrático. Universidad de Cagliari. Italia

**Chiara Buzzacchi**, Catedrática. Universidad de Milano-Bicocca. Italia

**Fermín Camacho De los Ríos**, Catedrático. Universidad Miguel Hernández de Alicante.

**Consuelo Carrasco García**, Profesora Titular. Universidad Carlos III de Madrid. España

**Javier Carrascosa González**, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Murcia. España

**Patricio Carvajal**, Profesor Asociado. Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile.

**Paula Domínguez Tristán**, Profesora Titular. Universidad de Barcelona. España

**Maurilio Felici**, Profesor Titular. Universidad de Roma LUMSA. Italia

**Thomas Finkenauer**, Catedrático. Universidad de Tübingen. Alemania

**María Ángeles Herrera García**, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Burgos, España.

**María de la Fuente Hontañón**, Profesora Principal en el Área de Derecho privado, en la Universidad de Piura. Campus Lima. Perú

**Julio García Camiñas**, Catedrático. Universidad de A Coruña. España

**Luigi Garofalo**, Catedrático. Universidad de Padua. Italia

**Carmen González Carrasco**, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha. España

**Gábor Hamza**, Catedrático. Universidad ELTE de Budapest, de la Academia de Ciencias de Hungría

**Ramón Herrera Bravo**, Catedrático. Universidad de Jaén. España

**Eva Jakab**, Catedrática, Universidad de Szeged, Hungría

**Adela López Pedreira**, Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. España

**Giovanni Luchetti**, Catedrático. Universidad de Bolonia. Italia

**Belén Malavé Osuna**, Profesora Titular. Universidad de Málaga. España

**Dario Mantovani**, Catedrático. Universidad de Pavía, Director del CEDANT. Italia

**Carla Masi Doria**, Catedrática. Universidad Federico II, Nápoles. Italia

**Fabiana Mattioli**, Catedrática. Universidad de Bolonia. Italia

**Rosa Mentxaka Elexpe**, Catedrática. Universidad del País Vasco. España

**Carmen Meza Ingar**, Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Perú

**Marilina Miceli**, Profesora Adjunta Interina, en la materia Derecho Romano, Universidad de Buenos Aires (UBA), Asociada a la cátedra de Derecho Romano en la Universidad Argentina J.F. Kennedy (UAJFK) y docente titular en Derecho

romano en la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Argentina

**Lidia Noriega Rodríguez**, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Vigo

**Esperanza Osaba**, Catedrática. Universidad del País Vasco. España

**María Dolores Parra Martín**, Profesora contratada doctora. Universidad de Murcia. España

**Martin Pennitz**, Catedrático. Universidad de Innsbruck. Austria

**Xesús Pérez López**, Profesor Titular. Universidad Rey Juan Carlos. España

**Pascal Pichonnaz**, Catedrático. Universidad de Friburgo, Suiza

**Paul du Plessis**, Catedrático. Universidad de Edimburgo. Escocia

**Johannes Platschek**, Catedrático. Ludwig Maximilians Universität München, Leopold Wenger Institut für Rechtsgeschichte. Alemania

**Eva Polo Arévalo**, Profesora Titular. Universidad Miguel Hernández de Alicante. España.

**Gema Polo Toribio**, Profesora Contratada Doctora. Universidad de Castilla-La Mancha. España

**Michael Rainer**, Catedrático. Universidad de Salzburgo. Austria

**Pedro Resina Solá**, Catedrático. Universidad de Almería. España

**Luis Rodríguez Ennes**, Catedrático. Universidad de Vigo

**José Domingo Rodríguez Martín**, Catedrático. Universidad Complutense de Madrid. España.

**Ramón Rodríguez Montero**, Profesor Titular. Universidad de A Coruña. España

**Carlos Sánchez-Moreno Ellart**, Profesor Titular. Universidad de Valencia. España

**Laura Sancho Rocher**, Catedrática de Historia Antigua, Universidad de Zaragoza

**Antonio Dos Santos Justo**, Catedrático. Universidad de Coímbra. Portugal

**Claudia Somavilla**, Profesora Asociada de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Argentina

**José Ángel Tamayo Errazquin**, Profesor Titular. Universidad del País Vasco. España

**Gema Tomás Martínez**, Catedrática. Universidad de Deusto. España

**Andrea Trisciuglio**, Ordinario. Universidad de Turín. Italia

**Bernard Keith Vetter**, Catedrático. Loyola University of New Orleans

**María Vital Da Rocha**, Profesora Universidad FA7. Fortaleza. Brasil

## EDITORIAL

Universidad de Oviedo



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 Escriche<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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 Lanciani<sup>2</sup>.

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 Manzini<sup>3</sup>; o en la destreza necesaria para esta empresa, lo que justifica, a juicio de Rein<sup>4</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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".

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

<sup>4</sup> 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*: romper<sup>5</sup>) 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. Isidoro<sup>6</sup>, se refiere al *effractor* como quien rompe las cerraduras - *effractor, quod sit expugnator claustrorum-*; Du Cange<sup>7</sup> 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-Seckel<sup>8</sup> 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*<sup>9</sup> leemos que el *effractor* es el ladrón que rompe lugares cerrados -*fur, qui loca clausa effringit*-. De acuerdo con ello, Ferrini<sup>10</sup> conceptúa al *effractor* como aquél que,

---

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

<sup>6</sup> ISID., *Etym.*, 10.92.

<sup>7</sup> DU CANGE, *Glossarium medieae et infimae latinatitatis*, t. III, Institutio Regii Franciae Typographi, Parisiis, 1844, p. 14.

<sup>8</sup> 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, aufbrechem, erbrechem (...)* Añaden un segundo significado: evadirse mediante fractura de la cárcel: *carcere effracto evadere*.

<sup>9</sup> *TLL*, s.v. «effractor», p. 200.

<sup>10</sup> 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 descerrajamiento<sup>11</sup>. 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 Sala<sup>12</sup> 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

---

<sup>11</sup> 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*.

<sup>12</sup> SALA BAÑULS, J., *Digesto romano español*, t. II, 2<sup>a</sup> 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 arcaico<sup>13</sup> o el griego<sup>14</sup>. 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*<sup>15</sup>, magistrados menores con funciones

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 criminal<sup>16</sup>, 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 sociales<sup>17</sup>, 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.

<sup>16</sup> 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 animadvertiseret 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.

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

intervención rápida y eficaz, casi “de carácter administrativo”<sup>18</sup>, una *castigatio* de carácter policial<sup>19</sup>.

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. 50<sup>20</sup>. *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.*)<sup>21</sup>. Aparece así el

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> SANTALUCÍA, *op. cit.*, *Diritto e proceso...cit.*, p. 92 ss.

<sup>20</sup> *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).

<sup>21</sup> 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 Balzarini<sup>22</sup> 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 destacado<sup>23</sup> 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>.

<sup>22</sup> 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*.

<sup>23</sup> 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 hurto<sup>24</sup>, entre otros antiguos *delicta* privados, pasó a ser objeto de persecución como *crimen*; como señala Santalucía<sup>25</sup> 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 simples<sup>26</sup>. En todo caso, disponemos del testimonio de Ulpiano<sup>27</sup>, que señala que en su época la persecución del hurto era más frecuente por vía criminal:

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> SANTALUCÍA, B., «Crimen furti...», *cit.*, p. 791.

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

<sup>27</sup> 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*<sup>28</sup>-, sino porque pareció que se debía castigar también con pena extraordinaria la temeridad de los actores<sup>29</sup>.

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 Pugliese<sup>30</sup>, han cuestionado tal posibilidad de elección, por entender interpolado este inciso final del fragmento y porque no parece acorde con otros pasajes del

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 714, n. 157.

Digesto<sup>31</sup>. Balzarini<sup>32</sup>, 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 Scaevola<sup>33</sup>, 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

---

<sup>31</sup> 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.

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

<sup>33</sup> Sobre este jurista *vid.* SPINA, A., *Q. Cervidius Scaevola. Qvaestionum 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 criminal<sup>34</sup>, 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*<sup>35</sup>.

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 fortuna<sup>36</sup>- *ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt*.

---

<sup>34</sup> FALCHI, *op. cit.*, vol. II, p. 234.

<sup>35</sup> Sin interpolaciones referidas en el *Index Int.*

<sup>36</sup> 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 arca<sup>37</sup> *-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*<sup>38</sup>.

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).

<sup>37</sup> 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.*

<sup>38</sup> *Vid. infra*, apartado 2.6.

justificación del homicidio<sup>39</sup>. 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.*<sup>40</sup>

- 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

<sup>39</sup> 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).

<sup>40</sup> Fragmento sin interpolaciones referidas en el *Index Int.*

día han de ser condenados, después del castigo de palos, a las obras, perpetua o temporalmente<sup>41</sup>.

- 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 pubpii temporari modum non egrediendum. Idem et in balneariis furibus.*

- *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.*)<sup>42</sup>. En la Coll. 1.3.1.2<sup>43</sup> se transmite la aclaración de Ulpiano, en el sentido de que esta ley no castiga a todo el que haya

<sup>41</sup> 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.

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

<sup>43</sup> 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 Ferrini<sup>44</sup> 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 causa<sup>45</sup>, 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.

---

<sup>44</sup> FERRINI, *op. cit.*, p. 214, n. 102.

<sup>45</sup> 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)<sup>46</sup>–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*<sup>47</sup>, 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*:

---

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

<sup>47</sup> En igual sentido se pronuncia POTHIER, 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.<sup>48</sup>, entre otras conductas, castigaba la entrada violenta en casa ajena *-introire in*

---

<sup>48</sup> 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)<sup>49</sup>-, 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 incurrián en el crimen de *vis publica* quienes, haciendo sedición, hubiesen atacado casas *-villas*<sup>50</sup>, 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 otros<sup>51</sup>.

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. 5.3.3<sup>52</sup>. *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.*

---

<sup>49</sup> 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* y la pena pecuniaria se destinaba al mismo acusador víctima de 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.

<sup>50</sup> 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.*

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

<sup>52</sup> 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*<sup>53</sup>-, 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.*

---

<sup>53</sup> 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 tentativa<sup>54</sup>, 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

---

<sup>54</sup> 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 autores<sup>55</sup> 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 interpolado<sup>56</sup>, 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”:

---

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

<sup>56</sup> 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-Rametta<sup>57</sup> 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 Cropp<sup>58</sup>, 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 dueño<sup>59</sup>, lo cual no quiere decir, como se desprende de los pasajes citados, que dichas tentativas quedaran

---

<sup>57</sup> CARNAZZA- RAMETTA, *op. cit.*, p. 146.

<sup>58</sup> CROPP, *op. cit.*, p. 138.

<sup>59</sup> 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 ajeno<sup>60</sup>.

### 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 obstitit 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,*

---

<sup>60</sup> *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 que 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 Falchi<sup>61</sup> 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.*

---

<sup>61</sup> 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 exceder<sup>62</sup>, 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*.

---

<sup>62</sup> 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 relegación<sup>63</sup>, 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*

---

<sup>63</sup> 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 ciudadanía<sup>64</sup>. La posible condena a minas para el hurto con efracción aparece también en D. 38.2.48.pr (Scaev. 2 *resp.*)<sup>65</sup>.

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.*

---

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

<sup>65</sup> 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 Santalucía<sup>66</sup> 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:

---

<sup>66</sup> 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 capital<sup>67</sup>.

En el fragmento siguiente, el mismo jurista da noticia de un rescripto del emperador Antonino Pio dirigido a Erucius Clarus<sup>68</sup>,

---

<sup>67</sup> 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.*

<sup>68</sup> 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*<sup>69</sup>.

D. 1.15.3.2 (Paul. 1. 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.<sup>70</sup>, 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 (...)*

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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 oficio<sup>71</sup>, lo que no impedía que la víctima pudiera formular, si lo deseaba, la oportuna *accusatio*<sup>72</sup>.

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*<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> 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.

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

<sup>73</sup> PULITANO, F., «Bonorum possessio dimidiae partis» e «accussatio capitis» 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 capital<sup>74</sup>. Nos encontramos con una causa de indignidad para suceder<sup>75</sup> 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 indignidad<sup>76</sup> 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.*)<sup>77</sup>; sin

---

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

<sup>75</sup> Como tal la califica ALBANESE, *op. cit.*, p. 64, n. 226.

<sup>76</sup> *Vid.* los recopilados por VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, 2<sup>a</sup> 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.

<sup>77</sup> 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 est*<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> 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*<sup>79</sup>-, 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 ciudadanía<sup>80</sup>. Comportaban pérdida de libertad el trabajo en las minas de por vida (*damnatio ad metalla*) o la condena a trabajos públicos -*opus publicum*<sup>81</sup>. La pérdida de ciudadanía venía

---

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> HEUMANN-SECKEL, “capitalis” BERGER, *Enciclopedic Dictionnary...cit.*, p. 43 y 633; CARNAZZA-RAMETA, *op. cit.*, p. 233.

determinada por penas como la *interdictio aquae et igni*<sup>82</sup> o la *deportatio*<sup>83</sup>. 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 Accursio<sup>84</sup> que para que esto

---

<sup>82</sup> 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<sup>a</sup> ed., Ariel, Barcelona, 1985, pp. 36 y 72; ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, trad. de la 2<sup>o</sup> ed. it. De Pelsmaeker e Ivañez, 5<sup>o</sup> 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.

<sup>83</sup> 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; HEUMANN-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.*

<sup>84</sup> 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 Doria<sup>85</sup>, 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*<sup>86</sup>.

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 Accursum, 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.*

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

<sup>86</sup> 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 Juliano<sup>87</sup>:

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

---

<sup>87</sup> 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:

- Balzarini<sup>88</sup> 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.
- Pugliese<sup>89</sup>, 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

---

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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 Santalucía<sup>90</sup> 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 almacén<sup>91</sup> con la finalidad de acotar la responsabilidad del dueño de este.

---

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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 almacén<sup>92</sup>, el inciso *nisi custodiam eorum recepit* está interpolado<sup>93</sup>.

---

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*.

<sup>92</sup> 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*.

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

Respecto a la expresión *propter aedificiorum notitiam*, indica Godofredo<sup>94</sup> 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 Baldo<sup>95</sup> 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.

<sup>94</sup> 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*.

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

depositado<sup>96</sup> 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 clientes<sup>97</sup>. Para Accursio<sup>98</sup> 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.*

---

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 121.

<sup>98</sup> 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 autores<sup>99</sup>, como Arangio Ruiz<sup>100</sup>. 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*<sup>101</sup>, *cauponum et stabulariorum*<sup>102</sup>: una

---

<sup>99</sup> *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).

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

<sup>101</sup> 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 efracción<sup>103</sup>.

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*<sup>104</sup>, como la *effractura*<sup>105</sup>. En apoyo de esta explicación, Luzzato<sup>106</sup> 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.

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

<sup>103</sup> 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*.

<sup>104</sup> LUZZATTO, *op. cit.*, p. 230; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 12.

<sup>105</sup> 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*.

<sup>106</sup> LUZZATTO, *op. cit.*, p. 230.

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

### 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 grave<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> 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."

<sup>108</sup> 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 Gutiérrez<sup>109</sup> 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<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 1991, p. 426; MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p 280.

<sup>109</sup> 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 morir<sup>110</sup>.

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 escritorios<sup>111</sup>:

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 ajenas, si es sorprendido con cualquier tipo de arma:

---

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

<sup>111</sup> 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*<sup>112</sup> 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:

---

<sup>112</sup> 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. anhedio, 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 violencia<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> 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 Mourullo<sup>114</sup> que en el *Liber* se castigan unos hurtos normales con la pena del duplo, como en el Derecho romano<sup>115</sup>, y unos hurtos que califica de agravados con el nónuplo.

A su vez, también cabría distinguir en dicho cuerpo legal entre dos tipos de robo<sup>116</sup>: 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*

---

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 56 ss.

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

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 63.

cogatur exolvere. *Quod si non habuerit, unde conponat, ipse sine dubio serviturus 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. 9.14.2<sup>117</sup>.

- 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 que 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

---

<sup>117</sup> Int. CTh. 9.14.2 *Si quis ad faciendam rapinam aut iter agentem aut domum nocturnus ex spoliator aggreditur, qui vim sustinet, tainus 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)<sup>118</sup>.

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 fuerza<sup>119</sup> 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

---

<sup>118</sup> 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.*

<sup>119</sup> 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 Gutiérrez<sup>120</sup> 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 severas<sup>121</sup>:

---

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

<sup>121</sup> 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 fractura<sup>122</sup> en una casa o iglesia con ánimo de cometer hurto, se establecía la pena de muerte (incluso aunque se tratase del primero)<sup>123</sup>.
- 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 orejas<sup>124</sup>. 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 literatura<sup>125</sup> y en las obras de criminalistas españoles de los siglos siguientes<sup>126</sup>.
- 3- En caso de reincidencia, se establecía la pena de muerte. No obstante, Gregorio López<sup>127</sup> advierte que ni ha visto observado

---

costumbres españolas del siglo XIII".

<sup>122</sup> 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.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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).

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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 Real<sup>128</sup>. Como observa Mata y Martín<sup>129</sup>, esta

---

<sup>128</sup> 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 aplicación<sup>130</sup>- 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.

<sup>129</sup> MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 284.

<sup>130</sup> 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. 7.14.18<sup>131</sup>, estableciéndose dos tipos de penas, unas pecuniaria - *pena de pecho-* y otra corporal -*con escarmiento-*:

---

<sup>131</sup> 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 juzgio, escarmientar 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 duplo, 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 marauedis 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 fuerza 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 Goyena<sup>132</sup>- 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:

---

<sup>132</sup> 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 encubridores<sup>133</sup>.

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 ouiessen 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”<sup>134</sup>.

---

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

<sup>134</sup> GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 204.

En el ámbito del *ius commune* se discutió largamente acerca de la penalidad del hurto<sup>135</sup>. 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 violencia<sup>136</sup>, 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 solidos<sup>137</sup> valens vel amplius furatus fuerit, laqueo suspendatur; si minus, scopis et forcipe excorietur et tundatur<sup>138</sup>.*

---

<sup>135</sup> 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.

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

<sup>137</sup> 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 ciudades<sup>139</sup>.

Bartolo de Sassoferato<sup>140</sup>, 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.48.19.28.15<sup>141</sup>. 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*).

<sup>138</sup> *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).

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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*.

<sup>141</sup> 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 reddit a, 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 Accursio<sup>142</sup>, seguido por Baldo, aquella con la que menos se pudiera, para Butrigario<sup>143</sup>, por ejemplo, había de cortarse con la que menos se pudiera, fuera la izquierda o la derecha; para Odofredo<sup>144</sup> 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 mano<sup>145</sup>, o si no tenía ninguna<sup>146</sup>, o si tenía una mano seca – *manum aridam-*. En este

---

<sup>142</sup> 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.

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

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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 Pistoia<sup>147</sup> habría de amputarse la mano sana, otros, como Paulo de Castro<sup>148</sup>, 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 Pereda<sup>149</sup> “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”<sup>150</sup>.

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

---

<sup>147</sup> CINUS PISTORIENSIS, *Codice & Digesto veteri lectura*, Lugduni, 1547, p. 232.

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

<sup>149</sup> PEREDA, *op. cit.*, p. 21.

<sup>150</sup> 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 Ubaldis<sup>151</sup> 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 Gómez<sup>152</sup>). Para otros, como Paulo de Castro, el delito se agrava más el por razón de la frecuencia y de la magnitud de lo sustraído<sup>153</sup>.

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

---

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

<sup>152</sup> GOMEZIO, A, *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, communis & Regii, tomus tertius & ultimus De delictis*, Salamancae, 1555, p. 458, n<sup>o</sup> 7.

<sup>153</sup> 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 ellas<sup>154</sup>. Antonio Gómez<sup>155</sup>, 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 Martín<sup>156</sup>, 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

---

<sup>154</sup> 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.

<sup>155</sup> GOMEZIO, A., *op. cit.*, p. 460, nº 12.

<sup>156</sup> 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 Gómez<sup>157</sup> 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

---

<sup>157</sup> GOMEZIO, *op. cit.*, p. 461, nº 15.

Mata y Martín<sup>158</sup> en su estudio sobre la regulación del robo con fuerza en las cosas:

- Fuero de Cuenca<sup>159</sup>: 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 Béjar<sup>160</sup>, 209. *Del que foradar casa de Molino ageno.* “Qui 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 emiende 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 puerta<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 285 ss.

<sup>159</sup> UREÑA Y SMENJAUD, R., *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935.

<sup>160</sup> GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Fuero de Béjar*, p. 70.

<sup>161</sup> 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 acabaldo 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 Plasencia<sup>162</sup>, 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)<sup>163</sup>.

---

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 después 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).

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

<sup>163</sup> 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 meata 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 Cámara<sup>164</sup>.

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.

<sup>164</sup> 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 circumstantiis. Quo quidem 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 ad censu fit*, estableciendo lo siguiente:

*Si quis ut furtum faciat, fores arcumbe 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, puniendi 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, Farinacio<sup>165</sup>, 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.

Carpzov<sup>166</sup> 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

---

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> 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 cuenta<sup>167</sup>.

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 ahorcados<sup>168</sup>. 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*<sup>169</sup>.

A diferencia de la mayoría de los doctores, que consideran la efracción como una de las modalidades de hurto cualificado, Antonio Matthaei<sup>170</sup> incluye la efracción entre los supuestos de

---

<sup>167</sup> 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).

<sup>168</sup> CARPZOV, *op. cit.*, Def. 10.

<sup>169</sup> 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.

<sup>170</sup> 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 Bobadilla<sup>171</sup> 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 ella<sup>172</sup>.

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

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> 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 Corte<sup>173</sup>:

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 (...)*

---

<sup>173</sup> 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 commutación a la pena de galeras, una de las más temidas durante los siglos XVI y XVII<sup>174</sup>, se encuentra en línea con lo

---

<sup>174</sup> 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 hurtos<sup>175</sup>, rectifica la normativa precedente distinguiendo entre:

---

<sup>175</sup> 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 forzados<sup>176</sup>.
- 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”.

<sup>176</sup> 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.<sup>177</sup> en la que se aclaran los supuestos en las que procede la pena capital, interesando, a efectos de estas líneas, la segunda:

---

<sup>177</sup> 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 robo<sup>178</sup>, 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 Covarrubias<sup>179</sup> 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.

Pradilla<sup>180</sup> 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

---

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, J.- GARCÍA FUEYO, *op. cit.*, p. 176.

<sup>180</sup> 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, 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 Pérez<sup>181</sup>, 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:

---

<sup>181</sup> 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 casa<sup>182</sup> 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 Mañes<sup>183</sup> 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

---

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> 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 capital<sup>184</sup>.

Paulatinamente, como consecuencia de las nuevas ideas que se abren paso en la Ilustración sobre la necesidad de reforma del Derecho penal<sup>185</sup>, 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

---

<sup>184</sup> BERNI Y CATALÁ, J., *Práctica criminal*, 2<sup>a</sup> 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.

<sup>185</sup> 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, Brissot<sup>186</sup> 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*<sup>187</sup> quien, si bien contrario a la aplicación de la pena capital en el hurto<sup>188</sup>, 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

---

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

<sup>187</sup> 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](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))

<sup>188</sup> Sobre esta cuestión, SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaen, 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 Devesa<sup>189</sup>, 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

---

<sup>189</sup> 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”)<sup>190</sup>. 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

---

<sup>190</sup> 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 términos<sup>191</sup>:

---

<sup>191</sup> 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<sup>a</sup>. 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 Martinac<sup>192</sup> 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

---

<sup>192</sup> VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 456 ss.

el delito e imponer la misma pena para hechos de muy distinta gravedad”<sup>193</sup>. 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.

---

<sup>193</sup> También PACHECO, J.F., reflexionaba en sus *Lecciones*, 5<sup>a</sup> 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, más 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 precedente<sup>194</sup>. Explican Vizmanos y Álvarez Martinac<sup>195</sup> 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 iglesia<sup>196</sup> 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

---

<sup>194</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, s.v. "hurto", *cit.*, p. 186.

<sup>195</sup> VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 466.

<sup>196</sup> Destacan VÍZMANOS-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 robo<sup>197</sup>.

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 concorra 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 robado<sup>198</sup> (artículo 424) o del carácter sagrado del objeto (artículo 425).

---

<sup>197</sup> VIZMANOS-ÁLVAREZ MARTINAC, *op. cit.*, p. 468.

<sup>198</sup> 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 escalamiento<sup>199</sup>.

El castigo del robo con fuerza en las cosas<sup>200</sup> se efectúa con arreglo al siguiente esquema:

1- *Robo en casa habitada<sup>201</sup> o edificio público o destinado al culto religioso:*

- 
- <sup>199</sup> De acuerdo con ello, mientras la circunstancia agravante 21<sup>a</sup> del art. 10 reza “Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto”, la 22<sup>a</sup> dice “Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo o pavimento, o con fractura de puertas o ventanas”.
- <sup>200</sup> 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”.
- <sup>201</sup> 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 \i{e}re 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 mínimo<sup>202</sup>.

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

---

<sup>202</sup> 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 fracturarlos 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 idéntica<sup>203</sup>, 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 1988<sup>204</sup>, 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

---

<sup>203</sup> Solo desaparece la referencia a la fractura de galería subterránea.

<sup>204</sup> STS (Sala 2<sup>a</sup>, 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 cosas<sup>205</sup> 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 salida<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> 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.

<sup>206</sup> 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 cerrado<sup>207</sup>. 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 daños<sup>208</sup>. 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 distintos<sup>209</sup>.

---

(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 ajenas (...) 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.

<sup>207</sup> 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).

<sup>208</sup> 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 ajenas (...) 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.

<sup>209</sup> 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 analógica<sup>210</sup>. 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:

---

<sup>210</sup> SAP de Barcelona, Sección 5<sup>a</sup>, 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 escaparate<sup>211</sup>).

Se vienen estableciendo como requisitos de la fractura externa<sup>212</sup>:

- 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 reo<sup>213</sup>) 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

---

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

<sup>212</sup> Seguimos los indicados por SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 139.

<sup>213</sup> 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 ventana<sup>214</sup> 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 cosa<sup>215</sup>. En cualquier caso, los resultados dañinos causados se absorben por el robo<sup>216</sup>.

- 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

---

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

<sup>215</sup> 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<sup>a</sup>, 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.

<sup>216</sup> 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 escaparate<sup>217</sup>. No obstante, algunos supuestos resultan dudosos, como el corte de una valla metálica o una alambrada, existiendo jurisprudencia contradictoria<sup>218</sup>.

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 cerraduras<sup>219</sup> o descubrimiento de sus claves

---

<sup>217</sup> GALLEGOSOLER, *op. cit.*, p. 828. En este sentido, la SAP de Madrid (Sección 7<sup>a</sup>) 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.

<sup>218</sup> *Vid.* VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 137.

<sup>219</sup> 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 1<sup>a</sup>, 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.<sup>220</sup>

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 duración<sup>221</sup>; en caso contrario, el delito se encontraría en grado de tentativa<sup>222</sup>.

---

de fuerza descrito en el artículo 238.3 CP referido a la fractura interna". La SAP de Barcelona, Sección 5<sup>a</sup>, 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<sup>a</sup>, 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.

<sup>220</sup> No consideró probado el ánimo de lucro, por ejemplo, la SAP de Girona, Sección 4<sup>a</sup>, 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.

<sup>221</sup> 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 domicilio<sup>223</sup>. 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 menor<sup>224</sup>.

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.

<sup>222</sup> SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, 143; GALLEGOS SOLER, *op. cit.*, p. 830.

<sup>223</sup> GALLEGOS SOLER, *op. cit.*, p. 833; SOUTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 159.

<sup>224</sup> 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)<sup>225</sup>. 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 necesaria<sup>226</sup>.

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 concurra 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 concurra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235: de dos a seis años de prisión (artículo 241.4).

---

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

<sup>226</sup> MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 366.

## 5. Conclusiones

I. En la Compilación justiniana 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 secundum 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 praeceptis 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<sup>e</sup> 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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\\_](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<sup>a</sup> ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856.

— *Lecciones*, 5<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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.



ISSN 1989-1970

Octubre-2025

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción:  
09/06/2025

Fecha de aceptación:  
15/09/2025

Palabras clave:  
*actio de dolo, stellionatus, estafa, Derecho Romano, dolus malus, Derecho Penal.*

Keywords:  
*actio de dolo, stellionatus, fraud, Roman Law, dolus malus, Criminal Law.*



## LA ACTIO DE DOLO Y EL STELLIONATUS; ORÍGENES ROMANOS Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACIÓN MODERNA DE LA ESTAFA EN ESPAÑA.

THE ACTIO DE DOLO AND STELLIONATUS: ROMAN ORIGINS AND THEIR  
INFLUENCE ON THE MODERN REGULATION OF FRAUD IN SPAIN

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades

Profesor contratado doctor

Universidad de Murcia

<https://orcid.org/0000-0002-9234-6302>

(DÍAZ-BAUTISTA CREMADAS, Adolfo A. *La actio de dolo y el stellionatus; orígenes romanos y su influencia en la regulación moderna de la estafa en España RIDROM [on line]. 35-2025. ISSN 1989-1970. pp. 138-182. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>*)

### Resumen:

La *actio de dolo* y el *stellionatus* fueron instituciones romanas diseñadas para combatir el fraude en las relaciones contractuales, evolucionando en paralelo a lo largo de la historia jurídica. Este trabajo examina sus orígenes, su pervivencia en la Edad Media –con especial atención a las Siete Partidas de Alfonso X– y la influencia del Derecho Canónico, así como su recepción en el Derecho moderno en los principales sistemas civilistas (España, Francia, Italia, Alemania, Portugal) y anglosajones (Inglaterra). En el contexto español, se traza su impacto desde los antecedentes medievales hasta el delito de estafa del artículo 248 del Código Penal de 1995, destacando la persistencia del *dolus malus* como elemento central, en contraste con el *dolus bonus*, cuya distinción marcó su tratamiento en Roma y su evolución bajo la moral cristiana y la codificación moderna. Se argumenta que esta herencia no solo persiste, sino que se adapta a los desafíos del fraude contemporáneo. Para ello, se emplea una metodología dogmático-jurídica, examinando la evolución de las fuentes desde el Derecho romano hasta su recepción moderna en el ordenamiento español.

### Abstract:

The *actio de dolo* and *stellionatus* were Roman institutions designed to combat fraud in contractual relationships, evolving in parallel throughout legal history. This paper examines their origins, their survival in the Middle Ages –with special attention to the Siete Partidas of Alfonso X– and the influence of Canon Law, as well as their reception in modern law in the main civil law systems (Spain, France, Italy, Germany, Portugal) and common law systems (England). In the Spanish context, its impact is traced from its medieval precedents to the crime of fraud in Article 248 of the 1995 Penal Code, highlighting the persistence of *dolus malus* as a central element, in contrast to *dolus bonus*, the distinction of which marked its treatment in Rome and its evolution under Christian morality and modern codification. It is argued that this heritage not only persists but also adapts to the challenges of contemporary fraud.

Sumario: 1. Introducción. 1.1 Objetivos y metodología. 2. La *actio de dolo*. 2.1. Naturaleza jurídica de la *actio de dolo*. 2.2. Contexto histórico y evolución. 2.3. Objeto de la *actio de dolo*. 3. La *exceptio doli*. 3.1. Relación entre *actio de dolo* y *exceptio doli*. 4. El delito de *stellionatus*. 4.1. Evolución y alcance del *stellionatus*. 5. Pervivencia en la Edad Media: las Siete Partidas y el Derecho Canónico. 5.1. Influencia del Derecho Canónico. 5.2. Las Siete Partidas. 6. Recepción en el Derecho Moderno. 6.1. Sistemas civilistas. 6.2. Sistemas anglosajones. 7. El delito de estafa. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

## 1. Introducción

Un sistema económico basado en la iniciativa privada y el libre comercio requiere mecanismos de protección del consumidor frente a incumplimientos, fraudes y estafas. En Roma, estos recursos incluyeron acciones civiles y pretorias como las rescisorias, *redhibitoria*, *quanti minoris*, *de metus* y *de dolo*, así como el delito de *stellionatus*, entre otros. El Derecho Romano desarrolló un sistema sofisticado para enfrentar el fraude, articulando la *actio de dolo* como un remedio pretoriano<sup>1</sup> y el *stellionatus* como una sanción penal,

---

<sup>1</sup> La represión del *dolus malus* en Derecho romano es un tema clásico en la doctrina. *Vid. a.e.* BETANCOURT, F., "La stipulatio iudicallis de dolo en el Derecho romano clásico", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49 (1979), pp. 165-203; BURDESE, A., "'Exceptio doli' (diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 6, 1960, p. 1074; CASAVOLA, F., "Dolo (Diritto romano)", en *ibid.*, p. 149; LUZZATTO, G.I., "Dolo (diritto romano)", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 13, 1964, pp. 712-719; HAUSMANINGER, H., *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Viena, Böhlau, 1976; GARCÍA CAMIÑAS, J., "La problemática del dolo en el Derecho romano clásico", en

ambos fundamentados en el *dolus malus*<sup>2</sup> (engaño malicioso), en contraste con el *dolus bonus* (astucia lícita o tolerable). Estas figuras reflejan una dualidad entre la protección del patrimonio individual y la salvaguarda del orden social, un legado que se enriqueció en la Edad Media mediante la influencia del Derecho Canónico y ha influido en los ordenamientos jurídicos modernos a través de siglos de adaptación. Este análisis explora cómo estas instituciones romanas informan la regulación actual de la estafa en España, revelando una continuidad matizada por la evolución ética y funcional. Esta dualidad refleja un enfoque pragmático que sigue influyendo en los sistemas jurídicos modernos. Además, el estudio considera cómo el desarrollo histórico de estas figuras jurídicas ha permitido su adaptación a contextos contemporáneos, incluyendo el auge de fraudes digitales y transacciones electrónicas, lo que subraya su relevancia perdurable.

## 1.1. Objetivos y Metodología

El presente estudio tiene como objetivo principal trazar la evolución diacrónica de las figuras del *dolus malus* y el *stellionatus*, desde sus

---

PARICIO SERRANO, J. (ed.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ramón Areces, 1994, pp. 945-997; WACKE, A., "La 'exceptio doli' en el Derecho romano clásico y la 'Verwirkung' en el Derecho alemán moderno", en *ibid.*, pp. 977-997. Más recientemente, el dolo ha sido estudiado por LAMBERTI, F., *Dolus bonus/dolus malus. L'arte della persuasione nella tradizione del pensiero antico*, Napoli, Jovene, 2020.

<sup>2</sup> La palabra *dolus* parece provenir del indoeuropeo *dol-* (astucia, engaño), estando emparentada con el griego δόλος. Vid. POKORNY, J., *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, Berna, Francke Verlag, 1959, pp. 251-253.

orígenes en el Derecho romano hasta su influencia en el delito de estafa del Código Penal español vigente. Para ello, se emplea una metodología dogmático-jurídica, centrada en el análisis exegético de las fuentes primarias, principalmente el Digesto y el Codex de Justiniano, así como su recepción medieval en las Siete Partidas de Alfonso X. Este análisis se complementa con un enfoque histórico-comparativo que pone en diálogo la doctrina romanista clásica y contemporánea para evaluar la continuidad y transformación de estos conceptos en los ordenamientos jurídicos modernos.

## **2. La *actio de dolo***

La *actio de dolo* fue introducida<sup>3</sup> por el pretor Cayo Aquilio Galo hacia el 66 a.C.<sup>4</sup> como una acción pretoria destinada a castigar los daños patrimoniales causados por engaño, aplicable solo cuando no existía otro remedio específico. Ulpiano la describe en el Libro 11 *ad edictum*:

---

<sup>3</sup> El dolo, como acto ilícito invalidante de los negocios jurídicos, no podía ser totalmente desconocido para los juristas anteriores a Cayo Aquilio Galo; como señala Luigi Garofalo, la expresión *dolus malus* aparece en unos versos de Plauto (*Rudens* 1375-1382). GAROFALO, L., *L'eccezione di dolo generale*, Milán, Cedam, 2006, p. 22.

<sup>4</sup> Según se desprende de Cicerón, *De officiis* 3.60-61. Vid. D'IPPOLITO, F., "Sulla data dell'actio de dolo", *Labeo: Rassegna di diritto romano*, 41 (1995), pp. 247-250.

D.4.3.1: *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.*<sup>5</sup>

El principal elemento constitutivo es el *dolus malus*, que, según Ulpiano, definieron Sulpicio Rufo y Labeón como:

D.4.3.1.2: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*<sup>6</sup>

El *dolus bonus* era astucia tolerable, mientras el *dolus malus* activaba la acción pretoria. Esta distinción entre *dolus malus* y *dolus bonus* no solo tuvo un impacto procesal en Roma, sino que sentó las bases

---

<sup>5</sup> Con este edicto, el pretor socorre contra los diversos estafadores que, con cierta astucia, han perjudicado a otros, para que la malicia no sea provechosa para aquellos ni la candidez dañina para estos. (Traducciones del autor)

<sup>6</sup> Servio, en efecto, definió el dolo malo de esta manera: 'una cierta maquinación con el propósito de engañar a otro, cuando se simula una cosa y se realiza otra'. Pero Labeón sostuvo que también puede suceder que esto ocurra sin simulación, es decir, que alguien sea engañado; y que también puede ocurrir que sin dolo malo se haga una cosa y se simule otra, como hacen aquellos que mediante este tipo de disimulación sirven y protegen lo suyo o lo ajeno. Por lo tanto, él mismo lo definió así: 'el dolo malo es toda astucia, engaño o maquinación empleada con el propósito de rodear, engañar o defraudar a otro'. La definición de Labeón es correcta.

para delimitar la intencionalidad en el derecho penal moderno. El *dolus malus* era el núcleo subjetivo de esta acción, distinguiéndose de la mera astucia por su intención dañina. Kaser señala que la *actio de dolo* fue una innovación pretoria para llenar lagunas en la protección contra el fraude, especialmente en casos donde no aplicaban otras acciones<sup>7</sup>.

La *actio de dolo* tenía carácter subsidiario:

D.4.3.1.1: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit.*<sup>8</sup>

El motivo de la naturaleza residual de la acción es, según el texto, que una acción infamante –como era la *actio doli*– no debe ser concedida a la ligera.

D.4.3.1.4: *Ait praetor: "Si de his rebus alia actio non erit."*  
*Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum.*  
*Idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.*<sup>9</sup>

<sup>7</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2<sup>a</sup> ed., vol. 1, Múnich, C.H. Beck, 1971, § 145.

<sup>8</sup> Se entenderá que tales actos se realizaron con mala fe, siempre que no exista otra acción legal al respecto.

<sup>9</sup> Dice el pretor: 'Si sobre estos asuntos no hubiera otra acción'. Con razón el pretor concederá esta acción sólo si no hay otra, ya que una acción infamante no debe ser decretada a la ligera por el pretor, si existiera una

La naturaleza subsidiaria de la *actio de dolo* será confirmada por el emperador Caracalla en un rescripto del año 211, recogido en:

C. 2.20.2: *Imperator Antoninus. De dolo actio, cum alia nulla competit, causa cognita permittitur. ANT. A. AGRIPPAE. <A 211 D. NON. NOV. GENTIANO ET BASSO CONSS.>*<sup>10</sup>

En el siguiente fragmento de D.4.3.1, Pomponio establecerá la exclusión de la acción en el caso de que se haya establecido una *stipulatio* tan inmoral (*tam turpis*) que nadie daría acción por ella, lo que muestra la conexión entre la *actio doli* y su versión pasiva, la *exceptio doli*, ya que ambas se dirigen a evitar un fraude procesal:

D.4.3.1.5: *Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo datus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me datus actionem.*<sup>11</sup>

Este argumento de Pomponio nos muestra el carácter anulatorio de la *actio doli*. La finalidad de la acción era dejar sin efecto un negocio jurídico suscrito por engaño antes de que la contraparte pudiera

---

acción civil o pretoriana con la que pudiera intentarse el juicio. Tanto es así que incluso Sexto Pedio, en el libro octavo, escribe que, aunque exista un interdicto con el cual alguien pueda intentar el juicio, o una excepción con la que pueda defenderse, este edicto cesa. Lo mismo dice Pomponio en el libro vigésimo octavo; y añade que, si alguien estuviera protegido por una estipulación, tampoco podría tener la acción de dolo, como por ejemplo si se hubiera estipulado sobre el dolo.

<sup>10</sup> La acción por dolo, cuando no hay ninguna otra disponible, se permite una vez conocida la causa.

<sup>11</sup> El mismo Pomponio dice que si no debe darse acción contra nosotros, como por ejemplo si se ha hecho con dolo malo una estipulación tan torpe que nadie daría acción por ella, no debe preocuparse por tener la acción de dolo malo, puesto que nadie va a dar acción contra mí.

ejercitar las acciones derivadas del negocio consentido bajo engaño. En palabras de Labeón, reproducidas por Pomponio, si cabe la *restitutio in integrum* de otro modo o si el afectado ha dejado caducar una acción preferente, no se le concederá la *actio doli*:

D.4.3.1.6: *Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.*<sup>12</sup>

Lo mismo ocurrirá si el perjudicado hubiera renunciado a la acción preferente, salvo que hubiera existido dolo en el acto de renuncia:

D.4.3.1.7: *Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.*<sup>13</sup>

El último apartado del fragmento abre la puerta a otras circunstancias que pueden hacer inviable la *actio doli*, como explicará en los fragmentos siguientes:

---

<sup>12</sup> El mismo Pomponio refiere que Labeón opina que, si alguien pueda ser restituido por entero (por otro medio), no debe competirle esta acción; y si otra acción se hubiera extinguido por el tiempo, tampoco debe competir ésta, debiendo imputárselo a sí mismo quien dejó de ejercitar la acción; a no ser que también en esto se haya cometido dolo malo para que transcurriera el tiempo.

<sup>13</sup> Si alguien, teniendo una acción civil u honoraria, la hubiera extinguido mediante una estipulación seguida de acceptilatio o de otro modo, no podrá ejercitar la acción de dolo, puesto que tuvo otra acción; a no ser que haya sufrido dolo malo al perder la acción.

D.4.3.1.8: *Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur...<sup>14</sup>*

La acción tenía carácter temporal, estando limitado su ejercicio a un año desde la producción del engaño. Sin embargo, un rescripto del emperador Gordiano III del año 240 suspenderá el cómputo de tal plazo mientras el actor se encuentre realizando servicios a la república:

C.2.20.3: *Imperator Gordianus. Non possunt obesse tibi tempora, quae in actione de dolo solent computari, quibus rei publicae causa, ut adlegas, occuparis: sed exinde tibi incipiet tempus cedere, ex quo muneribus liberatus facultatem agendi intra praestituta tempora cooperis obtainere. GORD. A. AQUILINO. <A 240 PP. ID. AUG. SABINO II ET VENUSTO CONSS.><sup>15</sup>*

## 2.1. Naturaleza jurídica de la *actio de dolo*

La doctrina comúnmente considera la *actio de dolo* dentro de los llamados "delitos pretorios", junto con la *actio quod metus causa*. Esta naturaleza penal se deriva de algunas de sus características, como el carácter infamante, señalado en D.4.3.1.4 y D.4.3.11.1, y la noxalidad de la acción, en D.4.3.9.4. Tal como refiere Ulpiano, citando a

---

<sup>14</sup> No solo si hay otra acción contra aquel de quien se investiga el dolo...

<sup>15</sup> No pueden perjudicarte los plazos que suelen contarse en la acción por dolo, durante los cuales, según alegas, estuviste ocupado por causa de la república; pero a partir de entonces comenzará a correr el tiempo para ti, desde el momento en que, liberado de tus obligaciones públicas, empieces a tener la capacidad de actuar dentro de los plazos establecidos.

Labeón, cuando la acción se dirija contra el dueño de un esclavo, por dolo cometido por éste, podrá realizarse sobre el peculio del siervo o darse como noxal:

D.4.3.9.4 *Ulp. Ad Ed. Haec de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigesimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.*<sup>16</sup>

Así mismo, derivamos la naturaleza penal de la posibilidad de condena a tanto alzado (al estilo de la *actio iniurarum*) que establece D.4.3.18, que veremos más adelante. Sin embargo, aunque el ánimo de castigar al defraudador puede estar presente en la configuración de la acción, ciertas notas nos pueden hacer dudar del carácter penal de la misma. En D.4.3.17, Ulpiano establece la solidaridad de los coautores del engaño, de tal modo que el pago de uno de ellos libera a los demás, tanto si se ha producido la auténtica restitución como si se ha pagado la indemnización pedida por el actor (y moderada por el juez):

---

<sup>16</sup> Esta acción de dolo será noxal: por eso también Labeón, en el libro trigésimo sobre el pretor peregrino, escribe que la acción de dolo en nombre del esclavo se da a veces por el peculio, a veces como noxal. Pues si el asunto en el que se cometió el dolo es de tal naturaleza que por él se daría la acción de peculio, también ahora se ha de dar por el peculio; pero si fuera de tal naturaleza que se daría como noxal, también ésta será noxal.

D. 4.3.17: *Ulpianus libro 11 ad edictum pr. Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.*<sup>17</sup>

Como es sabido, en las auténticas acciones penales, la responsabilidad sancionadora es personal e indivisible (subjetivamente cumulativas), de modo que cada uno de los coautores es condenado al total de la pena. Respecto a la transmisión de la responsabilidad penal a los herederos – totalmente excluida para las acciones estrictamente sancionadoras-, el párrafo primero del fragmento comentado la contempla, limitada a la medida del lucro obtenido:

D.4.3.17.1: *Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.*<sup>18</sup>

Previsión que se va a replicar, como veremos, en las Partidas.

## 2.2. Contexto histórico y evolución de la *actio de dolo*

La *actio de dolo* no surgió en un vacío jurídico, sino como respuesta a las crecientes complejidades de las relaciones económicas y sociales en la Roma republicana tardía. Reinhard Zimmermann subraya que esta acción reflejaba la necesidad de proteger la confianza en las transacciones en un momento en que el comercio y los contratos se

---

<sup>17</sup> Si varios hubieran cometido dolo y uno restituyera, todos quedan liberados; pero si uno hubiera pagado el valor de la cosa, considero que aun así los demás quedan liberados.

<sup>18</sup> Esta acción se da contra el heredero y los demás sucesores solamente por aquello que llegó a ellos.

expandían más allá de las relaciones personales directas<sup>19</sup>. El pretor, como autoridad encargada de adaptar el *ius civile* a las nuevas realidades, utilizó su *ius edicendi* para introducir esta herramienta flexible, que permitía sancionar conductas que, aunque no encajaban en los tipos rígidos del Derecho civil tradicional, generaban un perjuicio injusto.

Además, la *actio de dolo* debe entenderse en el marco del desarrollo del procedimiento formulario (*per formulas*), que reemplazó al antiguo sistema de las *legis actiones*. Este cambio permitió al pretor otorgar acciones basadas en hechos específicos (*in factum*), como el engaño, sin necesidad de encuadrarlas en un contrato formal preexistente. Según Giovanni Longo, esta flexibilidad marcó un hito en la evolución del Derecho romano hacia un sistema más equitativo y menos formalista<sup>20</sup>. La acción, por tanto, no solo sancionaba el fraude, sino que también reforzaba la *fides* como principio ético-jurídico fundamental en Roma.

### 2.3. Objeto de la *actio de dolo*

Generalmente se afirma que la finalidad de la acción es obtener la *restitutio in integrum*, sin embargo, el examen de los textos nos puede llevar a matizar esta afirmación. En D.4.3.18, Paulo nos explica cuáles son las consecuencias del ejercicio de la *actio de dolo*:

---

<sup>19</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. 21, "Dolus".

<sup>20</sup> LONGO, G., *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, Cedam, 1937.

D.4.3.18 *Paulus libro 11 ad edictum pr. Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?*<sup>21</sup>

Según este fragmento, el Pretor no establece una cantidad fija, a modo de multa, sino una triple vía de determinación: En primer lugar, se permite la restitución voluntaria del demandado, al arbitrio del juez<sup>22</sup>. Se entiende que, en el curso del proceso, el responsable puede ofrecer una satisfacción extraprocesal suficiente para el actor, con aprobación judicial. En caso contrario, ante la contumacia del reo (y una vez probados los hechos), el juez puede aprobar la condena por el importe solicitado por el demandante al comienzo del proceso. Pero el arbitrio judicial no está sujeto a la cuantía

---

<sup>21</sup> pr. En esta acción, la restitución depende del arbitrio del juez; si no se hace, sigue una condena por el valor de la cosa. Por eso, ni aquí ni en la acción por metus se fija una cantidad cierta, para que el reo pueda ser condenado por contumacia según lo que el actor jure en la *litiscontestatio*, aunque el juez debe moderar el juramento en ambas acciones. No siempre en este juicio se concede arbitrio al juez. ¿Qué pasa si es evidente que no se puede restituir (por ejemplo, si un esclavo entregado con dolo malo ha muerto)? Entonces, debe condenarse de inmediato por el interés del actor.

<sup>22</sup> Un estudio pormenorizado de la *restitutio* en la *actio de dolo* puede encontrarse en BETANCOURT, F., *op. cit.*; BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, vol. 2, Milán, Giuffrè, 1973, p. 327 ss.

solicitada por el actor, sino que puede conceder una cantidad inferior a la pedida si considera que con ello queda restablecida la situación anterior al negocio jurídico impugnado. El sistema, según narra Paulo en el libro 11 *ad edictum*, es similar al empleado en la *actio quod metus causa*.

Desde nuestra óptica moderna pensamos que, si la pretensión principal del actor es la *restitutio in integrum*, y solo en caso de no darse voluntariamente (o no ser posible, como aclara el párrafo 2) se accederá a una indemnización moderada por el juez, ésta deberá corresponder al valor de aquella, reestableciéndose así el equilibrio de las partes. Es posible que también Paulo, al escribir su comentario *ad edictum* en el siglo III d.C., pensara en términos semejantes y que, por tanto, para los juristas de esa época, la *actio de dolo* no tuviera apenas carga sancionadora (sino reipersecutoria). Es probable, sin embargo, que, en su origen, cuando el pretor Aquilio Galo acuñó la fórmula, la *condemnatio* consistiera en una multa privada a tanto alzado al estilo de la *actio iniurarum*, de la que solo se podría librar el demandado restituyendo voluntariamente antes de la sentencia. No en vano, con cierta extrañeza, se refiere Paulo en el mismo fragmento a la extensión que Trebacio (siglo I a.C.) hacía de la acción:

4. *Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor*

*consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne  
aliter observantibus lex circumscribatur.*<sup>23</sup>

En esta opinión de Trebacio que reproduce Paulo –sin hacerla suya–, entendemos que se refleja el carácter punitivo de la multa por dolo que pudo perder en los primeros siglos del Principado. La combinación de elementos civiles y penales sugiere que la *actio de dolo* no era un castigo puro, sino un instrumento flexible para restaurar la equidad, una idea que resonará en su recepción medieval y moderna.

### **3. La *exceptio doli***

La *actio de dolo* tenía su versión pasiva en la *exceptio doli*; se trataba de un remedio procesal que permitía paralizar el ejercicio de una acción que derivara de un negocio jurídico suscrito mediante fraude o engaño. La doctrina sostiene que la *exceptio doli* surge al mismo tiempo que la versión activa comentada. La exposición que realiza Ulpiano, tras una introducción a la *exceptio* tomada de Paulo, también parece abonar la idea de una instauración conjunta de *actio* y *exceptio*, o al menos, la integridad sistemática de ambos remedios procesales:

---

<sup>23</sup> 4. Cuando el dolo ha tenido como efecto que un litigio expire al transcurrir los plazos legales, Trebacio dice que se debe conceder un juicio por dolo, no para que la cosa sea restituida por arbitrio del juez, sino para que el actor obtenga tanto aquello que le interesaba que no hubiera ocurrido, como para que la ley no sea burlada por quienes la observan de otra manera.

D. 44.4.2 *Ulpianus libro 76 ad edictum pr. Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio.*<sup>24</sup>

A continuación, el jurista tirense especifica que el dolo denunciado a través de la *exceptio* tiene que haber sido cometido por el actor en el proceso en que se alega la *exceptio*, no por un tercero:

D.44.4.2.1: *Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio et quibus personis obiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur, non in rem "si in ea re nihil dolo malo factum est", sed sic "si in ea re nihil dolo malo actoris factum est". Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat.*

2. *Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Es evidente que esta excepción fue propuesta por la misma razón por la que se estableció la acción por dolo malo.

<sup>25</sup> Sigue que examinemos en qué casos tiene lugar la excepción y contra qué personas se dirige. Y, en efecto, debe señalarse que es necesario especificar de quién es el dolo del que alguien se queja; no basta con decir respecto a la cosa 'si en ese asunto no se hizo nada con dolo malo', sino que debe decirse 'si en ese asunto no se hizo nada con dolo malo por parte del demandante'. Por lo tanto, quien usa la excepción debe demostrar que el dolo fue cometido por el demandante, y no le será suficiente mostrar que hubo dolo en el asunto; o, si afirma que fue por el dolo de otra persona, deberá nombrar específicamente a esas personas, siempre que sean aquellas cuyo

A continuación, Ulpiano detalla las circunstancias en que puede alegarse la *exceptio doli*, en la primera de ellas figura el ejercicio derivado de una *stipulatio abstracta* en la que, inicial o actualmente, no existe causa. Debe advertirse que, a diferencia del moderno delito de estafa, el texto de Ulpiano admite la posibilidad de un dolo posterior a la conclusión del negocio jurídico<sup>26</sup>. Puede afirmarse, por el contrario, que siendo la *exceptio* un recurso procesal, lo relevante es la existencia de tal dolo en el momento de la interposición de la demanda:

D.44.4.2.3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustum causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec creditit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut*

---

dolo cause daño. Pues claramente, la excepción se opone a la cosa misma por parte de la persona que la plantea: ya que no se pregunta contra quién se cometió el dolo, sino si en ese asunto se actuó con dolo malo por parte del demandante.

<sup>26</sup> Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (Vid. STS Sala de lo Penal 209/2019, 9 de abril de 2019, recurso núm. 10262/2018, ponente: Vicente Magro Servet) y la doctrina penalística (Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 21, nº 1 (2012), p. 11). Según el autor, el requisito de dolo inicial en el delito es, precisamente, el principal criterio para distinguir, en la actualidad, el dolo civil del delito de estafa

*non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*<sup>27</sup>

4. *Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli. Et quidem et de pacto convento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptionem uti velit, nihilo minus poterit: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.*

También se pregunta, si alguien ha estipulado de manera pura una cantidad cierta, porque así se ha acordado, pero después de hecha la estipulación ha pactado que no se reclame el dinero hasta cierto día, si perjudica la excepción de dolo. Y ciertamente no se puede dudar de que se puede oponer la excepción del pacto convenido: pero también si alguien quisiera usar esta excepción, podrá hacerlo igualmente: pues no se puede negar que actúa con dolo quien reclama contra lo pactado.

Continúa el prefecto del pretorio afirmando que, a diferencia de la *actio doli* que, como veíamos, tiene un carácter residual, la *exceptio*

---

<sup>27</sup> A propósito del primer tipo, respecto a las causas en las que esta excepción tiene lugar, éstas son las que pueden tratarse. Si alguien hizo una estipulación sin causa con otra persona y luego intenta reclamar basándose en esa estipulación, la excepción por dolo malo ciertamente le perjudicará: pues, aunque en el momento de hacer la estipulación no hubiera actuado con mala fe, se debe decir que actúa con dolo cuando inicia el litigio, ya que insiste en reclamar algo basado en esa estipulación. Y si cuando se hizo la estipulación tenía una causa justa, y ahora parece no tener ninguna causa válida. Asimismo, si estipuló que prestaría dinero y no lo prestó, o si había una causa específica para la estipulación que no se cumplió o que ya terminó, se dirá que la excepción lo afecta.

*doli* engloba, de algún modo, todas aquellas excepciones que enervarían el ejercicio de la *actio*<sup>28</sup>:

D.44.4.2.5: *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*<sup>29</sup>

Esta amplitud de la *exceptio* refuerza su papel como contrapeso procesal, anticipando las defensas modernas contra el abuso contractual.

### 3.1. Relación entre *actio de dolo* y *exceptio doli*

La *exceptio doli* complementaba a la *actio de dolo* al ofrecer una defensa pasiva contra demandas basadas en negocios jurídicos viciados por engaño. Mientras la *actio* permitía al perjudicado reclamar activamente una reparación, la *exceptio* actuaba como escudo para neutralizar pretensiones injustas. Esta dualidad refleja la sofisticación del sistema pretoriano romano, que buscaba un equilibrio entre la ofensiva y la defensiva en la lucha contra el

---

<sup>28</sup> Fernández de Buján señala que su flexibilidad anticipó defensas modernas contra el abuso contractual. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Sistema contractual romano: vigencia y modernidad*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 152-155.

<sup>29</sup> Y en general debe saberse que de todas las excepciones basadas en los hechos surge la excepción de dolo, porque actúa con dolo cualquiera que reclama aquello que puede ser rechazado por cualquier excepción: pues, aunque al principio no haya actuado con dolo malo, sin embargo, al reclamar ahora actúa dolosamente, a menos que haya en él tal ignorancia que carezca de dolo.

fraude. Reinhard Zimmermann destaca que esta relación simbiótica entre ambas figuras fortaleció la confianza en el sistema jurídico romano, al garantizar que el *dolus malus* no quedara impune ni diera lugar a abusos procesales. Además, la *exceptio doli* tuvo un impacto duradero al inspirar defensas contractuales modernas, como la doctrina del abuso de derecho en sistemas civilistas.

#### 4. El delito de *stellionatus*

El *stellionatus* surgió como *crimen publicum* en el Principado, dentro de un proceso general de burocratización y publicificación de actividades contrarias a la ética común. El término *stellio* aparece en textos literarios como una referencia al lagarto, asociado metafóricamente con la astucia o el engaño<sup>30</sup>. En la literatura satírica o moralizante, como las obras de Juvenal o Marcial, se describen frecuentemente estafas, fraudes y comportamientos engañosos en la vida cotidiana romana (por ejemplo, vendedores deshonestos o contratos falsos), pero no usan el vocablo *stellionatus*. Aunque es probable que el término se utilizara en siglos anteriores, no

---

<sup>30</sup> Por ejemplo, Plinio el Viejo (*Historia Naturalis* 30.25) menciona al *stellio* como un animal conocido en la cultura popular, lo que sugiere que su simbolismo pudo haber influido en la etimología del término jurídico *stellionatus*. Sin embargo, Plinio no conecta esto directamente con el delito; su enfoque es más bien zoológico y medicinal. Por su parte, el Diccionario de la lengua española de la RAE, en su segunda acepción, define "lagarto" como persona pícara y taimada. Por otra parte, el propio DRAE recoge la voz "estelionato" para definir el fraude que comete quien en un contrato encubre la obligación que tiene hecha con anterioridad sobre un bien. Vid. CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. 2, Florencia, Felice Le Monnier, 1867.

encontramos ninguna referencia anterior al fragmento de Papiniano recogido en:

Digesto 47.20.1 *Papinianus libro primo responsorum*

*Actio stellionatus neque publicis iudiciis neque privatis  
actionibus continetur.*<sup>31</sup>

El lacónico texto del discípulo de Escévola acredita que ya existe el *nomen iuris* a finales del siglo II d.C., pero sugiere, en nuestra opinión, una creación reciente en el contexto de la *extraordinaria cognitio*. Aunque desconocemos el momento de aparición de la *actio stellionatus*, a nuestro juicio, con anterioridad a su implementación, los engaños contractuales se resolverían por medio de la *actio doli*. Probablemente en algún momento se consideró este remedio insuficiente, bien por la necesidad de castigar hechos que no pudieran encajarse en el ámbito del delito pretorio o bien porque se considerara insuficiente el remedio de la *restitutio in integrum*<sup>32</sup>. A diferencia de la *actio doli*, el delito de *stellionatus* no tenía carácter

---

<sup>31</sup> La acción de *stellionatus* no está contenida ni en los juicios públicos ni en las acciones privadas.

<sup>32</sup> Dada la configuración del proceso per formulas, en el que la *condemnatio* siempre era pecuniaria, es posible que, en su versión inicial, la *actio de dolo* supusiera, principalmente, la condena a una elevada multa a favor del actor, de cuantía indeterminada y sometida al arbitrio judicial. En este contexto, la *restitutio in integrum* sería solo un remedio para evitar la condena y por tanto la acción tendría un marcado carácter sancionador. Sin embargo, al tiempo de la configuración de la *actio stellionatus* (ya en la *extraordinaria cognitio*), la *actio de dolo* podría haber perdido ya ese carácter punitivo y ser, simplemente, una acción indemnizatoria, sin capacidad para castigar al defraudador más allá de la restitución o reparación del valor defraudado

infamante<sup>33</sup>, pero se castigaba con pena extraordinaria, como aclara Ulpiano en:

D. 47.20.2 *Ulpianus libro octavo ad Sabinum*

*Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet.*<sup>34</sup>

Paulo confirma esta severidad al señalar la pena de deportación en sus *Sententiae*:

PS 5.25.1: *Qui per stellionatum pecuniam alicui extorserit, in insulam deportatur*<sup>35</sup>

Más allá de los cambios políticos y sociales que motivaron la creación de la *actio stellionatus*, Ulpiano nos detalla en los siguientes fragmentos la coordinación entre la aún vigente *actio de dolo* y el nuevo delito en *de officio proconsulis*:

---

<sup>33</sup> La redacción literal de este fragmento es opuesta a lo contenido en D.3.2.13.8, también de Ulpiano: *Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium*. Rosa Mentxaka analiza las interpretaciones de Volterra y Zillettì, para sostener que D.47.20.2 se refiere al hecho de que el juicio no es público y por tanto su condena no es infamante (conforme a D.48.1.7) y sin embargo, dado el carácter de la acción (según una aplicación extensiva de los delitos de *furtum* y *dolo*, que sí son infamantes) la condena por *stellionatus* también lo es, como declara D.3.2.13.8. En nuestra opinión resulta difícil aceptar que el mismo Ulpiano afirme una cosa y la contraria sin introducir matices o explicaciones (que por otro lado podemos haber perdido en la compilación) por lo que no parece descartable la tesis de Volterra de que uno de ambos textos pudiera haber sido interpolado. MENTXAKA, R., "Stellionatus", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 30 (1988), p. 303 ss.; VOLTERRA, E., "Stellionatus", *Studi sassaresi*, 7 (1929).

<sup>34</sup> El juicio por *stellionatus* no es, en efecto, infamante, pero conlleva una coerción extraordinaria.

<sup>35</sup> Quien mediante estelionato hubiere sonsacado dinero a otro, sea deportado a una isla.

D. 47.20.3 *Ulpianus libro octavo de officio proconsulispr.*

*Stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat.*<sup>36</sup>

1. *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerint, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubi cumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aequa stellionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*<sup>37</sup>

Si la *actio de dolo* era residual respecto de otras acciones específicas derivadas del negocio jurídico viciado, la *actio stellionatus* se

---

<sup>36</sup> La acusación por stellionatus corresponde a la competencia del presidente (de la provincia).

<sup>37</sup> El *stellionatus* puede imputarse a quienes actuaron con dolo, siempre que no haya otro delito del que acusar: lo que en los juicios privados es una acción por dolo, en los crímenes es la persecución por stellionatus. Así, donde no haya un título específico de crimen, acusaremos de stellionatus. Esto aplica especialmente en casos como cuando alguien, ocultando que una cosa está comprometida a otro, con astucia la vende, permuta o entrega en pago a otra persona, pues todas estas formas son stellionatus. También si alguien sustituye mercancías, desvía las comprometidas o las corrompe, será igualmente culpable de stellionatus. Igualmente, si alguien comete un engaño o una colusión para matar a otro, podrá ser acusado de stellionatus. En general, cuando falta un título específico de crimen, este delito tiene lugar, sin necesidad de listar todas sus formas.

concedía cuando no era procedente aquella. Propone el jurista algunos casos<sup>38</sup>: cuando alguien vende, permuta o da en pago una cosa ocultando que ya está comprometida con otro y cuando se falsean, corrompen o sustituyen las mercancías prometidas. Incluso en el pacto de sicarios –en el que se promete una cantidad por matar a alguien– se concedía la acusación por *stellionatus*. También, como se detalla en el apartado 3 del fragmento, el impago deliberado de rentas, salarios o remuneraciones<sup>39</sup> puede ser castigado con este delito:

*D. 47.20.3 Poena autem stellionatus nulla legitima est, cum nec  
legitimum crimen sit. Solent autem ex hoc extra ordinem plecti,  
dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebeis egredi.  
In his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus  
relegatio vel ab ordine motio remittenda est. Qui merces  
suppressit<sup>40</sup>, specialiter hoc crimine postulari potest.<sup>41</sup>*

---

<sup>38</sup> En otros fragmentos, como Ulp. 7 disp. 17.1.29.5, se contienen variados supuestos de hecho del estelionato que lo acercan al ámbito objetivo del dolo, aunque quizás no todos ellos procedan de la formulación original del delito

<sup>39</sup> Se trata, como el delito de dolo, de un tipo penal doloso que requiere conocimiento e intencionalidad para su realización, como advierte Paulo en D.13.7.16.1. Sobre la integridad del fragmento, vid. las consideraciones de Mentxaka, con profusión de doctrina, en MENTXAKA, R., *op. cit.*, p. 284.

<sup>40</sup> También se puede traducir como “quien ocultara mercancías deliberadamente”

<sup>41</sup> No existe una pena legítima para el *stellionatus*, ya que no es un crimen legítimo. No obstante, suele castigarse de manera extraordinaria por esto, siempre y cuando esta pena no deba exceder el trabajo forzado en las minas para los plebeyos. En el caso de aquellos que ocupan alguna posición de honor, se debe imponer un destierro temporal o la remoción de su rango. Quien retuviera el pago de las rentas específicamente puede ser acusado por este crimen.

Que la pena no sea "legítima", es decir, que no venga establecida por el Derecho civil, refuerza la idea de que el *crimen stellionatus* obedece a una creación tardía. A nuestro juicio, también redonda en ello el hecho de que el castigo sea diferente en función del estatus del reo. Aunque la doctrina suele identificar el *stellionatus* como un antecedente del moderno delito de estafa, lo cierto es que –a pesar de la amplitud de supuestos recogidos en el tipo<sup>42</sup>–, el tipo básico del delito parece estar relacionado, como explica Robles Velasco, con la pignoración de bienes afectos al pago de otras deudas, o la afirmación del dominio y disponibilidad de bienes ajenos, lo que corresponde con la modalidad de estafa prevista en el artículo 251 del Código Penal<sup>43</sup>:

#### Artículo 251.

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

---

<sup>42</sup> No podemos descartar, por otra parte, que el ámbito objetivo de aplicación del *crimen stellionatus*, hubiera sido reformulado y ampliado a supuestos distintos de los inicialmente previstos en la compilación justiniana, como sostiene VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 140; Si bien, MENTXAKA, R., *op. cit.*, p. 282. discrepa de esta hipótesis

<sup>43</sup> ROBLES VELASCO, L.M., "El artículo 1.862 del Código Civil español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 688 (2005), pp. 513-524.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Pero no con el tipo básico y genérico del Artículo 248:

#### Artículo 248.

Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

En C.9.34.2 se recoge un rescripto de Gordiano III dado en el año 239 que plantea el caso de un padre que, tras haber donado – mediante *traditio* – ciertos bienes a su hijo emancipado, los vincula al pago de una deuda propia. Resuelve el jurista que, por un lado, la

pignoración, al haber recaído sobre bienes ajenos al pignorante, no perjudica al hijo, que mantiene por tanto su dominio libre de cargas sobre los mismos, pero que, por otro lado, puede acusarse justamente al padre de *stellionatus* por ofrecer en prenda bienes que le son ajenos, defraudando así al acreedor:

C. 9.34.2 *Imperator Gordianus*. *Si pater tuus in te donationem contulit et, cum emancipatus es, traditionibus dominium corporum in te transtulit posteaque creditorem sortitus quasdam earum rerum sine tua voluntate velut proprias suas obstrinxit, ius tuum non laesit. Nec tamen iniuria stellionatus crimine petetur, cum sciens alienam rem te non consentiente velut propriam suo nexuit creditori.* GORD. A. VALENTI. <A 239 PP. II K. IAN. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.><sup>44</sup>

También Filipo el Árabe vincula el *stellionatus* con la pignoración de bienes ajenos o ya afectados a deudas anteriores:

C. 9.34.4 *Imperator Philippus*. *Ignorantia creditoris, cui res pridem apud alios obligatae pignoris seu hypothecae iure obligantur, non sine periculo capi consuevit. Etenim eiusmodi fraudes ad extraordinariam criminis exsecutionem spectare ac stellionatus commissum severissime esse vindicandum saepe rescriptum est. Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire temptaverit, seu obligatione rite perfecta*

---

<sup>44</sup> Si tu padre realizó una donación a tu favor y, una vez emancipado, mediante traditio te transfirió el dominio de los bienes, pero posteriormente, habiéndose convertido en deudor, comprometió algunos de esos bienes como si fueran propios sin tu consentimiento, no se ha vulnerado tu derecho. Sin embargo, no sería injusto acusarle de *stellionatus* en este caso, ya que él, sabiendo que los bienes eran ajenos y sin tu consentimiento, los vinculó como si fueran propios ante su acreedor.

*participato fraudis consilio per subiectam quasi anteriorem personam dispendium tuum ad occultum compendium suum pertemptat, adire suum iudicem potes congruentem iuri ac debitae religioni sententiam relaturum. PHILIPP. A. EUPREPETI. <A 244 PP. VI ID. MAI. PEREGRINO ET AEMILIANO CONSS.>*

La ignorancia del acreedor, a quien se le ofrecen bienes que ya estaban previamente comprometidos bajo el derecho de prenda o hipoteca, no suele quedar exenta de riesgo. En efecto, este tipo de fraudes se consideran dentro de la ejecución extraordinaria de crímenes y se ha resuelto frecuentemente que el delito de *stellionatus* cometido debe ser castigado con severidad. Por lo tanto, ya sea que el deudor haya intentado aprovecharse de tu ignorancia, o que, habiendo perfeccionado la obligación de manera adecuada, participe en un plan fraudulento mediante la intervención de una persona que aparenta ser un acreedor anterior para ocultar su beneficio y causarte perjuicio, puedes acudir al juez competente. Este emitirá una sentencia acorde con el Derecho y con la debida justicia.

El *stellionatus* amplía el alcance punitivo del fraude, un paso que influirá en la dimensión penal del Derecho moderno<sup>45</sup>. Algunos autores modernos han destacado la relevancia del estelionato como delito de fraude genérico en el derecho romano, subrayando su flexibilidad para abarcar conductas engañosas no tipificadas.

---

<sup>45</sup> ROBINSON, O.F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, Londres, Duckworth, 1995, pp. 89-92.

#### 4.1. Evolución y alcance del *stellionatus*

El *stellionatus* se desarrolló en un contexto de transición del procedimiento formulario a la *cognitio extra ordinem*, lo que permitió una mayor intervención estatal en la represión del fraude. Esta evolución reflejaba los cambios en la administración romana durante el Principado, donde el creciente poder imperial buscaba proteger el orden público frente a conductas que, aunque no encajaban en delitos tradicionales como el *furtum*, amenazaban la estabilidad económica. Según O.F. Robinson, el *stellionatus* se convirtió en una "categoría residual" para sancionar fraudes que escapaban a las acciones civiles o a otros crímenes específicos, lo que lo asemeja a un precursor de la flexibilidad penal moderna<sup>46</sup>. En esta misma línea, un estudio reciente de Milani ha profundizado en la naturaleza del *crimen stellionatus*, subrayando su función como una herramienta flexible de la *cognitio extra ordinem* para reprimir una casuística de fraudes en constante expansión.

El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, al recopilar estos textos, amplió su alcance al incluir casos como la colusión para dañar a terceros, lo que sugiere una interpretación más amplia que la original. Esta flexibilidad permitió que el *stellionatus* abarcara desde fraudes patrimoniales específicos hasta conductas más generales de engaño, sentando un precedente para la tipificación penal del fraude en sistemas posteriores.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, cap. 5, "Extraordinary Crimes".

## 5. Pervivencia en la Edad Media: las Siete Partidas y el Derecho Canónico

### 5.1. Influencia del Derecho Canónico

El Derecho Canónico, codificado en el *Corpus Iuris Canonici* entre los siglos XII y XIII, reinterpretó el *dolus malus* desde una perspectiva moral y teológica, influyendo profundamente en el Derecho secular medieval y eliminando la tolerancia romana hacia el *dolus bonus*. El *Decretum Gratiani* (c. 1140), aborda el fraude como pecado y delito:

*Corpus Iuris Canonici, Decretum, C. 14, q. 5, c. 1: Dolus malus fit, cum aliud agitur et aliud simulatur.*<sup>47</sup>

En el canon 3, de la misma *quaestio*, Graciano cita a San Agustín para reforzar esta visión:

*Dolus est omnis fallacia vel simulatio, qua alter decipitur.*<sup>48</sup>

Las *Decretales de Gregorio IX* (1234), profundizan esta concepción al sancionar fraudes contractuales:

*X 1.3.15: Si quis dolo malo contractum fecerit, vel alium ad contrahendum induxerit, culpabilis est.*<sup>49</sup>

Asimismo, decretales como la 'Cum causam' de Inocencio III (X 5.15.2) extendieron la noción de fraude al ámbito procesal,

---

<sup>47</sup> El dolo malo se da cuando se hace una cosa y se simula otra.

<sup>48</sup> Dolo es toda falsedad o simulación con la que se engaña a otro.

<sup>49</sup> Si alguien realiza un contrato con dolo malo o induce a otro a contratarlo, es culpable.

sancionando a quienes utilizaban el litigio de manera maliciosa para perjudicar a otros, reforzando así la idea de que el dolo no solo viciaba los contratos, sino también el propio ejercicio del derecho.

En el ámbito penal del ordenamiento canónico, también se castigaban fraudes contra el patrimonio eclesiástico:

X 5.3.8: *Qui bona ecclesiae fraudulenter alienaverit, anathema sit.*<sup>50</sup>

También sanciona el *Liber Extra* las donaciones fraudulentas con la nulidad:

X 1.6.31: *Si donatio per dolum vel fraudem facta fuerit, nulla sit.*<sup>51</sup>

En el ámbito matrimonial, una norma específica sanciona con la separación los matrimonios celebrados por engaño:

X 4.1.13: *Si quis per dolum vel fraudem matrimonium contraxerit, separatio fiat.*<sup>52</sup>

El Derecho Canónico enriqueció el concepto de *dolus malus* al añadirle una dimensión ética: no solo se trataba de un daño patrimonial, sino también de un pecado contra la justicia y la buena fe, castigado con sanciones espirituales (como la excomunión) y temporales (como la restitución o penas corporales). Esta visión influyó directamente en las Siete Partidas, donde el énfasis en la intencionalidad ("con intención de los engañar") y la

---

<sup>50</sup> Quien enajene fraudulentamente los bienes de la Iglesia, sea anatema.

<sup>51</sup> Si una donación se hace por dolo o fraude, será nula.

<sup>52</sup> Si alguien contrae matrimonio por dolo o fraude, se ordenará la separación.

discrecionalidad judicial ("según su alvedrío") reflejan la fusión del Derecho Romano con los principios canónicos. Durante la Edad Media, juristas como Bartolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldi integraron estas ideas en el *ius commune*, sentando las bases para su recepción en los ordenamientos modernos<sup>53</sup>.

## 5.2. Impacto del Derecho Canónico en el concepto de fraude

La influencia del Derecho Canónico no se limitó a la esfera eclesiástica; su enfoque ético permeó el Derecho secular al enfatizar la intencionalidad y la mala fe como elementos esenciales del fraude. Por ejemplo, la obra de Bartolo de Sassoferato (*Commentaria in Digesta*, ad D.4.3) analiza cómo el *dolus malus* romano se transformó bajo la influencia cristiana en un concepto más amplio que abarcaba tanto el daño material como la violación de principios morales. Esta reinterpretación fue crucial para la transición del derecho romano al medieval, ya que elevó la buena fe (*bona fides*) a un principio rector en las relaciones jurídicas, un legado que persiste en los códigos civiles modernos.

---

<sup>53</sup> BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Commentaria in Digesta*, Venecia, Giunta, 1570.

### 5.3. Las Siete Partidas

En las Partidas no aparece un tipo genérico de estafa como el engaño que promueve una disposición patrimonial. Sin embargo, el Título XVI de la Partida VII está destinado a "los engaños", que se definen como:

"muchos yerros que los omes fazen, que non han nomes señalados (...) *Dolus* en latín tanto quiere dezir en romance como engaño: e engaño es enartamiento que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas, que dicen con intención de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dizen en latín, *dolus malus*; que quiere tanto dezir como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos. La primera es quando lo fazen por palabras mentirosas, o arteras. La segunda es quando preguntan<sup>3</sup> algún ome sobre alguna cosa, e el callase engañosamente, non queriendo responder; o si responde, dize palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño".

A propósito del texto transscrito, se cita la glosa de Azón y a San Agustín, que expresamente se refiere a las "maquinaciones o fraudes que se hacen por medio de las palabras". También se contiene una referencia a Baldo para distinguir entre "dolo" y "fraude", considerando el dolo más grave pues supone una "oculta maquinación del entendimiento". Aunque en esta definición

alfonsina aparece claramente el concepto de "maquinaciones insidiosas" que recoge el tipo moderno de estafa, no se vincula *prima facie* a una disposición patrimonial. De forma más específica, la Ley 2 de este mismo Título define los engaños que "son llamados en latín estelionatos", describiendo supuestos como vender o empeñar una misma cosa a dos personas distintas, o dar en prenda una cosa ajena como propia. Este es el antecedente más directo del estelionato del Código Civil.

Por su parte, la ley 3 de este título XVI, a propósito de la legitimación activa para ejercitar la *actio doli*, distingue dos supuestos: el primero, cuando "el engaño es hecho en razón de vendida, o de compra, o de cambio, o sobre algún otro pleyto, o postura, que los omes fagan entre sí"; y el segundo, cuando "cayesse maldad de que non ouiesse nombre señalado". En el primer supuesto, los herederos del defraudador responderán del hecho causado, mientras que en el segundo se establece la intransmisibilidad pasiva de la acción, salvo en aquello "quanto se acrecentó lo que ellos heredaron". Esta distinción evidencia una recepción directa del Digesto<sup>54</sup>, adaptada al contexto medieval con un enfoque moralizante<sup>55</sup>.

La influencia romana y canónica se percibe también en la discrecionalidad judicial: "el juez debe penar al engañador según su alvedrío, considerando la gravedad del engaño y el daño causado", según establece Partidas 7.16.4. Esta flexibilidad, ya presente en la

---

<sup>54</sup> Cfr. Supra D.4.3.17

<sup>55</sup> LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas glosadas*, Salamanca, Andrea de Portonariis, 1555, glosa a VII, XVI, 3, pp. 1245-1246.

configuración inicial de la *actio de dolo*, entronca con la *coercitio extraordinaria* del *stellionatus* y anticipa la adaptación de las penas a las circunstancias del caso en el Derecho penal moderno.

#### 5.4. Análisis de las Siete Partidas y su contexto

Las Siete Partidas, promulgadas por Alfonso X en el siglo XIII, representan una síntesis del Derecho romano, canónico y consuetudinario visigodo. En el Título XVI de la Partida VII, el tratamiento de los engaños refleja esta fusión: la referencia al *dolus malus* como "mal engaño" conserva la terminología romana, pero el énfasis en la intención y el daño moral evidencia la influencia cristiana. Alfonso García-Gallo señala que esta obra buscaba unificar el Derecho en un reino diverso, adaptando conceptos romanos a las necesidades de una sociedad feudal<sup>56</sup>. La distinción entre engaños contractuales y otros tipos de fraudes sin nombre específico muestra un esfuerzo por sistematizar las respuestas jurídicas al fraude, un eco de la flexibilidad del *stellionatus*. Un pasaje relevante es Partidas 7.16.2, que describe cómo el engaño puede surgir por omisión: "quando callase engañosamente". Esta idea, ausente en el Derecho Romano clásico, parece derivar del Derecho Canónico, donde el silencio malicioso se consideraba una forma de *dolus*. Este enfoque amplió la noción de fraude más allá de las acciones positivas, influyendo en la concepción moderna de la estafa como un delito que puede incluir la ocultación deliberada de información.

---

<sup>56</sup> GARCÍA-GALLO, A., *Manual de historia del Derecho español*, vol. 2, Madrid, Artes Gráficas, 1959, pp. 385-390.

## 6. Recepción en el Derecho Moderno

### 6.1. Sistemas civilistas

La codificación moderna en Europa continental recogió el legado romano-canónico del fraude incorporándolo tanto a sus códigos civiles como penales. En Francia, el Código Civil de 1804 (Código Napoleón) regula el dolo como vicio del consentimiento en los artículos 1109 y 1116, exigiendo un engaño intencional que induzca a error a una parte. En Italia, el Código Civil de 1865 y el de 1942 (art. 1439) siguen una línea similar, así como en el BGB alemán de 1900 (art. 123). Portugal, en su Código Civil de 1966 (art. 253) también refleja esta tradición. En todos estos sistemas, la distinción entre *dolus bonus* y *dolus malus* se diluye bajo la influencia canónica, primando la intencionalidad dañina. La *actio de dolo* y la *exceptio doli* influyeron en los sistemas civilistas europeos al establecer la intencionalidad como base del dolo contractual. El Código Civil español (arts. 1269-1270) regula el dolo contractual como causa de nulidad relativa o anulabilidad:

#### Artículo 1269.

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

## Artículo 1270

Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

La jurisprudencia española, como la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, subraya la necesidad de un "engaño bastante" y un "perjuicio efectivo", consolidando la herencia romana en un contexto contemporáneo. También el delito de estelionato tiene su recepción en el artículo 1862 del Código Civil.

## Artículo 1862.

La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

## 6.2. Ejemplos en la jurisprudencia civilista

En Francia, el caso *Poussin* (1987) ilustró la aplicación del dolo contractual: un vendedor ocultó información crucial sobre la autenticidad de una pintura, y el tribunal anuló la venta basándose en el artículo 1116 del Código Napoleón. En España, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2019 (STS 342/2019) anuló un contrato por dolo al probarse que una parte indujo a error a la otra

mediante información falsa sobre un inmueble, reflejando la continuidad del *dolus malus* romano en la protección contractual moderna.

### 6.3. Sistemas anglosajones

En Inglaterra, aunque el *common law* no recibió directamente el Derecho Romano, desarrolló figuras análogas. La acción civil de *deceit* (engaño) y el delito de *fraud* comparten con la *actio de dolo* la necesidad de una *misrepresentation* intencional que cause daño. A diferencia del tipo único y amplio de estafa del artículo 248 del Código Penal español, el derecho inglés moderno, a través del Fraud Act 2006 (que sustituyó las antiguas figuras del Theft Act 1968), define el fraude de tres maneras específicas: por representación falsa, por omisión de revelar información que se tiene obligación de comunicar y por abuso de una posición de confianza. Este enfoque más casuístico contrasta con la formulación generalista del "engaño bastante" de la tradición civilista.

### 6.4. Influencia indirecta del Derecho Romano

Aunque el *common law* no adoptó formalmente el Derecho Romano, la jurisdicción de *equity* –desarrollada por la Cancillería inglesa– incorporó principios de buena fe y equidad que resonaban con la *actio de dolo* y la *exceptio doli*. Por ejemplo, la doctrina de *fraudulent misrepresentation* en casos como *Redgrave v. Hurd* (1881) permitió la rescisión de contratos inducidos por engaño, un eco funcional de los

remedios pretorianos romanos. Esta convergencia demuestra cómo las ideas romanas, filtradas por el *ius commune* medieval, influyeron indirectamente en el Derecho anglosajón.

## 7. El delito de estafa

El Código Penal francés de 1810 tipificó la estafa (*escroquerie*) en su artículo 405, requiriendo maniobras fraudulentas para obtener un beneficio patrimonial, un eco directo del *dolus malus*. El Código Penal italiano de 1889 (art. 640) y el StGB alemán (art. 263), incorporan el dolo malicioso como elemento clave del fraude.

En España, el artículo 766 del código de 1822, recoge el delito de estafa como una variante residual del robo o hurto:

"Cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa, u otro embuste semejante hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial..."

En cambio, a partir del código penal de 1848 se tipifica la estafa como un tipo agravado de defraudación:

### Artículo 441.3

Son aplicables las penas señaladas en el artículo 449... 3º A los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

Esta redacción de las defraudaciones, entre las que se recoge la estafa, fue incorporada al artículo 452.3 del código de 1850 de donde pasó al artículo 547 del código penal de 1870. Los códigos penales del siglo XX mantendrán la redacción de estos textos legales<sup>57</sup>. Este carácter residual – casi subsidiario, como la antigua *actio de dolo pretoria* – del delito de estafa en los ordenamientos decimonónicos explica que, cuando Baldomera Larra cometió la primera estafa piramidal de nuestra historia jurídica, no fuera acusada por tal delito sino de alzamiento de bienes<sup>58</sup>.

En el Código Penal vigente, el delito de estafa está tipificado en la sección primera del capítulo VI del Título XIII del Libro II, artículos 248 a 251 bis. El tipo básico, del artículo 248, castiga con pena de prisión de seis meses a tres años a quien, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

"Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno".

Este tipo penal recoge los elementos del *dolus malus* romano (engaño intencional) y del *stellionatus* (sanción pública del fraude), filtrados por la moral cristiana de las Partidas. Este tipo penal moderniza el

---

<sup>57</sup> Artículo 728 CP 1928, art. 522 CP 1932, art. 629.6 CP 1944 y 528 del TR de 1973

<sup>58</sup> Imputación de la que fue finalmente absuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero de 1881, al considerar nulos todos los contratos suscritos por la acusada con los defraudados por carecer de la preceptiva licencia marital.

*dolus malus* romano al incorporar el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial, adaptándose a nuevos desafíos como el fraude digital.

### **7.1. Comparación con el artículo 248 y jurisprudencia actual**

El artículo 248 del Código Penal español refleja una evolución del *dolus malus* al exigir un "engaño bastante" y un "acto de disposición" que cause perjuicio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2019 (STS 209/2019) aclara que el dolo debe ser inicial y no meramente subsiguiente, diferenciando así la estafa del incumplimiento contractual civil. Este criterio entronca con la definición de Labeón, donde el *dolus malus* implica una intención deliberada de engañar. Además, la jurisprudencia reciente ha adaptado el tipo a fraudes modernos: por ejemplo, la STS 456/2021, de 15 de junio de 2021, aplicó el artículo 248 a un caso de *phishing*, demostrando cómo la herencia romana se ajusta a los desafíos digitales.

## **8. Conclusión**

La *actio de dolo* y el *stellionatus* representan un esfuerzo romano por equilibrar la protección individual y el orden social frente al fraude, un legado que, enriquecido por el Derecho Canónico y las Siete Partidas, permea los sistemas jurídicos modernos. En España, el artículo 248 del Código Penal refleja esta evolución, adaptando el *dolus malus* a realidades contemporáneas como el fraude digital. La distinción entre engaño civil y penal, la intencionalidad como núcleo

del ilícito y la flexibilidad punitiva son ecos de un sistema que, lejos de ser un vestigio histórico, sigue siendo relevante ante los desafíos del siglo XXI. Esta continuidad demuestra la capacidad del Derecho Romano para trascender su contexto original, ofreciendo soluciones que, a través de siglos de reinterpretación, siguen asegurando la equidad en las relaciones jurídicas. Este legado romano, lejos de ser un mero vestigio, constituye un pilar fundamental para enfrentar los retos del fraude en la era digital, garantizando que la justicia prevalezca en un mundo de creciente complejidad. La flexibilidad conceptual del *dolus malus* y el carácter residual del *stellionatus* ofrecen un valioso modelo para afrontar los desafíos del fraude contemporáneo, desde las estafas perpetradas mediante inteligencia artificial hasta los engaños en entornos digitales como el metaverso.

El reto no consiste únicamente en adaptar la ley, sino en reinterpretar estos principios clásicos de buena fe y represión del engaño para proteger eficazmente a los ciudadanos en un paradigma tecnológico que los juristas romanos no podrían haber imaginado, demostrando así que el Derecho romano no es solo la raíz, sino también una fuente viva para la solución de los conflictos del mañana.

## 9. Bibliografía

- BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria in Digesta*, Venecia, Giunta, 1570.
- BETANCOURT, F., "La stipulatio iudicialis de dolo en el derecho romano clásico", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49 (1979), pp. 165-203.
- BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, vol. 2, Milán, Giuffrè, 1973.
- BURDESE, A., "'Exceptio doli' (diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 6, 1960, p. 1074.
- CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. 2, Florencia, Felice Le Monnier, 1867.
- CASAVOLA, F., "Dolo (Diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 6, 1960, p. 149.
- D'IPPOLITO, F., "Sulla data dell'actio de dolo", *Labeo: Rassegna di diritto romano*, 41 (1995), pp. 247-250.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación", *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 21, nº 1 (2012), pp. 9-34.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Sistema contractual romano: vigencia y modernidad*, Madrid, Dykinson, 2010.
- GARCÍA CAMIÑAS, J., "La problemática del dolo en el Derecho romano clásico", en PARICIO SERRANO, J. (ed.),

*Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ramón Areces, 1994, pp. 945-997.

- GARCÍA-GALLO, A., *Manual de historia del Derecho español*, 2 vols., Madrid, Artes Gráficas, 1959.
- GAROFALO, L., *L'eccezione di dolo generale*, Milán, Cedam, 2006.
- HAUSMANINGER, H., *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Viena, Böhlau, 1976.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2<sup>a</sup> ed., 2 vols., Múnich, C.H. Beck, 1971.
- LAMBERTI, F., *Dolus bonus/dolus malus. L'arte della persuasione nella tradizione del pensiero antico*, Napoli, Jovene, 2020.
- LONGO, G., *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, Cedam, 1937.
- LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas glosadas*, Salamanca, Andrea de Portonariis, 1555.
- LUZZATTO, G.I., "Dolo (diritto romano)", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 13, 1964, pp. 712-719.
- MENTXAKA, R., "Stellionatus", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 30 (1988), pp. 277-335.
- MILANI, M., "Il crimen stellionatus", *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, XIV, 2025, pp. 1-44.

- POKORNY, J., *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, Berna, Francke Verlag, 1959.
- ROBINSON, O.F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, Londres, Duckworth, 1995.
- ROBLES VELASCO, L.M., "El artículo 1.862 del Código Civil español y el delito de stellionatus en la *conventio pignoris*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 688 (2005), pp. 513-524.
- VOLTERRA, E., "Stellionatus", *Studi sassaresi*, 7 (1929), pp. 135-150.
- WACKE, A., "La 'exceptio doli' en el Derecho romano clásico y la 'Verwirkung' en el Derecho alemán moderno", en PARICIO SERRANO, J. (ed.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ramón Areces, 1994, pp. 977-997.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

ISSN 1989-1970

Octubre-2025

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 09/09/2025	Fecha de aceptación: 19/10/2025
Palabras clave: <i>crimen repetundarum, derecho criminal, política, Roma</i>	Keywords: <i>crimen repetundarum, Criminal law, Policy, Rome</i>



## LOS JUICIOS DE REPETUNDIS Y SU TRASFONDO POLÍTICO EN ÉPOCA DE CICERÓN

### DE REPETUNDIS TRIALS AND THEIR POLITICAL BACKGROUND IN CICERO'S TIME

**Lorna García Gérboles**

Profesora Contratada Doctora  
Universidad Complutense de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0002-2895-1647>

**(GARCÍA GÉRBOLES, Lorna. Los juicios de *repetundis* y su trasfondo político en época de Cicerón RIDROM [on line]. 35-2025.ISSN 1989-1970.pp. 183-222. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

#### Resumen:

El análisis de los posibles condicionamientos histórico-políticos que influyen en el desarrollo de los juicios por *crimen repetundarum* en la República romana tardía y, en concreto, en la época de Cicerón, permite apreciar cómo los tribunales se convierten en escenarios de disputa política y electoral, reflejando las tensiones y transformaciones estructurales de la República en su fase final. Con este objetivo, se analiza la concentración temporal de los juicios *de repetundis* y la presencia de motivaciones políticas subyacentes a cada uno de ellos y se reconocen diversas finalidades, todas ellas estrechamente vinculadas al contexto político prevalente en cada periodo. Ciertamente, no

todos los juicios están manipulados, pero sí descubrimos en la mayoría de ellos algunos condicionamientos ajenos al *crimen repetundarum*, como son las estrategias procesales que buscan mejores condiciones para el acusado; los intereses electorales que pretenden alterar la carrera política del acusado; las rivalidades entre las facciones senatoriales y populares o enfrentamientos personales y, por último, los intereses individuales para alcanzar prominencia y notoriedad.

#### Abstract:

The analysis of the possible historical and political factors that influenced the development of trials for *crimen repetundarum* in the late Roman Republic, and specifically during Cicero's time, allows to understand that the courts become arenas for political and electoral disputes, reflecting the tensions and structural transformations of the Republic in its final phase. With this objective in mind, we analyse the temporal concentration *de repetundis* trials and the underlying political motivations behind each of them, recognising various purposes, all closely linked to the prevailing political context of each period. Certainly, not all trials are manipulated, but we do find in most of them some conditions unrelated to the *crimen repetundarum*, such as procedural strategies seeking better conditions for the accused; electoral interests seeking to alter the political career of the accused; rivalries between senatorial and popular factions or personal confrontations; and, finally, individual interests in achieving prominence and notoriety.

SUMARIO: I. Introducción. II. Juicios documentados. III. Agrupación temporal. IV. Condicionamientos políticos: 1. Estrategias procesales. 2. Intereses electorales. 3. Rivalidades entre facciones o enfrentamientos procesales. 4. Intereses personales. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de las páginas que siguen, se examina una cuestión cuya complejidad y riqueza la convierten en objeto de especial interés: los posibles condicionamientos histórico-políticos que influyen en el desarrollo de los juicios por *crimen repetundarum* en la República romana tardía. El objetivo de este estudio no es profundizar en la esencia o en los aspectos técnicos del *crimen repetundarum*, ni tampoco en el tratamiento procesal que sufre en función de la ley aplicable en cada momento histórico, sino más bien analizar y clasificar las posibles motivaciones políticas subyacentes a cada uno de los juicios *de repetundis*<sup>1</sup>, centrando la atención en un momento histórico concreto, la época de Cicerón.

La figura de Cicerón y su contribución en el ámbito político y jurídico representan, como es sabido, un legado valioso que sigue siendo objeto de estudio y admiración, especialmente para comprender los retos y dilemas que afronta la República romana en

---

<sup>1</sup> GRUEN, E. S., *The Last Generation of the Roman Republic*, University of California Press, Berkley-Los Angeles-London, 1974, p. 260, señala que las *quaestiones perpetuae* nacieron en la política y que estos juicios no solo reflejan la creciente dificultad del sistema judicial romano, sino también su función estratégica en medio de la expansión territorial y los conflictos internos.

sus años finales. Por esta razón, resulta interesante analizar los juicios contra los gobernadores provinciales durante el periodo en que Cicerón desempeña su actividad como orador. Así, podemos situar el inicio de su carrera forense en el año 81 a. C., cuando protagoniza su primer gran juicio: la defensa de Sexto Roscio acusado de parricidio<sup>2</sup>. Aunque este caso no se vincula ciertamente con la corrupción de gobernadores provinciales, se toma como punto de referencia, dado que capta un enorme interés público y consolida la reputación de Cicerón como un orador excepcional; además coincide, como veremos, con la promulgación de la *lex Cornelia de repetundis*. Como contrapunto, el epílogo de su trayectoria política está marcado por las célebres "Filípicas", una serie de discursos en los que el arpinate denuncia la ambición de Marco Antonio y su amenaza a la República romana. Si bien estas intervenciones no constituyen un juicio formal, representan su testimonio final antes de ser asesinado en el año 43 a. C. por orden de Marco Antonio.

---

<sup>2</sup> Sobre este juicio, *vid.*, entre otros, RICHTER, F., *Ciceros Rede für Sex. Roscius für den Schulgebrauch*, Teubner, Leipzig, 1864; LANDGRAF, G., *Kommentar zu Ciceros Rede Pro Sex. Roscio Amerino*, v. 2, Teubner, Leipzig, 1914; BUCHHEIT, V., "Ciceros Kritik an Sulla in der Rede für Roscius aus Ameria", en *Historia*, 24, 1975, pp. 570 ss.; LOUTSCH, C. M., "Remarques sur Cicéron, pro Sex. Roscio Amerino", en *Liverpool Classical Monthly*, 4, 1979, pp. 107 ss.; KINSEY, T. E., "A problem in the Pro Roscio Amerino", en *Eranos*, 79, 1981, pp. 149 s.; KINSEY, T. E., "The case against Sextus Roscius of Ameria", en *Ant. Class.*, 54, 1985, pp. 188 ss.; HINARD, F., *Les proscriptions de la Rome républicaine*, École française de Rome, Roma, 1985; BERRY, D. H., "The publication of Cicero's "Pro Roscio Amerino", en *Mnemosyne*, 57/1, 2004, pp. 80 ss.; ROBINSON, O. F., *Penal practice and penal policy in ancient Rome*, Routledge, Londres, 2007; NUÑEZ, S., "Cicerón, el caso Roscio y la *lex Cornelia de proscriptione*", en *AnMal*, v. 34, n. 2, 2011, pp. 455 ss.

En estos momentos, entre los años 80 y 50 a. C., Roma atraviesa un periodo de crisis política, militar y social y una etapa de profundas transformaciones que marcan el declive de la República y el comienzo del sistema político que daría lugar al Imperio. En estos momentos, el ambiente político está dominado por las tensiones entre las facciones políticas de los *optimates* y los *populares*<sup>3</sup> y por la formación de alianzas políticas, como el primer triunvirato. Figuras como Lucio Cornelio Sila, Cayo Julio César y Cneo Pompeyo Magno desempeñan papeles fundamentales en los conflictos que determinan esta etapa. Hacia el último tramo de la República, particularmente a finales de los años 70 a. C., las instituciones republicanas ya muestran signos claros de debilitamiento y la lucha entre los *optimates* y *populares* continúa intensificándose, de modo que este escenario de inestabilidad marca el preludio de la desaparición de la República y el establecimiento del poder centralizado del futuro Imperio.

En el ámbito judicial, los procesos relacionados con el *crimen repetundarum* no sólo reflejan las tensiones políticas inherentes al sistema republicano, sino también la necesidad de controlar los abusos cometidos por gobernadores en sus respectivas provincias. Este tipo de crímenes destaca especialmente en un contexto de expansión territorial, donde los gobernadores romanos, al frente de provincias ricas y alejadas, tienen amplias oportunidades para enriquecerse ilícitamente, de modo que resulta necesario atender a

---

<sup>3</sup> Sobre el significado de “*popularis*”, *vid.* CASSOLA, F. – LABRUNA, L., *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, p. 343.

las constantes quejas de las provincias romanas<sup>4</sup> que padecen los excesos y el enriquecimiento ilícito de los magistrados encargados de su administración<sup>5</sup>.

Aunque los primeros pasos hacia la regulación de estos delitos se remontan a la *lex Calpurnia de repetundis* (149 a. C.)<sup>6</sup>, que instituye la

---

<sup>4</sup> En el año 210 a. C. una delegación procedente de una comunidad bajo dominio romano acudió por primera vez a Roma para presentar una queja contra la actuación de uno de los cónsules. *Liv. 26.26.5-8: M. Marcellus cum idibus Martiis consulatum inisset, senatum eo die moris modo causa habuit professus nihil se absente collega neque de re publica neque de prouinciis acturum: scire se frequentes Siculos prope urbem in uillis obtrectatorum suorum esse; quibus tantum abesse ut per se non liceat palam Romae crimina edita [ficta] ab inimicis uolgare, ut ni simularent aliquem sibi timorem absente collega dicendi de consule esse, ipse eis extemplo daturus senatum fuerit. ubi quidem collega uenisset non passurum quicquam prius agi quam ut Siculi in senatum introducantur. dilectum prope a M. Cornelio per totam Siciliam habitum ut quam plurimi questum de se Romam uenirent; eundem litteris falsis urbem implesse bellum in Sicilia esse ut suam laudem minuat.*

<sup>5</sup> En *Cic. Div. Caec. 5.17-18* se recoge expresamente que la *quaestio perpetua* fue establecida en beneficio de los provinciales: *reliquum est iam ut illud quaeramus, cum hoc constet, Siculos a me petisse, ecquid hanc rem apud vos animosque vestros valere oporteat, ecquid auctoritatis apud vos in suo iure repetundo socii populi Romani, supplices vestri, habere debeant. de quo quid ego plura commemorem? quasi vero dubium sit quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit; nam civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione et privato iure repetuntur. haec lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est, hanc habent arcem, minus aliquanto nunc quidem munitam quam antea, verum tamen si qua reliqua spes est quae sociorum animos consolari possit, ea tota in hac lege posita est; cuius legis non modo a populo Romano, sed etiam ab ultimis nationibus iam pridem severi custodes requiruntur.*

<sup>6</sup> Este plebiscito, impulsado por el tribuno de la plebe, L. Calpurnio Pisón Frugi, supone una ruptura significativa en el sistema procesal romano: no solo establece por primera vez la ley *de pecuniis repetundis*, sino que también da origen a la primera *quaestio perpetua*. Esta *quaestio perpetua de repetundis* inaugura una serie de *quaestiones perpetuae* que, con el tiempo, se multiplican y acaban desplazando por completo la autoridad de los *iudicia populi*. En este sentido, GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., "Origen y evolución de la *quaestio de repetundis*", en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 13. Sobre la *lex Calpurnia*, *vid.*, también entre otros, LABOULAYE, E., *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Durand, Paris, 1845, pp. 196 ss.; FERGUSON, W.

primera *quaestio perpetua*<sup>7</sup>, nuestra atención debe centrarse en las dos disposiciones legales que están vigentes durante el intervalo temporal que constituye el objeto de este estudio: la *lex Cornelia de repetundis*, promulgada por Lucio Cornelio Sila en el 81 a. C., y la *lex Iulia de repetundis*, promulgada por Julio César en el 59 a. C.

La generalización y la consolidación del sistema de las *quaestiones perpetuae* se produce en la época de Sila cuando se promulga la *lex Cornelia de repetundis*. Entre las disposiciones más destacadas de esta ley figura la reducción de la pena al *simpulum*<sup>8</sup>, es decir, la obligación de devolver únicamente el monto exacto de lo sustraído, en lugar de imponer sanciones más severas como el *duplum*<sup>9</sup>, que son comunes

---

S., "The *lex Calpurnia* of 149 B. C.", en *JRS*, 11, 1921, pp. 86 ss.; TIBILETTI, G., "Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale", en *Athenaeum*, 31, 1953, pp. 5 ss.; PONTENAY DE FONTETTE, F., *Leges repetundarum. Essai sur la répression des actes illicites commis par les magistrats romains au détriment de leurs administrés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954, pp. 25 ss.; VENTURINI, C. "La repressione degli abusi dei magistrati romani ai danni delle popolazioni soggette fino alla *lex Calpurnia* del 149 a. C.", en *BIDR*, 72, 1969, pp. 79 ss.; SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pacini, Pisa, 1974, p. 211; FERRARY, J. L., "Sulla legislazione de *repetundis*", en *Labeo*, 29, 1983, pp. 70 ss.; RICHARDSON, J. S., "The Purpose of the *Lex Calpurnia de repetundis*", en *JRS*, 77, 1987, pp. 1 ss.

<sup>7</sup> Cic. *de off.* 2.21.75: *Caput autem est in omni procuratione negotii et muneris publici, ut avaritiae pellatur etiam minima suspicio. 'Utinam', inquit C. Pontius Samnis, 'ad illa tempora me fortuna reservavisset et tum essem natus, quando Romani dona accipere coepissent. Non essem passus diutius eos imperare.'* Ne illi multa saecula expectanda fuerunt: modo enim hoc malum in hanc rem publicam invasit. Itaque facile patior tum potius Pontium fuisse, si quidem in illo tantum fuit roboris. Nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis *repetundis* a L. Pisone lata lex est nulla antea cum fuisse. Cfr. Cic. *Brut.* 27.106; *Verr.* 2.3.84.195; 2.4.25.56.

<sup>8</sup> Vid. SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, cit., p. 219; SERRAO, F., "Repetundae", en *NNDI*, 15, Torino, 1968, p. 460.

<sup>9</sup> Asimismo, en lo que respecta al objeto del *crimen repetundarum*, esta ley habría recogido la tradición legislativa anterior, cuyo origen se encuentra fundamentalmente en la *lex Tabulae Bembinae* de Cayo Graco, que limita el

en legislaciones anteriores como la *lex Acilia repetundarum*<sup>10</sup>. Este cambio refleja, por tanto, una orientación más moderada en la persecución de los delitos de corrupción, probablemente influida por la necesidad de proteger a los miembros de la élite senatorial, que son los principales acusados en estos casos. En esta misma línea, y por lo que se refiere a la organización del jurado, la ley mantiene su composición exclusivamente en manos de senadores, con el objeto de reforzar el control senatorial sobre los juicios *de repetundis*<sup>11</sup>. Sin embargo, esta exclusividad es objeto de críticas y posteriormente modificada por la *lex Aurelia iudicaria*<sup>12</sup> promulgada

---

tipo delictivo a los beneficios económicos ilícitos obtenidos por el reo en perjuicio de los provincianos. En este sentido, GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., "El proceso de Gayo Verres", en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 51 s. Por otro lado, en el ámbito procesal, la innovación más importante es la instauración de la *accusatio rei publicae causa*, recayendo el *ius accusandi* en los ciudadanos romanos. A este respecto, GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *La corrupción política en época de Julio César*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2009, p. 37.

<sup>10</sup> Plebiscito seguramente propuesto por Manio Acilio Glabrión, colega de Cayo Graco en el tribunado. Cfr. Cic. *Verr.* 1.17.51; 2.1.9.26. Vid. SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè editore, Milano, 1989, pp. 66 s.

<sup>11</sup> Vell. 2.32.3: *Per idem tempus Cotta iudicandi munus, quod C. Gracchus ereptum senatui ad. equites, Sulla ab illis ad senatum transtulerant, aequaliter in utrumque ordinem partitus est; Oto Roscius lege sua equitibus in theatro loca restituit.* Cfr. Cic. *Verr.* 1.13.37; 16.47; Clu. 55.151; Div. Caec. 3.8; Tac. *Ann.* 11.22; Ps. Ascon. 189, 218 y 221 St. Se discute si fue la propia *lex Cornelia de repetundis* o una *lex Cornelia iudicaria*. Sobre esta cuestión, vid. PONTENAY DE FONTETTE, F., *Leges repetundarum*, cit., pp. 88 ss.; GRUEN, E. S., *Roman Politics and the Criminal Courts*, 149-78 B. C., Harvard University Press, Cambridge-Massachussets, 1968, p. 256; SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, cit., p. 218; BIANCHINI, M., "Osservazioni sul carattere delle *leges iudicariae* repubblicane", en *Memorie dell'Istituto lombardo, Accademia di scienze e lettere. Classe di lettere, scienze morali e storiche*, v. 35, fasc. 5, 1975, pp. 260 ss.; LINTOTT, A. W., "The *leges de repetundis* and Associate Measures Under the Republic", en *ZSS*, 98, 1981, p. 198.

<sup>12</sup> A esta ley se debe probablemente también la introducción del nuevo

en el año 70 a. C. por el pretor Lucio Aurelio Cota, que introduce una composición tripartita en los jurados, incluyendo, por igual, a senadores, *equites* y *tribuni aerarii*<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere a *lex Iulia de repetundis*<sup>14</sup>, esta ley viene a consolidar los esfuerzos de César por restringir los privilegios de la élite senatorial y promover una administración provincial más equitativa, consolidando a la vez su influencia política frente al Senado.

En esta línea, introduce un endurecimiento considerable en el régimen jurídico del *crimen repetundarum*, al establecer una definición más precisa de estos delitos, y dejar menos margen de actuación a los jurados. Sin embargo, la configuración del *album iudicum* permanece inalterada, sin que se introduzcan modificaciones, de modo que se procede conforme a lo estipulado por la *lex Aurelia iudiciaria*.

Entre sus disposiciones más relevantes, la *lex Iulia* implementa medidas innovadoras para garantizar la transparencia y la rendición

---

sistema de la *sortitio*. En este sentido, SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., p. 71.

<sup>13</sup> Representa una innovación en la estructura de los jurados de los tribunales romanos. Esta reforma, impulsada durante el consulado de Pompeyo y Craso, altera el modelo establecido bajo la legislación de Sila, que otorgaba a los senadores el monopolio en su composición. La nueva disposición establece una integración tripartita, dividiendo los jurados en proporciones iguales entre senadores, *equites* (miembros del orden ecuestre) y *tribuni aerarii* (ciudadanos de censo elevado, próximos al estatus de los *equites*, pero sin estar inscritos en las centurias ecuestres). Sobre esta ley, *vid.* FERRARY, J. L., “Cicéron et la loi judiciaire de Cotta (70 av. J.-C.)”, en *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, t. 87, n. 1, 1975, pp. 321 ss.; GRUEN, E. S., *The Last Generation*, cit., pp. 28 ss.

<sup>14</sup> Cic. *Sest.* 64.135; *Vatin.* 12.29; *Rab. Post.* 4.8; 5.12; *Pis.* 16.37; 21.50; 37.90; *dom.* 9.23; *prov. cons.* 4.7; *fam.* 2.17.2; 5.20.2; *Att.* 5.10.2; 5.16.3.

de cuentas. Exige que los registros tributarios se conserven en triplicado, con una copia enviada a Roma, fortaleciendo así el control administrativo<sup>15</sup>. Por otro lado, si bien amplia el círculo de personas punibles y el número de conductas que entran en el concepto de *repetundae*, sigue manteniendo la pena del *simplum* sancionada por la ley silana<sup>16</sup>.

## II. JUICIOS DOCUMENTADOS

Entrando ya en el terreno que nos interesa, cabe destacar que, a lo largo del último siglo de la República, entre los años 149 y 50 a. C., se encuentran 391 juicios documentados, tanto penales como civiles<sup>17</sup>. De esos 391 juicios, más de 100 tienen lugar entre los años 60 y 50 a. C. Si nos centramos en los juicios *de repetundis*, se registran 26 entre el 80 y el 50 a. C. Con el propósito de identificar con mayor precisión los posibles condicionamientos que influyen en estos juicios, he considerado oportuno elaborar una tabla en la que se organizan los juicios por orden cronológico y en función de la ley que está vigente al momento de su realización; esto es, por un lado, los juicios que tienen lugar bajo la vigencia de la *lex Cornelia de repetundis* (previos a la línea roja); por otro, los que se desarrollan estando ya la *lex Iulia de repetundis* (posteriores a dicha línea).

---

<sup>15</sup> Cic. Fam. 5.20.2: *Quod igitur fecissem ad urbem, si consuetudo pristina maneret, id, quoniam lege Iulia relinquere rationes in provincia necesse erat easdemque totidem verbis referre ad aerarium, feci in provincia, neque ita feci, ut te ad meum arbitrium adducerem, sed tribui tibi tantum, quantum me tribuisse numquam me poenitebit: totum enim scribam meum, quem tibi video nunc esse suspectum, tibi tradidi... Vid., también, Cic. Fam. 2.17.2. y 4; Fam. 5.20.7; Pis. 25.61.*

<sup>16</sup> SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, cit., pp. 221 s.

<sup>17</sup> Vid. ALEXANDER, M. C., *Trials in the Late Roman Republic. 149 BC to 50 BC*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 1990, p. IX.

No se han incluido los juicios de fecha desconocida o muy indefinida, ni tampoco los casos archivados o retirados antes del juicio (como el de *M. Aemilius Lepidus*, *C. Scribonius Curio*, *L. Licinius Lucullus* o *Q. Tullius Cicero*), puesto que no lo he considerado relevante para el fin último de este trabajo que es ofrecer una aproximación de la situación política que envuelve los juicios contra los gobernadores provinciales. Por tanto, del total de los 26 juicios de los que se tiene noticia en el periodo de referencia, se recogen en la tabla un total de 21 juicios, en los que 10 de los acusados fueron condenados, 6 absueltos y 5 con un resultado incierto.

Cada tabla incluye el año<sup>18</sup>, el acusado, el defensor, el acusador, la provincia en la que ejerció sus funciones y el resultado del proceso, cuando esta información está disponible<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Como en algunos juicios la fecha no puede establecerse con certeza, se ha optado por consignar una de las fechas posibles, sin profundizar en el debate sobre su exactitud, al no ser relevante para los fines de este estudio.

<sup>19</sup> La información para elaborar la tabla ha sido extraída de ZUMPT, A. W., *Der Criminalprocess der Römischen Republik*, Teubner, Leipzig 1871, pp. 468 ss.; LINTOTT, A. W., *The leges de repetundis*, cit., pp. 209 ss.; ALEXANDER, M. C., *Trials in the Late Roman Republic*, cit., pp. 67 ss. Esta tabla no pretende ser exhaustiva en lo relativo a los datos técnicos o procesales de los juicios, dado que no constituyen el objeto de este estudio, lo que implica que no se incluye una relación exhaustiva de toda la información relativa a estos juicios, como, por ejemplo, los posibles suscriptores o las personas que participan en apoyo de la defensa.

AÑO	ACUSADO	DEFENSOR	ACUSADOR	PROVINCIA	RESULTADO
78 a. C.	<i>Cn. Cornelius Dolabella</i>	No registrado	<i>M. Aemilius Scaurus</i>	¿Cilicia, 80-79 a. C.?	Condenado
77 a. C.	<i>Q. Calidius</i>	¿ <i>Hortensius</i> ?	<i>Q. Lollius?</i>	Hispania Citerior (78 a. C.)	Condenado
77 a. C.	<i>Cn. Cornelius Dolabella</i>	<i>C. Aurelius Cotta / Q. Hortensius Hortalus</i>	<i>C. Iulius Caesar</i>	Macedonia (80-77 a. C.)	Absuelto
74 a. C.	¿ <i>M? Terentius Varro</i>	<i>Q. Hortensius Hortalus</i>	<i>Ap. Claudius Pulcher</i>	Asia (¿77-75 a. C.?)	Absuelto
72 a. C.	<i>P. Septimius Scaevola</i>	No registrado	No registrado	¿Apulia?	Condenado
76-70 a. C.	<i>P. Gabinius Capito</i>	No registrado	<i>L. Calpurnius Piso Caesoninus</i> o <i>L. Calpurnius Piso Frugi</i>	Acaya (¿87-80 a. C.?)	Condenado
70 a. C.	<i>C. Verres</i>	<i>Q. Hortensius Hortalus</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	Sicilia (73-71 a. C.)	Condenado
69 a. C.	<i>M. Fonteius</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	<i>M. Plaetorius Cestianus</i>	Galia Transalpina o Narbonense (77-72 a. C.)	?
67 a. C.?	<i>M. Aurelius Cotta</i>	No registrado	<i>C. Papirius Carbo</i>	Bitinia-Ponto (73-70 a. C.).	Condenado
66 a. C.	<i>C. Licinius Macer</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	No registrado	?	Condenado
66 a. C.	<i>C. Manilius (¿Crispus?)</i>	No registrado	No registrado	Procedimiento <i>quo ea pecunia pervenerit</i>	?
65 a.C.	<i>L. Sergius Catilina</i>	No registrado	<i>P. Clodius Pulcher</i>	África (67-66 a. C.)	Absuelto
63 a. C.	<i>C. Calpurnius Piso</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	¿ <i>C. Iulius Caesar?</i>	Galia Cisalpina y Transalpina (66-65 a. C.)	Absuelto
59?	¿ <i>C. Papirius Carbo?</i>	No registrado	<i>M. Aurelius Cotta</i>	Bitinia-Ponto (¿61-59 a. C.?)	Condenado
59 a.C.	<i>L. Valerius Flaccus</i>	<i>Q. Hortensius Hortalus / M. Tullius Cicero</i>	<i>D. Laelius Balbus</i>	Asia 62 a. C.	Absuelto
54 a. C.	<i>C. Megabocchus</i>	No registrado	No registrado	Cerdeña (fecha incierta)	?
54 a. C.	<i>M. Aemilius Scaurus</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	<i>P. Valerius Triarius</i>	Cerdeña (55 a. C.)	Absuelto
54 a. C.	<i>A. Gabinius</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	<i>C. Memmius</i>	Siria (¿57-54 a. C.?)	Condenado
54-53 a. C.	<i>C. Rabirius Postumus</i>	<i>M. Tullius Cicero</i>	<i>C. Memmius</i>	Procedimiento <i>quo ea pecunia pervenerit</i>	?
51 a. C.	<i>C. Claudius Pulcher</i>	No registrado	No registrado	Asia (55-53 a. C.)	Condenado
51 a. C.	<i>M. Servilius</i>	<i>M. Caleius Rufus</i>	<i>Q. Pilius Celer / Ap. Claudius Pulcher</i>	Procedimiento <i>quo ea pecunia pervenerit</i>	?

Dado que el objetivo de este trabajo no es abordar en detalle cada uno de estos procesos judiciales, sino identificar algunos de los condicionamientos que influyeron en estos juicios, me he centrado principalmente en aquellos casos que, por su relevancia histórica o jurídica, resultan más significativos o emblemáticos, excluyendo casos como los de *Q. Calidius*, *P. Septimius Scaevola*, *Publius Gabinius Capito*, o *C. Megabocchus*, por no tener registros suficientes como para extraer conclusiones que puedan servir para arrojar algo de luz a nuestro propósito.

Asimismo, he orientado el estudio hacia dos aspectos fundamentales: la concentración temporal de los juicios y la presencia de motivaciones políticas subyacentes a cada uno de ellos.

### III. AGRUPACIÓN TEMPORAL

En lo que concierne a la agrupación temporal de los juicios, he estimado oportuno analizarlo por décadas, ya que cada una de ellas está marcada por la promulgación de una ley relevante para la *quaestio de repetundis*.

Así, en la década de los setenta se registra un número considerable de juicios y algunos de ellos son muy destacados, como los casos de Cneo Cornelio Dolabela (77 a. C.), Cayo Verres (70 a. C.) o Marco Fonteyo (69 a. C.). Este período coincide con la implementación de la *lex Cornelia de repetundis*, de modo que cabría pensar que esta ley constituye uno de los motores para que numerosos casos de abuso de poder y malversación sean llevados ante los tribunales durante esta década. Sin embargo, como hemos visto antes, esta ley reduce la

condena al *simplum* y mantiene la composición de los jurados exclusivamente en manos de senadores, de modo que no parecen medidas que puedan animar a los provincianos a llevar a los gobernadores ante la justicia. En cambio, en el 78 a. C. tiene lugar la muerte de Sila y esta circunstancia sí que puede influir en que algunos aliados de Sila encuentren dificultades como consecuencia de las rivalidades políticas características de esta época<sup>20</sup>. Esta conexión podría encontrarse, por ejemplo, en los juicios de C. Cornelio Dolabela<sup>21</sup> o A. Terencio Varrón<sup>22</sup>, si bien es cierto también que la influencia de Sila disminuye lógicamente con su muerte y que el contexto político de la República es extremadamente volátil y las alianzas cambian rápidamente.

La cantidad de juicios se mantiene prácticamente constante en la década de los sesenta, por lo que no puede sostenerse que se haya producido un cambio de tendencia significativo. Se encuentran también casos importantes como los de Marco Aurelio Cotta (67 a. C.), Cayo Licinio Macro (66 a. C.), Cayo Manilio (66 a. C.) y Lucio

---

<sup>20</sup> *Vid. GRUEN, E. S., The Last Generation*, cit., pp. 38 ss.

<sup>21</sup> Cónsul en el año 81 a. C. junto a M. *Tullius Decula* y gobernador - probablemente procónsul - en Macedonia entre los años 80 y 77 a. C. *Vid. BROUGHTON, T. R. S., The Magistrates of the Roman Republic*, vol. II, New York, 1952, pp. 74 y 80 ss.; GRUEN, E. S., *Roman Politics*, cit., p. 254. Cornelio Dolabela es objeto de dos procesos por *repetundis*, estrechamente relacionados con su labor como gobernador provincial y reflejo de las tensiones políticas del momento. Uno de esos juicios tiene lugar tras su regreso de Macedonia. La acusación es asumida por un joven Julio César y la defensa por figuras destacadas, como Cayo Aurelio Cota y Quinto Hortensio, quienes lograron su absolución. *Vid. Cic. Brut. 317; Vell. 2.43.3; Quint. Inst. 12.7.3-4; Tac. Dial. 34.7; Suet. Jul. 4.49.55.*

<sup>22</sup> M. Terencio Varrón es uno de los partidarios de Lucio Cornelio Sila durante la guerra civil romana y desempeña un papel destacado en las campañas de Sila. *Vid. BROUGHTON, T. R. S., The Magistrates of the Roman Republic*, cit., p. 91.

Sergio Catilina (65 a. C.). Al inicio de esta década, en el año 70 a. C. se promulga la *lex Aurelia iudicaria*, impulsada durante el consulado de Pompeyo y Craso, que altera, como hemos visto, el modelo establecido bajo la legislación de Sila que otorgaba a los senadores el monopolio en la composición de los jurados. La nueva disposición establece una integración tripartita, dividiendo los jurados en proporciones iguales entre senadores, *equites* y *tribuni aerarii*, de modo que esta modificación podría interpretarse como un intento de nivelar las influencias políticas y minimizar los sesgos en los juicios, promoviendo una representación más amplia de diversas clases sociales y, por tanto, fomentando que los provincianos puedan llevar a los gobernadores ante la justicia.

En este período se identifica con algo más de claridad el enfoque político en los procesos judiciales, donde las acusaciones a menudo están influenciadas por rivalidades entre facciones senatoriales y populares que evidencian, en ciertos casos, el creciente conflicto entre *optimates* y *populares*, y, en otros, los enfrentamientos personales. Este impacto político resulta evidente, particularmente en casos como, por ejemplo, el de Marco Aurelio Cota<sup>23</sup> condicionado por las rivalidades personales con figuras de gran relevancia política, como Lucio Licinio Lúculo.

Asimismo, a mediados de los años sesenta Pompeyo está en el este y sus enemigos aprovecharán esta circunstancia para atacarle, de

---

<sup>23</sup> Cónsul en el año 74 a. C., junto con Lucio Licinio Lúculo y gobernador en la provincia de Bitinia como parte de la estrategia romana en la Tercera Guerra Mitridática contra Mitrídates VI del Ponto. *Vid.* BROUGHTON, T. R. S., *The Magistrates of the Roman Republic*, cit., pp. 100 s.

forma indirecta, llevando a sus aliados ante los tribunales. Es el caso, por ejemplo, de Cayo Manilio que es llevado a juicio, entre otros motivos, por su amistad con Pompeyo.

En la década de los cincuenta, en sus inicios, se ha promulgado la *lex Iulia de adulteriis* que, como hemos visto, amplia el círculo de personas punibles y el número de conductas que entran en el concepto de *repetundae*. Los juicios aumentan ligeramente en frecuencia y adquieren un carácter más estratégico en términos políticos. Casos como los de Aulo Gabinio (54 a. C.), Marco Emilio Escauro (54 a. C.) y Gayo Rabirio Póstumo (54-53 a. C.) destacan por estar vinculados a las tensiones del primer triunvirato y a los conflictos electorales.

#### **IV. MOTIVACIONES POLÍTICAS**

Si a continuación se procede a identificar los posibles intereses que motivan dichos juicios, se reconocen diversas finalidades, todas ellas estrechamente vinculadas al contexto político prevalente en cada periodo. Ciertamente, no todos los juicios están manipulados, pero sí encontramos en la mayoría de ellos ciertos condicionamientos externos ajenos al delito de concusión que pueden clasificarse en los siguientes: estrategias procesales que buscan mejores condiciones para el acusado; intereses electorales que pretenden alterar la carrera política del acusado; rivalidades entre las facciones políticas o enfrentamientos personales y, por último, intereses individuales para alcanzar prominencia y notoriedad.

## 1. Estrategias procesales.

En lo que respecta a las estrategias procesales, en varios casos -como los de Terencio Varrón (75-74 a. C.), Cayo Verres (70 a. C.), Cayo Manilio (66 a. C.) y Marco Emilio Escauro (54 a. C.)- se observa el uso de estas estrategias para influir en el resultado de los juicios. Por ejemplo, se adelantan o aplazan procesos según las circunstancias políticas, buscando condiciones más favorables para el acusado o para los acusadores.

En el caso de Terencio Varrón (75-74 a. C.), las estrategias procesales juegan un papel crucial. Según las fuentes, el juicio se aplaza entre los años 75 y 74 a. C. para que los defensores de Varrón obtengan condiciones más favorables para su resolución<sup>24</sup>. Este retraso estratégico está vinculado a la elección de los magistrados que presiden el tribunal, como *Lentulus Sura*, quien posteriormente es implicado en la conspiración de Catilina y es conocido por su disposición a facilitar la corrupción. Además, la absolución de Varrón está marcada por irregularidades procesales, incluyendo el uso de tablillas marcadas por parte de Hortensio para influir en el jurado<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Varrón es acusado primero ante *L. Furius* (o *Turius*) y luego ante *P. Lentulus Sura*. Ps. Ascon. 193 St: ... *Marcus Terentius Varro, consobrinus frater Hortensi, reus ex Asia apud L. Furium praetorem primo de pecuniis repetundis, deinde apud P. Lentulum Suram, est accusatus...* Cfr. Ps. Ascon. 218 St; Schol. Gron. 349 St.

<sup>25</sup> Ps. Ascon. 193 St : ...*absolutusque est a Q. Hortensio, qui corruptis iudicibus hunc metum adiunxit ad gratiam, ut discoloribus ceris insignitas iudices tabulas accipiant et timeret unusquisque eorum ne fidem pactionis non servare videretur, si non in tabula, quam unicuique datam meminisset Hortensius, ex nota cerae scilicet discoloris, absolutum Varronem reperiret.* Cfr. Cic. *Div. Caec.* 24; Cic. *Verr.* 1.13.40; *Cluent.* 47.130.

En el caso de Cayo Verres<sup>26</sup> (70 a. C.), Marco Túlio Cicerón, actuando como acusador, emplea una estrategia procesal excepcionalmente eficaz. Consciente de que Verres podía utilizar sus conexiones políticas para prolongar el juicio y manipular el tribunal<sup>27</sup>, acelera el proceso, limitando el tiempo asignado para la

---

<sup>26</sup> Inicia su carrera política en el año 84 a. C. siendo cuestor con el cónsul Gneo Papirio Carbón en la Galia Cisalpina. Cuatro años más tarde, es nombrado *legatus* de Gneo Cornelio Dolabela en Cilicia, pasando a ser procuestor a la muerte de Gayo Maléolo. En el año 74 a. C. es nombrado pretor urbano y entre los años 73 a 71 a. C. es gobernador en Sicilia. *Vid. BROUGHTON, T. R. S., The Magistrates of the Roman Republic*, cit., pp. 61, 80, 102 y 112 ss.

Sobre el proceso contra Verres, *vid.*, entre otros, CICCOTTI, E., *Il processo di Verre*, Édito a cura dell'autore, Milano, 1895; KÜBLER, B., "Zur Chronologie des Prozesses gegen Verres", en *Philologus*, 54, 1895, pp. 464 ss.; BARDT, C., "Zur Chronologie des Prozesses gegen Verres", en *Hermes*, 39, 1904, pp. 643 ss.; MARINONE, N., *Quaestiones Verrinae. Cronologia del processo di Verre*, vol. 2, fasc. 3, *Pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia*, Torino, 1950, pp. 13 ss.; VENTURINI, C., *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Giuffrè Editore, Milano, 1979; VENTURINI, C., "La conclusione del processo di Verre (osservazioni e problemi)", en *Ciceroniana* 4, 1980, pp. 155 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., pp. 63 ss.; BALDO, G., "Le *repetundae* e le *Verrine*. Aspetti retorici", en VV. AA, *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione* (a cura di Santalucia), IUSS Press, Pavia, 2009, pp. 285 ss.; VENTURINI, C., "Il *crimen repetundarum* nelle *Verrine*. Qualche rilievo", en *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione* (a cura di B. Santalucia), IUSS Press, Pavia, 2009, pp. 317 ss.

<sup>27</sup> A finales de los años 70 el entorno procesal no favorece a Verres. Aunque los jurados de la *quaestio de repetundis* están compuestos por senadores, varios de sus miembros gozan de reputación intachable. A ello se suma la presidencia de Manio Acilio Glabrión, vinculado políticamente a Pompeyo, cuya integridad es ampliamente reconocida y que, por tanto, representa un obstáculo serio para cualquier intento de manipulación del proceso. Cicerón comprende que se está gestando una maniobra para que el proceso escape del control del pretor Glabrión y de los jueces actuales, y quede en manos del pretor del año siguiente. Esta estrategia cuenta con el respaldo de Hortensio y Metelo, futuros cónsules, en quienes Verres deposita plena confianza para evitar la condena. Cic. *Verr. 1.9.26*: *Postea quam illa petitionis magna cura liberatus sum, animo coepi multo magis vacuo ac soluto, nihil aliud*

investigación y presentación de pruebas<sup>28</sup>. La habilidad de Cicerón para controlar el ritmo del juicio y su uso estratégico de las evidencias son determinantes para que Verres opte por el exilio antes de que se dicte sentencia<sup>29</sup>.

En el caso de Cayo Manilio (66 a. C.)<sup>30</sup>, el juicio se desarrolla bajo la supervisión de Cicerón, quien ocupa el cargo de pretor en ese

---

*nisi de iudicio agere et cogitare. Reperio, iudices, haec ab istis consilia inita et constituta, ut, quacumque posset ratione, res ita duceretur, ut apud M. Metellum praetorem causa diceretur. In eo esse haec commoda: primum M. Metellum amicissimum; deinde Hortensium consulem non [solum, sed] etiam Q. Metellum, qui quam isti sit amicus attendite: dedit enim praerogativam suae voluntatis eius modi, ut isti pro praerogativis eam reddidisse videatur. Cfr. Cic. Verr. 1.10.29-32.* Los retrasos provocados por Hortensio y las festividades públicas habrían obstaculizado seriamente la posibilidad de que el juicio concluyera dentro del año judicial. *Vid.* GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *El proceso de Gayo Verres*, cit., p. 31.

<sup>28</sup> De los ciento diez días que Cicerón había solicitado para recabar pruebas y testigos, utiliza sólo cincuenta a pesar de los impedimentos de Lucio Cecilio Metelo, gobernador de la isla en esos momentos. Cic. *Verr. 1.2.6*: *Itaque, cum ego diem in Siciliam inquirendi perexiguam postulavisset, invenit iste, qui sibi in Achaiam biduo breviorem diem postularet, – non ut is idem conficeret diligentia et industria sua quod ego meo labore et vigiliis consecutus sum, etenim ille Achaicus inquisitor ne Brundisium quidem pervenit; ego Siciliam totam quinquaginta diebus sic obii, ut omnium populorum privatorumque literas iniuriasque cognoscerem; ut perspicuum cuivis esse posset, hominem ab isto quaesitum esse, non qui reum suum adduceret, sed qui meum tempus obsideret.* Asimismo, decide no extenderse en su exposición y opta por presentar los cargos de forma concisa y convocar a los testigos pertinentes, poniéndolos a disposición de Hortensio para su interrogatorio Así, en la *actio prima* que tiene lugar el cinco de agosto, Cicerón prefiere aplazar la *oratio perpetua* a la *actio secunda* y decide iniciar de inmediato la presentación de los testigos y el examen de las pruebas documentales (Cic. *Verr. 1.10.32-11.34; 1.18.53-56*), lo que permite que esta etapa preliminar se desarrolle en un lapso extraordinariamente breve: tan solo nueve días (Cic. *Verr. 2.1.60.156*).

<sup>29</sup> Plut. *Cic. 7. 6*; Plin. *Nat. Hist. 34.6*; Sen. *Suas. 6.3; 24*; Lactant. *Inst. Div. 2.4.34*. Sobre esta cuestión, *vid.* VENTURINI, C., *La conclusione del processo di Verre*, cit., pp. 155 ss.; CICCOTTI, E., *Il proceso di Verre*, cit., p. 234 s.

<sup>30</sup> Sobre este juicio, *vid.* PHILLIPS, E. J., "Cicero and the Prosecution of C. Manilius", en *Latomus*, 29, 1970, pp. 595 ss.; WARD, A., "Politics in the Trials of Manilius and Cornelius", en *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 101, 1970, pp. 545 ss.; RAMSEY, J. T., "The

momento<sup>31</sup>. En una decisión controvertida, Cicerón, que quiere mostrar su apoyo a Pompeyo, otorga a Manilio solo un día para preparar su defensa y fija el último día del año para el juicio, lo que genera indignación entre sectores *populares*, pues lo habitual es conceder un plazo mínimo de diez días<sup>32</sup>. Este acto es interpretado como una maniobra para acelerar el proceso antes de que Cicerón concluya su mandato, evitando así que el juicio sea pospuesto y quede en manos de otro magistrado<sup>33</sup>.

---

Prosecution of *C. Manilius* in 66 B. C. and Cicero's *pro Manilio*", en *Phoenix*, 34, n. 4, 1980, pp. 323 ss.

<sup>31</sup> Ascon. 49 St: *Sequente deinde anno L. Cotta L. Torquato coss., quo haec oratio a Cicerone praetura nuper peracta dicta est, cum primum apparuisset Manilius qui iudicium per operarum duces turbaverat, deinde quod ex S. C. ambo consules...praevidebant ei iudicio, non respondisset atque esset damnatus, recreavit se Cominius, ut infamiam acceptae pecuniae tolleret, ac repetiit Cornelium lege maiestatis. Res acta est magna exspectatione. Paucos autem comites. Cornelius perterritus Manili exitu...in iudicium adhibuit, ut ne clamor quidem ullus ab advocatis eius oriretur.*

<sup>32</sup> Plut. *Cic.* 9.4-6: ...Ἐτι δ' ἡμέρας δύο ἡ τρεῖς ἔχοντι τῆς ἀρχῆς αὐτῷ προσήγαγε τις Μανίλιον, εὐθύνων κλοπῆς. Ο δὲ Μανίλιος αὗτος εὗνοιαν εἶχε καὶ οπιουδὴν ὑπὸ τοῦ δήμου, δοκῶν ἐλαύνεσθαι διὰ Πομ πῆσον· ἐκείνον γὰρ ἦν φίλος. Αἴτουμένου δ' ἡμέρας δύο αὐτοῦ, μίαν ὁ Κικέρων μόνην τὴν ἐπιοῦσαν ἔδω κε· καὶ ὁ δῆμος ἡγανάκτησεν, εἰθισμένων τῶν στρατηγῶν δέκα τούλαχιστον ἡμέρας διδόναι τοῖς κινδυνεύοντι. Τῶν δὲ δημάρχων αὐτὸν διαγαγόντων ἐπὶ τὸ βῆμα, καλούντων, καὶ κατηγορούντων, ἀκουούσθην δεηθεὶς, εἶπεν, ὅτι τοῖς κινδυνεύοντι. καθ' ὅσον οἱ νόμοι παρείχουσι, χειρομένος ἐπιεικῶς καὶ φιλανθρώπως, δεινὸν ἡγεῖτο τῷ Μανίλιῳ ταῦτα μὴ παρασχεῖν· ἡς οὖν ἔτι μόνης κύριος ἦν ἡμέρας στρατηγῶν, ταῦτην ἐπίτηδες ὄρισαν· τὸ γὰρ εἰς ἄλλον ἀρχοντα τὴν κρίσιν ἐκβαλεῖν, οὐκ εἶναι βουλομένου βοηθεῖν. Ταῦτα λεχθέντα θαυμαστὴν ἐποίησε τοῦ δήμου μεταβολὴν· καὶ πολλὰ κατευφημούντες αὐτὸν, ἐδέοντο τὴν ὑπὲρ τοῦ Μανίλιου συνηγορίαν ἀναλαβεῖν. Ο δ' ὑπέστη προθύμως, οὐχ ἡκιστα διὰ Πομ πῆσον ἀπόντα· καὶ καταστὰς πάλιν ἐξ ὑπαρχῆς ἔδη μηγόρησε, νεανικῶς τῶν ὀλιγαρχικῶν καὶ τῶν Πομ πῆσον φθονούντων καθαπτόμενος.

<sup>33</sup> Los disturbios, iniciados probablemente por los enemigos de Pompeyo, impidieron cualquier audiencia. Cfr. Plut. *Cic.* 9.4-6; Dio. 36.44.1-2.

Por último, Marco Emilio Escauro<sup>34</sup> (54 a. C.), miembro de una de las familias más antiguas e influyentes de Roma, es acusado de extorsión durante su mandato como propretor en Cerdeña en el 55 a. C. En este juicio las estrategias procesales están directamente vinculadas a las tensiones electorales del momento<sup>35</sup>. La acusación intenta acelerar el proceso para que concluya antes de las elecciones consulares, con la intención de que no pueda acceder al consulado en caso de condena. Así, P. Valerio Triario descarta la opción de viajar a Cerdeña para reunir pruebas frente al reo, aduciendo el riesgo de que Escauro utilice los fondos obtenidos para manipular el resultado de las siguientes elecciones al consulado<sup>36</sup>. Por su parte, la

---

<sup>34</sup> Sobre este proceso *de repetundis*, *vid.*, entre otros, GAUMITZ, H., *De M. Aemilii Scauri causa repetundarum et de Ciceronis Pro Scauro oratione*, I. B. Hirschfeldi, Lipsae, 1879; COURTNEY, E., “The prosecution of Scaurus in 54 B.C.”, en *Philologus*, 105, 1961, pp. 151 ss.; VENTURINI, C., *Studi sul crimen repetundarum*, cit., pp. 125 ss.; ALEXANDER, M. C., *The Case of Prosecution in the Ciceronian Era*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2002, pp. 98 ss.; PINA POLO, F., “The Rhetoric of Xenophobia in Cicero’s Judicial Speeches: *Pro Flacco*, *Pro Fonteio* and *Pro Scauro*”, en *Xenofobia y Racismo en el Mundo Antiguo*, Col. Instrumenta, Barcelona, 2019, pp. 115 ss.; GRAU CEDMA, R., “El proceso de Marco Emilio Escauro”, en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 109 ss.

<sup>35</sup> En el año 66 a. C. es cuestor bajo las órdenes de Pompeyo y al año siguiente procuestor en Siria. En el año 58 a. C. es edil curul y en el año 56 a. C. es nombrado propretor de Cerdeña tras su pretura. Al año siguiente se presenta a las elecciones consulares junto a tres rivales -Memio, Domicio y Mesala-, pero sus expectativas se ven truncadas por el proceso *de repetundis*. Cic. Att. 4.16.6: *de Messalla quod quaeris, quid scribam nescio. numquam ego vidi tam paris candidatos. Messallae copias nosti. Scaurum Triarius reum fecit. si quaeris, nulla est magno opere commota sumpatheia, sed tamen habet aedilitas eius memoriam non ingratam et est pondus apud rusticos in patris memoria. reliqui duo plebeii sic exaequantur ut Domitius valeat amicis adiuvetur tamen non (nihil) gratissimo munere, Memmius Caesaris commendetur militibus, Pompei Gallia nitatur. quibus si non valuerit, putant fore aliquem qui comitia in adventum Caesaris detrudat, Catone praesertim absoluto.*

<sup>36</sup> Ascon. 22 s. St: *Subscripserunt Triario in Scaurum L. Marius L. f., M. et Q. Pacuvii fratres cognomine Claudi. Qui inquisitionis in Sardiniam itemque in*

defensa, liderada por figuras prominentes, incluyendo Marco Túlio Cicerón<sup>37</sup>, reúne una coalición impresionante de patronos y testigos de apoyo e intenta desestimular a los testigos de la acusación<sup>38</sup>. Además, existen rumores sobre la utilización de recursos económicos obtenidos durante su mandato para financiar posibles sobornos electorales.

## 2. Intereses electorales

En segundo lugar, algunos juicios están claramente relacionados con intereses electorales que buscan alterar las carreras políticas de los

---

*Corsicam insulas dies tricenos acceperunt neque profecti sunt ad inquirendum: cuius rei hanc causam reddebat, quod interea comitia consularia futura essent; timere ergo se ne Scaurus ea pecunia quam a sociis abstulisset emeret consulatum et, sicut pater eius fecisset, ante quam de eo iudicari posset, magistratum iniret ac rursus ante alias provincias spoliaret quam rationem prioris administrationis redderet.*

<sup>37</sup> Ascon. 23 St señala que la defensa es asumida por seis defensores: Publio Clodio Pulcro, Marco Marcelo, Marco Calidio, Cicerón, Marco Valerio Mesala Nigro y Quinto Hortensio. También cuenta con *laudationes* escritas de *L. Piso*, *L. Volcaci*, *Q. Metellus Nepos*, *M. Perpenna*, *L. Philippus*, *Q. Hortensius*, *P. Servilius Isauricus pater* y Pompeyo, y con el apoyo de nueve exconsulares. Sobre este apoyo habla Ascon. 28 s. St: *Ad genua iudicium, cum sententiae ferrentur, bifariam se diviserunt qui pro eo rogabant: ab uno latere Scaurus ipse et M. Glabrio, sororis filius, et L. Paulus et P. Lentulus, Lentuli Nigri flaminis filius, et L. Aemilius Buca filius et C. Memmius, Fausta natus, supplicaverunt; ex altera parte Sulla Faustus, frater Scauri, et T. Annus Milo, cui Fausta ante paucos menses nupserat dimissa a Memmio, et C. Pedaecus et C. Cato et M. Laenas Curtianus.*

<sup>38</sup> En este sentido, Cic. *Scaur.* 37: *Quamquam in istis omnibus rebus, praesertim apud homines barbaros, opinio plus valet saepe quam res ipsa. Persuasum est Sardis se nihil Appio gratius esse facturos quam si de Scauri fama detraxerint; multorum etiam spe commodorum praemiorumque ducuntur; omnia consulem putant posse, praesertim ulti pollicentem. De quo plura iam non dicam.* También Cic. *Scaur.* 42: *Nunc est una vox, una mens non expressa dolore, sed simulata, neque huius iniuriis, sed promissis aliorum et praemiis excitata at creditum est aliquando Sardis. Et fortasse credetur aliquando, si integri venerint, si incorrupti, si sua sponte, si non alicuius impulsu, si soluti, si liberi. Quae si erunt, tamen sibi credi gaudeant et mirentur. Cum vero omnia absint, tamen se non respicient, non gentis suae famam perhorrescent?*

acusados. Por ejemplo, en el juicio recién visto contra Escauro (54 a. C.), se intenta acelerar el juicio para socavar su posición antes de las elecciones consulares, lo que muestra que los tribunales pueden ser herramientas para limitar las aspiraciones políticas de ciertos individuos o anular sus candidaturas. Así, ocurre también en el juicio contra Lucio Valerio Flaco<sup>39</sup> (59 a. C.), que tiene como objetivo descalificarlo políticamente antes de las elecciones consulares. Este juicio se desarrolla durante el consulado de César y desde el inicio del proceso, Cicerón sostiene que el verdadero motivo de la acusación es el hecho de que Flaco ha sido clave en la represión de la conspiración de Catalina cuatro años antes y, por tanto, la acusación está impulsada por los aliados de los restos del fallido golpe de Catilina<sup>40</sup>. En este contexto, es posible que la acusación tenga como

---

<sup>39</sup> Cuestor en Hispania en el año 70 a. C., legado de Pompeyo en el año 65 a. C., pretor en el año 63 a. C., y gobernador provincial en Asia en el 62 a. C. *Vid. BROUGHTON, T. R. S., The Magistrates of the Roman Republic*, cit., pp. 167 y 177.

Sobre este proceso, *vid.*, entre otros, DU MESNIL, A., *Ciceros Rede für L. Flaccus*, Teubner, Leipzig, 1883; BERGMANN, A. B., *Einleitung in Ciceros Rede für L. Valerius Flaccus*, C.M. Gartner, Schneeberg, 1893; SCHÖLL, F., “Zu Cicero’s Rede pro Flacco”, en *Rheinisches Museum für Philologie*, 51, 1896, pp. 381 ss.; HENDERSON, M. I., “The process de repetundis”, en *JRS*, 41, 1951, pp. 71 ss.; KURKE, A. D., *Theme and adversarial Presentation in Cicero’s Pro Flacco*, University of Michigan, Michigan, 1989; ALEXANDER, M. C., *The Case of Prosecution*, cit., pp. 78 ss.; DiLUZIO, J., “The first triumvirate at home and abroad in Cicero’s pro Flacco”, en *Greece & Rome*, 65.2, 2018, , pp. 175 ss.; HERRERO MEDINA, M., “El proceso contra Lucio Valerio Flaco”, en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 83 ss.

<sup>40</sup> Cicerón alega que el presente caso y el anterior proceso contra Antonio forman parte de un esfuerzo coordinado para castigarle a él y a sus aliados por haber sofocado la conspiración de Catilina. En este sentido, DILUZIO, J., *The first triumvirate at home and abroad in Cicero’s pro Flacco*, cit., pp. 179 s. El propio Cicerón (*Flac. 6.14*) recoge el rumor sobre el posible apoyo de los triunviros y, en especial, de Pompeyo: *Primum quod sermo est tota Asia dissipatus Cn. Pompeium, quod L. Flacco esset vehementer inimicus, contendisse a*

propósito desacreditar a Valerio Flaco debido a su destacada posición dentro de la aristocracia romana, ya que su candidatura al consulado puede representar un serio obstáculo para los intereses del triunvirato<sup>41</sup>.

Incluso en los casos de absolución, como los de Fonteyo<sup>42</sup> o el propio Escauro<sup>43</sup>, los acusados a menudo sufren un daño significativo a su reputación, lo que afecta a sus carreras políticas. El impacto político y social que el proceso puede tener en la trayectoria del implicado

---

*Laelio, paterno amico ac pernecessario, ut hunc hoc iudicio arcesseret, omnemque ei suam auctoritatem, gratiam, copias, opes ad hoc negotium conficiendum detulisse. Id hoc veri similius Graecis hominibus videbatur quod paulo ante in eadem provincia familiarem Laelium Flacco viderant.*

<sup>41</sup> ALEXANDER, M. C., *The Case of Prosecution*, cit., pp. 82 ss., examina el posible papel de Pompeyo en este caso y presenta tres hipótesis: que Valerio Flaco sea objeto de un ataque por parte del triunvirato; que exista una enemistad personal entre ambos; o que Pompeyo actúe como defensor de la población provincial de Asia.

<sup>42</sup> No se conoce el resultado del proceso, aunque parece posible que sea absuelto. En sus cartas a Ático, Cicerón (Cic. Att. 1.6.1) menciona a un Marco Fonteyo que bien puede ser nuestro protagonista: *Non committam posthac, ut me accusare de epistularum neglegentia possis; tu modo videto, in tanto otio ut par in hoc mihi sis. Domum Fabirianam nam Neapoli, quam tu iam dimensam et exaedificatam animo habebas, M. Fontius emit HS [130,000]. Id te scire volui, si quid forte ea res ad cogitationes tuas pertineret. Quintus frater, ut mihi videtur, quo volumus animo, est in Pomponiam, et cum ea nunc in Arpinatibus praediis erat, et secum habebat hominem chrestomathe, D. Turranium. Pater nobis decessit a. d. IV Kal. Dec. SCHNEIDER, A. R., Qauestionum in Ciceronis pro M. Fonteio orationem capita quattuor*, Typis C. Roessler, Grimae, 1876, pp. 33 y ss., señala que los magistrados pueden ser condenados a devolver las cantidades malversadas con una multa considerable, pero no al destierro. Sobre esta cuestión, *vid.* también GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *Aspectos procesales del crimen repetundarum*, cit., pp. 263 ss., que entiende que el condenado en un *iudicium repetundarum* debe pagar el *simplum* de los bienes que ha adquirido por medios extorsivos.

<sup>43</sup> Escauro es absuelto el 2 de septiembre, de modo que el proceso se resuelve en apenas dos meses, dado que la acusación es presentada el 6 de julio. El acusado es declarado inocente con 70 votos favorables frente a 8 en contra. Ascon. 29 St: *Sententias tulerunt senatores duo et XX, equites tres et XX, tribuni aerarii XXV: ex quibus damnaverunt senatores IIII, equites II, tribuni II.*

puede ser tan devastador para los implicados como una condena real. La absolución no restaura su posición política, ya que su reputación queda gravemente dañada, limitando sus futuras oportunidades en la esfera pública. En el caso de Fonteyo, pese a la falta de certeza sobre el resultado, se sabe que no continua con su carrera política, pues su nombre no vuelve a aparecer en los fastos de las magistraturas romanas publicados a partir del 69 a. C. Este impacto se observa igualmente en la trayectoria de Valerio Flaco que llega a su fin, pues no vuelve a ocupar un cargo público -a excepción de un legado bajo Lucio Calpurnio Pisón Cesonino en Macedonia en 56-55 a. C.<sup>44</sup>; en el caso de C. Licinio Macro, acusado de corrupción, que opta por el suicidio antes de su sentencia; o en el de Catilina que, aunque absuelto, ve su reputación afectada por las sospechas de manipulación judicial.

### **3. Rivalidades entre facciones o enfrentamientos personales.**

Por otro lado, la protección o el ataque hacia determinados individuos en los tribunales refleja, a menudo, las rivalidades entre las facciones de los *optimates* y de los *populares* o los enfrentamientos personales dentro de la misma facción.

Durante la década de los sesenta, casos como los de Marco Aurelio Cota o Cayo Manilio, celebrados en torno a los años 67 y 66 a. C., no solo abordan la corrupción en sus gobiernos, sino que también sirven para socavar o proteger alianzas estratégicas.

---

<sup>44</sup> BROUGHTON, T. R. S., *The Magistrates of the Roman Republic*, cit., p. 210 y 218.

En el caso de Marco Aurelio Cota (67 a. C.), su derrota en Calcedonia contra Mitrídates VI y las críticas abiertas de su antiguo colega consular, Lucio Licinio Lúculo, generan tensiones internas que facilitan el ataque político contra él, culminando en su condena y expulsión del Senado. Su relación con Lúculo, antiguo colega consular en el año 74 a. C.<sup>45</sup>, se deteriora notablemente tras la derrota en la guerra, momento en que Lúculo comienza a criticar abiertamente la actuación de Cota. Esta tensión, sumada al contexto político, lo deja expuesto a ataques, entre ellos las acusaciones promovidas por Cayo Papirio Carbón, quien no solo pretende desacreditar a Cota, sino también erosionar la influencia de Pompeyo, amigo íntimo del acusado.

Igualmente, en lo que respecta al caso de Cayo Manilio (66 a. C.) es representativo también de las tensiones entre las facciones políticas. Manilio, aliado de Pompeyo, es acusado de concusión poco después de promover la *lex Manilia*, que otorga poderes extraordinarios a Pompeyo<sup>46</sup>, pese a las objeciones de Cátulo Hortensio y otros. La acusación *de repetundis* contra Manilio<sup>47</sup> surge en diciembre del año

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 100 s.

<sup>46</sup> La *lex Manilia*, promulgada en el año 66 a. C., otorga a Pompeyo el mando supremo sobre las fuerzas romanas en Oriente, específicamente en las provincias de Asia, Bitinia y Cilicia, durante la Tercera Guerra Mitridática. Pompeyo ya había demostrado su capacidad militar al derrotar a los piratas en el Mediterráneo gracias a los poderes extraordinarios que le había concedido la *lex Gabinia* un año antes. La ley reemplaza a los comandantes anteriores, como Lucio Licinio Lúculo, y consolida el poder en manos de Pompeyo, quien logra importantes victorias y reorganiza las provincias orientales. Esta ley es aprobada con el apoyo de figuras destacadas como Cicerón, quien defiende la medida en su discurso *pro Lege Manilia*.

<sup>47</sup> Ascon. 50 St: *Postulatur apud me praetorem primum de pecuniis repetundis.*

66 a. C., inmediatamente después de concluir su mandato como tribuno. Se desconoce la esencia de la acusación<sup>48</sup>, pero no hay constancia de que hubiera desempeñado recientemente el cargo de gobernador provincial, de modo que este proceso podría ser percibido como un ataque indirecto hacia Pompeyo, dado el vínculo entre ambos<sup>49</sup>.

Durante la década de los sesenta, no solo los aliados de Pompeyo enfrentan procesos; sus oponentes también son blanco de represalias judiciales, dejando constancia de una época marcada por enfrentamientos en los tribunales. Así, por ejemplo, en el 63 a.C., C. Calpurnio Piso es acusado de *repetundis*<sup>50</sup>. Uno de los que presentan acusación es Julio César, defensor de las causas pompeyanas. Sin embargo, su participación no es del todo desinteresada: aprovecha

---

GRUEN, E. S., "Pompey and the Pisones", en *CSCA*, 1, 1969, pp. 161 s., considera que es Calpurnio Pisón quien se enfrenta a Pompeyo en el juicio contra Cayo Manilio, mientras que PHILLIPS, E. J., "Asconius' *Magni Homines*", en *RhM*, 116, 1973, pp. 353 ss., opina que ayuda al propio acusado. Por su parte, BROUGHTON, T. R. S., *The Magistrates of the Roman Republic*, cit., p. 153, señala que Manilio, tribuno de la plebe en el año 66 a. C., es acusado, al final de su mandato, primero por *repetundis* ante Cicerón y después por *maiestas* ante otro pretor.

<sup>48</sup> Quizás *quo ea pecunia pervenerit*. Vid. GRUEN, E. S., *Pompey and the Pisones*, cit., pp. 160 ss.

<sup>49</sup> Val. Max. 6.2.4: *Quapropter minus mirari debemus, quod amplissima Cn. Pompei auctoritas totiens cum libertate luctata est, nec sine magna laude, quoniam omnis generis hominum licentiae ludibrio esse quieta fronte tulit. Cn. Piso, cum Manilius Crispum reum ageret eumque euidenter nocentem gratia Pompei eripi uideret, iuuenili impetu ac studio accusationis prouectus multa et grauia crimina praepotenti defensori obiecit. interrogatus deinde ab eo cur non <se> quoque accusaret, 'da' inquit 'praedes rei publicae te, si postulatus fueris, ciuile bellum non excitaturum, etiam te tuo prius quam de Manilius capite in consilium iudices mittam'. ita eodem iudicio duos sustinuit reos, accusatione Manilius, libertate Pompeium, et eorum alterum lege peregit, alterum professione, qua solum poterat.*

<sup>50</sup> Cic. Flac. 98: ...*Consul ego nuper defendi C. Pisonem; qui, quia consul fortis constansque fuerat, incolumis est rei publicae conservatus...*

la coyuntura para impulsar sus propios objetivos políticos, manifestando afinidad con los galos transpadanos, entre quienes se cuenta un individuo que parece que ha sido ejecutado por orden de Piso durante su mandato<sup>51</sup>. Más allá de los casos recogidos en la tabla incluida anteriormente, puede considerarse también la acusación contra L. Licinio Lúculo en el año 66 a. C. Se cuestiona la transparencia de sus gestiones fiscales y se le acusa de haber extendido deliberadamente las campañas orientales para beneficio personal. Esta maniobra responde a una estrategia orientada a consolidar el favor de Pompeyo. Las fuentes indican que se abre un procedimiento judicial contra Lúculo, si bien se desestima el caso sin resolución sustantiva<sup>52</sup>. Sin embargo, la ausencia de condenas no altera el objetivo de mantener una presión institucional constante sobre los opositores del nuevo liderazgo.

Lo mismo se observa en el juicio contra L. Sergio Catilina, celebrado en el año 65 a. C. Catilina, conocido principalmente por su implicación en la famosa conspiración que lleva su nombre, enfrenta esta acusación debido a su gestión como gobernador de la provincia de África entre los años 67 y 66 a. C. Catilina, alineado con los *populares* y beneficiario de las proscripciones de Sila, cuenta con el respaldo de figuras influyentes en Roma, lo que le permite ser absuelto de los cargos. Sin embargo, esta absolución está acompañada de sospechas de corrupción y manipulación del tribunal y su reputación queda marcada por el proceso.

---

<sup>51</sup> Sallust. *Cat.* 49.2: *Nam uterque cum illo gravis inimicitias exercebat: Piso oppugnatus in iudicio pecuniarum repetundarum propter cuiusdam Transpadani supplicium iniustum.* Cfr. Cic. *ad Att.* 1.1.2.

<sup>52</sup> Plut. *Luc.* 37.1-2.

Posteriormente, en la década de los cincuenta, juicios como los de Aulo Gabinio (54 a. C.), M. Emilio Escauro (54 a. C.) y C. Rabirio Póstumo (54-53 a. C.) ponen de relieve las tensiones político-jurídicas inherentes a la República romana tardía y su vinculación directa con las rivalidades entre las facciones políticas, especialmente en el contexto de las tensiones entre Pompeyo y César.

Aulo Gabinio<sup>53</sup>, gobernador de Siria y destacado aliado de Pompeyo, enfrenta dos procesos consecutivos: uno *de maiestas* y otro *de repetundis*<sup>54</sup>.

En el primer juicio, *de maiestas*, las acusaciones se centran en la restauración de Ptolomeo XII en el trono de Egipto, una acción llevada a cabo sin la autorización del Senado ni del pueblo romano<sup>55</sup>. Este hecho es considerado una violación de las

---

<sup>53</sup> Tribuno de la plebe en el 67, pretor en el 61, cónsul en el año 58 y procónsul de la provincia de Siria entre los años 57 y 55 a. C. *Vid.* BROUGHTON, T. R. S., *The Magistrates of the Roman Republic*, cit., pp. 144 ss.

<sup>54</sup> El tercer procedimiento al que aluden las fuentes (Cic. *Att.* 4.18.3; *Qu. Fr.* 3.3.2), correspondiente al delito de *ambitus*, no se lleva a cabo y no guarda relación con la campaña egipcia. Su formulación responde a una maniobra preventiva, destinada a actuar en caso de que el acusado resulte exonerado en los procesos previos. En este sentido, GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *La corrupción política en época de Julio César*, cit., p. 74, nt. 51.

<sup>55</sup> Cass. Dio. 39.56.3-4: Ἐπεὶ μέντοι ὁ Πτολεμαῖος μετὰ τῶν τοῦ Πομπηίου γραμμάτων ἤλθε, καὶ πολλὰ μὲν αὐτῷ, πολλὰ δὲ καὶ τῷ στρατῷ χρήματα, τὰ μὲν ἦδη παρέξειν, τὰ δ' ἀν καταχθῆ δώσειν ὑπέσχετο, τὰ τε τῶν Πάρθων εἴασε, καὶ ἐπὶ τὴν Αἴγυπτον ἤπειχθη· καίπερ ἀπαγορεύοντος μὲν τοῦ νόμου, μήτε ἐς τὴν ὑπερορίαν τοὺς ἄρχοντάς τινων ἀποδημεῖν, μήτε πολέμους ἀφ' ἑαυτῶν ἀναιρεῖσθαι· ἀπειρηκότος δὲ καὶ τοῦ δήμου, τῆς τε Σιβύλλης, μὴ καταχθῆναι τὸν ἄνδρα. Asimismo, Cicerón (*Phil.* 2.48) señala que la expedición de Gabinio atenta contra el Senado, la república y las prohibiciones religiosas: ...*inde iter Alexandriam contra senatus auctoritatem*,

prerrogativas senatoriales, y Gabinio es acusado de actuar fuera de los límites de su mandato provincial. Aunque las pruebas contra él son sustanciales, Gabinio logra ser absuelto gracias al respaldo político y financiero de Pompeyo<sup>56</sup>, quien interviene mediante estrategias procesales, incluyendo la influencia sobre los jurados mediante sobornos<sup>57</sup>.

El segundo juicio, *de repetundis*<sup>58</sup>, presenta un giro significativo. Gabinio es acusado de corrupción y abuso de poder durante su administración en Siria, incluyendo la extorsión sistemática y el saqueo de recursos provinciales<sup>59</sup>. La acusación, impulsada por sus

---

*contra rem publicam et religiones.*

<sup>56</sup> Cic. *Att.* 4.18 identifica como motivos principales la influencia de Pompeyo, así como la falta de habilidad oratoria de Lucio Léntulo y la corrupción de los jueces: *+nunc ut opinionem habeas rerum+, ferendum est. quaeris ego me ut gesserim. constanter et libere. 'quid? ille' inquies ut ferebat? humaniter meaeque dignitatis quoad mihi satis factum esset habendam sibi rationem putabat. quo modo ergo absolutus? omnino +porpapumnae. accusatorum incredibilis infantia, id est L. Lentuli L. f., quem fremunt omnes praevaricatum, deinde Pompei mira contentio, iudicium sordes. ac tamen xxxii condemnarunt xxxviii absolverunt. iudicia reliqua impendent.*

<sup>57</sup> Cass. Dio. 39.55.4-5: *καὶ ἐκριθῆ μὲν ὑστερον ἐπὶ τούτῳ ὁ Γαβίνιος, οὐχ ἑάλω δὲ διὰ τε τὸν Πομπήιον καὶ διὰ τὰ χρήματα: οὕτω γάρ που τὰ πράγματα τοῖς τότε Ρωμαίοις συνεκέχυτο ὥστε ἀπὸ πολλῶν ὃν ἐδωροδόκησε σμικρὰ ἄττα τῶν τε ἀρχόντων τινὲς καὶ τῶν δικαστῶν παρ ἀυτοῦ λαβόντες οὕτε τοῦ προσήκοντός τι προετίμησαν, καὶ προσέτι καὶ τοὺς ἄλλους κακονργεῖν ὑπὲρ χρημάτων ἐξεδίδαξαν ώς καὶ τὴν τιμωρίαν ράδιος ἔξωνεῖσθαι δυναμένους.*

<sup>58</sup> Sobre el juicio, *vid.* FANTHAM, E., "The Trials of Gabinius in 54 B. C.", en *Historia*, 24, 1975, pp. 425 ss.; VENTURINI, C., "Absolutus periturus: A. Gabinio tra questione egiziana e politici romani nel 54 a. C.", en *Studi De Sarlo*, Milano, 1989, pp. 647 ss.; GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *La corrupción política en época de Julio César*, cit., pp. 88 ss.

<sup>59</sup> Gabinio es acusado de haber recibido de Tolomeo diez mil talentos. Cic. *Rab. Post.* 11.30: *At ex hoc ipso crimen exoritur. ait enim, Gabinio pecuniam Postumus <cum> cogeret, decumas imperatarum pecuniarum sibi coegisse. non intellego hoc quale sit, utrum accessionem decumae, ut nostri facere coactores solent <in> centesima, an decessionem de summa fecerit. si accessionem, undecim milia talentum ad Gabinium pervenerunt. at non modo abs te decem milia obiecta sunt sed etiam ab his aestimata. Cfr. Schol. Bob. 177 St; Cic. Rab. Post. 8.21;*

adversarios políticos, busca debilitar a los *populares* mediante la condena de uno de sus principales aliados. A diferencia del primer proceso, Pompeyo, ya ausente como procónsul, no puede intervenir directamente en su defensa, lo que deja a Gabinio en una posición desfavorable<sup>60</sup>. Gabinio es declarado culpable y debe marchar al exilio, lo que marca el fin de su carrera política.

Por otra parte, se encuentra el juicio de Cayo Rabirio Póstumo<sup>61</sup> (54-53 a. C.), vinculado al caso de Gabinio, que también está marcado por condicionamientos políticos. Este proceso, se centra en la recuperación de fondos obtenidos ilegalmente mediante la cláusula

---

Plut. *Ant.* 3.2. Por su parte, Dio. 39.55.4 habla de una ingente cantidad de dinero. Sobre cuál fue el objeto de litigio, *vid.* CIACERI, E., *Processi politici e relazioni internazionali: studi sulla storia politica e sulla tradizione letteraria della repubblica e dell'impero*, A. Nardecchia, Roma, 1918, p. 217; GRUEN, E. S., *Last Generation*, cit. pp. 326 s.; VENTURINI, C., *Absolutus periturus*, cit., pp. 671 ss.; ALEXANDER, M. C., *Trials in the Late Roman Republic*, cit. p. 148; GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *La corrupción política en época de Julio César*, cit., pp. 88 ss.

<sup>60</sup> Dio. 39.55.5: καὶ ἐκριθῇ μὲν ὑστερὸν ἐπὶ τούτῳ ὁ Γαβίνιος, οὐχ ἐὰλω δὲ διὰ τε τὸν Πομπήιον καὶ διὰ τὰ χρήματα: οὕτω γάρ που τὰ πράγματα τοῖς τότε Ἀρχόντων τινὲς καὶ τῶν δικαστῶν παρ’ αὐτοῦ λαβόντες οὕτε τοῦ προσήκοντός τι προετίμησαν, καὶ προσέτι καὶ τοὺς ἄλλους κακουργεῖν ὑπὲρ χρημάτων ἔξεδίδαξαν ώς καὶ τὴν τιμωρίαν ῥᾳδίως ἔξωνεισθαι δυναμένους.

<sup>61</sup> Sobre Rabirio Póstumo y su juicio, *vid.*, entre otros, CIACERI, E., *Cicerone e i suoi tempi. I. Dalla nascita al consolato* (a. 106 - 63 a. C.), Società Anonima Editrice Dante Alighieri, Milano-Genova-Roma-Napoli, 1939, pp. 218 ss.; JONES, A. H. M., *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Basil Blackwell, Oxford, 1972, pp. 40 ss.; FASCIONE, L., "Riflessioni sull'orazione per Rabirio Postumo", en *Studi Senesi*, 86, 1974, pp. 335 ss.; KLODT, C., *Ciceros Rede pro Rabirio Postumo. Einleitung und Kommentar*, Teubner, Stuttgart, 1992; SIANI-DAVIES, M., "Gaius Rabirius Postumus: A Roman financier and Caesar's political ally", en *Arctos*, 30, 1996, pp. 207 ss.; ORTUÑO PÉREZ, M. E., "El caso del prestamista Rabirio Póstumo", en *Revista General de Derecho Romano*, 22, 2014, pp. 1 ss.; PÉREZ CARRANDI, J., "El proceso a Rabirio Póstumo", en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 131 ss.

*quo ea pecunia pervenerit*<sup>62</sup>, que permite rastrear y confiscar bienes incluso en manos de terceros. Rabirio Póstumo es acusado de facilitar transacciones financieras ilícitas vinculadas a Aulo Gabinio, antiguo gobernador de Siria, y a Ptolomeo XII Auletes, rey de Egipto, y quedarse con una parte del dinero entregado a Gabinio por Ptolomeo<sup>63</sup>. Según la acusación, liderada por Cayo Memmio, Rabirio desempeña un papel clave en la gestión de los sobornos que

---

<sup>62</sup> Con posterioridad al juicio de Gabinio se incoa ante la *quaestio de repetundis* un procedimiento *quo ea pecunia pervenerit* contra C. Rabirio Póstumo bajo la imputación de quedarse con una parte del dinero entregado a Gabinio por Tolomeo: *Gabinio pecuniam Postumus cum cogeret, decumas imperatarum pecuniarum sibi coegisse* (Cic. *Rab. Post.* 11.30). El procedimiento *quo ea pecunia pervenerit*, que tiene su origen en la *lex Servilia Glaucia de repetundis*, permite que, si el acusado no cuenta con bienes suficientes para afrontar las consecuencias económicas de una eventual condena, se abra la posibilidad de extender la responsabilidad a terceros. En este sentido, Cic. *Rab. Post.* 4.8: *Quod si item a Gabinio seiunctam ostendero, certe quod dicas nihil habebis. Est enim haec causa 'Qvo ea pecunia pervenerit' quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae. sunt lites aestimatae A. Gabinio, nec praedes dati nec ex bonis populo universae <lites solutae>. iubet lex Iulia persecui ab eis ad quos ea pecunia quam is ceperit qui damnatus sit pervenerit. si est hoc novum in lege Iulia, sicuti multa sunt severius scripta quam in antiquis legibus et sanctius, inducatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova.* Aquellos que, directa o indirectamente, han recibido patrimonio proveniente del reo pueden ser procesados con la finalidad de que los devuelvan. Vid. GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2003, pp. 233 ss. Como acabamos de ver, en el juicio *de repetundis* contra Gabinio se le condena a la restitución de la suma de 10.000 talentos, pero, al no poder satisfacerla, Rabirio Póstumo es llevado a juicio.

<sup>63</sup> Cic. *Rab. Post.* 8.21 señala que Rabirio Póstumo se había quedado con mil talentos, esto es, la décima parte del dinero entregado por Tolomeo a Gabinio: *Quid vociferabare? decem milia talentum Gabinio esse promissa. auctor videlicet per blandus reperiendus fuit qui hominem, ut tu vis, avarissimum exoraret, HS bis miliens et quadringentiens <ne> magno opere contemneret. Gabinius illud, quoquo consilio fecit, fecit certe suo; quaecumque mens illa fuit, Gabini fuit. Sive ille, ut ipse dicebat, gloriam, sive, ut tu vis, pecuniam quaesivit, sibi, <non Rabirio quaesivit; Rabirius enim> non Gabini comes vel sectator nec ad Gabini, cuius id negotium non erat, sed ad P. Lentuli, clarissimi viri, auctoritatem a senatu profectam et consilio certo et spe non dubia Roma contenderat. Cfr. Schol. Bob. 177 St. y Plut. *Ant.* 3.2.*

permiten a Gabinio y Ptolomeo consolidar sus intereses políticos y económicos. La defensa de Rabirio está a cargo de Marco Túlio Cicerón, quien adopta un enfoque estratégico para proteger a su cliente y destaca el carácter político del juicio, señalando que la acusación busca dañar la reputación de Rabirio más que aplicar justicia real<sup>64</sup>. El vínculo de Rabirio con A. Gabinio, previamente condenado por *repetundis*, y Ptolomeo XII Auletes, el cual recurre al soborno para recuperar su trono, amplifica el impacto del juicio y representa un entramado de intereses que va más allá de la acusación contra Rabirio.

---

<sup>64</sup> Cicerón destaca que no ha desempeñado ninguna magistratura, ya que no ha ejercido como tribuno ni prefecto, ni ha acompañado a Gabinio desde Italia. Cic. *Rab. Post.* 7.19: *si Postumo fraudi fuerit, qui nec tribunus nec praefectus nec ex Italia comes nec familiaris Gabini fuit, quonam se modo defendant posthac qui vestri ordinis cum magistratibus nostris fuerint his causis implicati?* En esta misma línea, como integrante del estamento ecuestre, el acusado no está sujeto a la *lex Iulia de pecuniis repetundis*, ya que esta no rige sobre su condición social. Cic. *Rab. Post.* 5.12: *Vbi est igitur sapientia iudicis? in hoc, ut non solum quid possit, sed etiam quid debeat, ponderet nec quantum sibi permisum meminerit solum, sed etiam quatenus commissum sit. datur tibi tabella iudici. qua lege? Iulia de pecuniis repetundis. quo de reo? de equite Romano. at iste ordo lege ea non tenetur. 'illo,' inquit, 'capite: <quo ea pecunia pervenerit.' nihil audisti> in Postumum, cum in Gabinium iudex esses, nihil Gabinio damnato, cum in eum litis aestimares. 'at nunc audio.' reus igitur Postumus est ea lege qua non modo ipse sed totus etiam ordo solutus ac liber est.* A todo ello se une que Rabirio Póstumo cuenta con el apoyo de César, dado que Cicerón señala que, a su regreso, César se hace cargo de las deudas contraídas por Póstumo y sus amigos como consecuencia de su actividad crediticia. Cic. *Rab. Post.* 15.41: *Verum autem, iudices, si scire voltis, nisi C. Caesaris summa in omnibus, incredibilis in hunc eadem liberalitas exstitisset, nos hunc Postumum iam pridem in foro non haberemus. ille onera multorum huius amicorum exceptit unus, quaeque multi homines necessarii secundis Postumi rebus discripta sustinuerunt, nunc eius afflictis fortunis universa sustinet. Vmbram equitis Romani et imaginem videtis, iudices, unius amici conservatam auxilio et fide. nihil huic eripi potest praeter hoc simulacrum pristinae dignitatis quod Caesar solus tuetur et sustinet; quae quidem in miserrimis rebus huic tamen tribuenda maxima est...*

Por último, el mismo caso de Escauro también está cargado de intereses cruzados debido al papel de Pompeyo, cuyo vínculo con Escauro está mediado por el matrimonio de este último con Tertia, exesposa de Pompeyo<sup>65</sup>. Aunque formalmente Pompeyo mantiene cierta distancia, este lazo personal puede influir en las percepciones políticas del proceso y en la limitada ayuda que Escauro recibe durante su defensa<sup>66</sup>.

#### 4. Intereses personales

Por último, también encontramos el uso de los juicios como una plataforma política. El ejemplo más representativo lo encontramos en el juicio contra Cayo Verres. En este caso, Cicerón no solo busca exponer la corrupción en Sicilia, sino que también utiliza el juicio

---

<sup>65</sup> En el año 82 a. C. Pompeyo se casa con Emilia Escaura, hermana de Escauro e hija de Marco Emilio Escauro *pater*. Emilia es separada de Manio Glabrión pese a estar encinta, y muere al dar a luz poco después de contraer matrimonio con Pompeyo. *Vid. Plut. Sull. 33*. Por su parte, Escauro contrae matrimonio con Mucia Tercia, hija de Quinto Mucio Escévolo y tercera esposa de Pompeyo, de modo que el hijo que nace de la unión entre Escauro y Mucia es hermano materno de los hijos de Pompeyo. *Ascon. 23 St: Scaurus summam fiduciam in paterni nominis dignitate, magnam in necessitudine Cn. Pompeii Magni reponebat. Habebat enim filium liberorum Cn. Pompeii fratrem: nam Tertiam, Scaevolae filiam, dimissam a Pompei in matrimonium duxerat.*

<sup>66</sup> Falta información precisa sobre el apoyo que Escauro recibe de Pompeyo. Por un lado, *Cic. Att. 4.15.7* señala que el respaldo de Pompeyo a Escauro no es del todo firme: *Memmium Caesaris omnes opes confirmant. Cum eo Domitium consules iunxerunt, qua pactio epistulae omittere non audeo. Pompeius fremit, queritur, Scauro studet, sed utrum fronte an mente dubitatur.* Por otro, *Ascon. 23 St* afirma que Pompeyo no presta su apoyo al reo durante el proceso: *Sed in eo iudicio neque Pompeius propensum adiutorium praebuit - videbatur enim apud animum eius non minus offenditiae contraxisse, quod iudicium eius in Muciam crimine impudicitiae ab eo dimissam levius fecisse existimaretur, cum earn ipse probasset, quam gratiae adquisisse necessitudinis iure, quod ex eadem uterque liberos haberet - neque Cato ab aequitate ea quae et vitam eius et magistratum ilium decebat quoquam deflexit.*

como un trampolín político para su carrera, enfrentándose a figuras influyentes como Quinto Hortensio Hórtalo, defensor de Verres. Gracias a este juicio Cicerón proyecta su influencia política y consolida su reputación pública. El juicio contra Cayo Manilio refleja nuevamente el interés de Cicerón, esta vez centrado en mostrar su apoyo a Pompeyo.

Una motivación similar puede apreciarse en el juicio contra C. Cornelio Dolabella. La acusación es presentada por un joven Cayo Julio César, y su actuación puede interpretarse como un movimiento calculado para afianzar su posición dentro del entramado político, aprovechando la oportunidad de desacreditar a un aliado próximo a Sila en un momento de máxima tensión entre las facciones de los *populares* y los *optimates*.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, cabe señalar que entre los años 80 y 50 a. C., se puede observar que los juicios *de repetundis* no sólo responden a preocupaciones legales y a la necesidad de perseguir la corrupción de los gobernadores provinciales, sino que también reflejan intereses políticos de diversa índole que tienen como objetivo neutralizar a los adversarios políticos.

Los tribunales se convierten en escenarios de disputa política y electoral, reflejando las tensiones y transformaciones estructurales de la República en su fase final. Muchos de los procesos analizados, como los casos de Cayo Verres, Marco Fonteyo, Marco Aurelio Cota,

Aulo Gabinio y Marco Emilio Escauro, muestran cómo los tribunales se transforman en espacios donde se disputan no solo cuestiones legales, sino también agendas políticas y electorales; esto es, más allá de la resolución estrictamente judicial, se jugaban reputaciones, carreras y alianzas. Las rivalidades entre facciones y los intereses personales de figuras como Lucio Cornelio Sila, Cneo Pompeyo Magno y Cayo Julio César influyen directamente en el desarrollo y desenlace de estos juicios.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, M. C., *Trials in the Late Roman Republic. 149 BC to 50 BC*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 1990.
- ALEXANDER, M. C., *The Case of Prosecution in the Ciceronian Era*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2002.
- BALDO, G., "Le *repetundae* e le *Verrine*. Aspetti retorici", en VV. AA, *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione* (a cura di Santalucia), IUSS Press, Pavia, 2009, pp. 285-315.
- BARDT, C., "Zur Chronologie des Prozesses gegen Verres", en *Hermes*, 39, 1904, pp. 643-648.
- BERGMANN, A. B., *Einleitung in Ciceros Rede für L. Valerius Flaccus*, C.M. Gartner, Schneeberg, 1893.
- BIANCHINI, M., "Osservazioni sul carattere delle *leges iudicariae* repubblicane", en *Memorie dell'Istituto lombardo, Accademia di scienze e lettere. Classe di lettere, scienze morali e storiche*, v. 35, fasc. 5, 1975, pp. 242-287.

BROUGHTON, T. R. S., *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. II, New York, 1952.

CIACERI, E., *Processi politici e relazioni internazionali: studi sulla storia politica e sulla tradizione letteraria della repubblica e dell'impero*, A. Nardocchia, Roma, 1918.

DiLUZIO, J., "The first triumvirate at home and abroad in Cicero's *pro Flacco*", en *Greece & Rome*, 65.2, 2018, pp. 175-188.

CICCOTTI, E., *Il proceso di Verre*, Édito a cura dell'autore, Milano, 1895.

COURTNEY, E., "The prosecution of *Scaurus* in 54 B. C.", en *Philologus*, 105, 1961, pp. 151-156.

DU MESNIL, A., *Ciceros Rede für L. Flaccus*, Teubner, Leipzig, 1883.

FANTHAM, E., "The Trials of *Gabinius* in 54 B. C.", en *Historia*, 24, 1975, pp. 425-443.

FASCIONE, L., "Riflessioni sull'orazione per Rabirio Postumo", en *Studi Senesi*, 86, 1974, pp. 335-376.

FERRARY, J. L., "Cicéron et la loi judiciaire de Cotta (70 av. J.-C.)", en *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, t. 87, n. 1, 1975, pp. 321-348.

FERRARY, J. L., "Sulla legislazione *de repetundis*", en *Labeo*, 29, 1983, pp. 70-77.

FERGUSON, W. S., "The *lex Calpurnia* of 149 B. C.", en *JRS*, 11, 1921, pp. 86-100.

GARCÍA GÉRBOLES, L. *El proceso de Fonteyo. La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 59-82.

- GAUMITZ, H., *De M. Aemilii Scauri causa repetundarum et de Ciceronis Pro Scauro oratione*, I. B. Hirschfeldi, Lipsae 1879.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2003.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *La corrupción política en época de Julio César*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2009.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., “Origen y evolución de la *quaestio de repetundis*”, en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 13-30.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., “El proceso de Gayo Verres”, en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 31-58.
- GRAU CEDMA, R., “El proceso de Marco Emilio Escauro”, en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 109-130.
- GRUEN, E. S., *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 B. C.*, Harvard University Press, Cambridge-Massachussets, 1968.
- GRUEN, E. S., “Pompey and the Pisones”, en *CSCA*, 1, 1969, pp. 155-170.
- GRUEN, E. S., *The Last Generation of the Roman Republic*, University of California Press, Berkley-Los Angeles-London, 1974.
- HENDERSON, M. I., “The process *de repetundis*”, en *JRS*, 41, 1951, pp. 71-88.

HERRERO MEDINA, M., "El proceso contra Lucio Valerio Flaco", en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 83-108.

JONES, A. H. M., *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Basil Blackwell, Oxford, 1972.

KLODT, C., *Ciceros Rede pro Rabirio Postumo. Einleitung und Kommentar*, Teubner, Stuttgart, 1992.

KÜBLER, B., "Zur Chronologie des Prozesses gegen Verres", en *Philologus*, 54, 1895, pp. 464-473.

KURKE, A. D., *Theme and adversarial Presentation in Cicero's Pro Flacco*, University of Michigan, Michigan, 1989.

LABOULAYE, E., *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Durand, Paris, 1845.

LINTOTT, A. W., "The *leges de repetundis* and Associate Measures Under the Republic", en *ZSS*, 98, 1981, pp. 162-212.

MARINONE, N., *Quaestiones Verrinae. Cronologia del processo di Verre*, vol. 2, fasc. 3, Pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia, Torino, 1950.

ORTUÑO PÉREZ, M. E., "El caso del prestamista Rabirio Póstumo", en *Revista General de Derecho Romano*, 22, 2014, pp. 1-19.

PÉREZ CARRANDI, J., "El proceso a Rabirio Póstumo", en *La corrupción de los magistrados provinciales en época de Cicerón. Análisis jurídico de los discursos del orador*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 131-150.

PHILLIPS, E. J., "Cicero and the Prosecution of *C. Manilius*", en *Latomus*, 29, 1970, pp. 595-607.

PHILLIPS, E. J., "Asconius' *Magni Homines*", en *RhM*, 116, 1973, pp. 353-357.

PINA POLO, F., "The Rhetoric of Xenophobia in Cicero's Judicial Speeches: *Pro Flacco*, *Pro Fonteio* and *Pro Scauro*", en *Xenofobia y Racismo en el Mundo Antiguo*, Col. Instrumenta, Barcelona, 2019, pp. 115-126.

PONTENAY DE FONTETTE, F., *Leges repetundarum. Essai sur la répression des actes illicites commis par les magistrats romains au détriment de leurs administrés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954.

RAMSEY, J. T., "The Prosecution of *C. Manilius* in 66 B. C. and Cicero's *pro Manilio*", en *Phoenix*, 34, n. 4, 1980, pp. 323-336.

RICHARDSON, J. S., "The Purpose of the *Lex Calpurnia de repetundis*", en *JRS*, 77, 1987, pp. 1-12.

SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè editore, Milano, 1989.

SCHNEIDER, A. R., *Quaestionum in Ciceronis pro M. Fonteio orationem capita quattuor*, Typis C. Roessler, Grimae, 1876.

SCHÖLL, F., "Zu Cicero's Rede pro Flacco", en *Rheinisches Museum für Philologie*, 51, 1896, pp. 381-400.

SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pacini, Pisa, 1974. SERRAO, F., "Repetundae", en *NNDI*, 15, Torino, 1968, pp. 454-461.

SIANI-DAVIES, M., "Gaius Rabirius Postumus: A Roman financier and Caesar's political ally", en *Arctos*, 30, 1996, pp. 207-240.

TIBILETTI, G., "Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale", en *Athenaeum*, 31, 1953, pp. 5-100.

VENTURINI, C. "La repressione degli abusi dei magistrati romani ai danni delle popolazioni soggette fino alla *lex Calpurnia* del 149 a. C.", en *BIDR*, 72, 1969, pp. 19-87.

VENTURINI, C., *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Giuffrè Editore, Milano, 1979.

VENTURINI, C., "La conclusione del processo di Verre (osservazioni e problemi)", en *Ciceroniana* 4, 1980, pp. 155-175.

VENTURINI, C., "Absolutus periturus: A. Gabinio tra questione egiziana e politici romani nel 54 a. C.", en *Studi De Sarlo*, Milano, 1989, pp. 647-674.

VENTURINI, C., "Il *crimen repetundarum* nelle Verrine. Qualche rilievo", en *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione* (a cura di B. Santalucia), IUSS Press, Pavia, 2009, pp. 317-338.

WARD, A. M., "Politics in the Trials of *Manilius* and *Cornelius*", en *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 101, 1970, pp. 545-556.

ZUMPT, A. W., *Der Criminalprocess der Römischen Republik*, Teubner, Leipzig 1871.



ISSN 1989-1970

Octubre-2025

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción:

16/09/2025

Fecha de aceptación:

19/10/2025

Palabras clave:

Propiedad, *dicatio ad patriam*, estatuas, arte, interés público, municipios

Keywords:

Property, *dicatio ad patriam*, statues, art, public interest, municipalities.



## LAS STATUAS IN CIVITATE POSITAS Y SU RÉGIMEN DE PROPIEDAD

## THE STATUAS IN CIVITATE POSITAS AND THEIR REGIME OF OWNERSHIP

Ramiro Grau Celma

Profesor Ayudante

Universidad complutense de Madrid

<https://orcid.org/0009-0005-8753-6901>

(GRAU CELMA, Ramiro. *Las statuas in civitate positas y su régimen de propiedad RIDROM [on line]*. 35-2025.ISSN 1989-1970.pp. 223-251EL DELITO DE FURTUM EN LA SPECIFICATIO Y EN OTRAS FIGURAS AFINES

. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 constituye la principal noticia sobre la propiedad de las estatuas colocadas en un lugar público. En concreto, Ulpiano haría referencia a las estatuas colocadas con el permiso pertinente, pero sin ningún tipo de financiación pública. Atendiendo a estas circunstancias, Trebacio y Pegaso defendieron que dichas estatuas seguían perteneciendo a sus propietarios originales.

Previsiblemente, este argumento estaría basado en la ausencia de un acto de transmisión de la propiedad conforme al *ius civile*. El *ius honorarium* corrigió esta situación, logrando un equilibrio entre los intereses del propietario de la estatua y el ornato del municipio.

### Abstract:

Ulpianus, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 constitutes the main notice on the ownership of statues placed in a public place. Ulpianus was likely referring to statues whose placement had been duly authorized, but without the use of public funds. Given these circumstances, Trebatius and Pegasus argued that such statues shall remain the property of their original owners. Predictably, this argument would be based on the absence of an act of transfer of ownership under the *ius civile*. The *ius honorarium* addressed this situation, striking a balance between the interests of the owner of the statue and the ornament of the municipality.

SUMARIO: 1. El problema jurídico en su contexto histórico. 2. El fragmento en la obra de Ulpiano. 3. El régimen de propiedad de las «statuas in civitate positas». 4. Conclusiones: la posible evolución del régimen jurídico de las «statuas in civitate positas». 5. Bibliografía.

## 1. EL PROBLEMA JURÍDICO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO

Dentro de las fuentes jurídicas, Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 constituye la principal noticia sobre la propiedad de las estatuas colocadas en un lugar público. La parte inicial de este fragmento («*Statuas in civitate positas civium non ese...*») resulta un tanto enigmática, lo que ha permitido que existan distintas interpretaciones sobre el régimen de propiedad de las estatuas colocadas en la ciudad:

Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41: *Statuas in civitate positas civium non esse, idque Trebatius et Pegasus: dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit. Tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.*

El objetivo del presente trabajo será tratar de ofrecer una interpretación que concilie esta noticia con el resto de fuentes jurídicas y epigráficas sobre la materia, entre las cuales existe un cierto grado de contradicción. En las conclusiones se planteará una posible evolución del régimen jurídico de las «*statuas in civitate positas*» desde esta perspectiva conciliadora.

Antes de adentrarnos en las fuentes, es necesario entender el contexto histórico de este problema. En efecto, la cuestión de la propiedad de las estatuas colocadas en la ciudad solo puede comprenderse en el marco del evergetismo romano, un movimiento cultural que tuvo su apogeo entre los siglos I a.C. y II d.C.<sup>1</sup>. Este consistía en un «*comportamiento social característico de las élites greco-romanas consistente en realizar donaciones a la comunidad cívica*»<sup>2</sup>.

El evergetismo no solo comprendía donaciones sino también otro tipo de conductas más amplias realizadas en favor de la comunidad local, como la colocación de estatuas en lugares públicos para el ornato de la comunidad local<sup>3</sup>. Estas conductas no se

---

<sup>1</sup> *Vid.* MELCHOR GIL, E., *Solo publico – Solo suo. Sobre la ubicación de los homenajes estatuarios en las ciudades de la Bética*, en *Cahiers Glotz* 17 (2006), p. 201.

<sup>2</sup> ID., *Evergetismo en la Hispania romana* (Tesis de doctorado, Universidad de Córdoba, 1992), pp. 19-22 y 26-27: como indica este autor, el evergetismo no debe confundirse con las manifestaciones de caridad o beneficencia que comenzaron a realizarse tras la adopción del cristianismo. En efecto, las evergesias se dirigían al conjunto de la ciudadanía –en lugar de a los grupos más desfavorecidos– y frecuentemente no tenían como finalidad la satisfacción de necesidades básicas de la población, primando consideraciones de tipo lúdico, artístico o cultural.

<sup>3</sup> Esta finalidad ornamental aparece reflejada de forma expresa en las fuentes conservadas: «*ornandi municipii causa*» (Paulo, 5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29); «*quae*

realizaban de forma desinteresada, pues su onerosidad venía justificada por motivaciones de carácter político, contribuyendo así a acrecentar la dignidad personal del evergeta. En nuestro caso, este sería la persona que colocó la estatua<sup>4</sup>. Este conjunto de motivos aparece perfectamente reflejado en Plinio<sup>5</sup>.

---

*ornamenta reipublicae sunt»* (Paulo, 5 Sent., D. 43.9.2); y «*et in omnium municipiorum foris statuae ornamentum esse coepere»* (Plin. N.H. 34.9). Esta circunstancia ha sido señalada, entre otros, por RANDAZZO, S., *I beni e la loro fruizione, fra pubblico e privato: a proposito della 'dicatio ad patriam'*, en GAGLIARDI, L. (Ed.), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria II*, Milano, 2018, p. 370.

<sup>4</sup> Vid. RUSSELL, A., *The politics of public space in republican Rome*, Cambridge, 2016, pp. 87-95. MELCHOR GIL, E., *Indicaciones y omisiones del rango personal de los dicantes*, en SALDVIE 3 (2003), pp. 131-132. Este autor expone en su tesis doctoral una completa lista de factores que motivaban la colocación de estatuas en público, siendo estos: (i) el deseo de gloria y honores; (ii) el deseo de promoción social y política; (iii) el deseo de perpetuar la memoria; (iv) el orgullo ciudadano; (v) la *emulatio* de otros miembros de la élite; y (vi) la existencia de un deber moral de las élites (MELCHOR GIL, E., *Evergetismo en la Hispania romana*, cit., pp. 38 y ss.).

<sup>5</sup> Cfr. Plin. N.H. 34.9: *excepta deinde res est a toto orbe terrarum humanissima ambitione, et in omnium municipiorum foris statuae ornamentum esse coepere propagarique memoria hominum et honores legendi aevi basibus inscribi, ne in sepulcris tantum legerentur. mox forum et in domibus privatis factum atque in atriis: honos clientium instituit sic colere patronos.* Esta admiración hacia el evergeta que coloca una estatua en público puede apreciarse en la descripción que realiza el propio Plinio del discurso de Agripa sobre esta cuestión: *sed praecipuam auctoritatem publice tabulis fecit caesar dictator aiace et media ante veneris genetricis aedem dicatis, post eum m. agrippa, vir rusticitati propior quam deliciis. exstat certe eius oratio magnifica et maximo civium digna de tabulis omnibus signisque publicandis, quod fieri satius fuisse quam in villarum exilia pelli* [Plin. N.H. 35.9(8)]. En sentido contrario, la dedicación de estatuas a uno mismo también se utilizaba como argumento para atacar a enemigos políticos —en muchos de estos casos resulta probable que esta acusación fuese falsa—. Esto puede apreciarse en las críticas realizadas hacia Espurio Casio (Plin. N.H. 34.14), Cornelio Galo (Cass. Dion., *Hist. rom.* 53.23.4.5), Julio César o Lucio Accio (Plin. N.H. 34.10).

Durante el Principado, el movimiento evergeta creció por todo el Imperio hasta alcanzar unas proporciones excepcionales. Los Emperadores respondieron a este crecimiento incontrolado mediante la promulgación de constituciones imperiales que impedían que los particulares colocasen estatuas sin el consentimiento del Príncipe<sup>6</sup>. En la capital del Imperio, este consentimiento se manifestaba generalmente mediante *senadoconsulta*<sup>7</sup>. En las provincias, en cambio, este permiso era concedido por medio de *decreta del ordo decuriorum*<sup>8</sup>.

Sobre este particular, nótese que Ulpiano utiliza el término «*in civitate*» de forma genérica para referirse a todas las situaciones de ámbito provincial, sin diferenciar entre *municipia* y *coloniae*<sup>9</sup>. No cabe duda, por tanto, de que un fenómeno social de una extensión temporal y geográfica tan amplia generaría eventualmente problemas jurídicos de distinto signo. En el fragmento citado *supra*,

---

<sup>6</sup> La primera de estas prohibiciones fue fijada por Claudio y afectó a las estatuas erigidas en honor de uno mismo (Cass. Dion., *Hist. rom.* 60.25.2-3). Calígula amplió esta norma a las estatuas o imágenes de cualquier persona viva (Suet, *Calig.* 34.1.3-8). La necesidad de obtener un permiso para colocar una estatua aparece reflejada en D. 50.12.6.3: *Si cui res publica necessitatem imposuerit statuarum principi ponendarum, qui non promisit, non esse ei necesse obtemperare rescriptis imperatoris nostri et divi patris eius continetur.* Sobre el régimen de concesión de estatuas, véase FALCON, M., *Dicatio ad patriam. La collocazione in publico di beni privati nella riflessione dei giuristi romani*, Italia, 2020, pp. 115 y ss.

<sup>7</sup> ALFÖLDY, G., *Esculturas, inscripciones y sociedad en Roma y en el Imperio romano*, en Fòrum: temes d'història i d'arqueologia tarragonines 10 (1996), p. 18.

<sup>8</sup> MELCHOR GIL, E., *Solo publico – Solo suo. Sobre la ubicación de los homenajes estatuarios en las ciudades de la Bética*, cit., pp. 201-203. ID. *Statuam in loco publico erexerunt, o sobre cómo obtener una estatua pública en una ciudad romana*, en RUIZ-GUTIÉRREZ, A. y CORTÉS-BÁRCENA, C. (Eds.), *Memoriae civitatum. Arqueología y epigrafía de la ciudad romana. Estudios en homenaje a José Manuel Iglesias Gil*, Santander, 2017, pp. 31-36.

<sup>9</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 82 y ss.

Ulpiano responde precisamente al problema del régimen procesal. Esto es, cómo debe defenderse la colocación de las estatuas.

## 2. EL FRAGMENTO EN LA OBRA DE ULPIANO

El fragmento pertenece al libro IX del comentario *ad edictum* de Ulpiano. Según la reconstrucción de LENEL<sup>10</sup>, este libro es el segundo de los tres libros (VIII a X) dedicados al comentario de la octava parte del Edicto, «*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*». Siguiendo la reconstrucción de LENEL, el libro IX aparecería dividido en seis partes: cinco de ellas relativas a un edicto particular (E. 28 a 32), a las que se añadiría un prefacio general sobre la figura del *procurator*. Probablemente, la desaparición de toda referencia a los *cognitores* sea consecuencia de la intervención justinieana sobre el particular<sup>11</sup>.

En la primera de estas partes, «*De cognitore abdicando vel mutando* (E. 28)», Ulpiano analizaría la posibilidad de que el procurador renuncie o sea sustituido (frgs. 312-319). Continuaría con un prefacio en el que detallaría diversas cuestiones sobre el nombramiento de procuradores, «*De procuratoribus: praefatio*», como la posibilidad de nombrar un procurador para todos los asuntos o

---

<sup>10</sup> LENEL, O. *Palingenesia Iuris Civilis* II, Leipzig, 1889. cols. 449 ss.

<sup>11</sup> *Vid.* sobre el particular KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> Ed., München, 1996, p. 560 ss. PARICIO, J., *Derecho procesal civil romano* II, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, pp. 124-125.

para un pleito futuro (frgs. 320-322). Las dos siguientes partes tratarían, respectivamente, sobre la capacidad para litigar en nombre de otro, haciendo especial referencia a los tutores, «*Ut alieno nomine sine mandatu agere non liceat (E. 29)*» (frgs. 323-325), y de la incapacidad para nombrar o actuar como representante procesal por motivos de infamia o descrédito, «*Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat (E. 30)*» (frgs. 326-329).

La quinta parte contendría finalmente la opinión de Trebacio y Pegaso sobre el régimen de propiedad de las estatuas bajo la rúbrica «*Quibus municipum agere liceat (E. 31)*» (frgs. 330-332). Esta parte comenzaría con una exposición general sobre quién puede actuar en representación de los municipios: «*Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae*» (D. 3.4.3), prosiguiendo con el fragmento que nos ocupa. Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 aparece por tanto en un contexto de análisis de la representación procesal, haciendo referencia, en particular, a la representación de los municipios<sup>12</sup>.

Esta circunstancia implica que los municipios necesitaban actuar por medio de un representante, excluyendo toda posibilidad de que la acción que aparece en el fragmento ulpiano sea una acción

---

<sup>12</sup> Sobre el régimen jurídico de los municipios y colonias, incluyendo sus facultades procesales, puede consultarse MENTXAKA, R., *Aproximación a la personalidad jurídica de las civitates romanas en época imperial*, en Revista Vasca de Administración Pública / Administrazio Publikoaren Euskal Aldizkaria 99-100 (2014), pp. 2055-2082.

popular. FALCON entiende que esta representación correspondería al representante procesal del municipio al que se hace referencia en la *lex Irnitana* bajo la rúbrica «*De actore municipium constituendo (deque) praemio mercedeve eius [dandis]*»<sup>13</sup>:

*Cap. 70 de la lex Irnitana: Quo i quibusve mandetur  
permittaturve ut nomine municipum municipi Flavi Irnitani agant  
petantve quit is, aut, si cum iis age[t]ur petetur(ve) quit ab (iis),  
nomine eorum iudicium accipia(n)t; decurionum conscriptorumve  
cognitio constitutioque est[o, c]um eorum non minus quam duae  
tertiae partes ader[unt, d]um eum eligant cui per edictum eius qui  
provinciae praerit [act]ori aut cognitori esse licebit; idemque  
constitu(u)nto quantu[m, ei ei]sve qui municipibus municipi Flavi  
Irnitani petet pet[ent pe]titurus petiturive erunt (quit) iudiciumve  
eorum nom[ine a]ccepereit acceperint accepturus erit accepturive  
erunt, p[raemi mercedis]ve nomine dari oporteat».*

La ubicación sistemática del fragmento en la reconstrucción de LENEL revela que la finalidad del mismo sería precisar la protección procesal que debe otorgarse a los municipios para defender la colocación de las estatuas situadas en el municipio. Esto excluye necesariamente que Ulpiano estuviera tratando de realizar una exposición general del complejo régimen de propiedad de las

---

<sup>13</sup> *Vid.* FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 223-224, 272 y 279. Mediante el nombramiento del representante por parte de los decuriones se cumpliría con el requisito formal necesario para representar a una ciudad en juicio, recogido por Ulpiano en 9 *ad Ed*, D. 3.4.3: *Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae*.

estatuas. Como veremos más adelante, es necesario tener en cuenta esta circunstancia para valorar el alcance de la opinión de Trebacio y Pegaso a propósito de su régimen de propiedad.

### 3. EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS «STATUAS IN CIVITATE POSITAS»

La primera parte de este fragmento contiene una opinión de Trebacio y Pegaso sobre el régimen de propiedad de las estatuas colocadas en una ciudad, señalando que estas no pertenecen a la colectividad de ciudadanos («*Statuas in civitate positas civium non esse*»). Tras fijar este principio, se aclara que ningún particular puede retirar las estatuas, ni siquiera el particular que las hubiese puesto («*dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit*»). Como se explicará, es posible que este segundo enunciado forme parte de la opinión de Trebacio y Pegaso. Por último, Ulpiano fija el régimen procesal con el que se articula esta prohibición («*Tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi*»).

En cuanto a la estructura del fragmento, este puede dividirse en tres partes claramente diferenciadas: una premisa inicial donde se establece el régimen de propiedad de las estatuas («*Statuas in civitate positas civium non ese, idque Trebatius et Pegasus*»); un segundo enunciado donde Ulpiano aclara que ningún particular puede

retirar las estatuas, ni siquiera el que las hubiese puesto («*dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit*»); y, por último, un tercer enunciado en el que se fija el régimen procesal con el que se articula esta prohibición («*Tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi*»).

En la primera parte del fragmento, Ulpiano recoge la posición de Trebacio y Pegaso respecto a la titularidad de las estatuas. Como expondremos más adelante, entendemos que la opinión de los juristas no se refiere a la titularidad de todas las estatuas, sino solo a aquellas colocadas por un particular. Pese a haber sido calificado como la principal fuente sobre esta materia<sup>14</sup>, la expresión «*statuas in civitate positas civium non esse*» no resulta del todo clara. Esta ambigüedad, posiblemente acrecentada por el tratamiento del texto original por parte de los compiladores<sup>15</sup>, permite que existan diversas interpretaciones sobre el régimen de propiedad de las estatuas dependiendo del significado que atribuyamos al término «*civium*».

---

<sup>14</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., p. 219, considera que este fragmento es la fuente más importante para el análisis de este problema jurídico. La persistencia del problema de la titularidad de las *statuas in civitate positas* fue señalado por POOL, E. H., *Problèmes relatifs aux statues in publico positae*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 39-3 (1992), pp. 447-448.

<sup>15</sup> DE MARTINO, F., *In tema di dicatio ad patriam*, en GALGANO, S. (Ed.). *Giurisprudenza comparata di Diritto Civile I*, Roma, 1938, p. 54. FALCON también sugiere que el fragmento ha podido ser interpolado (FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., p. 231).

Una primera posibilidad es que las estatuas colocadas en una ciudad no sean propiedad privada de *ninguno* de los ciudadanos, excluyendo asimismo al *ponens* —el sujeto que colocó la estatua—, en cuanto que éste forma parte de los miembros que forman la comunidad de ciudadanos. En consecuencia, la propiedad de las *statuas in civitate positas* pertenecería a las ciudades donde fueron colocadas. Esta interpretación fue mantenida por los Glosadores y comenzó a ser cuestionada en el siglo XVI<sup>16</sup>. No obstante, la opinión de Trebacio y Pegaso puede interpretarse en sentido contrario: las estatuas *in civitate positas* no pertenecen a la colectividad de ciudadanos —y, en consecuencia, tampoco a la ciudad—, lo que implicaría que el propietario original de la estatua conserva su derecho de propiedad sobre la misma. La doctrina actual mantiene esta interpretación de forma mayoritaria, pudiendo citarse, entre otros, a DE MARTINO<sup>17</sup>, RANDAZZO<sup>18</sup>, MUSUMECI<sup>19</sup>, WATSON<sup>20</sup> y FALCON<sup>21</sup>.

A nuestro juicio, la interpretación mayoritaria debe prevalecer por los motivos que se expresan a continuación. En primer lugar, la estructura del fragmento parece encajar mejor con esta interpretación del término «*civum*» en el sentido de «colectividad de ciudadanos». Como se ha señalado anteriormente, el fragmento

---

<sup>16</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 24-29.

<sup>17</sup> DE MARTINO, F., *In tema di dicatio ad patriam*, cit., p. 53.

<sup>18</sup> RANDAZZO, S., *I beni e la loro fruizione, fra pubblico e privato: a proposito della 'dicatio ad patriam'*, cit., pp. 370-371.

<sup>19</sup> MUSUMECI, F., *Statuae in publico positae*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 44 (1978), p. 196.

<sup>20</sup> WATSON, A., *The law of property in the Later Roman Republic*, Germany, 1968, p. 12.

<sup>21</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 219 y ss.

sigue una estructura típica formada por los siguientes enunciados: (i) regla general; (ii) excepción a la regla introducida por un adverbio («*tamen*»); y (iii) una conclusión obtenida de la contraposición entre los dos primeros enunciados, como indica la conjunción causal utilizada («*ergo*»). La excepción carecería de sentido si entendiéramos que la regla general es que las estatuas no pertenecen a ningún ciudadano individual. De ser así, no existiría la relación adversativa entre los dos primeros enunciados, confirmada por la utilización de «*tamen*». Esta misma idea de oposición se ve reforzada por el claro contraste entre el plural «*civium*» del primer enunciado (en su sentido de colectividad de ciudadanos) frente al sustantivo singular «*privato*» del segundo enunciado (en referencia a un individuo particular).

Por otra parte, es necesario dar un significado unitario a los términos «*civium*» y «*cives*», utilizados por Ulpiano en la primera y última parte del fragmento. Para dotar de sentido al fragmento, este significado no puede ser otro que el de «colectividad de ciudadanos». Lo contrario supondría sostener que el pretor debe conceder una acción a cualquier ciudadano individual que pretenda defender la colocación de la estatua. Esta interpretación podría ser correcta en un supuesto de *actio popularis*. No obstante, como se ha explicado en el apartado dedicado a la ubicación del fragmento en la obra de Ulpiano, la ubicación del fragmento en la reconstrucción de LENEL impide esta posibilidad. En consecuencia, los titulares de la acción no pueden ser otros que la colectividad de los municipios actuando por medio de un representante procesal designado por los

decuriones (Cap. 70 de la *lex Irnitana*), tratándose normalmente de un magistrado local<sup>22</sup>. Esta interpretación del término «*cives*» determina necesariamente el significado del término «*civium*».

Si atendemos al resto de fragmentos del comentario edictal de Ulpiano en los que se utiliza el término «*cives*», podemos comprobar que el jurista también utiliza este término en el sentido de «la colectividad de ciudadanos». Nos referimos en particular a los libros 2 *ad Ed.*, D. 50.1.1.1 («... sed nunc abusive municipes dicimus suaे cuiusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos»), resultando este último especialmente relevante; 22 *ad Ed.*, D. 1.5.17 («In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt»); y 52 *ad Ed.*, D. 39.1.3.4 («Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt»).

Cuando Ulpiano trata la posibilidad de que el particular que entregó una cosa como consecuencia de una *pollicitatio* quiera reivindicarla, una situación similar al fragmento objeto de análisis, la expresión utilizada por el jurista no deja lugar a dudas de que la cosa se entregó a la colectividad de los municipes, siendo asimismo estos los que ostentan la legitimidad activa para proteger el objeto entregado a la colectividad:

---

<sup>22</sup> *Vid. FALCON, M., Dicatio ad patriam*, cit., p. 224.

*Ulpiano, 4 disp., D. 50.12.3.1: Si quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari. sed et si desierint municipes possidere, dicendum erit actionem eis concedendam.*

Por otra parte, como ya se ha adelantado, entendemos que la opinión de Trebacio y Pegaso no se refiere a la titularidad de todas las estatuas, sino solo a aquellas colocadas por un particular. En efecto, consideramos que la interpretación de «*civium*» en el sentido de «la colectividad de ciudadanos» implica necesariamente que la expresión («*statuas in civitate positas*») haría referencia únicamente a situaciones en las que la estatua fue colocada por un particular. De lo contrario, no se entendería que Ulpiano sintiese la necesidad de precisar el régimen de propiedad de las estatuas de propiedad pública, puesto que en esos casos no cabe duda sobre su régimen de propiedad<sup>23</sup>. Piénsese, a modo de ejemplo, en estatuas financiadas por el pueblo o por la autoridad de una ciudad, en contraposición con las estatuas puestas por un particular en un sitio público.

---

<sup>23</sup> Este sería el caso, por ejemplo, de una estatua cuya construcción fue ordenada por el Senado o un órgano político de carácter local. También comprendería las estatuas construidas a petición del pueblo. Sobre esta cuestión, ver MELCHOR GIL, E., *Statuam in loco publico erexerunt, o sobre cómo obtener una estatua pública en una ciudad romana*, cit., pp. 44 y ss. Las fuentes literarias contienen numerosos ejemplos de este tipo de situaciones. Véase, a modo de ejemplo, Plin. *N.H.* 34.11 y 34.14; o Cass. Dion., *Hist. rom.* 46.29.2.

El primer problema jurídico de las estatuas colocadas por un particular en un lugar público de ámbito municipal consistiría en determinar el régimen de propiedad –privada o pública– al que se someterían estas estatuas, y esta parece ser la cuestión analizada por Trebacio y Pegaso. Utilizaremos en adelante el término «*statuas in civitate positas*» para referirnos a este tipo de situaciones. La doctrina y la jurisprudencia italiana moderna se ha apoyado en las fuentes romanas relativas a esta cuestión –entre las cuales el presente fragmento ocupa un papel central– para positivizar este instrumento en su ordenamiento jurídico bajo la denominación de *dicatio ad patriam*<sup>24</sup>. No obstante, la expresión *dicatio ad patriam* no aparece en las fuentes primarias, motivo por el cual consideramos preferible el término «*statuas in civitate positas*», más cercano a la terminología utilizada por los juristas romanos.

---

<sup>24</sup> IMPALLOMENI clasifica esta figura como un derecho real atípico, definido como: «[...] un instituto di diritto pubblico municipale, consistente in una manifestazione di volontà aformale, operata dal proprietario di un bene mobile o immobile, tesa a vincolarlo con un grabame a favore di una certa collettività locale, previa la effettiva messa a disposizione del bene stesso». Considera que este derecho real presentaría las siguientes notas características: «Si può pertanto parlare di un negozio giuridico unilaterale, perché voluto da un solo soggetto; reale, perché necessita la effettiva messa a disposizione della cosa, senza di che la dicatio non si perfeziona; con effetti reali, perché è il bene come tale a subire un gravame, normalmente perpetuo, rilevante contro tutti, compresi il dedicante stesso, i suoi eredi, gli aventi causa, qualsiasi terzo [...]» (IMPALLOMENI, G., *La 'dicatio ad patriam' del cavallo ligneo nella Sala della Ragione*, en Padova e il suo territorio 27 (1990), p. 12). FALCON realiza un estado de la cuestión y un análisis de la evolución histórica de la *dicatio ad patriam* en el ordenamiento italiano, señalando que esta expresión fue utilizada por primera vez por la *Corte di cassazione di Roma* en el año 1920, (FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 11-75).

Tras exponer nuestra interpretación de la primera parte del fragmento, es necesario proseguir con el análisis del segundo enunciado, donde se recoge el principio de que ningún particular puede retirar la estatua: «*dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit*». Ulpiano aclara que ni siquiera el particular que colocó la estatua podría retirarla del lugar donde la colocó, fijando con ello una fuerte limitación de las facultades del propietario. El hecho de que Ulpiano sintiese la necesidad de precisar expresamente que aquel que colocó la estatua tampoco puede retirarla apunta a la posibilidad de que existieran dudas al respecto.

En efecto, parece natural que pudiera surgir en algún propietario el deseo de retirar la estatuas que colocó en un lugar público. Esto podría ocurrir, por ejemplo, para colocarla en otra comunidad local más importante o, simplemente, para vender la estatua y obtener fondos de la misma. Al fin y al cabo, la posibilidad de disponer de un bien formaba parte de las facultades del propietario, por lo que resulta comprensible que este tipo de situaciones pudieran surgir eventualmente. Piénsese a modo de ejemplo en los motivos que llevaron a promulgar el S.C. Aciliano<sup>25</sup>, tratado por Ulpiano en 21 *ad Sab.*, D. 30.41 (haciendo referencia a las estatuas en los apartados 12 y 13). Otra posibilidad es que este

---

<sup>25</sup> MURGA GENER, J. L., *Quid in statuis dicendum?*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez, Madrid, 1978, pp. 295-326. ID., *Protección a la estética en la legislación urbanística del Alto Imperio*, Sevilla, 1976.

problema pudiera haber surgido al analizar la legitimación activa del *ponens* para proteger la estatua en un proceso<sup>26</sup>.

Además de en el fragmento objeto de análisis, el principio de la permanencia de las *statuas in civitate positas* aparece reflejado en Labeón, 6 *pith. a Paul. Epit.*, D. 44.1.23 («... *et eam petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data*») y en Paulo, 5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29 («... *et nullo modo eas detrahi posse*»). En este último fragmento, Paulo recoge una opinión de Fufidio que parece contradecir el régimen de titularidad defendido por Trebacio y Pegaso:

Paulo, 5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29: *Fufidius refert statuas in publico positas bonis distractis eius, cuius in honorem positae sunt, non esse emptoris bonorum eius, sed aut publicas, si ornandi*

---

<sup>26</sup> Como demuestra Paulo, 27 *ad Ed.*, D. 47.10.27 —entre otras fuentes—, las estatuas se encuentran estrechamente vinculadas al honor del homenajeado: *si statua patris tui in monumento posita saxis caesa est, sepulchri violati agi non posse, iniuriarum posse labeo scribit*. La jurisprudencia llegó a reconocer expresamente la existencia de un interés a favor del homenajeado en que la estatua no se retire del lugar en el que fue colocada (Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.1, «*quia interfuerit eius eam non tolli*»). Atendiendo a esta estrecha vinculación entre las estatuas y el honor del homenajeado, no sería impensable que algunos individuos pudieran realizar ataques frente a las estatuas de personajes públicos con el objetivo de dañar su memoria. Las fuentes parecen recoger este tipo de situaciones en algunos supuestos particularmente polémicos, como la destrucción de las estatuas de Mario por parte de Sila (Plin. *N.H.* 34.12(11); o la destrucción de la estatua de Espurio Casio ordenada por los censores (Plin. *N.H.* 34.14). Ante esta situación, Trebacio pudo responder que las *statuas in civitate positas* eran propiedad de aquellos que las colocaron, garantizando así la legitimación activa del propietario para proteger el honor de su familiar representado en la estatua. Otra posible explicación es que hubieran ocurrido episodios de sustracción de las *statuas in civitate positas*, lo que habría provocado que sus propietarios originales intentasen reivindicarlas.

*municipii causa positae sint, aut eius, cuius in honorem positae sint: et nullo modo eas detrahi posse.*

Este fragmento pertenece al comentario de Paulo a las leyes matrimoniales de Augusto. Según la reconstrucción de LENEL<sup>27</sup>, el fragmento se sitúa bajo la rúbrica «*De his quae lege Papia caduca fiunt 1*». El fragmento hace referencia por tanto a la venta de *bona caduca* por parte del fisco. En esa situación, se plantea la cuestión de si las estatuas pertenecientes al patrimonio privado del causante deberían pasar al patrimonio del *bonorum emptor*. Fufidio opina que las estatuas solo pueden ser o del causante –entendemos que antes de su fallecimiento–, o públicas –una vez fallecido este–, por lo que en ningún caso serían adquiridas por el comprador de los bienes. Además, aclara que en ninguna de las dos situaciones podrían quitarse del lugar donde fueron colocadas.

No consideramos que este fragmento invalide la opinión de Trebacio y Pegaso recogida por Ulpiano en 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41, sino que más bien parece confirmar la idea de que las *statuas in civitate positas* podían formar parte del patrimonio de un particular. Por lo demás, la transformación de las estatuas en públicas tras el fallecimiento del causante solo afectaría a *bona caduca*, es decir, situaciones en las que el heredero o el legatario carece de capacidad para adquirir el derecho de propiedad sobre las mismas.

---

<sup>27</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis I*, Leipzig, 1889, cols. 1128 ss.

Atendiendo a las opiniones jurisprudenciales anteriores, parece claro que, independientemente de cuál fuera el régimen de propiedad de las estatuas puestas en una ciudad, su eliminación del espacio público no sería posible salvo en supuestos excepcionales. Esta limitación convertiría prácticamente a las *statuas in civitate positas* en *res extra commercium*<sup>28</sup>. El fundamento de esta prohibición bien podría ser aquel que señala Ulpiano a propósito de la *pollicitatio*: «*aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari*» (Ulpiano, 4 *disp.*, D. 50.12.3.1).

Teniendo en cuenta que la eliminación de la estatua del espacio público no sería posible, la cuestión relativa al régimen de propiedad de las estatuas parece circunscribir su importancia práctica al ámbito procesal, determinando quién tiene legitimación activa para defender la colocación de la estatua. Piénsese a este respecto en la ubicación del fragmento en la reconstrucción de LENEL. La última parte del fragmento ulpiano hace referencia precisamente al régimen procesal aplicable a esta compleja situación jurídica: «*tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi*».

El pasaje plantea por tanto dos grandes consecuencias en el ámbito procesal: por un lado, otorga una acción –no definida– al conjunto de ciudadanos para defender el mantenimiento de las *statuas in civitate positas*. Por otro lado, permite bloquear cualquier

---

<sup>28</sup> *Vid. FALCON, M., Dicatio ad patriam*, cit., pp. 267 y 270.

intento de interponer una acción por parte del propietario de la estatua —entendemos que hace referencia a la acción reivindicatoria— mediante la concesión de una excepción que tampoco llega a ser definida, aunque Paulo parece aclarar esta cuestión:

Labeón, 6 *pith. a Paul. epit.*, D. 44.1.23: *Paulus: si quis statuam in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, et eam petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data.*

El fragmento menciona expresamente una *praescriptio in factum* como medio de defensa de los municipios para garantizar la colocación de la estatua. Según DE MARTINO<sup>29</sup>, la utilización del término *praescriptione* sería anacrónica y mostraría la interpolación del texto. Pero, a nuestro juicio, no parece que el contenido original del mismo haya sido alterado sustancialmente<sup>30</sup>. Por este motivo, consideramos que el fragmento demuestra que los municipios podrían defender la colocación de la estatua mediante una

---

<sup>29</sup> DE MARTINO, F., *In tema di dicatio ad patriam*, cit., pp. 53-54. Por su parte, FALCON entiende que este anacronismo podría explicarse por tratarse de un fragmento de Labeón y no de Paulo. Asimismo, este último considera que la comparación entre la expresión «*exceptio*» de Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 y «*praescriptione in factum data*» de D. 44.1.23, podría ser indicativa de una evolución respecto a la tutela procesal concedida a los ciudadanos. Así, en la época de Labeón la tutela sería más débil, mediante *praescriptiones in factum*. La situación posterior ofrecería una tutela más completa mediante el otorgamiento de una simple *exceptio*, situación recogida por Ulpiano (FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 242-245).

<sup>30</sup> *Vid.* FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 243-244.

excepción *in factum*, creada específicamente para este tipo de situaciones.

Por otra parte, la ubicación del fragmento en la reconstrucción de LENEL<sup>31</sup> bajo la rúbrica «*De adquirendo rerum dominio et rei vindicatione*» parece indicar que el propietario habría interpuesto la acción reivindicatoria, reforzando la tesis de la persistencia de su derecho de propiedad sobre la estatua. Teniendo esto en cuenta, nos inclinamos a interpretar la expresión «*ut ea municipii esset*», que aparentemente podría resultar contradictoria con la titularidad privada de la estatua, en el sentido de utilidad para el municipio –y no de transmisión de la propiedad–, al igual que hace FALCON<sup>32</sup>.

Ulpiano, en otro fragmento de su comentario al Edicto, expone en mayor detalle el régimen procesal de las *statuas in civitae positae*, detallando los recursos procesales de los ciudadanos, en línea con lo ya expuesto sobre el fragmento objeto de análisis. El jurista también señala los recursos procesales reconocidos a favor del propietario atendiendo al interés de este en que la estatua no sea retirada<sup>33</sup>:

---

<sup>31</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis* I, cit., cols. 532 ss.

<sup>32</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., p. 228.

<sup>33</sup> No resulta del todo seguro si la expresión «*cuius statua in loco publico in municipio posita sit*» hace referencia al homenajeado o al propietario. FALCON considera que hace referencia al homenajeado (FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., p. 259). Comparte esta opinión MUSUMECI, F., *Statuae in publico positae*, cit., pp. 192-193.

*Ulpiano, 71 ad Ed., D. 43.24.11.1: Quaesitum est, si statuam in municipio ex loco publico quis sustulerit vel vi vel clam, an hoc interdicto teneatur. Et exstat cassii sententia eum, cuius statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli: municipes autem etiam furti acturos, quia res eorum sit quasi publicata: si tamen deciderit, ipsi eam detrahunt: et haec sententia vera est.*

Como puede apreciarse, Ulpiano especifica en este fragmento que los ciudadanos disponen tanto del interdicto *quod vi aut clam* como de la acción de hurto para defender sus intereses<sup>34</sup>. En efecto, solo a ellos se concede la legitimación activa para interponer ambos remedios procesales, situando a los municipes en una posición superior a la del propietario. En particular, el jurista justifica la concesión de la acción de hurto a favor de los ciudadanos utilizando una expresión cuyo significado ha sido ampliamente discutido por la doctrina: «*quia res eorum sit quasi publicata*»<sup>35</sup>. Nos inclinamos a pensar que Ulpiano concede legitimación activa a los municipes

---

<sup>34</sup> La contraposición entre Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.1 y Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 plantea la cuestión de si la acción mencionada en D. 41.1.41 es la *actio furti* recogida inequívocamente en D. 43.24.11.1, o si, por el contrario, se trata de un interdicto transformado en una acción en la época justiniana. DE MARTINO considera que la acción mencionada en D. 41.1.41 debía tratarse originalmente del interdicto *quod vi aut clam* mencionado en D. 43.24.11.1 (DE MARTINO, F., *In tema di dicatio ad patriam*, cit., pp. 54-55). En el mismo sentido, MUSUMECI, F., *Statuae in publico positae*, cit., p. 198, n. 19. FALCON considera que la expresión contenida en D. 41.1.41 puede tratarse simplemente de un término amplio e impreciso para expresar la necesidad de que el pretor otorgase los recursos necesarios para defender la estatua (FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 272-280).

<sup>35</sup> Véase el estado de la cuestión sobre esta expresión realizado por FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 71 y ss.

como si estos fueran los auténticos dueños de la estatua<sup>36</sup>, aunque estos no lo sean realmente – de ahí la expresión anterior, que haría referencia a la posesión de la estatua y no a su propiedad –. Si bien los municipios pueden no ser propietarios de la estatua conforme al *ius civile*, la práctica pretoria les garantiza la irrevocabilidad de la colocación de la estatua, creando así una situación equivalente a la de la propiedad.

Frente a la fuerte posición procesal de los municipios, Casio debió precisar que el propietario también tiene un interés digno de protección, otorgándole así legitimación activa para defender la colocación de la estatua mediante el interdicto. Mientras Casio debió justificar expresamente el interés del propietario («*quia interfuerit eius eam non tolli*»), en el caso de los municipios Ulpiano reconoce esta legitimación sin ninguna justificación, pareciendo que en la práctica se les trata como si fueran los dueños de la estatua. En este mismo sentido, nótese que la legitimación reconocida al propietario para interponer el interdicto no se basa en su derecho de propiedad sino en un interés distinto, lo que parece confirmar su posición subordinada respecto a los municipios, que en el plano procesal actúan como si las estatuas privadas bajo su posesión fueran bienes públicos<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. Gai. 3.203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.*

<sup>37</sup> Sobre la utilización abusiva del adjetivo *publicus* en relación con los bienes de los municipios y colonias, véase GROSSO, G., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di Filippo Gallo*, en *Rivista di diritto romano* 1 (2001), p. 37 (original publicado en 1941).

#### 4. CONCLUSIONES: LA POSIBLE EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS «STATUAS IN CIVITATE POSITAS»

Las fuentes revelan que la jurisprudencia clásica fijó el régimen jurídico de las *statuas in civitate positas* en el periodo comprendido entre las últimas décadas republicanas y comienzos del siglo I d.C. Después de Casio trataron la cuestión Pegaso y Fufidio. No obstante, ambos hicieron referencia a opiniones anteriores para justificar sus puntos de vista, sin que pueda constatarse ninguna innovación de su autoría. En el caso de Pegaso, Ulpiano se limita a citarle como apoyo a la opinión de Trebacio: «*idque Trebatius et Pegasus*» (9 *ad Ed.*, D. 41.1.41). Por su parte, la opinión de Fufidio recogida por Paulo parece referirse a una indeterminada opinión anterior<sup>38</sup>: «*Fufidius refert*» (5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29).

En el límite de nuestro conocimiento, el primer jurista que trató la cuestión fue Trebacio, dedicando su atención al régimen de propiedad de estas estatuas (Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41). Aunque no es del todo seguro, nos inclinamos a pensar que el principio de inamovilidad de las estatuas que aparece reflejado en la segunda parte del fragmento ulpiano también es atribuible a Trebacio y, en consecuencia, parecería que también a Pegaso.

---

<sup>38</sup> Esta circunstancia ya fue señalada por FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., p. 258.

Esta posibilidad respondería en primer lugar a la forma en la que está escrito el fragmento, pareciendo a nuestro juicio que Ulpiano solo añadió la parte final del fragmento («*Tuendi ergo cives...*»). Por otra parte, como expondremos a continuación, Labeón pudo haber recogido la posición de su maestro sobre este principio (6 *pith. a Paul. epit.*, D. 44.1.23), lo que parece encajar con la evolución temporal del régimen jurídico de las *statuas in civitate positas*.

El interés de Trebacio por esta cuestión parece responder a la época en la que desarrolló su actividad (segunda mitad del siglo I a.C. y primerísimos años del siglo I d.C.), coincidente con el inicio del evergetismo romano<sup>39</sup>. Durante estas primeras décadas del movimiento evergeta, se produjo un gran aumento del número de *statuas in civitate positas*<sup>40</sup>. Al contrario de lo ocurrido con las estatuas colocadas en Roma anteriormente, la titularidad de las *statuas in civitate positas* no era evidente, ya que estas fueron financiadas por

<sup>39</sup> Como explica PLINIO, el fenómeno de la colocación de estatuas tuvo su origen en Grecia, transmitiéndose posteriormente a Roma: *Athenienses nescio an primi omnium Harmodio et Aristogitonis tyrannicidis publice posuerint statuas hoc actum est eodem anno, quo et Romae reges pulsi excepta deinde res est a toto orbe terrarum humanissima ambitione, et in omnium municipiorum foris statuae ornamentum esse coepere propagarique memoria hominum et honores legendi aevo basibus inscribi, ne in sepulcris tantum legerentur mox forum et in domibus privatis factum atque in atris: honos clientum instituit sic colere patronos* (Plin, N.H. 34.9).

<sup>40</sup> Cicerón, contemporáneo y amigo del propio Trebacio, afirma que ya en la Roma del último siglo de la República había gran cantidad de estatuas en lugares públicos, si bien es cierto que parece referirse a todo tipo de estatuas independientemente de su régimen jurídico: «*Cur igitur divitiae desiderentur, aut ubi pauper tas beatos esse non sinit? Signis, credo, tabulis studes. Si quis est qui bis delectetur, nonne melius tenues homines fruuntur quam illi qui is abundant? Est enim carum rerum omnium <in> nostra urbe summa in publico copia. Quae qui privatim habent, nec tam multa et raro vident, cum in sua rura venerunt; quos tamen pungit aliquid, cum, illa unde habeant, recordantur. Dies deficiat, si velim paupertatis causam defendere. Aperta enim res est, et cotidie nos ipsa natura admonet, quam paucis, quam parvis rebus egeat, quam vilibus*». (Cic. Tusc. 5.35.102).

particulares y no por el pueblo o el Senado<sup>41</sup>. Además, todo el que quería podía colocar su estatua en un lugar público con total libertad, lo que hizo que la ciudad se llenase de imágenes, colocadas sin ningún tipo de autorización oficial<sup>42</sup>. Por lo tanto, parece razonable pensar que en la época de Trebacio comenzaran a plantearse las primeras controversias a propósito de la titularidad de estas estatuas.

Por otra parte, como ya se ha adelantado, el fragmento 6 *pith. a Paul. epit.*, D. 44.1.23 contiene una opinión jurisprudencial a propósito de la imposibilidad de que el *ponens* retire la estatua una vez colocada. La literalidad del mismo indica que es una opinión perteneciente a Paulo, aunque algunos autores entienden que el fragmento pertenecería a Labeón debido a la característica estructura de la frase, así como a los términos utilizados («*praescriptione in factum data*»)<sup>43</sup>. Como hemos visto, la opinión de Fufidio sobre la inamovilidad de las estatuas recogida por Paulo en 5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29, hace referencia a un criterio anterior, lo que a nuestro juicio parecería encajar mejor con la posibilidad de que se trate de un fragmento labeoniano.

---

<sup>41</sup> Cfr. Plin. N.H. 34.14: *l. piso prodidit m. aemilio c. popilio iterum cos. a censoribus p. cornelio scipione m. popilio statuas circa forum eorum, qui magistratum gesserant, sublatas omnes praeter eas, quae populi aut senatus sententia statutae essent, eam vero, quam apud aedem telluris statuisset sibi sp. cassius, qui regnum adfectaverat, etiam conflatam a censoribus. nimirum in ea quoque re ambitionem providebant illi viri.* Las distintas opciones aparecen recogidas en MELCHOR GIL, E., *Indicaciones y omisiones del rango personal de los dicantes*, cit., pp. 129-130.

<sup>42</sup> Cfr. Cass. Dion., *Hist. rom.* 60.25.2-3.

<sup>43</sup> FALCON, M., *Dicatio ad patriam*, cit., pp. 238 ss.

Si Labeón fuese en efecto el autor de esta opinión, sería posible que el jurista estuviera suscribiendo una opinión anterior de su maestro<sup>44</sup>, lo que permitiría confirmar la atribución a Trebacio del segundo enunciado del fragmento recogido por Ulpiano en 9 *ad Ed.*, D. 41.1.41 («*dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit*»). De ser así, resultaría evidente que Trebacio fue el gran artífice del régimen jurídico de las *statuas in civitate positas*, fijando tanto su titularidad como el principio de su inamovilidad. Independientemente de si Labeón continuó el principio de inamovilidad de la estatua fijado por Trebacio o lo desarrolló él mismo, es seguro que este principio sería anterior a Pegaso, como parece confirmar la referencia realizada por Fufidio a una opinión anterior (Paulo, 5 *Iul. et Pap.*, D. 42.5.29).

Casio Longino, citado por Ulpiano en el fragmento principal sobre el régimen procesal (71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.1), fue el último jurista que contribuyó al desarrollo de los principios del régimen jurídico de las *statuas in civitate positas*, aclarando que el interdicto *quod vi aut clam* puede ejercitarse tanto por los municipes como por el dueño de la estatua para defender la colocación de la misma. Ulpiano trató esta cuestión en el libro 71 de su comentario al Edicto, en un contexto de análisis de las situaciones en las que cabe ejercitar este interdicto. Nos inclinamos a pensar que el problema jurídico consistía en determinar si un interdicto caracterizado por la protección del suelo (Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.1.4) podía utilizarse

---

<sup>44</sup> SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 92.

para defender la colocación de una estatua. Casio afirmó que era posible independientemente de si la estatua estuviera situada en un lugar privado (Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.9.2) o en un lugar público (Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.1).

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALFÖLDY, G., *Esculturas, inscripciones y sociedad en Roma y en el Imperio romano*, en Fòrum: temes d'història i d'arqueologia tarragonines 10 (1996), pp. 3-19.
- DE MARTINO, F., *In tema di dicatio ad patriam*, en GALGANO, S. (Ed.). *Giurisprudenza comparata di Diritto Civile I*, Roma, 1938, pp. 53-56.
- FALCON, M., *Dicatio ad patriam. La collocazione in pubblico di beni privati nella riflessione dei giuristi romani*, Italia, 2020.
- GROSSO, G., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di Filippo Gallo*, en Rivista di diritto romano 1 (2001), pp. 1-137 (original publicado en 1941).
- IMPALLOMENI, G., *La 'dicatio ad patriam' del cavallo ligneo nella Sala della Ragione*, en Padova e il suo territorio 27 (1990), pp. 12-13.
- KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> Ed., München, 1996.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis I*, Leipzig, 1889.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis II*, Leipzig, 1889.
- MELCHOR GIL, E., *Evergetismo en la Hispania romana* (Tesis de doctorado, Universidad de Córdoba, 1992).
- MELCHOR GIL, E., *Indicaciones y omisiones del rango personal de los dicantes*, en SALDVIE 3 (2003), pp. 129-142.

MELCHOR GIL, E., *Solo publico – Solo suo. Sobre la ubicación de los homenajes estatuarios en las ciudades de la Bética*, en Cahiers Glotz 17 (2006), pp. 201-211.

MELCHOR GIL, E., *Statuam in loco publico erexerunt, o sobre cómo obtener una estatua pública en una ciudad romana*, en RUIZ-GUTIÉRREZ, A. y CORTÉS-BÁRCENA, C. (Eds.), *Memoriae civitatum. Arqueología y epigrafía de la ciudad romana. Estudios en homenaje a José Manuel Iglesias Gil*, Santander, 2017, pp. 31-36.

MENTXAKA, R., *Aproximación a la personalidad jurídica de las civitates romanas en época imperial*, en Revista Vasca de Administración Pública / Administrazio Publikoaren Euskal Aldizkaria 99-100 (2014), pp. 2055-2082.

MURGA GENER, J. L., *Quid in statuis dicendum?*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez, Madrid, 1978, pp. 295-326.

MURGA GENER, J. L., *Protección a la estética en la legislación urbanística del Alto Imperio*, Sevilla, 1976.

MUSUMECI, F., *Statuae in publico positae*, en Studia et Documenta Historiae et Iuris 44 (1978), pp. 191-203.

PARICIO, J., *Derecho procesal civil romano II*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020.

POOL, E. H., *Problèmes relatifs aux statues in publico positae*, en Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 39-3 (1992), pp. 447-448.

RANDAZZO, S., *I beni e la loro fruizione, fra pubblico e privato: a proposito della 'dicatio ad patriam'*, en GAGLIARDI, L. (Ed.), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria II*, Milano, 2018, pp. 347-378.

RUSSELL, A., *The politics of public space in republican Rome*, Cambridge, 2016.

SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946.

WATSON, A., *The law of property in the Later Roman Republic*,  
Germany, 1968.



ISSN 1989-1970

Octubre-2025

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción:  
21/09/2025

Fecha de aceptación:  
21/10/2025

Palabras clave:  
*Voluntas testatoris, incertae personae, mulieres, Christianity.*

Keywords:  
*Voluntas testatoris, incertae personae, mulieres, Christianity.*



## EL TESTAMENTO DE LAS MUJERES PIADOSAS EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES DEL BAJO IMPERIO

## THE TESTAMENT OF PIOUS WOMEN IN THE IMPERIAL CONSTITUTIONS OF THE LATE ROMAN EMPIRE

**Aurora López Güeto**

Profesora Titular de Universidad  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

[alopgue@upo.es](mailto:alopgue@upo.es)

<https://orcid.org/0000-0002-1669-1884>

(LÓPEZ GÜETO, Aurora. *El testamento de las mujeres piadosas en las constituciones imperiales del bajo imperio RIDROM [on line]. 35-2025.ISSN 1989-1970, pp. 252-291. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>*)

### Resumen:

Las estrictas prohibiciones del Derecho clásico privando de *testamentifactio* pasiva a las *incertae personae* no impidieron que los testamentos femeninos incluyeran, desde tiempos remotos, disposiciones destinadas a entes públicos cívicos, así como a instituciones religiosas o grupos caracterizados por su vulnerabilidad. A fin de garantizar la libre formación de la voluntad de las mujeres vinculadas a la Iglesia, los emperadores cristianos impusieron nuevas limitaciones a sus liberalidades *inter vivos* y *mortis causa*. En este trabajo se analizan diversas constituciones recogidas en el Código Teodosiano así como la Novela 5 de Marciano, un fiel reflejo de la intervención imperial en la sucesión de las mujeres piadosas.

### Abstract:

The strict prohibitions of classical Roman Law depriving *incertae personae* of *testamentifactio* did not prevent women's wills from including provisions in favor of public civic bodies, as well as religious institutions or groups characterized by their vulnerability. In order to guarantee the free formation of the will of testators, Christian emperors imposed new limitations on *inter vivos* and *mortis causa* liberalities. This paper analyzes various constitutions included in the Theodosian Code, as well as Marcian's Novel 5, a faithful reflection of imperial intervention in the succession of pious women.

SUMARIO: I. Evolución histórica y problemática del reconocimiento de la *testamentifactio* activa y pasiva a las ciudadanas romanas. II. Las disposiciones testamentarias a favor de la Iglesia. III. La regulación de las liberalidades de las mujeres piadosas en el Código Teodosiano. IV. La Novela 5 de Marciano: el caso de la viuda Hipatia. V. Referencias bibliográficas.

## **I. Evolución histórica y problemática del reconocimiento de la *testamentifactio* activa y pasiva a las ciudadanas romanas<sup>1</sup>**

La Ley de las XII Tablas sólo parece exigir a las mujeres la condición de personas *sui iuris* para disponer *mortis causa*, lo que, en principio, habría privado de *testamentifactio activa* a las sometidas a la patria potestad o a la *manus*<sup>2</sup>. Sin embargo, por diferentes razones de orden jurídico, social y religioso, en la etapa arcaica habitualmente las mujeres fallecían intestadas. Por una parte, el *heres* ocupaba el lugar del *paterfamilias* en el gobierno del grupo familiar y ejercía el sacerdocio doméstico, ambas tareas vetadas a las mujeres y a los impúberes. Asimismo, la imposibilidad de arrogar y de formar parte

---

<sup>1</sup> Sobre la voluntad testamentaria vide B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1960, pp. 513-516 (formación); pp. 516-519 (voluntad de los extraños); pp. 520-522 (manifestación y documentación); pp. 525-527 (error); pp. 528-533 (causa errónea); pp. 535-539 (expresión imperfecta, errónea o ambigua); pp. 543 (dolo y violencia); pp. 540-542 (causa ilícita y disposición captatoria).

<sup>2</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria* cit. pp. 94-96; pp. 153-158; L. MONACO, *Hereditas et mulieres, Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Firenze, 2009, pp. 120-130; F. TERRANOVA, *Richerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librile)*, Torino, 2010, pp. 50-72; 413-422; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano* vol. I, Milano, 1967, pp. 20-25; E. VOLTERRA, «Sulla capacità delle donne a far testamento», *BIDR.* 48, 1941, pp. 74-92.

del ejército las excluyeron *de facto* de las modalidades arcaicas de testamento, el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. Por último, el predominio de la tutela agnática supuso, en numerosas ocasiones, la negativa del tutor, interesado en la apertura de la sucesión legítima, a autorizar lo dispuesto por la mujer en testamento<sup>3</sup>. Aun así, el *ius civile* acabó por contemplar diversas excepciones a la *tutela mulierum*, la primera de las cuales se recoge en la Ley de las XII Tablas en relación a las vírgenes vestales:

XII Tab. 5.1. *Veteres voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis in tutela esse; exceptis virginibus Vestalibus, quas liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tab. cautum est.*

Puesto que estas mujeres causaban *capitis deminutio* en sus familias y quedaban exentas de la tutela al ingresar en el *collegium*, el texto decenviral les reconoció plena capacidad jurídica para disponer libremente de sus patrimonios. Téngase presente que la ceremonia pública de la *captio* tan sólo suponía el sometimiento disciplinario al Sumo Pontífice, que no ostentaba sobre las vestales ni la patria potestad ni la tutela. No puede obviarse que algunas de ellas, destinatarias de las liberalidades ciudadanas, amasaron ingentes patrimonios, siendo el *testamentum per aes et libram* el medio para ordenar con libertad su destino. En muchas ocasiones, éste sería el propio *collegium* o la diosa Vesta<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Gai. 2.101; Gel. 1.15

<sup>4</sup> D. MATTIANGELI, «Il Ruolo e i privilegi delle Vestali tra diritto, società, politica e Religione: un esempio unico all'interno dell'ordinamento giuridico romano», RGDR. 19, 2012, pp. 3-25. Las vestales pasaban por tres etapas de

Por otro lado, las ciudadanas *sui iuris* solteras, viudas, divorciadas o casadas encontraron en la *coemptio fiduciae causae* una imaginativa solución jurídica. Voluntariamente sometidas a la *manus* de un hombre de su confianza con el que no mantenían vínculo matrimonial, posteriormente, a través de sucesivas mancipaciones, aquel terminaba por liberarlas, escapando definitivamente del control de los agnados<sup>5</sup>. En definitiva, esta operación se configuró como un instrumento clave para que la libertad testamentaria<sup>6</sup>, sumándose siglos después las ciudadanas beneficiadas con el *ius liberorum*.

En cuanto negocio jurídico *mortis causa*, unilateral, revocable y personalísimo, el testamento exigía la libre formación de la voluntad de la mujer<sup>7</sup>. Incluso en aquellos casos en los que interviniera el tutor, nos encontramos ante un avance significativo para la configuración

---

diez años cada una: noviciado, adoración y educación de las novicias. En el periodo arcaico y en la primera etapa republicana, era habitual que la vestal regresara a su familia de origen al acabar su servicio, algo realmente ventajoso para los agnados. En el periodo republicano tardío y en el Principado, cuando tuvieron el derecho de elegir si deseaban dejar el sacerdocio, la mayoría optó por mantener sus privilegios. Dion. Hal. 2.64.5; 2.66.3; Gel. 1.12.1; Liv. 1.20; Plut. *Vit. paral. Rom.* 22. 1.

<sup>5</sup> Gai. 1. 115<sup>a</sup>

<sup>6</sup> M. FUENTESECA DEGENEFFE, «*Coemptio y status de la mujer en el arcaico ius civile*», en *El sujeto de Derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, Granada, 2023, pp. 203-217; L. MONACO, *Hereditas* cit. pp.170-178; M. SALAZAR REVUELTA, «Hacia el *ius testandi* de la mujer: el complejo instrumento de la *coemptio testamendi faciendi gratia*», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* Vol. 2, 2021 (Derecho de personas), pp. 909-926; P. VOGLI, *Diritto ereditario* cit. p. 393.

<sup>7</sup> L. MONACO, *Hereditas* cit. p. 174 opina que la tutela de las mujeres tuvo carácter potestativo por largo tiempo, pero que las modalidades dativa y testamentaria trajeron consigo la capacidad testamentaria *tutore auctore*.

de un estatuto jurídico especial para las romanas, pues el impúber carecía de *testamentifactio* activa aunque fuera *infans maior*<sup>8</sup>.

El reconocimiento de la *testamentifactio* femenina está marcado por avances y retrocesos, no ajenos a la realidad social y política romana. En tiempos republicanos, el debilitamiento de la familia agnática derivado de la extensión del matrimonio *sine manu* y de la generalización de las nuevas nupcias, desaconsejaba la concentración de grandes fortunas en manos de las mujeres *sui iuris*, ante el riesgo de trasvasar grandes fortunas entre las diversas estirpes, o, lo que era aún más peligroso, a las clases sociales inferiores. La *lex Voconia* (149 a.C.) introdujo importantes restricciones a la *testamentifactio* pasiva de las mujeres beneficiadas con ingentes patrimonios. La *lex* se enmarca en un programa legislativo de actuaciones restrictivas, las llamadas leyes suntuarias, muy focalizado en las mujeres y que respondía a un contexto político de austeridad pública y privada. La *lex Voconia* prohibió que los ciudadanos (¡o ciudadanas!) censados en la primera clase instituyeran a las mujeres como herederas o legatarias. Adjetivada como *lex imperfecta* por las exiguas sanciones a su incumplimiento, su deficiente redacción indujo a diversos subterfugios, lo que, unido al declive del censo a mediados del siglo I, la condenó al desuso<sup>9</sup>. Si acaso, sus disposiciones afectaron a las grandes fortunas, a partir de los 100.000 sestercios<sup>10</sup>. Paradójicamente,

---

<sup>8</sup> L. SANZ MARTÍN, «Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del *tutor mulierum*», *RGDR*. 15, 2010, pp.1-45.

<sup>9</sup> *Gel.* 20.1.23

<sup>10</sup> *Gai.* 2.274

un texto de cariz restrictivo y hasta misógino, consagraría la *testamentifactio* activa y pasiva femenina, pues, al definir unas exclusiones basadas en criterios puramente económicos, se reconoció implícitamente a las ciudadanas la posibilidad de testar y de recibir bienes procedentes de herencias más modestas<sup>11</sup>. Sin embargo, la asunción por el sistema jurídico de la *testamentifactio activa* de las ciudadanas no evitó que los testamentos femeninos fueran observados con especial atención.

Bajo la sospecha de infringir el *officium pietatis*, las fuentes jurídicas y literarias refieren el frecuente planteamiento de la *querella inofficiosi testamento* (centumviral o cognitoria, según la época), lo que demostraría un particular celo en la vigilancia de la formación de la voluntad de las testadoras. La impiedad de los varones se manifestaba en la desheredación injusta (total o parcial) de parientes cercanos o en su preterición. Pero, puesto que las mujeres carecían de *sui heredes*, como “cabeza y fin de su propia familia”, no quedaban obligadas a la inclusión de la *exheredatio*, así que la mayoría de las reclamaciones provenían de los parientes olvidados. El tribunal centunviral (o los *septemviri*, magistrados competentes tras su extinción) valoraba el cumplimiento de los deberes familiares hacia la testadora por parte de los excluidos en relación a los méritos de los

---

<sup>11</sup> Dirigida a la sucesión testamentaria civil, la jurisprudencia tardo-republicana extendió *voconiana ratione* las limitaciones de la ley a la sucesión legítima (*Paul. Sent. 4.8.20*) sin establecer una cuantía mínima del patrimonio del causante, pero limitando el llamamiento a la hijas y hermanas agnadas y a la esposa *in manu*.

herederos instituidos<sup>12</sup>. Recordemos que, en la etapa clásica, la estimación de la *querella* no suponía la inmediata apertura de la sucesión intestada<sup>13</sup>.

Paradigmático es el caso de Ebucia, madre de dos hijas piadosas, Pletonia y Afrania, que instituyó heredera a la primera y nombró legatario a su hijo, nieto de Ebucia. Sana de mente, la testadora habría realizado un acto explícitamente injurioso, aunque Afrania, la hija afectada, decidió no pedir la nulidad del testamento para no faltar a la memoria de su madre. Este gesto, precisamente, demostraría la piedad de la hija preterida<sup>14</sup>.

Próximo en el tiempo es el caso de Septicia. Valerio Máximo condena su irracionalidad, pues su segundo matrimonio era fruto de la ira y del despecho hacia sus hijos, y, además, contravenía el espíritu de las leyes augustinas por la avanzada edad de los contrayentes<sup>15</sup>. El propio Augusto, presidiendo el juicio centunviral, devolvió la herencia materna a los hijos, privando al cónyuge de la dote y de lo dispuesto a su favor en el testamento.

---

<sup>12</sup> L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, pp. 99-115; 125-130; 164-195; 216-232; 250-278; 368-380; D. di OTTAVIO, *Richerche in tema di querella inofficiosi testamenti. Le origini*, Napoli, 2012, pp. 48-68; J. M<sup>a</sup>. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en el Derecho romano clásico*, Granada, 1998, pp. 6-18; 48-60; 115-140; 196-210; S. QUERZOLI, *I testamenti e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2002, pp. 9-15; 29-32; 47; 65; 115-125; 161 ss.

<sup>13</sup> Val. Max. 7.7.2

<sup>14</sup> Val. Max. 7.8.2

<sup>15</sup> Val. Max. 7.7.4

A partir de la etapa adrianea, muchas de las innovaciones centumvirales fueron acogidas por disposiciones legales y rescriptos que indicaban al cuerpo de funcionarios las directrices a seguir en materia hereditaria. Los legitimados activos para ejercitar la *querella* serían los descendientes, los ascendientes y los hermanos del causante (muchas veces, la causante), respetando la *successio ordinum* y la *successio graduum* entre ellos. En la etapa posclásica, el triunfo del querellante suponía la apertura inmediata de la sucesión abintestato pretoria.

El análisis de la *testamentifactio* activa de las mujeres romanas nos sitúa ante un amplio abanico de situaciones más o menos problemáticas. En primer lugar, se encuentra la preocupación del poder político por garantizar la libre y racional formación de la *voluntas* de las testadoras, pues las mujeres eran consideradas seres de mente voluble y presas fáciles para los embaucadores. El asunto, de interés para el legislador a lo largo de todas las etapas del Derecho romano, se manifestó con mayor relevancia tras el debilitamiento de la tutela, dativa o testamentaria, que llevaba a la aquiescencia sistemática del tutor a los negocios jurídicos de la pupila<sup>16</sup>. Se trataba, en definitiva, de identificar posibles influencias que pudieran derivar en delitos pretorios (*metus* y *dolo*), delitos civiles como las *iniuriae* o, en casos muy extremos, en los *crimina* (matricidio y *raptum*).

---

<sup>16</sup> Gai. 1.190

En segundo término, aunque relacionado con el argumento anterior, debe considerarse el incremento de impugnaciones de los testamentos maternos (o de hijas o de hermanas) a consecuencia de la indiscriminada concesión del privilegio del *ius liberorum*, muy pronto desprovisto de la impronta moralizante y demográfica que tanto obsesionó a Augusto. Desde sus inicios, el *ius liberorum* fue moldeado por criterios políticos y sociales, y se desvirtuó cuando los emperadores acabaron por concederlo con total arbitrariedad<sup>17</sup>. Como sabemos, el mayor rédito para la mujer ingenua o liberta favorecida con el beneficio fue siempre la exención de la tutela<sup>18</sup>.

Todavía puede añadirse al estudio de la *testamentifactio* activa de las mujeres un tercer aspecto problemático: el habitual favorecimiento de las testadoras a las llamadas *incertae personae*, entes de carácter público o privado, cívico o religioso. Estas decisiones nacieron de forma espontánea, *ratione pietatis*, desde los tiempos fundacionales, como en los testamentos de las legendarias Acca Laurentia y Gaia Taracia que beneficiaban al *populus Romanus*<sup>19</sup>. En la

---

<sup>17</sup> A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones*, Madrid, 2017, pp. 227-291. Un paréntesis singular para el *ius liberorum* supuso la renovada relevancia que le otorgara el senadoconsulto Tertuliano en tiempos de los emperadores antoninos.

<sup>18</sup> F. SAMPER, *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo Derecho romano occidental*, Santiago de Compostela, 1972, pp. 7-18; 53-70. T. SPAGNUOLO VIGORITA, «Inminentes legum terrores. L'abrogazione delle leggi caducarie augustee in età costantiniana», *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana* 7, 1958, pp. 251-265. Constantino derogó las sanciones para favorecer las vocaciones religiosas y el celibato. C. Th. 8.16.1.

<sup>19</sup> Gel. 7.7.4-6: *Praeterea si quadraginta annos nata sacerdotio abire ac nubere voluisse, ius ei potestasque exaugurandi atque nubendi facta est munificentiae et beneficii gratia, quod campum Tiberinum sive Martium populo condonasset. Sed Acca Larentia corpus in vulgus dabat pecuniamque emeruerat ex eo quaestu uberem.*

*Urbs* y, especialmente, en las provincias, este fenómeno se mantuvo durante la República y el Principado, cuando el evergetismo femenino se manifestaría con especial vigor<sup>20</sup>. Pero, sin duda, será en la etapa cristiana cuando las testadoras recurran con mayor facilidad a la institución testamentaria a favor de personas inciertas, multiplicándose las impugnaciones por parte de sus parientes agnados o cognados<sup>21</sup>. Desde entonces, el legislador mostrará un gran celo sobre las decisiones de las piadosas mujeres que beneficiaban a la Iglesia, a sus entes asistenciales o a los propios clérigos, ya fuera por la vía del legado, del fideicomiso o de la institución de heredero.

## II. Las disposiciones testamentarias a favor de la Iglesia.

Tras siglos de clandestinidad, el Edicto de Milán (313) supuso el fin de las persecuciones al Cristianismo, mientras que el Edicto de Tesalónica (380) lo convirtió en la religión oficial del Imperio. A partir de entonces, la Iglesia vio radicalmente mejorada su posición religiosa, política y económica dentro de la sociedad, disponiendo de un cuantioso patrimonio inmobiliario, incrementado notablemente por las confiscaciones a los herejes, en cuanto indignos para suceder<sup>22</sup>.

---

*Ea testamento, ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut quidam autem alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis heredem fecit.*

<sup>20</sup> S. MEDINA QUINTANA, *Mujeres y economía en la Hispania romana: oficios, riqueza y promoción social*, Oviedo, 2014, pp. 121-163; 170-211.

<sup>21</sup> C. CORBO, *Incertae personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto*, Napoli, 2012, pp. 93 ss.; E. VOLTERRA, «Sulla capacità del *populus Romanus* di essere istituito erede», en *Scritti Mancarelli*, Sassari, 1938, pp. 203-242; J. ZABLOCKI, «Appunti sull’*testamentum mulieris* in età arcaica», *BIDR*. 33, 1991-92, pp. 157-169.

<sup>22</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. Vol. I. Orientamento religioso della legislazione*, Roma, 1952, pp. 392 ss.; G. BOVINI, *La proprietà ecclesiastica e la*

Las principales fuentes de financiación de la Iglesia eran las liberalidades de los fieles, particulares o miembros de la familia imperial, destacando la generosidad de Constantino y de su madre, Helena, materializada en la edificación de iglesias, santuarios y oratorios así como en cuantiosas donaciones<sup>23</sup>. Los Padres de la Iglesia fomentaban las donaciones y limosnas de los fieles para diversos fines piadosos como el cuidado de los enfermos, de los ancianos y de los niños pobres o para celebrar los entierros de personas sin recursos. También para las víctimas de naufragios, los desterrados, los condenados a trabajos forzados o para la redención de los cautivos<sup>24</sup>. Sin embargo, un importante obstáculo jurídico dificultaba el nombramiento de la Iglesia, de sus entes o de los grupos humanos desfavorecidos como herederos o legatarios. Desde hacía siglos, el Derecho privaba de *testamentifactio* pasiva a las *incertae personae* (Gai. 2.238 y Ulp. 22.4) pues se exigía la existencia cierta del destinatario de la herencia y se declaraba la imposibilidad de dichos entes o grupos para realizar los actos necesarios para adquirirla<sup>25</sup>.

---

*condizione giuridica della Chiesa in età precostantiniana*, Torino, 1949, *passim*; A. LÓPEZ GUETO, «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*, Castellón, 2023, pp. 342-380.

<sup>23</sup> Eus. *Vita Const.* 1.42-43; 2.45; 3.14; 3.25; 3.43; 3.48.1; 3.50-53; 3.58 y 4.28.

<sup>24</sup> J.L. MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Navarra, 1968. San Juan Crisóstomo hablaba de beneficencia obligatoria y de función social de la riqueza, determinando incluso la cuota de un tercio. San Agustín aconsejaba que Cristo fuera uno más a la hora de dividir el patrimonio hereditario.

<sup>25</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria* cit. p. 60, sobre el elemento de la incertidumbre.

Voci describe a la persona incierta como “*quella identificata per caratteristiche del tutto generiche e inessenziali: quella cioè di cui il testatore non sia abastanza per descriverla con definizioni attinenti a qualità essenziali*”<sup>26</sup>. Al margen de variados supuestos referidos a personas individuales, como los *postumi*<sup>27</sup>, el concepto incluía tres tipos de realidades colectivas. En primer lugar, las entidades de carácter cívico, como el *populus Romanus*, el *Senatus* o los *municipia*<sup>28</sup>. En segundo lugar, se encontraban las entidades de carácter religioso pagano (los dioses, los templos) o cristiano (la Iglesia, los monasterios o los hospicios)<sup>29</sup>. Por último, se consideraban *incertae personae* diversos grupos humanos de personas vulnerables como los pobres, prisioneros, huérfanos, ancianos y enfermos<sup>30</sup>. Puesto que la taxativa prohibición colisionaba con la práctica, esta problemática siempre despertó el interés del poder político.

Desde tiempos legendarios, los testadores favorecían a entes indeterminados. La concesión del *ius speciale* por el Senado o por los príncipes fue la vía principal para superar los obstáculos y que las

---

<sup>26</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 413.

<sup>27</sup> R. DE CASTRO CAMERO, «El nasciturus y su protección a través del embargo hereditario», en *El sujeto de Derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, Granada, 2023, pp. 49-65; F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana* vol. I, Napoli, 1996, vol. II, Napoli, 2001 *passim*; M.V. SANNA, «La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico», *SDHI*. 75, 2009, pp. 147-208.

<sup>28</sup> G. DE LAS HERAS, «*Testamenti factio*: origen y naturaleza, *SCDR*. XI (1999) pp. 39-64; J. M<sup>a</sup>. RIBAS ALBA, «*Testamenti factio*: *incertum consilium, incerta persona*», *SCDR*. XXVI, 2013, pp. 369-383.

<sup>29</sup> T. KUNDEREWICZ, «Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustinianeo», *SDHI*. 47, 1981, p. 63.

<sup>30</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria* cit. pp. 645-648; 649-662; 685-707.

*incertae personae* recibieran las liberalidades dispuestas a su favor. La Iglesia, en alianza con los emperadores cristianos, había creado numerosos institutos para cumplir con fines de culto y de caridad. Monasterios, conventos y templos se extendían por todos los territorios del Imperio, a la vez que se creaban hospitales, hospicios para pobres, orfanatos y asilos para ancianos. MURGA se refiere a “una iglesia localizada y comunitaria, dándose en esta configuración un notable parecido y similitud con la idea colectiva de municipio”<sup>31</sup>. Precisamente los círculos y agrupaciones (*ekklesiae*) fueron los pilares materiales que sirvieron para que el Derecho público romano reconociera progresivamente a la Iglesia como “*corpus ad exemplum rei publicae*”<sup>32</sup>. La primera intervención en este sentido se debe al emperador Constantino, que extendió a la Iglesia la estructura jurídica corporativa, *sanctissimo catholico venerabilique concilio*, lo que la incluyó entre los *corpora* en cuanto ente colegiado dotado de patrimonio<sup>33</sup>. Los actos dispositivos a favor de organizaciones (o grupos) sin personalidad gravaban a los herederos para que cumplieran con la voluntad del fallecido<sup>34</sup>. Y, poco a poco, se fue configurando un nuevo concepto de *incerta persona ratione pietatis*. El heredero fiduciario se convirtió en un puro distribuidor para que los entes fueran los verdaderos titulares directos de testamentos y

---

<sup>31</sup> J. L. MURGA, «La continuidad *post mortem* de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva», *AHDE*. 38, 1968, pp. 496-497.

<sup>32</sup> C. 6.23.15

<sup>33</sup> C. Th. 16.2.4

<sup>34</sup> J. L. MURGA, *Donaciones* cit. pp. 307-314; G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, «Los pilares jurídicos romano-cristianos de la fundación corporativa», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 71, Número 279 (Enero-Abril 2021), pp. 222-236. J. GAUDEMÉT, «La législation religieuse de Constantin, *Revue d'histoire de l'Église de France*», 1947, pp. 25-61.

donaciones. Fue así como se admitió la *testamentifactio* pasiva a los monasterios y a las casas fundacionales pías, confirmando su naturaleza corporativa colegial (*ad exemplum rei publicae cristiana*)<sup>35</sup>.

A la vez, la legislación romana iba ofreciendo diversos negocios jurídicos para cumplir eficazmente los propósitos piadosos de los ciudadanos, garantizando el funcionamiento duradero de los entes asistenciales que nacieron a partir del siglo IV en Oriente. El definitivo reconocimiento llegará con Justiniano, que, en la línea de otros emperadores, situará a la Iglesia, a las fundaciones y a las ciudades en la categoría de entes corporativos, admitiendo que todos ellos se beneficien de las liberalidades privadas<sup>36</sup>. En C. 6.48.1 *De incertis personis*, el emperador reconoce las disposiciones testamentarias a favor de la Iglesia o de sus entes, y las dota de un tratamiento unitario, incidiendo en el consiguiente beneficio espiritual de la salvación del alma del testador.

### **III. La regulación de las liberalidades de las mujeres piadosas en el Código Teodosiano<sup>37</sup>**

La preocupación de los emperadores por garantizar la libre formación de la voluntad testamentaria de las mujeres cristianas se mantuvo como constante a lo largo de los siglos. En particular,

---

<sup>35</sup> C.1.3. 57 (55)

<sup>36</sup> CJ. 1.2.19

<sup>37</sup> E. DOVERE, «Legislazione ‘religiosa’ del IV secolo: la prospettiva di C.Th. 16, 1 e 2», disponible en <https://www.dirittoestoria.it/7/D-&-Innovazione/Dovere-Legislazione-religiosa-IV-secolo-CTh-16-1-2.htm>

cuando incluyeron liberalidades a favor de los eclesiásticos o de la misma Iglesia.

La primera norma conocida en este sentido, C. Th. 16.2.20, se dirige por Valentíniano, Valente y Graciano a Dámaso, obispo de Roma, en el año 370, prohibiendo las visitas por parte de los eclesiásticos o enviados de éstos a las casas de las viudas y de sus pupilas<sup>38</sup>. La prohibición es taxativa y, en caso de incumplimiento, los eclesiásticos podían ser denunciados a las autoridades por los parientes de las mujeres, controlándose igualmente una posible adquisición de bienes por persona interpuesta<sup>39</sup>. Si, a pesar de lo anterior, llegaran a ser nombrados beneficiarios, los bienes pasarían al Fisco o a los parientes interesados en seguir un procedimiento de inoficiosidad: “*si forte post admonitionem legis nostrae aliquid isdem eae feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquendum, id fiscus usurpet*”. La disposición concluye admitiendo la sucesión civil o pretoria para los casos en los que los clérigos, como parientes, fueran llamados a la herencia intestada de las mujeres, “*ceterum si earum quid*

---

<sup>38</sup> C. Th. 16.2.20. *Ecclesiastici aut ex ecclesiasticis vel qui continentium se volunt nomine nuncupari, viduarum ac pupillarum domos non adeant, sed publicis exterminentur iudiciis, si posthac eos adfines earum vel propinqui putaverint deferendos. Censemus etiam, ut memorati nihil de eius mulieris, cui se privatim sub praetextu religionis adiunixerint, liberalitate quacumque vel extremo iudicio possint adipisci et omne in tantum inefficax sit, quod alicui horum ab his fuerit derelictum, ut nec per subiectam personam valeant aliquid vel donatione vel testamento percipere. Quin etiam, si forte post admonitionem legis nostrae aliquid isdem eae feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquendum, id fiscus usurpet. Ceterum si earum quid voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur, capiant ut propinqui.*

<sup>39</sup> R. BRUNO SIOLA, «*Viduae e coetus viduarum nella chiesa primitiva e nella normazione dei primi imperatori cristiani*», *Atti dell'Accademia Romanistica Costantina, VIII Convegno Internazionale*, 1990, pp. 327-426.

*voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur, capiant ut propinquai".*

A nuestro parecer, la norma reposa sobre una triple *ratio legis*. Por un lado, atendiendo a razones estrictamente jurídicas, se pretende establecer una férrea vigilancia sobre la libre formación de la *voluntas testatoris*. Por otro lado, encontramos dos razones de cariz extra jurídico como son la protección del honor de las mujeres y el control de la avaricia de los clérigos. Por lo que hace a las motivaciones jurídicas, los legisladores temen que la voluntad de las pías testadoras se vea comprometida por la ambigua relación que trataban con los hombres de la Iglesia. En especial, se quieren evitar actuaciones sospechosas que pudieran derivar en la *captatio mentis* de viudas y pupilas, dos grupos de mujeres sobre los que los clérigos ejercían gran ascendencia: “*cui se privatim sub praetextu religionis adiunixerint, liberalitate quacumque vel extremo iudicio possint adipisci et omne in tantum inefficax sit, quod alicui horum ab his fuerit derelictum, ut nec per subiectam personam valeant aliquid vel donatione vel testamento percipere*”<sup>40</sup>.

La *captatio* se manifestaba con toda su eficacia cuando “*sub religionis defensio*”, las palabras y consejos del eclesiástico influían en la intención de la mujer de testar o donar, así como en el contenido de

---

<sup>40</sup> F. CUENA BOY, «La *captatio testamentorum* frente al derecho», *Tesserae iuris*, III.1, 2022, pp. 11-43; M<sup>a</sup>. J. AZAUSTRE, «Captación de voluntad en los testamentos y ‘prohibición de confesores’ de Roma a la actualidad», *Glossae: European Journal of Legal History* 14, 2017, pp. 69-116.

las disposiciones<sup>41</sup>. Es importante incidir en que la *captatio testamenti* sólo era punible en cuanto consistiera en comportamientos encuadrables en el dolo malo, lo que parece evidente si el clérigo perseguía el beneficio económico sobre mujeres a las que, además, en muchas ocasiones tutelaba. Pero, como hemos anticipado, la norma imperial reposa sobre otras dos motivaciones que hemos calificado como extra jurídicas, pese a que tuvieron su reflejo legislativo. Nos referiremos en primer lugar a la protección de la honorabilidad de la mujer.

A partir del siglo IV, los emperadores implementaron en el sistema secular numerosas normas cristianas sobre el valor del matrimonio y la dignidad de la mujer. Los delitos contra virtudes como la virginidad o la moderación sexual, como el secuestro de las mujeres dedicadas a Dios, fueron severamente castigados<sup>42</sup>. En consecuencia, la prohibición de las visitas de los clérigos a casa de las mujeres las preservaba de las dudas sobre sus costumbres y su

---

<sup>41</sup> S. SHARLAND, *Captatio in law, life and literature. A study of the topos of inheritance-hunting in the context of Roman testamentary legislation and social practice*, Thesis, Department of Classics, University of Cape Town, 1991 disponible en <https://open.uct.ac.za/handle/11427/18255>, p.47. Entre las conductas captatorias menciona la *salutatio*, los regalos, la adulación, la ayuda legal, *hospitium*, los favores sexuales o los servicios durante la enfermedad entre otros muchos.

<sup>42</sup> B. SITEK, «*Raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum. Studio sul rapimento delle donne votate a Dio nelle costituzioni degli imperatori romani*», disponible en <https://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Sitek-Raptores-virginum.htm>. La pena por el rapto de mujer libre ya era conocida en el Derecho romano clásico, en cumplimiento de la *mores maiorum* y de las leyes de Augusto. El delito de rapto de mujeres dedicadas a Dios aparece por primera vez en una constitución de Constantino del año 320 d.C. perfeccionándose el tipo penal a partir de una constitución de Justiniano del año 533 d.C.

castidad. Por otra parte, el veto a las liberalidades *inter vivos y mortis causa* puso freno a los escándalos ocasionados por la avaricia de los clérigos<sup>43</sup>. Las donaciones, testamentos y legados patrimoniales se realizaban en numerosas ocasiones a nombre de los obispos, de los miembros de las altas jerarquías o de los eclesiásticos, lo que provocó una gran confusión entre el patrimonio fundacional y el patrimonio privado de los hombres de la Iglesia<sup>44</sup>.

Regresando a la regulación del Código Teodosiano sobre las mujeres piadosas, nos detenemos ahora en una constitución complementaria, C. Th. 16.2.22<sup>45</sup>. Promulgada por Valentiniano I en el año 372, el emperador se dirige a Paulino, *praesides* de Epiro, para extender la prohibición de C. Th. 16.2.20 a las vírgenes consagradas y a cualquier mujer cercana a la Iglesia, *virginumque personas et circa alias*.

En el mismo sentido debe interpretarse una tercera constitución, C. Th. 16.2.27 de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, dirigida a Tatiano, prefecto del pretorio, en el año 390<sup>46</sup>. La (extensa) disposición prohíbe recibir bienes de los

<sup>43</sup> P. GEMMITI, *La donna nella Chiesa. Donne e Ministeri nella Chiesa dell'Oriente Cristiano*, Napoli, 2004, pp. 104-120; J. TORRES, «Mulieres diaconissae. Ejemplos paradigmáticos en la Iglesia oriental de los siglos IV-V. Diakonía, Diaconiae, Diaconato. Semantica e Storianei Padri della Chiesa», *Studia Ephemeridis Augustinianum* 117, Roma 2010, pp. 625-638.

<sup>44</sup> G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, op. cit. p. 242.

<sup>45</sup> C. Th. 16.2.22. *Forma praecedentis consulti etiam circa episcoporum virginumque personas et circa alias, quarum statuto praecedenti facta complexio est, valeat ac porrigitur.*

<sup>46</sup> C. Th. 16.2.27 pr. *Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum apostoli ad diaconissarum consortium transferatur. Tum*

testamentos de las diaconisas con hijos o con parientes próximos, pues se pretendía tutelar los derechos hereditarios de los descendientes directos sin tener que demostrar el incumplimiento del *officium pietatis*.

Las diaconisas realizaban funciones de apostolado, de caridad asistencial y de formación de catecúmenos, siendo una de sus tareas el control del comportamiento de las mujeres en la Iglesia y sus relaciones con obispos y clérigos. Para la ordenación como diaconisa se exigían cuarenta años de edad mínima y, además, se les realizaba un examen restrictivo porque la tradición apostólica era contraria a entregar un rol protagonista en la Iglesia a mujeres muy jóvenes<sup>47</sup>.

---

*filiis suis, curatore, si id aetas poscit, petito, bona sua idoneis sedula religione gerenda committat, ipsa tantum praediorum suorum redditus consequatur, de quibus servandi abalienandi donandi distrahendi relinquendi vel quoad superest vel cum in fata concedit et libera ei voluntas est, integra sit potestas. Nihil de monilibus et superlectili, nihil de auro argento ceterisque clarae domus insignibus sub religionis defensione consumat, sed universa integra in liberos proximosve vel in quoscumque alios arbitrii sui existimatione transcribat ac si quando diem obierit, nullam ecclesiam, nullum clericum, nullum pauperem scribat heredes. Careat namque necesse est viribus, si quid contra vetitum circa personas specialiter comprehensas fuerit a moriente confectum. Immo si quid ab his morienti fuerit extortum, nec tacito fideicomisso aliquid clericis in fraudem venerabilis sanctionis callida arte aut probrosa cuiuspam coniventia deferatur; extorres sint ab omnibus quibus inhiaverant bonis. Et si quid forte per epistulam codicillum donationem testamentum, quolibet denique detegitur genere conscriptum erga eos, quos hac sanctione submovimus, id nec in iudicium devocetur, sed vel ex intestato is, qui sibi competere intellegit, statuti huius definitione succedat, si quis se agnoscit filium, si quis probat propinquum, si quis denique vel casu vel iudicio, pro solido pro portione, heres legatarius fideicommissarius apertis deprehenditur codicillis, fruatur fortunae munere, conscientiae suae fructu et submotis his adque deiectis in hereditariis corporibus potestate utatur heredis.*

<sup>47</sup> R. MENTXAKA, «El protagonismo sacerdotal femenino en la primera mitad del siglo III a la luz de Cypr. Epist. 75.10.5», en *Conditio feminae: Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021, pp. 701-720; «El diaconado femenino en la Galia de los siglos V y VI, con base en algunos cánones conciliares», *SCDR. XXXI-XXXII*, 2018-2019, pp. 297-346; «Notes

Especialmente en Oriente, desarrollaron un papel importante en la comunidad cristiana, y su relevancia se manifestó en la distribución de la comunión en las Iglesias monofisitas y nestorianas de Siria. Por el contrario, las Iglesias occidentales acabaron limitando sus funciones a partir del siglo III hasta su eliminación, que coincidirá con las divisiones y polémicas que se inician a partir del Concilio de Calcedonia, del que hablaremos posteriormente, y que, precisamente, dedica el canon 15 a las diaconisas. Pues bien: los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio elevaron a sesenta años la edad mínima para la admisión a este orden, a la vez que les prohibieron, si eran viudas con hijos, instituir herederos a los clérigos, a la Iglesia o a los pobres. Independientemente de su condición de virgen o de viuda, estas mujeres cedían la propiedad de sus bienes a la iglesia a la que pertenecían, conservando para sí sólo el usufructo. A su muerte, al igual que indicara C. Th. 16.2.22, sólo se permite heredarlas a los clérigos que se encuentran entre los grupos llamados a la sucesión intestada por el *ius civile* o por el Derecho pretorio.

La constitución protege a las diaconisas de las maniobras captatorias realizadas por los eclesiásticos que consiguen ser nombrados en sus testamentos mediante tratos secretos, astutos artificios o connivencias con otras personas que manipulan a las mujeres. Lo que resulta realmente llamativo es que, a los dos meses de su publicación, los mismos principes revocaran la prohibición y se

---

about the Wives of Christ (*sponsae Christi*) and the Married Women in *de Habitu Virginum* of Cyprian of Carthage», *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 1, 2013, pp. 8-30.

permitiera que los clérigos fueran instituidos herederos por las pías testadoras:

C. 16.2.28 *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius a Tatiano praefecto praetorio. Legem, quae de diaconissis vel viduis nuper est promulgata, ne quis videlicet clericus neve sub ecclesiae nomine mancipia superlectilem praedam velut infirmi sexus dispoliator invaderet et remotis adfinibus ac propinquis ipse sub praetextu catholicae disciplinae se ageret viventis heredem, eatenus animadvertisat esse revocatam, ut de omnium chartis, si iam nota est, auferatur neque quisquam aut litigator ea sibi utendum aut iudex noverit exequendum.*

#### IV. La Novela 5 de Marciano: el caso de la viuda Hipatia

En el año 455, el emperador Marciano dirige una extensa constitución a Palladio, prefecto del pretorio y uno de sus consejeros más cercanos. El objetivo es la validación de cualquier disposición *mortis causa* realizada por las mujeres cercanas a la Iglesia, por lo que puede afirmarse que, un siglo después de su publicación, las constituciones del Código Teodosiano que acabamos de exponer (C. Th. 16.2.20, 22, 27 y 28) funcionaron como precedentes para cerrar la cuestión de modo definitivo<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> M. SCHERILLO, «C. 1.3.25 e Nov. Marciani 5. Contributto alla critica del Codice Giustinianeo», en *Scritti Giuridici I*, Milano, 1992, pp. 363 ss.

Con carácter previo a la exégesis de la Novela 5 de Marciano, es conveniente que analicemos brevemente la personalidad del gobernante, así como el contexto histórico de su ascenso al trono, marcado por las relaciones Iglesia-Estado. Todas estas circunstancias arrojan luz sobre el interés de Marciano por regular de forma definitiva el testamento de las mujeres piadosas.

Teodosio II había fallecido en el año 450 sin hijos y sin designar un sucesor, abriéndose en el Imperio de Oriente la primera crisis de sucesión en sesenta años. Las fuentes próximas a Marciano construyeron un interesado relato en el que su antecesor le habría cedido el trono en su lecho de muerte. Pero la realidad era bien distinta. El aspirante, de cincuenta y ocho años de edad, prácticamente un desconocido, mantenía importantes contactos en la corte de Teodosio II y negoció su ascenso al trono con figuras poderosas del ejército y con Pulqueria (399-453), la hermana del fallecido, que ejercía la regencia. Hija del emperador Arcadio y de Elia Eudoxia, Pulqueria había sido educada en palacio, destacando desde muy temprana edad por su inteligencia, su fuerte carácter y su piedad religiosa<sup>49</sup>. Al ser proclamado Teodosio II, su hermano menor, emperador con solo ocho años, ella se encargó de su formación. Consagrada a la virginidad, impuso esta condición a sus hermanas, así como una serie de cambios en palacio, como la expulsión de los hombres que nada tuvieran que ver con la casa imperial, para evitar

---

<sup>49</sup> J. C. SAQUETE, «Las mujeres de la familia imperial y su visibilidad decreciente en la epigrafía de los siglos III y IV», en *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021, pp. 627-650.

los posibles abusos sexuales contra ellas. Su labor piadosa se concretó en la construcción de hospitales, iglesias y monasterios y jugó un papel destacado en los conflictos eclesiásticos, defendiendo en el Segundo Concilio de Éfeso (431) la doble naturaleza de Jesús frente al monofisismo, que negaba su parte humana. Derrotada esa postura, sus intervenciones le valieron el destierro, del que regresó para ocuparse de la regencia a la que seguiría su matrimonio con Marciano.

Pulqueria, de cincuenta y un años, lo apoyó con dos condiciones: la convocatoria de un concilio para revertir los acuerdos del Segundo Concilio de Éfeso y la política religiosa de su hermano, y la conservación de su condición de virgen consagrada que había asumido a los catorce años<sup>50</sup>. El matrimonio ayudó a Marciano a consolidar su gobierno, reforzado por la posición de su esposa con la dinastía teodosiana y Pulqueria pasó a ejercer como consejera del emperador junto a Palladio, prefecto del pretorio.

Las fuentes describen a Marciano como un gobernante querido por el pueblo, a menudo equiparado a Constantino y Teodosio I. Sus éxitos financieros y militares se vieron, sin duda, favorecidos por la debilidad de sus enemigos y por la ausencia de desastres naturales o

---

<sup>50</sup> J. L. CAÑIZAR PALACIOS, «La figura imperial femenina en época tardorromana a través de Zósimo y el Cth.», *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, H.<sup>a</sup> Antigua* 15, 2004, pp. 225-240; K. CHEW, «Virgins and Eunuchs: Pulcheria, Politics and the Death of Emperor Theodosius II», *Historia* 55, 2, 2006, pp. 207-227; G. K. HOLUM, *Theodosian Empresses: Women and Imperial Dominion in Late Antiquity*, Los Ángeles, 1989.

epidemias durante su gobierno. Entre sus logros destaca el saneamiento del Fisco superando la bancarrota de la tesorería por los tributos abonados por Teodosio a Atila. Lo consiguió recortando los gastos, mejorando la burocracia gubernamental y condonando las deudas con el Estado.

En materia de política religiosa, que fue seguida por los emperadores posteriores, destaca un decreto del año 451, aun en vida de Pulqueria, por el que se confiscaban las propiedades y se condenaba a muerte a cualquiera que realizara ritos paganos. Asimismo, se prohibía la reapertura de los templos cerrados previamente. Pero, sin duda, el hito principal fue la celebración del Concilio de Calcedonia (octubre-noviembre del año 451) para derogar las resoluciones del Segundo Concilio de Éfeso.

El encuentro contó con la asistencia de unos 500 obispos, la mayoría de ellos romanos orientales, aunque también acudieron dos obispos africanos y dos legados papales enviados por León I. Se acordó reconocer la doble naturaleza de Jesucristo, divina y humana, unidas en una persona (hipóstasis) «*sin confusión, cambio, división o separación*». Se condenó al papa copto Dióscoro I de Alejandría y se revocaron las condenas del Segundo Concilio de Éfeso, reafirmando la importancia de la Sede de Constantinopla como segunda de la Cristiandad (canon 28), arrogándose Marciano el derecho a nombrar obispos en el Imperio romano oriental, pese a las objeciones del papa

León I y de los patriarcas de Egipto y de Alejandría<sup>51</sup>. El propio emperador y Pulqueria intervinieron activamente en las sesiones, lo que le valió a la emperatriz elogiosos calificativos, equiparándola a Helena, la madre de Constantino el Grande. Finalizado el concilio, Marciano emitió numerosos edictos confirmando sus acuerdos, que no fueron universalmente aceptados, lo que derivó en disturbios civiles en las provincias orientales de Siria y Egipto, donde la mayoría de la población se adhería a la creencia miafisista y nestoriana<sup>52</sup>.

Como legislador, Marciano abordó la lucha contra la corrupción y los abusos de poder que habían existido durante el reinado de Teodosio II<sup>53</sup>. Nos han llegado cinco novelas en las que se regulan asuntos de Derecho público y privado.

La Novela 1 estableció que el puesto de pretor, a cargo de los juegos y obras públicas, sólo se otorgara a los senadores que residieran en Constantinopla. La Novela 2 derogaba el *follis*, un impuesto sobre la propiedad de los senadores que ascendía a siete libras de oro al año. La Novela 3 eliminaba las responsabilidades financieras de cónsules y pretores, mantenidas desde la época de la República romana para financiar los deportes y juegos públicos,

---

<sup>51</sup> N. P. TANNER, *The Decrees of the Ecumenical Councils*, Vol. 1, 1990, pp. 75-76.

<sup>52</sup> En el Concilio de Calcedonia tiene su origen el cisma en la Iglesia oriental. En la actualidad, rechazan sus resultados las Iglesias copta, ortodoxa siríaca, apostólica armenia, ortodoxa de Malankara de la India, ortodoxa de Etiopía y ortodoxa de Eritrea.

<sup>53</sup> C. PHARR, T. SHERRER DAVIDSON, M. BROWN PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, Princeton, 1952, pp. 562-566.

decretando además que solo los *inlustres* ocuparan estos cargos.

Las dos últimas constituciones conservadas corresponden al ámbito de la familia y de la sucesión *mortis causa*. Así, la Novela 4 derogaba parcialmente la ley sobre el matrimonio que prohibía al varón de estatus senatorial casarse con una esclava, liberta, actriz o mujer *humilis*, mientras que la Novela 5, objeto de nuestro estudio, regulaba el testamento a favor de los clérigos<sup>54</sup>. Precisamente en ella es visible la influencia de Pulqueria, quien, para muchos historiadores, gobernó con Marciano el Imperio.

La disposición se dicta tras el fallecimiento de la emperatriz, acaecido en el año 453. La Augusta, virgen consagrada, había atesorado una importante fortuna hasta el punto de que una cuarta parte de la capital del Imperio, donde estaban localizadas sus propiedades, llegó a llamarse *Pulcherianae*. Al fallecer, dejó sus bienes a las instituciones religiosas. Pues bien: en la Novela 5 se resuelve la impugnación del testamento de la viuda Hipatia, *clarissima femina*, que pudo pertenecer al círculo aristocrático de la emperatriz con la que compartiría, además, su piedad.

Hipatia, mujer de gran patrimonio como la misma Pulqueria, había instituido heredero *ex parte* al presbítero Anatolio nombrándolo, además, *dispensator* para el resto de los bienes, destinados a la Iglesia. La transmisión fragmentaria del texto ofrece

---

<sup>54</sup> C. CORBO, op. cit. pp. 115-128; J. L. MURGA, «Los negocios *pietatis causa* en las constituciones imperiales post-clásicas», AHDE. 37, 1967, pp. 245-338.

dificultades y lagunas para su interpretación, como en lo relativo a la actuación judicial del Senado como órgano de apelación<sup>55</sup>. Este dato es relevante: si la viuda era una *clarissima femina*, compartiría este rango con sus herederos más cercanos. No se indica si fueron éstos quienes solicitaron la intervención imperial, en cuanto preteridos por la testadora, o si, por el contrario, fue el presbítero Anatolio quien reclamó la posesión efectiva de los bienes ante las trabas sufridas<sup>56</sup>.

La Novela 5 de Marciano se estructura en cuatro párrafos precedidos de un *principium* en el que se introduce una declaración general sobre el papel de la ley como creadora de nuevas sanciones o derogadora de las establecidas con demasiada severidad en base al principio de equidad. A continuación, se mencionan la constitución de Valentiniano, Valente y Graciano (C. Th. 16.2.20) que prohibía a los eclesiásticos recibir herencias de las viudas y la norma de Valentiniano II, Teodosio y Arcadio (C. Th. 16.2.27), dirigida, esta vez, a regular las herencias de las diaconisas. Por último, pese a las lagunas del texto, no puede descartarse que se tenga presente la constitución (C. Th. 16.2.28) que mencionaba a las viudas y a las diaconisas modificando las dos disposiciones previas, excesivamente rigurosas. Precisamente, pudo ser la contradicción entre C. Th. 16.27

---

<sup>55</sup> P. GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, Milano, 1988, p. 179; M. MARCOS, *Las mujeres de la aristocracia senatorial en la Roma del Bajo Imperio*, Santander, 1990, pp. 312-410; U. INCENTI, *La partecipazione del Senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI D.C. Oriente e Occidente*, Padova, 1992, pp. 108 ss.

<sup>56</sup> F. PERGAMI, «La *testamenti factio* passiva dei chierici nelle novelle postteodosiane», *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno Internazionale in onore di Giuliano Crifò*, Vol. 2, 2010, pp. 923-937.

y 16.2.28, la que lleva a Marciano a ofrecer una solución definitiva que evitara futuras reclamaciones.

En el primer párrafo de la Novela 5, el emperador reconoce las piadosas intenciones de Hipatia, alabando su justicia y su prudencia, *ita iuste ac prudenter institutas*, que se ha manifestado en donaciones en vida a la Iglesia, a los pobres, a los monasterios o al rescate de prisioneros. Para apuntalar esta idea, se recuerda su generosidad con los libertos en consideración al respeto demostrado, *multa libertis suis delatorum sibi obsequiorum contemplatione praestiterit*<sup>57</sup>. Para Marciano, tras un atento análisis de las motivaciones que llevan a la viuda a favorecer al presbítero Anatolio (en ningún momento hay dudas sobre la honestidad de la relación entre ambos) es evidente que la generosidad demostrada en vida hacia los desfavorecidos se corresponde con su última voluntad, que se ha formado libre de influencias capciosas<sup>58</sup>. El emperador confirma con su autoridad las disposiciones testamentarias y se preocupa de garantizar la ejecutividad del testamento, validando el doble papel del presbítero,

---

<sup>57</sup> Nov. Marc. 5.1. *Quod cum de voluntate latoris et de sanctione legis nobis videretur, universum testamentum iussimus relegi atque replicari, ed cun repertum fuisse alias quoque partes eiusdem voluntatis ita iuste ac prudenter institutas, ut nullum bene de se meritum neglexerit, multa sacrosanctis ecclesiis, multa pauperibus, multa monachis religionis intuitu, multa captivorum redentioni commota miserabili eorum sorte contulerit, multa libertis suis delatorum sibi obsequiorum contemplatione praestiterit, alteram quoque partem institutionis, in qua Anatolium presbyterum reliquit heredem, advertimus ordine fuisse dispositam. Es enim mobilia, quae plurimis iuste ac pie reliquit, per hunc voluit universa compleri, ut non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris fungatur officio. Ideoque huiusmodi praedictae clarissimae memoria Hypatiae voluntatem etiam in ea parte, qua Anatolium presbyterum iinstituit heredem, mea auctoritate firmavi.*

<sup>58</sup> El Concilio de Calcedonia había establecido en el canon 27: “si un clérigo se escapa con una mujer, que sea expulsado de la Iglesia. Si es un laico, que sea anatema. Lo mismo será la suerte de cualquiera que lo ayude”.

como heredero y como *dispensator*: *ut non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris fungatur officio*. El ejecutor, persona cierta, identificaría a los beneficiarios para poder cumplir la piadosa voluntad de la fallecida, evitando que se desvanecieran las intenciones de Hipatia y su proyecto donatorio.

En su segundo apartado, la Novela 5 extiende lo dispuesto a favor del testamento de Hipatia a los testamentos o codicilos de otras viudas, diaconisas o mujeres revestidas de una dignidad religiosa que decidan dejar todo o parte de su patrimonio a la Iglesia, a un clérigo o a los pobres en calidad de herederos, sustitutos, legatarios o fideicomisarios, admitiendo la forma escrita y oral<sup>59</sup>. Lo verdaderamente crucial para Marciano es confirmar la validez de estos los testamentos para evitar que, en el futuro, por la ambigüedad en la designación, se impugnen los negocios o dejen de surtir efecto. En particular, resulta muy interesante la exoneración de cualquier tipo de formalidad para favorecer los propósitos píos, *id modis omnibus ratum firmum consistat, sive hoc institutione sive substitutiones, seu legato aut fideicomisso per universitatem seu specialibus sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum omni in posterum de huismodi modie negotio ambiguitate submota*<sup>60</sup>. Asimismo, parecen disiparse las preocupaciones por el recurso al viejo principio de la incapacidad de

---

<sup>59</sup> J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos* cit. pp. 133, 297, 312, 322-341. Sobre el codicilo, B. BIONDI, *Sucesión testamentaria* cit. pp. 627-644.

<sup>60</sup> J. ARIAS RAMOS-J. A. RAMOS BONET, *Derecho romano*, Vol. 2, 18 ed., Madrid, 1986, p. 124 ss.; A. TORRENT, *El negocio jurídico en el Derecho romano*, Oviedo, 1984, *passim*.

las inciertas personas por parte de los perjudicados<sup>61</sup>.

A continuación, en el párrafo tercero, el emperador confirma con rotundidad la validez de las liberalidades de cualquier tipo, *donationibus etiam vel quali vel qualibet liberalitate*, dispuestas por viudas, diaconisas, vírgenes consagradas a Dios o monjas, ya fuera a favor de la Iglesia, de un clérigo, de un monje o de los pobres, *quaecumque in ecclesiam vel martyrium vel clericum vel monachum vel pauperes conlata fuerint*<sup>62</sup>.

Por último, Marciano exhorta a Palladio, prefecto del pretorio, para que se dé a conocer todo lo dispuesto en esta materia, en un firme intento por asegurar que la voluntad de las pías testadoras se cumpla y que sus propósitos caritativos para sostener a los pobres no se malogren. El interés del legislador se dirige ahora a evitar futuros conflictos, lo que nos lleva a pensar que debieron producirse con anterioridad impugnaciones de los testamentos por parte de los

---

<sup>61</sup> Nov. Marc. 5.2. *Sed ne in posterum vel ex prioribus constitutionibus quarum superius fecimus mentionem et quas nunc praecipio penitus abrogari, vel ex praesentis negotii dubitatione aliquid forte relinquatur ambiguum, securitati vel fiduciae morientium providentes generali perpetuoque victura hac lege sancimus, ut sive vidua sive diaconissa sive virgo deo dicata vel sanctimonialis mulier, sive quocumque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis femina nuncupatur, testamento vel codicillo suo quod tamen alia omni ratione munitum sit, ecclesiae vel martyrio vel clero vel monaco vel pauperibus aliquid vel ex íntegro vel ex parte in quacunque re vel specie crediderit relinquendum, id modis omnibus ratum firmum consistat, sive hoc institutione sive substitutiones, seu legato aut fideicomisso per universitatem seu specialibus sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum omni in posterum de huismodi modie negotio ambiguitate submota.*

<sup>62</sup> Nov. Marc. 5.3: *Donationibus etiam vel quali vel qualibet liberalitate tam viudarum quam diaconissarum sive virginum quae deo dicatae sunt vel sanctimonialium quaecumque in ecclesiam vel martyrium vel clericum vel monachum vel pauperes conlata fuerint, pari robore firma esse praecipio.*

herederos, poco propensos a aceptar los deseos de beneficencia de las testadoras<sup>63</sup>. Seguramente, se acostumbraba a atacar la ausencia de *testamentifactio pasiva* de la Iglesia, de sus entes asistenciales o de los pobres, pues las normas clásicas les negaban la posibilidad de recibir herencias o legados. Por todo ello, Marciano insiste en que se conozca la nueva orientación legislativa. Por supuesto, lo anterior no obsta al planteamiento de la *querella inofficiosii testamenti* por la desatención a los familiares más cercanos (hijos, padres o hermanos)<sup>64</sup>.

Justiniano traspuso las disposiciones de Marciano en la siguiente constitución:

C.1.2.13. Imp. Valentinianus, Marcianus. *Generali lege sancimus, sive vidua sive diaconissa vel virgo deo dicata vel sanctimonialis mulier, sive quocumque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis femina nuncupatur, testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit, ecclesiae vel martyrio vel clericu vel monacho vel pauperibus aliquid vel ex integro vel ex parte in quacumque re vel specie credidit seu crediderit relinquendum, id modis omnibus ratum firmumque consistat, sive hoc institutione sive substitutione seu legato aut fideicomisso per universitatem seu speciali, sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum: omni in posterum in huiusmodi negotiis ambiguitate submota.*

---

<sup>63</sup> Nov. Marc. 5.4: *Inlustris igitur et magnifica auctoritas tua ea, quae generali legis huius sanctione decevi, edictis ex more propositis ad omnium notitiam faciat pervenire.*

<sup>64</sup> D. DI OTTAVIO, *Ricerche* cit. pp. 89-107; L. GAGLIARDI, *Decemviri* cit. pp. 164-195 y 368-380; J. M<sup>a</sup>. RIBAS ALBA, *La desheredación* cit. pp. 10 ss.

La mención en la *inscriptio* a Valentiniano es errónea, pues había fallecido en marzo del año de la publicación. En cuanto a la redacción, si bien el texto en el Código es más escueto, reduciendo sobre todo la Novela 5.2, la constitución reconoce con rotundidad las disposiciones testamentarias y codicilares de las viudas, diaconisas, vírgenes consagradas y las mujeres de dignidad religiosa, que instituyen en todo o parte de su patrimonio, *hoc institutione sive substitutione seu legato aut fideicomisso per universitatem seu speciali*, a la Iglesia, a los clérigos, a los mártires, a los monjes o a los pobres<sup>65</sup>. Se incluye también la referencia al fideicomiso universal o particular con voluntad expresa escrita o también oral, *hoc institutione sive substitutione seu legato aut fideicomisso per universitatem seu speciali, sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum*. La norma finaliza afirmando que se elimina para el futuro cualquier posible duda o ambigüedad en los negocios de este tipo<sup>66</sup>. Es interesante recalcar que la inclusión de los pobres como beneficiarios es un nuevo ejemplo de superación de las limitaciones a las *incertae personae*.

A modo de conclusiones, entendemos que, desde el reconocimiento del Cristianismo como religión del Imperio, se fueron removiendo los obstáculos derivados de la prohibición clásica de heredar de las inciertas personas.

---

<sup>65</sup> P.G. CARON, «Lo status delle diaconesse nella legislazione Giustinianea», en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantina, VIII Convegno Internazionale*, 1990, pp. 512 ss.

<sup>66</sup> C. 1.3.24: *Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed modis omnibus ratum firmumque consistat.*

La proliferación de fundaciones y donaciones en la época pagana había preparado el terreno a la Patrística y a la legislación imperial postclásica y justinianea, porque, en palabras de MURGA se produjo “*un traslado al campo jurídico de concepciones de índole más bien religiosas. En el plano negocial, hay una regresión a la fides como principio motor de las relaciones humanas. Pero es ahora una fides cristianizada y moralizante*<sup>67</sup>”.

La caridad y la oración fueron considerados medios para alcanzar la vida eterna, y los fieles destinaron bienes a cubrir las necesidades más apremiantes mediante diversos negocios presididos por el *bonum animae*. En este contexto, las mujeres piadosas (diaconisas, viudas, vírgenes consagradas y cualquier mujer cercana a la Iglesia) se vieron como vulnerables a la *captatio testamenti* y, por ello, los emperadores cristianos sancionaron con dureza cualquier comportamiento ambiguo de los eclesiásticos que, *sub religionis defensio*, buscaban ventajas personales. Como Marciano en su Novela 5, dictada posiblemente bajo la influencia del ejemplo y de las decisiones personales y patrimoniales de la emperatriz Pulqueria, que puso el acento en la ausencia de vicios en la formación del consentimiento de las testadoras piadosas. Porque el foco debía dirigirse no tanto a los destinatarios, clérigos o *incertae personae*, dotados de *testamentifactio* pasiva, como a las testadoras que habían depositado su confianza en los eclesiásticos.

---

<sup>67</sup> J. L. MURGA, *Donaciones* cit. p. 32-39.

## V. Referencias bibliográficas (por orden alfabético)

- ARIAS RAMOS, J.-RAMOS BONET, J. A., *Derecho romano*, Vol. II, 18 ed., Madrid, 1986. Ed. de Derecho Privado.
- AZAUSTRE, M.ª. Captación de voluntad en los testamentos y prohibición de confesores, de Roma a la actualidad. *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017) pp. 69-116.
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*. 2ª ed. traducido del italiano por Manuel Fairén, Barcelona, 1960. Bosch.
- BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano. Vol. I. Orientamento religioso della legislazione*, Roma, 1952. Giuffré.
- BOVINI, G., *La proprietà ecclesiastica e la condizione giuridica della Chiesa in età precostantiniana*, Torino, 1949. Giuffré.
- BRUNO SIOLA, R. *Viduae e coetus viduarum* nella chiesa primitiva e nella normazione dei primi imperatori cristiani. *Atti dell'Accademia Romanistica Costantina. VIII Convegno Internazionale*, Perugia, pp. 368 ss.
- CAÑIZAR PALACIOS, J. L. La figura imperial femenina en época tardorromana a través de Zósimo y el Cth. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, H.ª Antigua* 15 (2004) pp. 225-240.
- CARON, P.G. Lo *status* delle diaconesse nella legislazione Giustinianea. *Atti dell'Accademia Romanistica Costantina, VIII Convegno Internazionale*, Perugia, 1990, pp. 512 ss.
- CASTRO CAMERO, R., "El *nasciturus* y su protección a través del embargo hereditario". En PERIÑÁN, B. (coord.) *El sujeto de Derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, Granada: Comares, 2023, pp. 49-65.

- CHEW, K. Virgins and Eunuchs: Pulcheria, Politics and the Death of Emperor Theodosius II. *Historia* 55, 2 (2006) pp. 207-227.
- CORBO, C., *Incertae personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto*, Napoli, 2012, Jovene.
- CUENA BOY, F. La *captatio testamentorum* frente al derecho. *Tesserae iuris*, III.1 (2022) pp. 11-43.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M., "Coemptio y status de la mujer en el arcaico *ius civile*". En PERIÑÁN, B. (coord.) *El sujeto de Derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, Granada: Comares, 2023, pp. 203-217.
- DE LAS HERAS, G. *Testamenti factio*: origen y naturaleza. *SCDR*. XI (1999) pp. 39-64.
- DI OTTAVIO, D., *Richerche in tema di querella inofficiosi testamenti. Le origini*, Napoli, 2012. Jovene.
- DOVERE, E. Legislazione 'religiosa' del IV secolo: la prospettiva di C.Th. 16, 1 e 2. <https://www.dirittoestoria.it/7/D-&Innovazione/Dovere-Legislazione-religiosa-IV-secolo-CTh-16-1-2.htm>
- GAGLIARDI, L., Decemviri e centumviri. *Origini e competenze*, Milano, 2002. Giuffré.
- GARBARINO, P., *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, Milano, 1988. Giuffré.
- GAUDEMEL, J., La législation religieuse de Constantin. *Revue d'histoire de l'Église de France* (1947), pp. 25-61.
- GEMMITI, D., *La donna nella Chiesa. Donne e Ministeri nella Chiesa dell'Oriente Cristiano*, Napoli, 2004. Edizioni Giuridiche Simone.
- HOLUM, G. K., *Theodosian Empresses: Women and Imperial Dominion in*

*Late Antiquity*, Los Ángeles, 1989. University of California.

KUNDEREWICZ, T., *Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustinianeo*. *SDHI*. 47 (1981) pp. 47-92.

LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones*, Madrid, 2017. Tecnos.

LÓPEZ GÜETO, A., "La indignidad para suceder de los herejes en la Novela 115.3 y su recepción en el derecho castellano". En MONTAÑANA, A.-LÁZARO GUILLAMÓN, M.<sup>a</sup> C. (coords.) *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal: temas y ejemplos*, Castellón: Universidad Jaume I, 2023, pp. 342-380.

LAMBERTI, F., *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana* vol. I (Napoli 1996), vol. II, Napoli, 2001. Jovene.

MARCOS, M., *Las mujeres de la aristocracia senatorial en la Roma del Bajo Imperio*, Santander, 1990. Servicio de Publicaciones, Universidad de Cantabria.

MATTIANGELI, D. Il ruolo e i privilegi delle Vestali tra diritto, società, politica e religione: un esempio unico all'interno dell'ordinamento giuridico romano. *RGDR*. 19 (2012) pp. 1-25.

MEDINA QUINTANA, S., *Mujeres y economía en la Hispania romana: oficios, riqueza y promoción social*, Oviedo, 2014. KRK.

MENTXAKA, R. Clérigos como tutores y curadores en época preconstantiniana (Cypr. "Epist.", 1). *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 11 (2007) pp. 507-526.

MENTXAKA, R. "El protagonismo sacerdotal femenino en la primera mitad del siglo III a la luz de Cypr. Epist. 75.10.5". En PAVÓN, P. (coord.) *Conditio feminae: Imágenes de la realidad femenina en el mundo*

- romano, Roma: Quasar, 2021, pp. 701-720.
- MENTXAKA, R. , El diaconado femenino en la Galia de los siglos V y VI, con base en algunos cánones conciliares. *SCDR*. 31-32 (2018-2019) pp. 297-346.
- MENTXAKA, R. Notes about the Wives of Christ (*sponsae Christi*) and the Married Women in *de Habitu Virginum* of Cyprian of Carthage. *Raudem: Revista de estudios de las mujeres*, 1 (2013) pp. 8-30.
- MONACO, L. *Hereditas et mulieres, Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2008. Jovene.
- MURGA, J. L. La continuidad post mortem de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva. *AHDE*. 38 (1968) pp. 496-497.
- MURGA, J. L. Los negocios *pietatis causa* en las constituciones imperiales post-clásicas. *AHDE*. 37 (1967) pp. 245-338.
- MURGA, J. L., *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Navarra, 1968. Ediciones Universidad de Navarra.
- PERGAMI, F. La *testamenti factio passiva* dei chierici nelle novelle postteodosiane. *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* Publicación: XVII Convegno Internazionale in onore di Giuliano Crifò, Vol. 2, 2010, pp. 923-937.
- PHARR, C., SHERRER DAVIDSON, T., BROWN PHARR, M. *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, Princeton, 1952. Princeton University Press.
- QUERZOLI, S., *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000. Jovene.
- RIBAS ALBA, J. M.<sup>a</sup>. *La desheredación injustificada en Derecho romano clásico*, Granada, 1998. Comares.

RIBAS ALBA, J. M.<sup>a</sup>. *Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona*. SCDR. 36 (2013) pp. 369-383.

SAMPER, F., *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo Derecho romano occidental*, Santiago de Compostela, 1972. Universidad de Santiago de Compostela.

SALAZAR REVUELTA, M., "Hacia el *ius testandi* de la mujer: el complejo instrumento de la *coemptio testamendi faciendi gratia*". En GARCÍA SÁNCHEZ, J. (dir.), DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (aut.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* Vol. 2, 2021 (Derecho de personas, S. Castán Pérez-Gómez (coord.) pp. 909-926.

SANNA, M.V. La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico. SDHI. 75 (2009) pp. 147-208.

SANZ MARTÍN, L. Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del *tutor mulierum*. RGDR. 15 (2010) pp. 1-45.

SAQUETE, J. C. , "Las mujeres de la familia imperial y su visibilidad decreciente en la epigrafía de los siglos III y IV". En PAVÓN, P. (coord.), *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma: Quasar, 2021, pp. 627-650.

SCHERILLO, M. , "C. 1.3.25 e Nov. Marciani 5. Contributto alla critica del Codice Giustinianeo". En SCHERILLO, M., *Scritti Giuridici I*. Milan: Cisalpino Istituto Editoriale Universitari, 1992, pp. 363-385.

SHARLAND, S. *Captatio in law, life and literature. A study of the topos of inheritance-hunting in the context of Roman testamentary legislation and social practice*, Cape Town, 1991. University of Cape Town.

SITEK, B. *Raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum*. Studio sul

rapimento delle donne votate a Dio nelle costituzioni degli imperatori romani. <https://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Sitek-Raptores-virginum.htm>

SPAGNUOLO VIGORITA, T. *Inminentes legum terrores. L'abrogazione delle leggi caducarie augustee in età costantiniana. Atti dell'Accademia romanistica costantiniana 7*, 1958, pp. 251-265.

SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 1998. Jovene.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. Los pilares jurídicos romano-cristianos de la fundación corporativa. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXI, Número 279 (Enero-Abril 2021), pp. 222-236.

TERRANOVA, F., *Richerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librale)*, Torino, 2010. Giappichelli.

TANNER, N. P., *The Decrees of the Ecumenical Councils*, Vol. 1, Washington, 1990. Georgetown University Press.

TORRENT, A., *El negocio jurídico en el Derecho romano*, Oviedo, 1984. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

TORRES, J. *Mulieres diaconissae. Ejemplos paradigmáticos en la Iglesia oriental de los siglos IV-V. Diakonía, Diaconiae, Diaconato. Semantica e Storianei Padri della Chiesa. Studia Ephemeridis Augustinianum 117* (2010), pp. 625-638.

VINCENTI, U., *La partecipazione del Senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI D.C. (Oriente e Occidente)*, Padova, 1992.

CEDAM.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano I*, Milano, 1967. Giuffré.

VOLTERRA, E. Sulla capacità delle donne a far testamento. *BIDR*. 48

(1941) pp. 74-92.

ZABLOCKI, J. Appunti sull *testamentum mulieris* in età arcaica. *BIDR.* 33 (1991-92), pp. 157-169.

ISSN 1989-1970

Octubre-2025

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción:  
06/06/2025

Fecha de aceptación:  
15/09/2025

**Palabras clave:**  
*Furtum, actio furti, conductio ex causa furtiva, specificatio, pictura, textura, scriptura.*

**Keywords:**  
*Furtum, actio furti, conductio ex causa furtiva, specificatio, pictura, textura, scriptura.*



## EL DELITO DE *FURTUM* EN LA *SPECIFICATIO* Y EN OTRAS FIGURAS AFINES

### THE DELICT OF *FURTUM* IN *SPECIFICATIO* AND SIMILAR LEGAL CONSTRUCTS

**Henar Murillo Villar**

Profesora Ayudante Doctor  
Universidad de Burgos

<https://orcid.org/0000-0001-8196-8395>

**(MURILLO VILLAR, Henar. El delito de *furtum* en la *specificatio* y en otras figuras afines RIDROM [on line]. 35-2025.ISSN 1989-1970, pp. 292-335.**

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

#### Resumen:

En este trabajo se aborda el estudio de un supuesto de hurto muy singular, y es el que tiene lugar cuando alguien se apropiá de una cosa ajena con mala fe, es decir, dolosamente, transformándola en otra nueva y diferente (*nova species*), con independencia de que esta sea reversible o irreversible, para de ese modo adquirir la propiedad mediante el conocido como modo originario de adquisición de la propiedad denominado *specificatio*. Para la persecución de tales actos ilícitos se concedió al dueño del material sustraído la *actio furti* y la *conductio ex causa furtiva*.

Además, dadas sus similitudes, también se estudian los supuestos de accesión entre cosas muebles, en especial la *pictura*, la *textura* y la *scriptura*, por ser factible la comisión de *furtum* y su persecución con los mismos medios procesales.

#### Abstract:

This paper examines a very particular case of theft (*furtum*) that occurs when someone, in bad faith—that is maliciously, transforms it into a new and different thing (*nova species*), regardless of whether this is reversible or irreversible, in order to acquire ownership by means of what is known as the original way of acquiring ownership called *specificatio*. For the prosecution of such illicit acts, the owner of the stolen material was granted the *actio furti* and the *conductio ex causa furtiva*. In addition, given their similarities, the cases of accession between movable things are also studied, especially *pictura*, *textura* and *scriptura*, as the commission of *furtum* and its prosecution with the same procedural means are feasible.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El *furtum* en la *specificatio*. 2.1. Derecho romano. 2.2. Derecho intermedio: Partidas. 3. El *furtum* en algunas figuras afines a la especificación. 3.1. *Pictura*: 3.1.1. Derecho romano; 3.1.2. Derecho intermedio: Partidas. 3.2. *Textura* y *scriptura*: 3.2.1. Derecho romano; 3.2.2. Derecho intermedio: Partidas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el delito de *furtum* y su represión, habiéndose demostrado su importante evolución, así como sus numerosas transformaciones, a lo largo de toda la historia del derecho romano<sup>1</sup>, fruto de la atención que le dedicaron tanto la legislación republicana, como la jurisprudencia clásica y especialmente las constituciones imperiales. Pero al objeto de este trabajo prescindimos de todo ello para centrarnos en el concepto de *furtum* manejado por los compiladores justinianeos, plasmado en unas definiciones muy evolucionadas a la vez que elaboradas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. BATTAGLIA, F., *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> La noción de *furtum* no se corresponde exactamente con la noción de nuestro delito de hurto; fue mucho más amplia y abarcaba un mayor número de supuestos de hecho. En nuestro derecho vigente *ex art. 234 CP* de 1995 comete hurto: “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, ...*”. De lo que no puede dudarse es de que el hurto existe desde el momento en el que fue conceptualizada la propiedad privada, CÓRCOLES, E., *El hurto en el derecho visigodo*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2006, p. 12. TORRENT, A., *Concurrencia y paralelismos entre la actio legis aquiliae y la actio furti*. RIDROM [on line], 26-2021, pp. 17 ss.

Así, nos dice Paulo en D.47.2.1.3 (*Paul. 39 ad ed.*) que *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.* Según el jurista hurto es la sustracción fraudulenta con intención de lucro, sea de la misma cosa, sea también de su uso o de su posesión, lo que la ley natural impide hacer<sup>3</sup>. E idéntica definición encontramos en I.4.1.1.- *Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Ahora bien, entre ambos textos se observa una importante diferencia, en las Instituciones justinianas se elimina *lucri faciendi gratia*, es decir, que para que haya *furtum* no es necesario que se tenga intención de lucro. Lo que induce a pensar que el texto paulino probablemente fuera interpolado<sup>4</sup>.

Quizás dicha diferencia se deba a que el mencionado texto de Digesto se aprovechó para enumerar distintos tipos de hurto, porque la definición propiamente dicha de *furtum* está recogida en I.4.1.6<sup>5</sup>, pasaje inspirado en *Gai. 3.195.- Furtum autem fit non solum,*

---

<sup>3</sup> *Vid.* ZIMMERMANN, R., *Furtum*, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, pp. 753 ss.

<sup>4</sup> Probablemente sea una interpolación, IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1990, p. 449 nt. 36.

<sup>5</sup> I.4.1.6.- *Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit. Veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset.*

*cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat.* Por lo tanto, como dice Gayo, se comete hurto no solo cuando alguien sustrae una cosa ajena para quedarse con ella, sino en general siempre que alguien emplea una cosa contra la voluntad de su dueño. Con posterioridad, además de las indicadas definiciones, también encontramos otra en P.S. 2.31.1: *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat* (Coll. 7.5.2.- *Fur est qui rem alienam contrectat*). Por consiguiente, existía *furtum* siempre que alguien se lucraba ilícitamente mediante el manejo o la utilización y manipulación de una cosa ajena, lo cual daba lugar a la interposición de la *actio furti* por parte de quien hubiera sufrido el perjuicio patrimonial<sup>6</sup>. Es decir, el *furtum* es el contacto fraudulento con una cosa, al objeto de lucrarse, bien con la cosa misma o bien con su uso<sup>7</sup>.

Como el objeto de este trabajo no es el estudio del concepto, ni la evolución secular de la figura del *furtum* en el ordenamiento jurídico romano, partimos de la triple clasificación justinianea<sup>8</sup> de los diferentes casos de *furtum*: *furtum rei* o sustracción de la cosa, *furtum usus* o uso ilícito de cosa ajena y *furtum possessionis* o

<sup>6</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Furtum de inmuebles*, en *Varia studia*: libro homenaje al Prof. Dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario (coord. por M. Fuenteseca Degeneffe, M. Barcia Lago), Pontevedra, Diputación de Pontevedra) 2015, p. 526.

<sup>7</sup> ALBANESE, B., *s.v. furto (storia)*, en Enciclopedia del Diritto XVIII, Varese, Giuffrè, 1969, p. 317.

<sup>8</sup> En época postclásica el modelo de *furtum* se alejó de la tradición anterior, habiendo experimentado un cambio hacia lo público a la vez que sufría una importante simplificación, sin embargo, Justiniano retomó la tradición clásica. CÓRCOLES, E., *El hurto en el derecho visigodo*, cit., p. 46.

apropiación indebida de la condición de poseedor, para encajar el hurto que en ocasiones cometan quienes pretenden adquirir la propiedad de una cosa ajena, mediante la especificación, en alguno de los citados tipos de *furtum*, siendo únicamente posible ubicarlo en los supuestos de *furtum rei*.

Por lo tanto, nos centramos en el estudio de un supuesto de hurto muy particular, no mencionado por la doctrina entre los muchos supuestos que habitualmente señala<sup>9</sup>, incluidos los casos especiales<sup>10</sup>, y que consiste en apropiarse de una cosa ajena, con mala fe, es decir, dolosamente, transformarla en otra nueva y diferente (*nova species*), sea o no reversible, para de ese modo adquirir la propiedad mediante algunos de los conocidos como modos originarios de adquisición de la propiedad, entre los que se encuentran la especificación así como otras figuras afines, especialmente la *pictura*, la *textura* y la *scriptura*, encuadradas en los supuestos de accesión entre cosas muebles; pues bien, dichos actos ilícitos son perseguitables con la *actio furti* y la *condictio ex causa furtiva*.

---

<sup>9</sup> BRASIELLO, U., *s.v. furto (Diritto romano)*, en Novissimo Digesto Italiano VII, Torino, UTET, 1961, ristampa 1981, pp. 691 ss. ALBANESE, B., *s.v. furto (storia)*, cit., pp. 314-315 (recoge la bibliografía esencial en torno al *furtum*). FLORIA HIDALGO, M.ª D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1991. KASER, M.-KNÜTEL, R.-LOHSSE, S., *Derecho privado romano*, (trad. esp.), Madrid, BOE, 2022, pp. 522 ss.

<sup>10</sup> CÓRCOLES, E., *El hurto en el derecho visigodo*, cit., pp. 43 ss. Vid. también ROPENGA, PH., *L'intelligence artificielle, une chose nouvelle?*, en RIDROM [on line] 29-2022, pp.158-335.

En época justiniana para la persecución del *furtum* se dispuso de dos tipos de acciones, por un lado, las *penales*, para obtener el pago de una multa, y por otro, las *reipersecutorias*, para recuperar la cosa sustraída; acciones que incluso podían utilizarse de forma simultánea. Entre las acciones penales en época de Justiniano solamente subsistía la *actio furti*. Y como acción *reipersecutoria* la víctima disponía de la *condicito furtiva* o *condictio ex causa furtiva*, acción personal que también podía ejercitarse contra los herederos del ladrón<sup>11</sup>.

Las acciones de hurto competen a toda persona interesada en la conservación de la cosa, aunque no sea su dueño<sup>12</sup>. Desde antiguo en el delito de *furtum* se incurría, como *ut supra* se ha indicado, en una serie de hipótesis muy diversas, incluso cuando no hubiera habido sustracción, y podía ejercitarse su persecución no solo por el propietario de la cosa, sino también por todo aquel que tuviese un derecho real sobre ella, por ejemplo, un usufructuario, o quien tuviera un interés contractual, por ejemplo, un arrendatario. Además, el *furtum* recaía únicamente sobre cosas muebles, lo que no impide que pudiera admitirse también sobre inmuebles, cuestión

---

<sup>11</sup> I.4.1.19.

<sup>12</sup> *Gai.* 3.203

por lo demás muy discutida y estudiada<sup>13</sup>. De todos modos, Gayo no admitió la existencia del *furtum* de inmuebles<sup>14</sup>.

No obstante, para que haya *furtum* es necesario *dolus*, pero *dolus malus, furtum sine dolo malo non committitur*<sup>15</sup>. Por lo tanto, los comportamientos de quienes trabajan (sustraen) con cosas ajenas sin la voluntad de su dueño es un comportamiento doloso, y se les concede para su persecución los medios procesales del *furtum*. Así sucede en los modos originarios de adquisición de la propiedad mediante *specificatio* y en otras figuras afines de accesión entre cosas muebles, en los que tanto el especificador como los autores de una pintura, un tejido o un documento escrito, que sean realizados de mala fe, fueron considerados hurtos, y para su persecución se les concedió a los propietarios de las materias ajenas tanto la *actio furti* como la *condictio furtiva*.

El contenido y misión de estas acciones cambió a partir de la instauración del procedimiento formulario<sup>16</sup>. La *actio furti* fue una acción penal, infamante, perpetua, transmisible a los herederos de la

---

<sup>13</sup> *Vid. ASTOLFI, R., Sabino e il furtum fundi, SDHI, 51, 1985, pp. 402 ss. Gai. 2.51; D.47.2.25 pr. (Ulp. 41 ad Sab.). FUENTESECA DEGENEFFE, M., Furtum de inmuebles, cit., pp. 519-528.*

<sup>14</sup> *Gai. 2.51 ... inprobata sit eorum sententia, qui putaverint fundi furtum fieri posse.* Lo mismo en D.41.3.38 (*Gai. 2 rerum cottidianarum sive aureorum*); D. 47.2.25 pr. e I.2.6.7, *vid. FUENTESECA DEGENEFFE, M., Furtum de inmuebles, cit., pp. 526 s.*

<sup>15</sup> *Gai. 3.197; P.S. 2.31.1; D.47.2.50.2.*

<sup>16</sup> *FUENTESECA DEGENEFFE, M., Furtum de inmuebles, cit., p. 524.*

víctima, no a los del ladrón<sup>17</sup>. La *conductio furtiva*, sin embargo, fue una acción *reipersecutoria* y también pudo ejercitarse contra los herederos del ladrón. Además, el *furtum* fue considerado un delito privado (*delicta*), junto con la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*, pero en muchas ocasiones dada la gravedad de lo sustraído llegó a ser perseguido mediante procedimientos penales *extra ordinem*.

## 2. EL FURTUM EN LA SPECIFICATIO

### 2.1. DERECHO ROMANO

Por *specificatio* se entiende la creación de una cosa nueva mediante la transformación por medio del trabajo humano de una materia ajena, bien realizando un cambio en su composición química, bien modificando su estructura física<sup>18</sup>, pero sobre todo

---

<sup>17</sup> Para FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Actio furti y reparación de daños*, en Seminarios complutenses de derecho romano: revista internacional de derecho romano y tradición romanística, n.º 28 (En memoria de José María Coma Fort), Madrid, 2015, p. 375, a partir de la instauración del procedimiento formulario la persecución por *furtum* cambio de significado con la aparición de la *actio furti*, pasando a adquirir un sentido meramente reparador del perjuicio causado por la privación de la cosa.

<sup>18</sup> *Vid.*, entre otros, con importante aparato bibliográfico, FERRINI, C., *Appunti sulla dottrina della specificazione*, BIDR, 1889, pp. 182 ss. VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di diritto romano), Milano, Giuffrè, 1952, p. 239. BALZARINI, M., *s. v. Specificazione. Diritto romano*, en Nov. Dig. Ital. XVII, Torino, UTET, 1970, ristampa 1982, pp. 1084 ss. IMPALLOMENI, G., *s. v. Specificazione (dir. rom.)*, en Enciclopedia del Diritto XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 267 ss. WEISS, E., *s. v. Specificatio*, en Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, III A-2, 1929, (reed. 1991), p. 1551. BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 1942, pp. 405-406. LONGO, G., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, CEDAM, 1962, pp. 113-122. OURLIAC, P. - DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico. Tomo II. Los bienes* (trad. esp.), Barcelona, Bosch, 1963, p. 509. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovene, 1997, pp. 670 ss. TORRENT, A., *s. v. specificatio*, en Diccionario de derecho romano, Madrid,

buscando que la *nova species* tenga una función económico-social diferente<sup>19</sup>. En definitiva, se trata de la realización de un producto nuevo (*nova species*), por una persona que no es el propietario de la materia transformada, mediante su trabajo. La adquisición de la materia ajena podrá tener lugar por los medios legales plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente mediante una compraventa, especialmente cuando la cosa nueva va a tener un carácter permanente, pero también puede adquirirse al margen de la voluntad de su dueño, situación que originará necesariamente un futuro acuerdo entre el especificador y el dueño de la materia, o una resolución judicial condenatoria como consecuencia de la calificación jurídica de la actuación ilegal del especificador como delito de *furtum*.

Son escasos los textos en los que se aborda la realización de una obra nueva con material ajeno contra la voluntad o sin el consentimiento expreso de su dueño, y los que existen se atribuyen a Gayo. Por lo que al *furtum* se refiere, encontramos dos textos, uno de Gayo y otro de Ulpinao, que expresamente se refieren a los medios procesales mencionados, *actio furti* y *condictio furtiva*<sup>20</sup>, cuando el especificador ha llevado a cabo su trabajo.

---

Edisofer, 2005, pp. 1235 ss. KASER, M.-KNÜTEL, R.-LOHSSE, S., *Derecho privado romano*, (trad. esp.), cit., pp. 291 ss.

<sup>19</sup> AYMERICH RENTERÍA, R., *La especificación en el Código civil*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 40, n.º 4, 1987, p. 1149.

<sup>20</sup> *Gai. 2,79: furti ... habere actionem; nec minus ... condicione; D.47.2.52.14: furti agere vel condicione.*

*Gai. 2.79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uuis aut oliuis aut spicis meis uinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id uinum aut oleum aut frumentum an tuum. Item si ex auro aut argento meo uas aliquod feceris uel ex tabulis meis nauem aut armarium aut subsellium fabricaueris; item si ex lana mea uestimentum feceris uel si ex uino et melle meo mulsum feceris siue ex medicamentis meis emplastrum aut collyrium feceris, quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris, an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, uideatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii uero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diuersae scholae auctoribus uisum est: sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti aduersus eum, qui subripuerit, habere actionem; nec minus aduersus eundem condicione mei competere, quia extinctae res, licet uindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.*

En este fragmento se nos informa acerca de un conjunto de casos-ejemplos de *nova species*, realizados con materia ajena, que curiosamente se replican de forma idéntica en I.2.1.25 e incluso en P. 3, tít. 28, ley 33, cuando se transforman en vino, aceite o harina, uvas, aceitunas o espigas (se refiere al grano), de otro dueño; o cuando se hace un jarro con oro o plata propiedad de un tercero, o cuando se fabrica una nave, un armario o una silla con tablas ajenas, o se hace un vestido con lana de un extraño, o se produce una

mezcla con vino y miel de un tercero, o un emplasto o un colirio con medicinas ajenas, preguntándose quién será el propietario. Gayo siempre nos habla de una cosa nueva con materia ajena más el trabajo del especificador, obviando el supuesto de que el especificador realice una cosa nueva con materiales ajenos y propios, más su pericia laboral<sup>21</sup>. Para el jurista la cuestión es de quién será el resultado de la transformación de la materia ajena: “*quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris, an meum*”. Es decir, quién será el dueño de la *nova species*, del nuevo objeto, el dueño de la materia o el especificador. Y ello porque siempre que surge una cosa nueva mediante la conversión total o parcial de otra ajena, siempre va a surgir un nuevo dominio, es decir, a cosa nueva *dominus* nuevo<sup>22</sup>.

Pero no debemos soslayar un importantísimo detalle, Gayo prescindió de enumerar los requisitos para la adquisición de la propiedad de la *nova species* obtenida por el especificador, y eludió hablar del principio de la *bona fides* como requisito necesario para adquirir la propiedad mediante la transformación que supone la *specificatio*<sup>23</sup>. Ello no significa que de la no mención de la *bona fides* pueda inferirse que una *res nova* pueda provenir de una materia hurtada; no es así, porque una cosa objeto de *furtum* nunca podrá ser una *res habilis* para adquirirse en propiedad, por lo que debe entenderse que el especificador siempre actúa de buena fe, lo que

<sup>21</sup> Circunstancia recogida por el emperador Justiniano en I.2.1.25 *in fine*: ... *quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque ...*

<sup>22</sup> FERRINI, C., *Appunti sulla dottrina della specificazione*, cit., p. 204.

<sup>23</sup> DELI, G., *Einige Gedanken über die specificatio bei Gaius*, en RIDROM n. 11, 2013, pp. 61 ss.

garantiza el tráfico jurídico<sup>24</sup>. La explicación es sencilla, una cosa mueble hurtada, siempre que se demostrase que lo había sido, se convertía en una *res furtiva*, condición que impedía la *usucapio*<sup>25</sup>. No entramos en la cuestión de quién será el dueño de la *nova species*, si el propietario de la *materia prima* o el especificador; ni en las posiciones que mantuvieron las escuelas proculeyana y sabiniana, quienes, por cierto, en ningún momento esgrimieron los argumentos de sus decisiones, no siendo descartable que utilizaran respuestas retóricas para resolver problemas jurídicos<sup>26</sup>.

Lo que nos ocupa son aquellos supuestos en los que el especificador haya hurtado la cosa ajena contra la voluntad de su verdadero propietario, es decir, que haya cometido un *furtum*. En este caso Gayo indica que el dueño de la materia transformada por especificación dispone frente a quien se apropiá de ella de dos remedios procesales, la *actio furti* y la *condictio furtiva*. Es decir, que, aunque para los proculeyanos el propietario de la *nova species* será el especificador, el propietario de la materia podrá dirigirse contra él con la *actio furti* si se considera que lo ha robado, presuponiendo por lo tanto mala fe. Y también reconoce que el antiguo dueño de la materia puede utilizar la *condictio* aunque la materia ya no exista,

---

<sup>24</sup> KRAFT, CH., *Bona fides als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch Specificatio*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* = *Revue d'histoire du droit* = *The legal history review*, n.º 3, 2006, pp. 310 ss.

<sup>25</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Furtum de inmuebles*, cit., p. 527.

<sup>26</sup> Vid. LEESEN, T., *Produced and Bottled in Rome - Who Owned the Wine? The controversy about "Specificatio"*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, n.º 53, 2006, pp. 265 ss.

pues se ha convertido en una cosa nueva, justificando tal opinión en que aunque las cosas extinguidas no pueden reivindicarse (*quia extinctae res, licet uindicari non possint*), si pueden reclamarse<sup>27</sup>. Por lo tanto, puede colegirse que en derecho clásico al propietario de la materia no le corresponde en principio ninguna indemnización por la pérdida sufrida como consecuencia de la especificación. Solamente disponía de las pertinentes acciones penales y reipersecutorias para su reclamación en caso de mala fe del especificador. Sin embargo, en derecho justiniano sí se admitió la indemnización como consecuencia de la aplicación general de la prohibición del enriquecimiento injustificado<sup>28</sup>.

Lo cierto es que Gayo cuando alguien se apropiaba de un bien mueble ajeno para transformarlo mediante una *specificatio*, no le concedía una *reivindicatio*, vía habitual por medio de la cual en derecho romano el *dominus* de la cosa podía exigir el reconocimiento en juicio de su titularidad dominical<sup>29</sup>, le concedía la *actio furti* y la *conductio ex causa furtiva*. Es más, como la cosa hurtada se ha extinguido como consecuencia de la *specificatio* el propietario no puede invocar la *reivindicatio* contra el ladrón pues fracasaría por reclamar una *res extinctae* (*Gai. 2,79*); sin embargo, concede la *conductio* porque quien ha sustraído una cosa contra la voluntad de

<sup>27</sup> La *conductio* subsiste de forma permanente a diferencia de otras acciones, aunque la cosa se haya perdido, porque se considera que el ladrón siempre está en mora (*fur semper moram facere videtur*), KASER, M.-KNÜTEL, R.-LOHSSE, S., *Derecho privado romano*, (trad. esp.), cit., p. 524.

<sup>28</sup> VOGLI, P., *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 252.

<sup>29</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Furtum de inmuebles*, cit., p. 521.

su propietario, siempre incurrirá en mora para la restitución de aquello que no debió quitar: *semper in mora est* (D. 13.1.8.1 (*Ulp. 27 ad ed.*); D. 13.1.20 (*Trif. 15 disput.*)<sup>30</sup>.

En D.41.1.7.7<sup>31</sup>, texto también atribuido a Gayo, es en el que por primera vez se menciona la conocida como *media sententia*, es decir, opinión ecléctica o intermedia, que facilitará con mayor flexibilidad la imputación de la propiedad en atención a la composición material de la obra nueva frente al trabajo empleado en su elaboración. Para esta posición intermedia, de tendencia proculeyana, si el objeto puede volver a su estado de materia, se sigue lo que pensaron Sabino y Casio, debe ser propietario quien lo fuera del material con que se ha hecho la cosa nueva, y si no, lo que dicen Nerva y Próculo, el propietario del nuevo objeto será el que lo

---

<sup>30</sup> KRAFT, CH., *Bona fides als voraussetzung*, cit., p. 316.

<sup>31</sup> D.41.1.7.7 (*Gai. 2 rerum cottidianarum sive aureorum*) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. Ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicas continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excusset spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.*

hizo, el especificador. Por consiguiente, según los casos, tiene prevalencia la materia o la forma, lo que permite hablar de especificación reversible o especificación irreversible en atención a la reversibilidad o no del resultado de la especificación<sup>32</sup>.

Destacar, al margen de otras cuestiones, que en D.41.1.7.7 Gayo omite toda alusión a la *actio furti* y a la *conductio ex causa furtiva*, todo ello en comparación con el texto de sus Instituciones 2.79. También se exigió que el especificador debía actuar de buena fe para poder adquirir la propiedad, si bien no consta explícitamente en ningún texto, pero se deduce de D.47.2.52.14 (*Ulp. 37 ad ed.*) y D.10.4.12.3 (*Paul. 26 ad ed.*), en los cuales la *actio ad exhibendum* y la conservación de la propiedad no podrían ser explicadas en caso de especificación irreversible sino con la circunstancia de que el especificador lo fuera de mala fe<sup>33</sup>. Ahora bien, expresamente nunca se exigió como tal dicho requisito, o al menos no consta en ninguna fuente jurídica. No obstante, parece lógico que la actuación del especificador conforme a la *bona fides* fuera considerado un requisito para adjudicarle la propiedad de la nueva cosa, en caso contrario sería legitimar el *furtum* y la mala fe<sup>34</sup>.

D.47.2.52.14 (*Ulp. 37 ad ed.*). *Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti*

---

<sup>32</sup> VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 243 nt. 1.

<sup>33</sup> VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà*, cit., pp. 251-252.

<sup>34</sup> Vid. KRAFT, CH., *Bona fides als voraussetzung*, cit., pp. 289 ss. DELI, G., *Einige gedanken über die specificatio bei Gaius*, cit., pp. 63 ss.

*agere vel condicione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condici.*

Dice Ulpiano que si alguno me hubiere sustraído una masa de plata, y hubiera hecho vasos, puedo ejercitar la acción de hurto o la condición, o por los vasos, o por la masa. Lo mismo es también en cuanto a las uvas, el mosto, o el orujo; porque se puede ejercitar la acción de hurto por razón de las uvas, del mosto y del orujo; pero también se puede ejercitar la condición. Un dato bien relevante de este texto ulpiano es que diferencia perfectamente entre supuestos de *specificatio reversible* y supuestos de *specificatio irreversible*. Es decir, la masa de plata transformada en vasos puede fundirse y volver a su estado original, mientras que las uvas convertidas en vino, mosto u orujo no pueden volver a ser de nuevo uvas, se trata, pues, de una cuestión de irreversibilidad física. Es decir, el objeto (materia) original ha desaparecido y además es irrecuperable, pero ello no implica que la transformación de la cosa hurtada conlleve la desaparición del delito. Por otro lado, es evidente que se parte de un comportamiento de mala fe del especificador, razón por la que se concedieron contra él tanto la *actio furti* como la *condictio*, en sustitución de la *reivindicatio*<sup>35</sup>.

Para Voci<sup>36</sup> la primera parte del texto es genuina mientras que la segunda parte fue interpolada por los compiladores justinianeos.

---

<sup>35</sup> DELI, G., *Einige gedanken über die specificatio Bei Gaius*, cit., pp. 78 ss.

<sup>36</sup> VOGLI, P., *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 251.

Y lo sostiene en que el jurista parece seguir la opinión sabiniana pues admite la *conductio furtiva* contra la cosa especificada (*nova species*), obviando su irreversibilidad, y dando por válido un comportamiento doloso, de donde se infiere que para que tenga lugar la adquisición de la propiedad por especificación es necesario *bona fides* en el especificador. Además, concede la *conductio furtiva* al propietario de la materia que ha sido especificada, que ya no es reversible, teniendo en cuenta que dicha *conductio* es una acción precisamente reservada al propietario<sup>37</sup>. Por consiguiente, dice Longo<sup>38</sup>, para el derecho justiniano se entiende que no hay adquisición de la propiedad por parte del especificador en la primera de las dos hipótesis que presenta el texto, concretamente cuando la especificación ha recaído sobre una masa de plata. Es decir, que la reversibilidad no puede ser un obstáculo para adquirir la propiedad por el especificador, pero se requiere que haya actuado de buena fe.

Nadie duda de que Justiniano fue un firme defensor de la *media sententia*, lo cual se deduce claramente de I.2.1.25<sup>39</sup>; D.41.1.7.7;

---

<sup>37</sup> D.13.1.1 (*Ulp. 18 ad Sab.*).- *In furtiva re soli domino conductio competit.* Vid. IMPALLOMENI, G., s. v. *Specificazione* (*Diritto romano*), cit., p. 268.

<sup>38</sup> LONGO, G., *Corso di diritto romano*, cit., p.121.

<sup>39</sup> I.2.1.25 *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utram is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit: ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse qui materiae dominus fuerat; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem auct oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti*

D.41.1.24-26 y D.6.1.5.1. Así, en las Instituciones, salvo en la parte final, no se aporta nada nuevo que no constara ya en los textos atribuidos a Gayo. Justiniano, tal como previamente hiciera Gayo, comienza definiendo lo que ha de entenderse por *specificatio*, para, a continuación, preguntarse de modo retórico quién será el dueño del nuevo objeto; además, recoge exactamente, casi *ad pedem litterae*, los mismos ejemplos, sin añadir ni suprimir ninguno; igualmente, acude a las opiniones de las escuelas proculeyana y sabiniana para dilucidar a quién debe atribuirse la propiedad de la *nova species*; y, por supuesto, replica la teoría intermedia (*media sententia*), que constituye la expresión de un criterio exacto frente a las opiniones de sabinianos y proculeyanos<sup>40</sup>. Sin embargo, omite cualquier referencia a la comisión de *furtum*, como sí hiciera Gayo, lo que implica que tal vez creyó resuelto el problema diferenciando los supuestos según fueran reversibles o irreversibles, circunstancia que al parecer resolvía la denuncia delictiva al adjudicarse definitivamente la propiedad bien en un caso al dueño de la materia bien en otro al especificador. El emperador se limitó en el texto a ampliar el casuismo de Gayo con la posibilidad de que el nuevo objeto fuera realizado por el especificador con materia propia y con materia ajena, sin indicar proporciones, mediante el trabajo de uno mismo; en este caso no rige la *media sententia* sino que el dueño del

---

*non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, velut ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.*

<sup>40</sup> SCAEVOLA, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo VI, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, 1895, p. 429.

nuevo objeto será quien lo hubiera hecho, el especificador. Ahora bien, deberá indemnizar al dueño de la materia quien por ello se verá privado de la *actio furti* y de la *condictio furtiva*.

## 2.2. DERECHO INTERMEDIO: PARTIDAS<sup>41</sup>

En ninguna fuente de derecho intermedio hispano, ya sea en el Código de Eurico, en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en las Leyes de Toro, en la Nueva y en la Novísima Recopilación, aparece alusión alguna a la *specificatio*, salvo en Partidas, lib. 3, tít. 28, ley 33<sup>42</sup>. La

<sup>41</sup> Consideramos oportuno utilizar los textos de Partidas para comprender el derecho romano, dado que la influencia de aquel en la obra de Alfonso X es indiscutible y ayuda a comprender su recepción, por cuanto es fiel reflejo de la regulación romana adaptada al derecho intermedio en el que se inspiró el ordenamiento jurídico vigente.

<sup>42</sup> P. 3, tít. 28, ley 33 *Que si ome faze de uvas agenas vino, o de azeytunas olio, cuyo deue ser el señorio.*

*Fazen a las vegadas los omes para si mismos vino de uvas agenas, o olio de azeytunas de otri; o sacan trigo, ó cevada de miesse agena, o fazen vasos, o taças, o otras cosas de oro; o de plata agena; o fazen bacines, o picheles, o otras cosas de laton, o de alambre, o de otro metal ageno; auiendo buena fe, en faziendolo, cuydando que aquello de que lo fazen, que es suyo. E porque pueden acaescer contiendas entre los omes, cuyo deue ser el señorío destas cosas atales, si de aquellos cuyas eran las cosas, o de los otros que fazen dellas algunas cosas de las sobredichas; dezimos, que si aquellas cosas de que las fazen, son de tal natura, que non se pueden tornar al primero estado en que eran; assi como las uvas, que despues que sacan el vino dellas non se pueden tornar al primero estado, o las azeytunas, de que sacan el olio, o las espigas, de que sacan la ciuera; en qualquier destas cosas sobredichas, e en las otras cosas semejantes dellas, que se non pudiessen tornar las cosas en el primero estado en que eran, ganan el señorío aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe. Pero tenudos son de dar a los otros cuyas eran, la estimacion de lo que valían. Mas si las cosas fuessen de tal natura, que se pudiessen tornar al primero estado, assi como el vaso, e las otras cosas que fiziesen de oro, o plata, o de alguno de los otros metales que se pueden fundir; en tales casos como estos, e en todos los otros semejantes dellos, en saluo finca el señorío en sus cosas, a cuyas eran, e non lo pierden, por fazer otri dellas alguna cosa de nueuo. Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze, que es ageno; este atal pierde la obra que faze, e non deue cobrar las despensas que y fizo.* Para un estudio más extenso de esta

influencia de la obra de Justiniano en el texto de P. 3, tit. 28, ley 33 es manifiesta; sigue constando implícitamente las formas de decidir de las viejas escuelas de proculeyanos y sabinianos; se siguen señalando *ad exemplum* las mismas materias para elaborar cosas nuevas que ya aparecían en los textos de Gayo: uvas, aceitunas, oro, plata, trigo, cebada, etc. Pero lo más importante para el tema que nos ocupa es que, por primera vez, se empieza a utilizar el criterio de la buena y de la mala fe en el uso de la materia ajena, para atribuir la propiedad de la *nova species* al propietario de la materia o al especificador.

Se desprende del texto que habrá buena fe en el sujeto que elabora una cosa nueva con material ajeno, cuando piense que tal materia es suya (*cuydando que aquello de que lo fazen, que es suyo*), planteamiento que acoge básicamente la tesis proculeyana<sup>43</sup>; por el contrario, habrá mala fe cuando quien hace alguna de las cosas elaboradas *ex novo* es plenamente sabedor de que el material no es suyo, que es ajeno (*sabiendo que aquello de que lo faze, que es ageno*). Otra novedad importantísima de la legislación alfonsina es que no sólo se indica quién será el propietario de la cosa nueva, sino las consecuencias para la otra parte. Así, cuando las cosas que se han realizado son de tal naturaleza que no pueden volver a su estado anterior, uvas transformadas en vino, aceitunas en aceite, etc., serán

---

ley de Partidas ver: MURILLO VILLAR, A. – MURILLO VILLAR, H., *Partida 3, tít. 28, ley 33: punto de conexión entre el derecho romano y la regulación de la especificación en el vigente derecho español*, en libro *Estudos em Homenagem ao Sr. Prof. Dr. António dos Santos Justo, Coimbra (Portugal)*, Universidad de Coimbra, 2024, pp. 535-570.

<sup>43</sup> AYMERICH RENTERÍA, R., *La especificación en el Código civil*, cit., p. 1182.

del especificador si hubo buena fe, pero tendrá que, y esto es una novedad, dar al propietario de la materia utilizada la estimación de lo que valía la cosa<sup>44</sup>. Ahora bien, cuando las cosas puedan transformarse y volver de nuevo a su estado inicial, sobre todo los metales por medio de la fundición, serán del propietario del material original, es decir, queda a salvo su propiedad (*en saluo finca el señorio en sus cosas*). Estas soluciones, que atienden a la tesis ecléctica de la *media sententia justiniane*<sup>45</sup>, se aplicarán siempre que el especificador hubiera actuado de buena fe; sin embargo, cuando lo hubiera realizado de mala fe, sabiendo que el material era ajeno, tendrá una doble penalización; por un lado, perderá la obra que hizo, y, por otro, no tiene derecho a ser indemnizado por los gastos que tuvo (*pierde la obra que faze, e non deue cobrar las despensas que y fizo*). Por consiguiente, ni en el derecho romano ni en el derecho de Partidas se daba ninguna indemnización al especificador de mala fe. En definitiva, cuando se actuaba de mala fe el rey Sabio establecía la condena para el especificador: *el que la hizo pierde la obra y las espensas invertidas*. Son las consecuencias del *furtum*.

### 3. EL *FURTUM* EN ALGUNAS FIGURAS AFINES A LA ESPECIFICACIÓN<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> De aquí deriva la sugerente e interesante discusión doctrinal a propósito de si la estimación válida debe ser la subjetiva o una estimación objetiva.

<sup>45</sup> AYMERICH RENTERÍA, R., *La especificación en el Código civil*, cit., p. 1183.

<sup>46</sup> Prescindimos del estudio del *furtum* en la *tinctura* y en la *ferruminatio*, pues aunque también son casos de accesión entre cosas muebles con cierta afinidad con la *specificatio*, en ninguna de las fuentes jurídicas romanas se menciona la posible comisión de tal delito sobre cosa ajena.

Pudiera pensarse que no existen semejanzas entre la especificación y las accesiones entre cosas muebles, salvo su consideración doctrinal de modos originarios de adquisición de la propiedad, pero lo cierto es que varios supuestos de accesiones entre cosas muebles son realmente casos de *specificatio*, con independencia de que no lo fueran consideradas por la jurisprudencia romana. Así, la *pictura*, la *textura*, y la *scriptura* en su elaboración es necesaria la unión de materias ajenas con materias propias, mediante el trabajo de su elaborador, haciendo que surja una cosa nueva, una *nova species*, lo que implica un resultado exactamente idéntico al de la *specificatio*. La cuestión es saber quién será el futuro propietario del nuevo objeto, y para ello será necesario tener en cuenta las consecuencias del *furtum*, si lo hubiera, a la hora de la imputación de la propiedad de la *nova species*.

Es verdad que la confusión entre si la especificación es un caso de accesión o si determinados supuestos de accesión entre cosas muebles son casos de especificación, es muy grande y debatida en la doctrina. Pero como falta una línea argumental de distinción clara y definitoria entre la especificación y los supuestos de accesión entre cosas muebles, nos permitimos hablar de figuras afines a la especificación porque todos ellos (*specificatio*, *pictura*, *textura*, etc.), son modos de adquirir la propiedad originarios, y además con cosas (materiales) pertenecientes a diferentes dueños, por lo tanto, cosas ajenas. En consecuencia, nada impide afirmar que deba considerarse una cosa nueva a un cuadro, a una obra literaria, a un vestido de ceremonias, etc., pues son *nova species* que no pueden volver a su

estado anterior salvo menoscabo, de ahí que consideremos que son unos supuestos afines a la especificación. Veamos, pues, los casos que aparecen en las fuentes, y en las que según la jurisprudencia se comete un presunto delito de hurto por quien elabora una cosa nueva con material ajeno con intención de apropiarse de ella indebidamente, cuando interviene, obviamente, mala fe.

### 3.1. PICTURA

#### 3.1.1. DERECHO ROMANO

*Gai. 2.78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur; certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse nec soluas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoueri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio aduersum te dari debeat; quo casu nisi soluam inpensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod siue tu subripueris tabulam siue alius, competit mihi furti actio.*

En este texto gayano de no fácil comprensión el jurista contradice lo que venía manteniendo en fragmentos anteriores relativos a la *inaedificatio* (*Gai. 2.73*), a la *implantatio* (*Gai. 2.74*), a la *satio* (*Gai. 2.75*), todos ellos supuestos de accesión de cosa mueble a inmueble, y, especialmente, para la *scriptura* (*Gai. 2.77*), supuesto típico de accesión de cosa mueble a mueble, en el que la

propiedad de lo escrito accede al dueño del pergamino o del papel. Sin embargo, Gayo adjudica la propiedad del cuadro al dueño de la obra, es decir, al artista, al pintor, en definitiva, al especificador por cuanto hizo una *nova species*. Y esta fue la solución aceptada por Justiniano. El problema que expone Gayo en el texto “ha de reconducirse a determinar lo que este jurista observa como principal y como accesorio, es decir, la aplicación de esta regla desde el punto de vista de la accesión, quedando la valoración del trabajo del pintor fuera del razonamiento que ofrece este jurista romano”<sup>47</sup>.

Sin embargo, entendemos que Gayo en su exposición didáctica de soluciones jurídicas a supuestos próximos, tuvo en cuenta lo que seguidamente expondría en *Gai. 2.79*, ya visto anteriormente, relativo a los casos de especificación, con un elenco de ejemplos en los que era sencillo diferenciar la solución en atención a su reversibilidad o irreversibilidad. Además, en el fragmento *Gai. 2.78* remarca implícitamente la exigencia de la buena fe para la adquisición de la propiedad del cuadro cuando concede la *actio furti* al *dominus tabulae*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> LÓPEZ-RENDO, M.<sup>a</sup> DEL C., *La tabula picta y su recepción en el derecho español*, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo V. Derechos reales, Madrid, BOE, 2021, p. 449.

<sup>48</sup> De todos modos, la adjudicación al pintor de la propiedad por accesión, analizado desde un punto de vista procesal, refleja que Gayo adopta soluciones a caballo entre las manifestadas en los supuestos anteriores a *Gai. 2.78*, calificados como accesiones, y los supuestos posteriores calificados como especificaciones. *Vid.* LÓPEZ-RENDO, M.<sup>a</sup> DEL C., *La tabula picta y su recepción en el derecho español*, cit., p. 456.

D.41.1.9.2 (*Gai. lib. secundo rerum cottidianarum sive aureorum*). *Sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. Utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit. Adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.*

En este fragmento se recoge sustancialmente el mismo contenido que en *Gai. 2.78*, eso sí, con leves modificaciones<sup>49</sup>. Se continúa atribuyendo la propiedad de la *tabula picta* al pintor, pues se considera la pintura como cosa principal y la tabla como cosa accesoria. Hoy diríamos que es una consecuencia del derecho de autor como conjunto de normas jurídicas que reconocen los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores, por el hecho de haber creado una obra artística. Sin embargo, en Roma, como es sabido, no existió una ley de propiedad intelectual que protegiera los derechos de autor, por ello, quizás se concediera la propiedad a su artífice, al pintor, lo que conlleva un implícito reconocimiento del trabajo de

---

<sup>49</sup> Una exégesis detallada con abundante bibliografía puede verse en LÓPEZ-RENDO, M.<sup>a</sup> DEL C., *La tabula picta y su recepción en el derecho español*, cit., pp. 456 ss.

su autor<sup>50</sup>, como también sucede en la *specificatio*. Pero ello no va a exonerar al nuevo propietario de la tabla ajena, siempre que fuera de buena fe, de que proceda a indemnizar a su antiguo dueño por el valor de la misma; para ello el expropietario dispone de una *actio utilis*. Prescindimos, no obstante, del análisis de las consecuencias jurídicas desde el punto de vista procesal y seguimos las conclusiones a las que llega López-Rendo<sup>51</sup>. Pero no todos los juristas tenían la misma opinión respecto de la imputación de la propiedad al dueño de la tabla o al pintor. Circunstancia, por lo demás, que también pasaba en la especificación, lo que demuestra que no nos hallamos ante una cuestión pacífica sobre la que hubiera un criterio de unanimidad jurisprudencial.

---

<sup>50</sup> BARTOCCI, U., *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritto degli autori*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 49 ss.

<sup>51</sup> LÓPEZ-RENDO, M.<sup>a</sup> DEL C., *La tabula picta y su recepción en el derecho español*, cit., p. 463. Indica la autora, dependiendo de que el *dominus tabulae* posea o no la *tabula picta*, que los medios procesales disponibles variarán. Así, cuando el dueño de la tabla posea la *tabula picta* el pintor dispone de una *reivindicatio contra dominum tabulae*, y éste a su vez de una *exceptio doli mali* si el pintor no le ha abonado *preium tabulae*. Por el contrario, cuando el dueño de la tabla no posea la *tabula picta*, dispone de una *actio utilis* contra el pintor que posea la *tabula picta*; y el pintor a su vez de una *exceptio doli mali* si el *dominus tabulae* no le ha abonado *impensae picturae* (Ciertamente, desde el perfil procesal el planteamiento que nos presenta Gayo es un revoltijo (guazzabuglio) difícil de desenredar, MONTEVERDI, D., *Tabula picta*, en Index: Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law, n.<sup>o</sup> 47, 2019, p. 135 nt. 100).

Justiniano en I.2.1.34 sigue la opinión de Gayo, expuesta en sus *Instituciones Gai.* 2.78 y en D.41.1.9.2, y atribuye la propiedad de la *tabula picta* al pintor<sup>52</sup>.

I.2.1.34.- *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur pictura, qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae, imaginem possidente, is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoveri: at si is qui pinxit possideat, consequens est ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

En este fragmento de las *Instituta imperiales* se establece definitivamente cuál fue la regla general que regía en materia de adquisición de la propiedad cuando alguien hubiese pintado en una tabla ajena. Se había discutido, y en el texto se hace alusión a ello, si el propietario de la *nova species* habría de ser el dueño de la tabla o el pintor, el artista, basándose en los principios de la accesión, *accessorium sequitur principale*, de donde derivaba la

---

<sup>52</sup> LUCREZI, F., *La "tabula picta" tra creatore e fruitore*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 79 ss.

discusión a propósito de cuál fuera la cosa principal y cuál la accesoria. Justiniano zanjó la discusión: lo accesorio es la tabla y lo principal la pintura. Pero no se conformó con establecer la norma, sino que además lo argumentó: sería ridículo que un cuadro de Apeles o de Parrasio<sup>53</sup> cediesen en favor de una miserable tabla (*ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere*). Esta motivación implica reconocer el trabajo del autor, el resultado de su esfuerzo, situación semejante a lo que sucede en aquellos casos de especificación.

En la segunda parte del fragmento justinianeo se recogen las consecuencias jurídicas desde el punto de vista procesal del principio sustantivo establecido con anterioridad. Como I.2.1.34 es prácticamente una reproducción literal de *Gai. 2.78*, salvo algunas pequeñas cuestiones de estilo y redacción, puede decirse lo que ya hemos dicho *ut supra*, que los mecanismos procesales al alcance de las partes dependerán de si el dueño de la tabla tiene la posesión o no; de si hubo buena o mala fe por parte del pintor, añadiéndose como novedad la protección de la *actio furti* al *dominus tabulae* que no posea frente a quien hubiera hurtado la tabla. El texto no plantea el supuesto de que el poseedor de la tabla sea un tercero ajeno al *dominus tabulae* y al pintor, sobreentendiéndose que también será ejercitable la *actio furti*. Por

---

<sup>53</sup> Ambos artistas fueron unos destacados y afamados pintores en la antigüedad clásica griega, que desarrollaron su actividad entre los siglos V y IV a. C., diez siglos antes de realizarse la compilación justinianeña.

consiguiente, Justiniano calificó como *furtum* la sustracción de la tabla ajena sobre la que se pinta, calificación que no utilizó en los casos de *specificatio*, porque en la *pictura* no cabe la solución de la reversibilidad o irreversibilidad de la obra nueva para adjudicar la tabla; la reversibilidad del cuadro conlleva la destrucción de la obra en favor de una miserable tabla (*vilissimae tabulae*).

### 3.1.2. DERECHO INTERMEDIO: PARTIDAS

De nuevo acudimos a las Partidas, fiel reflejo del derecho romano, y al igual que sucede con la especificación la única referencia que se encuentra en el derecho intermedio español es en P. 3, tit. 28, ley 37: *Si ome pinta en tabla agena alguna cosa, cuyo debe ser el señorio*<sup>54</sup>. En esta ley alfonsina de evidente inspiración romano justiniane, aunque se rinde homenaje al arte no se citan los nombres de los pintores Apeles y Parrasio como en I.2.1.34. Además, en esta disposición se prescinde de ejemplos y casuismos, a la vez que se ordena en tres partes dispositivas.

---

<sup>54</sup> P. 3, tít. 28, ley 37: *Si ome pinta en tabla agena alguna cosa, cuyo debe ser el señorio Pintando algund ome en tabla, o en viga agena, alguna ymagen, o otra cosa qualquier; si ovo buena fe, en pintandola, cuydando que aquello en que lo pintava era suyo, e que lo podría fazer con derecho; estonce el pintor gana el señorio de la tabla, o de la cosa en que lo pinto y, e es suya, tambien como aquello que pinta y. Pero tenudo es, de dar a aquel cuya era la tabla, tanto quanto valia, por ella. Mas ovo mala fe en pintandolo, sabiendo que era agena aquella cosa en que lo pintava para si; estonce pierde la pintura, e debe ser de aquel cuya era la cosa en que la pinto. Ca semeja, que pues que el sabia que la tabla era agena, que queria dar a aquel cuya era, aquello que pintava y. Esso mismo dezimos que seria, si alguno que debuxasse, o entallasse para si en piedra, o en madero ageno. Ca si lo fiziesse por mandado de aquel cuya era la madera, el señorio de lo que assi fuesse pintado, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer. Pero devele dar su precio, por el trabajo que llevo en pintarlo, o entallarlo.*

Una primera, en la que se indica que la *tabula picta*, el cuadro, será del pintor siempre que lo haya hecho de buena fe, es decir, creyendo que la tabla en la que pintaba era suya y que lo podía hacer por derecho, circunstancia en la que se le exige que indemnice al dueño de la tabla su valor. El autor de la ley diferencia perfectamente entre la tabla en la que se pinta y el resultado de lo pintado (*estonce el pintor gana el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pinto y, e es suya, tambien como aquello que pinta y*); de ello se infiere la presencia de dos elementos, la tabla y la pintura, y un resultado, el cuadro (*nova species*). Obviamente, el resultado es irreversible pues la obra de arte desaparecería, lo que nos aproxima a al supuesto de la *specificatio*, con la misma consecuencia, que el propietario será el artista que hizo la obra nueva.

En la segunda parte, que es la que más nos interesa, se apunta al caso en el que el pintor procediera de mala fe y pintara con conocimiento de causa, es decir, sabiéndolo, en una tabla ajena; en tal situación el propietario de la obra resultante será el dueño de la tabla. Curiosamente, esta decisión se justifica en una presunción, sin duda insostenible, pues indica que en tal caso el artista quiso hacer un obsequio con aquello que pintaba, (*queria dar a aquel cuya era, aquello que pintava*) lo que no se sustenta a falta de otras pruebas<sup>55</sup>. Ciertamente, el legislador alfonsino evita

---

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo II, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Librería de Sánchez, 1871, p. 108.

calificarlo de hurto y directamente decide la sanción del comportamiento fraudulento: la propiedad del cuadro será del dueño del material sobre el que se ha pintado, como si se hubiera utilizado con resultado favorable una *actio reivindicatoria*.

Y en la tercera parte, sin duda poco afortunada, se hace una equiparación entre el pintor y el escultor, indicando que quien lo haya encargado debe pagar por el trabajo en pintarlo o esculpirlo. Se preguntaba, acertadamente, Benito Gutiérrez si esto tenía algo que ver con la accesión, reconociendo lo poco feliz que había estado el legislador con esta disposición<sup>56</sup>. Sin embargo, nos permite insistir en la idea de la aproximación que existe entre la *specificatio* del escultor y el pintor cuando trabajan material ajeno, por ejemplo, con una tabla (madera), y realizan con su trabajo una obra nueva irreversible. Salta a la vista la enorme afinidad jurídica que existe entre ambas instituciones.

### 3.2. *TEXTURA Y SCRIPTURA*

#### 3.2.1. DERECHO ROMANO

Por lo que respecta a la *textura* se produce la accesión cuando en una tela se hacía un bordado o un entretejido, de tal forma que los hilos utilizados pasaban a ser propiedad del dueño de la tela<sup>57</sup>. Esta solución, como tal, es justiniana, la

<sup>56</sup> GUTIÉRREZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo II, ibídem.

<sup>57</sup> CASINOS MORA, F.J., *Iuris civilis notae ad vestem seu textile pertinentes: Notes on Dress in Roman Property Law*, en *Revista Diálogos Mediterrânicos*, n.º 13,

jurisprudencia clásica no tuvo un criterio unánime. Es más, Gayo ni tan siquiera menciona tal modo de accesión, sin embargo, sí lo contempla el emperador Justiniano en I.2.1.26.

I.2.1.26.- *Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento: et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictionem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.*

Este fragmento justinianeo es el único que nos informa del supuesto de la *textura*; la solución que aporta podría compararse con lo establecido en D.10.4.7.2 (*Ulp. 24 ad ed.*)<sup>58</sup> en donde el jurista Ulpiano indica que cuando a un armario o a una nave se hubiera añadido una tabla ajena, o a una taza un asa, o a una copa un bajo relieve, o a una estatua un brazo, o a un vestido hilos de purpura, *purpuram vestimento intexeris*, el dueño de la tela o del vestido podrá ejercitar la *actio ad exhibendum*, circunstancia que no se recoge en el texto de Justiniano quien atribuye la propiedad directamente al dueño del vestido aun

---

2017, p. 34.

<sup>58</sup> D.10.4.7.2 (*Ulp. 24 ad ed.*) *Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut bracchium statuae coadunaveris.* Este texto presenta varias interpolaciones, IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 267 nt. 135.

cuando los hilos incorporados sean de más valor; por ello, al dueño de la *purpura* ajena le otorga la *actio furti* y la *conductio furtiva* para obtener el resarcimiento del valor de los hilos, una indemnización, por lo que estaríamos más próximos a un caso de *specificatio*. Es decir, se trataría de un supuesto en el que ha habido mala fe y, por consiguiente, sería una apropiación calificada de hurto igual que cuando se dispone de una cosa ajena contra la voluntad de su dueño. En definitiva, si la cosa ha sido hurtada, se tendrá contra el ladrón la *actio furti* y la *conductio furtiva*, en caso contrario la *actio ad exhibendum* y la *rei vindicatio*<sup>59</sup>.

En lo referente a la *scriptura*, modo de accesión entre cosas muebles, que consiste en que una persona escribe sobre material ajeno, ya sea pergamino, tablillas enceradas, papiros, etc., suscita la duda de si el propietario deberá ser el dueño del material o el autor que hizo el escrito. Para Gayo<sup>60</sup>, lo que alguien escribiera en material ajeno, aunque lo hiciera con letras de oro, le pertenecerá al dueño del material, y apostilla la razón: “porque las letras ceden al papel o pergamino (*quia litterae cartulis siue membranis cedunt*)”. Ahora bien, ante tal adjudicación del resultado de la escritura el autor tiene derecho a ser indemnizado

<sup>59</sup> ARNÓ, C., *Textura*, en *Mélanges Paul Frédéric Girard: études de droit romain dédiées à M.P.F. Girard à l'occasion du 60<sup>e</sup> anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, Paris, 1912, 1979), pp. 29 ss.

<sup>60</sup> *Gai. 2.77. Eadem ratione probatum est, quod in cartulis siue membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae cartulis siue membranis cedunt: itaque si ego eos libros easue membranas petam nec inpensam scripturae soluam, per exceptionem doli mali summoueri potero (Idem Gai. Epit. 2.1.4).*

por los gastos de la misma, de tal modo que deberá ser indemnizado por ello, y en caso de no serlo podrá defenderse con la *exceptio doli mali*, obviamente, siempre que lo hubiera hecho de buena fe, como consta en I.2.1.33. A diferencia de los supuestos de *pictura* y de *textura* para nada se concede la *actio furti* ni la *condictio furtiva*, pues se entiende que ordenada la pertinente indemnización no se considera que hubiera un caso de *furtum*, pues el resultado del escrito no se consideró por la jurisprudencia romana un caso de *nova species*, circunstancia difícil de mantener en el derecho vigente.

### 3.2.2. DERECHO INTERMEDIO: PARTIDAS

Del supuesto de la *textura* no encontramos en Partidas ninguna ley que se refiera a ella, sin embargo, sí encontramos una ley mediante la cual se regula la adjudicación de la propiedad en el caso de la *scriptura*. Es verdad que son supuestos diferentes, pero mientras que en las fuentes jurídicas romanas no se encuentra ninguna que haga alusión al delito de *furtum* en el caso de la *scriptura*, sí lo encontramos en Partidas, y a la inversa mientras que en derecho romano no se califica el uso de material ajeno para la *scriptura*, o al menos no hay fuentes que lo atestigüen como delito de hurto, sí que aparece en Partidas. Por ello utilizamos el caso de la *scriptura*, por cuanto pueda servir de parangón para otros supuestos de accesión entre cosas muebles, dado que necesariamente el rey Sabio tuvo que inspirarse en el ordenamiento jurídico romano.

Nuestro derecho histórico fue un extraordinario receptor del ordenamiento jurídico romano y de sus principios, si bien determinadas instituciones fueron progresivamente cambiando; una de ellas fue el régimen jurídico de la *scriptura*, debido a que el concepto de cosa principal y cosa accesoria fue paulatinamente modificándose. Ello no obsta para que Alfonso X influido por el derecho romano regulara la atribución de la propiedad cuando un autor escribe una obra en material ajeno, diferenciando perfectamente si la utilización de ese material ajeno lo ha sido de buena o de mala fe. Ello consta en *P. 3, tít. 28, ley 36 Quando un ome escribe libro en pargamino ageno, cuyo debe ser el libro*<sup>61</sup>.

El régimen jurídico que sigue el cuerpo legislativo de Partidas en nada difiere del romano. Así, cuando alguien ha escrito un libro en material ajeno, el libro será del dueño del pergamino. Pero si el autor lo hizo de buena fe creyendo que el material era suyo, deberá pagar al dueño del pergamino por el valor del material. Por el contrario, si lo escribió sabiéndolo, es decir, de mala fe, que el material era ajeno, en este caso perderá lo escrito en favor del dueño del pergamino. Esta circunstancia

---

<sup>61</sup> *P. 3, tít. 28, ley 36 Quando un ome escribe libro en pargamino ageno, cuyo debe ser el libro. Escriviendo algund ome en pergamino ageno algund libro de versos, o de otra cosa qualquier, este libro atal debe ser de aquel cuyo era el pargamino en que lo escribiere. Pero si aquel que lo escrivio, ouo buena fe en escriviendolo, cuidando que era suyo el pargamino, o que avia derecho de lo fazer; si el libro quisiere aver aquel cuyo es el pargamino, debe pagar al otro, por la escritura que y escrivio, aquello que entendieren omes sabidores, que meresce porende. Mas si oviesse mala fe en escriviendolo, sabiendo que el pargamino era ageno, estonce pierde el la escritura, e es tenudo de dar el libro a aquel cuyo era el pargamino; fueras ende, si lo oviesse escrito por precio conocido: ca estance tanto le debe dar por el, quando le prometio.* (Este apéndice final es una novedad del rey Sabio respecto el derecho romano jurisprudencial).

no se califica como hurto, pero está prevista la sanción: *Mas si oviesse mala fe en escriviendolo, sabiendo que el pargamino era ageno, estoncse pierde ella escritura, e es tenudo de dar el libro a aquel cuyo era el pargamino.* Son, pues, soluciones absolutamente incompatibles con la vigente regulación dirigida a proteger los derechos del autor.

#### 4. CONCLUSIONES

1. En derecho romano cuando alguien se apropiaba de una cosa ajena contra la voluntad de su dueño para transformarla en una *nova species* cometía un delito de hurto (*furtum rei*). Ahora bien, esta genérica afirmación necesita algunas precisiones. Mediante la *specificatio*, como modo originario de adquisición de la propiedad, el especificador hace una cosa nueva (*nova species*), discutiéndose quién será finalmente el dueño, pero no soslayándose nunca los derechos del propietario de la materia. Cuando el autor de la especificación haya obrado de buena fe todo se resuelve con una indemnización, pero el problema surge cuando la actuación ha sido de mala fe, circunstancia que se produce cuando se ha utilizado una cosa ajena sabiéndose que no era suya. En estos casos se cometía un delito de *furtum*.

2. Para que se considerara la existencia de un delito de *furtum* era necesario que se hubiera actuado con *dolus*, pero con *dolus malus*, ya que *furtum sine dolo malo non committitur* (Gai. 3.197; P.S. 2.31.1; D.47.2.50.2). La persecución del delito de *furtum* en los supuestos de *specificatio*, según informan Gayo y Ulpiano, tuvo lugar mediante

dos remedios procesales: la *actio furti* y la *condictio furtiva* (*Gai.* 2.79: *furti ... habere actionem; nec minus ... condictione;* D.47.2.52.14 (*Ulp.* 37 *ad ed.*): *furti agere vel condictione.*).

3. A diferencia de Gayo y Ulpiano, Justiniano en I.2.1.25, texto basado en *Gai.* 2.79, casi *ad pedem litterae*, omite cualquier referencia a la comisión de *furtum*, y ello porque tal vez consideró resuelto el problema diferenciando los supuestos de especificación según fueran reversibles o irreversibles, circunstancia que al parecer resolvía la denuncia delictiva al adjudicarse definitivamente la propiedad bien en un caso al dueño de la materia bien en otro al especificador. El emperador se limitó en el texto a ampliar el casuismo de Gayo con la posibilidad de que el nuevo objeto fuera realizado por el especificador con materia propia y con materia ajena; en este caso no rige la *media sententia* ya que el dueño del nuevo objeto será el especificador. Ahora bien, deberá indemnizar al dueño de la materia, quien por consiguiente se verá privado de la *actio furti* y de la *condictio furtiva*.

4. La influencia de las *Instituta* de Justiniano es una realidad en el texto de P. 3, tít. 28, ley 33. El rey Sabio, por primera vez, utiliza el criterio de la buena y de la mala fe en el uso de la materia ajena para atribuir la propiedad de la *nova species* al propietario de la materia o al especificador. Asimismo, se omite toda referencia al delito de *furtum*, de ahí que cuando se actuaba de mala fe se establecía la condena al especificador: *el que la hizo pierde la obra y las espensas invertidas*, que en cierto modo son las consecuencias de haber cometido *furtum*. Y se obraba de mala fe cuando quien elaboraba

cosas *ex novo* era plenamente sabedor de que el material no era suyo sino ajeno (*sabiendo que aquello de que lo faze, que es ageno*).

5. Por lo que respecta a lo que en la investigación se ha denominado “figuras afines” a la especificación, los casos de accesión entre cosas muebles tales como la *pictura*, la *textura* y la *scriptura*, indicar que con independencia que no fueran considerados casos de *specificatio* por la jurisprudencia romana, se han observado ciertas semejanzas jurídicas por cuanto los resultados en todos los casos son una *nova species* diferente a la materia original con la que han sido realizadas (tablas, lana, pergaminos, etc.), con una diferencia bien importante, y es que siempre son cosas nuevas irreversibles por cuanto no podrán volver a su estado original salvo que se proceda a su destrucción. Póngase por ejemplo un cuadro, un vestido o un libro, todos ellos realizados con materiales ajenos. Es decir, que siempre que se hubiera hecho con materia de otro sin su autorización e interviniendo mala fe, se trataría de un delito de *furtum*. La razón es muy sencilla: no tiene sentido que a idénticos resultados (*nova species*) se concedieran soluciones diferentes.

6. En los supuestos de *pictura* tanto en *Gai.* 2.78 como en I.2.1.34 los mecanismos procesales al alcance de las partes se hacen depender de si el dueño de la tabla tiene la posesión o no; de si hubo buena o mala fe por parte del pintor, añadiéndose la protección de la *actio furti* al *dominus tabulae* que no posea frente a quien hubiera hurtado la tabla. El texto justinianeo no plantea el supuesto de que el poseedor de la tabla sea un tercero ajeno al *dominus tabulae* y al pintor, sobreentendiéndose que también será

ejercitable la *actio furti*. Por consiguiente, Justiniano calificó como *furtum* la sustracción de la tabla ajena sobre la que se pinta, calificación que no utilizó en los casos de *specificatio*, porque en la *pictura* no cabe la solución de la reversibilidad o irreversibilidad de la obra nueva para adjudicar la tabla; la reversibilidad del cuadro conllevaría la destrucción de la obra en favor de una miserable tabla (*vilissimae tabulae*).

7. En el derecho intermedio, P. 3, tít. 28, ley 37 refiere la regulación de la adjudicación de la propiedad cuando se pinta en una tabla ajena, aunque se omiten todas las referencias al delito de hurto, si bien se indica que cuando el pintor procediera de mala fe, pintando en tabla ajena con conocimiento de causa, que la obra resultante sea del dueño de la tabla. Por el contrario, si la *tabula picta* fue realizada de buena fe, que el cuadro sea para el pintor, aunque deberá indemnizar por su valor al dueño del material.

8. En los supuestos de *textura*, no mencionados por Gayo, pero si por Ulpiano, D.10.4.7.2 (24 *ad ed.*) y por el emperador Justiniano, I.2.1.26, cuando se hubieran añadido en un vestido hilos de purpura, *purpuram vestimento intexeris*, el dueño del vestido podrá ejercitar la *actio ad exhibendum*, si bien el emperador le concede al dueño de la *purpura* ajena la *actio furti* y la *condictio furtiva* para obtener el resarcimiento del valor de los hilos, de donde se deduce la proximidad con la solución dada a los casos *specificatio*. Es decir, se trataría de un supuesto en el que ha habido mala fe y, por consiguiente, un hurto. En

consecuencia, si la cosa ha sido hurtada, se tendrá contra el ladrón la *actio furti* y la *condictio furtiva*, en caso contrario la *actio ad exhibendum* y la *rei vindicatio*.

9. Finalmente, para los supuestos de *scriptura*, a diferencia de los supuestos de *pictura* y de *textura*, para nada se concede la *actio furti* ni la *condictio furtiva*, pues se entiende, según I.2.1.33, que ordenada la pertinente indemnización no se considera que hubiera un caso de *furtum*, pues el resultado del escrito no se consideró por la jurisprudencia romana un caso de *nova species*, circunstancia difícil de mantener en la actualidad. Y en la misma línea P. 3, tít. 28, ley 36, que diferencia si la utilización del material ajeno manejado para escribir lo ha sido de buena o de mala fe. De tal modo que, si se escribió sabiendo que el material era ajeno, es decir, con mala fe, el autor perderá lo escrito en favor del dueño del pergamo u otro material utilizado. Aunque esta circunstancia no fue calificada como hurto, sí tuvo prevista su sanción: perder el escrito en favor del dueño del material.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- . ALBANESE, B., *s.v. furto (storia)*, en Enciclopedia del Diritto XVIII, Varese, Giuffrè, 1969, pp. 313-318.
- . ARNÓ, C., *Textura*, en Mélanges Paul Frédéric Girard: études de droit romain dédiées à M.P.F. Girard à l'occasion du 60<sup>e</sup> anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912), Paris, 1912, 1979), pp. 27-34.

- . ASTOLFI, R., *Sabino e il furtum fundi*, SDHI, 51, 1985, pp. 402-406.
- . AYMERICH RENTERÍA, R., *La especificación en el Código civil*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 40, n.º 4, 1987, pp. 1149-1232.
- . BALZARINI, M., s. v. *Specificazione. Diritto romano*, en Novissimo Digesto Italiano XVII, Torino, UTET, 1970, ristampa 1982, pp. 1084-1087.
- . BARTOCCI, U., *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritto degli autori*, Torino, Giappichelli, 2009.
- . BATTAGLIA, F., *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padova, CEDAM, 2012.
- . BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 1942.
- . BRASIELLO, U., s.v. *furto (Diritto romano)*, en Novissimo Digesto Italiano VII, Torino, UTET, 1961, ristampa 1981, pp. 691-693.
- . CASINOS MORA, F.J., *Iuris civilis notae ad vestem seu textile pertinentes: Notes on Dress in Roman Property Law*, en Revista Diálogos Mediterrânicos, n.º 13, 2017, pp. 21-35.
- . CÓRCOLES, E., *El hurto en el derecho visigodo*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2006.
- . DELI, G., *Einige Gedanken über die specificatio bei Gaius*, en RIDROM n.º 11, 2013, pp. 61-87.

- . FERRINI, C., *Appunti sulla dottrina della specificazione*, BIDR, 1889, pp. 182-246.
- . FLORIA HIDALGO, M.<sup>a</sup> D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1991.
- . FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Furtum de inmuebles*, en *Varia studia*: libro homenaje al Prof. Dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario (coord. por M. Fuenteseca Degeneffe, M. Barcia Lago), Pontevedra, Diputación de Pontevedra, 2015, pp. 519-528.
- . FUENTESECA DEGENEFFE, M., *Actio furti y reparación de daños*, en *Seminarios complutenses de derecho romano: revista internacional de derecho romano y tradición romanística*, n.<sup>o</sup> 28 (En memoria de José María Coma Fort), Madrid, 2015, pp. 369-380.
- . GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovene, 1997.
- . GUTIÉRREZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo II, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Librería de Sánchez, 1871.
- . IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1990.
- . IMPALLOMENI, G., *s. v. Specificazione (dir. rom.)*, en *Enciclopedia del Diritto* XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 267-270.
- . KASER, M.-KNÜTEL, R.-LOHSSE, S., *Derecho privado romano*, (trad. esp.), Madrid, BOE, 2022.

- . KRAFT, CH., *Bona fides als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch Specificatio*, en Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit = The legal history review, n.º 3, 2006, pp. 289-318.
- . LEESEN, T., *Produced and Bottled in Rome - Who Owned the Wine? The controversy about "Specificatio"*, en Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, n.º 53, 2006, pp. 265-282.
- . LONGO, G., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, CEDAM, 1962.
- . LÓPEZ-RENDO, M.ª DEL C., *La tabula picta y su recepción en el derecho español*, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo V. Derechos reales, Madrid, BOE, 2021, pp. 441-506.
- . LUCREZI, F., *La "tabula picta" tra creatore e fruitore*, Napoli, Jovene, 1984
- . MONTEVERDI, D., *Tabula picta*, en Index: Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law, n.º 47, 2019, pp. 103-135.
- . MURILLO VILLAR, A. – MURILLO VILLAR, H., *Partida 3, tít. 28, ley 33: punto de conexión entre el derecho romano y la regulación de la especificación en el vigente derecho español*, en Estudos em Homenagem ao Sr. Prof. Dr. António dos Santos Justo, Coimbra (Portugal), Universidad de Coimbra, 2024, pp. 535-570.
- . OURLIAC, P. – DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico. Tomo II. Los bienes* (trad. esp.), Barcelona, Bosch, 1963.

- . ROPENGA, Ph., *L'intelligence artificielle, une chose nouvelle?*, en RIDROM [on line] 29-2022, pp.158-335.
- . SCAEVOLA, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo VI, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, 1895.
- . TORRENT, A., *s. v. specifikatio*, en Diccionario de derecho romano, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 1235 ss.
- . TORRENT, A., *Concurrencia y paralelismos entre la actio legis aquiliae y la actio furti*. RIDROM [on line], 26-2021, pp. 1-63.
- . VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di diritto romano), Milano, Giuffrè, 1952.
- . WEISS, E., *s. v. Specificatio*, en Paulys Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft, III A-2, 1929, (reed. 1991), p. 1551.
- . ZIMMERMANN, R., *Furtum*, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, pp. 753-783.



ISSN 1989-1970

Octubre-2025  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**Recensión a BERNARDO PERIÑAN GÓMEZ: *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, Comares, 2024, ISBN: 978-84-1369-717-8, 636 páginas.**

**Javier Roncero Núñez**

Contratado predoctoral FPU

Universidad Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0009-0004-3277-8914>

**(RONCERO NÚÑEZ, Javier. Recensión a BERNARDO PERIÑAN GÓMEZ: *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad* 2023, Comares, ISBN: 978-84-1369-717-8, 636 páginas. RIDROM [on line]. 35-2025. ISSN 1989-1970, pp. 336-342. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

El Libro que vengo a reseñar, *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad*, se presenta en una edición muy cuidada; está coordinado por el Prof. Dr. Bernardo Periñán Gómez y editado por los profesores Carmen Cortés Román, Anna Karabowicz, Aurora López Güeto y Francisco J. Tejada Hernández. La obra recoge el fruto del esfuerzo de treinta y cinco autores dedicados a desgranar analizar el derecho de la persona, primera distinción que hace Gayo sobre las secciones del Derecho.

En efecto, esta obra, que tengo el placer de comentar, muestra la gran variedad de cuestiones que giran en torno a las nociones de «sujeto» y «persona» en el mundo romano. El hecho de que el presente libro contenga siete secciones, a saber; «Sujeto individual, Derecho y libertad», «Sujeto colectivo y Derecho», «Mujer y Derecho», «Sujeto y familia», «Sujeto y ciudadanía», «Sujeto y negocio», y «Sujeto y Derecho penal», da testimonio del grado de minuciosidad y exhaustividad con el que se ha tratado esta cuestión.

No solo la variedad temática está presente, sino que la importancia del volumen deriva también de la internacionalización de la obra en la que participan autores de diversas nacionalidades poniendo en valor la influencia del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos actuales de base romanística.

Este aspecto lo encontramos muy presente al tratar cuestiones que van más allá del propio ámbito romano, analizando la recepción de instituciones jurídicas romanas en los sistemas jurídicos actuales, por tanto, el libro no solo resulta de gran utilidad e interés para la romanística, sino también para el campo del Derecho Comparado, público -como los trabajos de Adame Goddard o Sitek- y privado - como el estudio de Mirta Beatriz Álvarez sobre tutela en Roma y el Código Civil de Argentina-, reforzando su interdisciplinariedad.

La primera sección «Sujeto individual, Derecho y libertad», agrupa en seis capítulos, cuestiones fundamentales sobre la dificultad de la idea de personalidad jurídica romana, desde la situación del *nasciturus* (Polo Arévalo), la diferencias entre capacidad jurídica y de obrar (Wallinga), y los cambios que acontecen con el cristianismo (Longchamps de Berier). Por supuesto, la capacidad jurídica no es igual para todos en Roma, y de ahí los capítulos sobre los siervos (Rodríguez Montero) y las diferentes acepciones que tiene el término *famuli* en las fuentes (Cuena Boy).

La segunda sección «Sujeto colectivo y Derecho», incluye diferentes aportaciones acerca de los derechos que pueden tener entidades con capacidad jurídica, pero sin individualidad humana. En ese sentido, se trata la situación jurídica de sujetos como el Fisco Romano y su titularidad sobre los bienes que lo componen (Adame

Goddard), los municipios (Sitek), o los derechos del propio Estado romano (Henar Murillo Villar) o el *populus* (Seffair y Benarrós).

No debemos olvidar que, en la sociedad romana, sobre todo con el transcurso de los siglos, la mujer alcanza más importancia en el ámbito jurídico y precisamente la tercera sección «Mujer y Derecho» recoge interesantísimas investigaciones acerca de una cuestión hasta hace no mucho ignorada en nuestra disciplina, que es el papel de la mujer en Roma. En efecto, el libro avanza en materias como la participación de las mujeres en los negocios jurídicos (Cortés Román), su papel en el matrimonio (Fuenteseca Degeneffe), en el orden sucesorio (Seda Hermosín) y sus propias limitaciones en la vida jurídica (García Fueyo). Además, incluye minuciosas investigaciones en cuestiones singulares como el protagonismo, ya en época republicana, de algunas mujeres (Martín Moro) o la recepción de derechos y restricciones de las mujeres existentes en Roma en el Derecho medieval (Fernández Vizcaíno).

La cuarta sección «Sujeto y familia» abarca cuestiones de gran interés como el papel del *pater familias* y su poder dentro del ámbito familiar romano (Kursa, García Gérboles), o la regulación del rapto (Domínguez López, Díaz-Bautista Cremades). Además, encontramos investigaciones acerca de la propia noción de *familia* (Herrero Medina), o el cese de la obligación de prestar alimentos por autosuficiencia del alimentista (López-Rendo Rodríguez).

La quinta sección «Sujeto y ciudadanía» aglutina tres capítulos que se enfocan en un hecho relevante a la hora de determinar los derechos de la persona, en concreto sobre el *status civitatis*. En esa línea, versan aportaciones sobre el tratamiento jurídico de los *peregrini* a la luz de las Instituciones de Gayo (López Güeto), del grado que el concepto de dignidad puede ejercer (Parra Martín) e, incluso, de grupos más específicos como los niños extranjeros (Karabowicz).

Que en el Derecho Romano el grado tanto de capacidad jurídica como de obrar influye en el devenir de los negocios jurídicos es una cuestión sobre la cual gira la siguiente sección «Sujeto y negocio». Numerosas excepciones o limitaciones podían dejar sin efecto los acuerdos, tanto por voluntad propia del sujeto y, en ese sentido, encontramos el trabajo acerca de la reserva mental (Alfonso Murillo Villar); como aquellas modificativas de la capacidad jurídica, y aquí incluimos capítulos acerca de la actuación del pupilo en negocios jurídicos (Prado Rodríguez), del *pater furiosus* (Gutiérrez Masson), la tutela (Mirta Beatriz Álvarez) y el pródigo (Domínguez Tristán). Además, a partir de las últimas modificaciones legislativas, el régimen de capacidad jurídica y de obrar ha variado sustancialmente con respecto al Derecho Romano precisamente su análisis cierra este apartado (Pendón Meléndez).

Ya desde el periodo arcaico se perseguían y se sancionaban públicamente conductas que transgredían y atacaban el orden social, aquellas que merecían un reproche y, sobre ello, versa la última sección de esta obra, «Sujeto y Derecho penal». La responsabilidad que tiene el sujeto como individuo en la comisión de esos actos reprochables es tratada de manera exhaustiva en el primer capítulo de esta sección (González Romanillos), para continuar con la situación específica de los delitos de furto y robo (Cabral Kanzler y da Silveira Pignata) y terminar con la validez de determinados negocios jurídicos que habían realizado los que, posteriormente acusados de *maiestas*, se suicidaban (Haldón Contreras). Finaliza esta sección y como colofón de la obra, el profundo trabajo del profesor Rodríguez Ennes acerca del instituto de la *provocatio ad populum* y su evolución configuradora en el procedimiento romano.

En definitiva, si de rigurosidad e integridad se trata, el libro colectivo *El sujeto de derecho. Experiencia jurídica romana y actualidad* cumple perfectamente con estos objetivos a los que debe aspirar cualquier obra que reúna múltiples aportaciones de distintos autores.

En efecto, esta obra no se limita al tratamiento del derecho de personas sino que incluye temas tan variados como Negocios jurídicos, Derecho Penal, Derecho de familia en la medida en que son temas interconectados con la situación de la persona. Por todo ello, es un trabajo de obligada consulta para los estudiosos del Derecho Romano, pero también para los colegas de otras disciplinas porque pone de manifiesto, que muchas de las instituciones jurídicas del Derecho de Personas romano impregnan nuestros ordenamientos jurídicos actuales.

Javier Roncero Núñez

*Contratado Predoctoral FPU*

*Universidad Autónoma de Madrid*



ISSN 1989-1970

Octubre-2025  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Recensión a FEDERICA BERTOLDI: *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, Roma TrE-Press, 2025, ISBN: 979-12-5977-442-2, 257 páginas.

Ana Vázquez Lemos  
Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo  
<https://orcid.org/0009-0000-0853-3109>

(VAZQUEZ LEMOS, Ana. Recensión a Federica Bertoldi: *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, Roma TrE-Press, 2025, ISBN: 979-12-5977-442-2, 257 páginas.  
RIDROM [on line]. 35-2025.ISSN 1989-1970, pp.343-358.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

El término *situazione affidante* fue acuñado por primera vez por Lupoi; con él se comprenden los encargos fiduciarios que a veces son “espontáneos, a veces negociados, a veces connaturales a la situación, a veces no deseados, a veces impuestos”. Según dice la prof. Federica Bertoldi, autora del libro *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, es un concepto de creación bastante reciente en el derecho civil, que nace en el seno del debate sobre la existencia del negocio fiduciario en nuestro sistema jurídico.

Para Bertoldi, los orígenes de esta institución son recientes y se sitúan en el ámbito del derecho civil. Se origina en el debate que se desarrolló en torno a la existencia del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, este original trabajo de investigación, partiendo de la noción *situazione affidante*, se ha dirigido a analizar precisamente las distintas hipótesis de encargo fiduciario *mortis causa*, desde un punto de vista de comparación diacrónica.

De hecho, en el derecho romano, de acuerdo con la doctrina más reciente, la *fiducia* romana era un negocio jurídico muy primitivo, de causa múltiple y anómalo, que habría sido utilizado en las hipótesis más dispares: en el derecho de las personas, el derecho patrimonial y en el derecho sucesorio.

Sin embargo, no todas las hipótesis de encargo fiduciario presentes en el derecho romano pueden considerarse técnicamente *fiducia* en el sentido más estricto de la palabra, sino que a menudo son situaciones simplemente asimiladas o derivadas, si no aplicaciones de un esquema jurídico en un contexto formal.

Por lo tanto, como afirma Bertoldi, la tendencia dirigida a ampliar la noción de fiducia también ha resultado atractiva para la materia sucesoria.

A este respecto, la literatura, incluso en el derecho intermedio, utiliza la expresión “fiducia sucesoria” para hacer alusión al testamento liberal romano y al fideicomiso, esta última institución desarrollada más allá del ordenamiento romano, es decir, desde el derecho medieval hasta el anterior a la Revolución francesa.

Bertoldi analiza las “situaciones de confianza” *mortis causa* y aunque la expresión *situazione affidante* fue acuñada recientemente, la utiliza también como clave de lectura también respecto a las fuentes romanas, lo cual sirve, por un lado, para delimitar mejor y mantener dentro de sus fronteras la fiducia romanística y, por otro lado, para extender a otras hipótesis la categoría de los encargos fiduciarios.

El punto de partida para la autora es la *mancipatio familiae*, que es la institución más arcaica y representa la primera forma de testamento libral. Gayo nos presenta la *mancipatio familiae* como un encargo fiduciario del patrimonio, en cuanto una persona (*familiae emptor*) recibía los bienes en lugar de un heredero, con el encargo luego de redistribuirlos a las personas indicadas (Gai 2,102). Se discute si se trataba de una verdadera transferencia de la propiedad pero, según la autora, en esta forma de *mancipatio* faltaba el efecto traslativo.

Otra figura de situación de confianza *mortis causa* es el fideicomiso que tiene origen en época republicana. Este requiere un acto dispositivo *mortis causa*, acompañado de un ruego del testador de restituir un bien o una parte de bienes a otro sujeto (fideicomisario) distinto al heredero o legatario.

Para la autora, a pesar de las fuertes similitudes y de las teóricas derivaciones, el fideicomiso es una institución distinta de la fiducia, como pone de relieve Probo (Prob.5.13).

Por lo que atañe al fideicomiso universal, este es un paradigma de situación de confianza que requiere la colaboración del heredero, ya que debía aceptar la herencia para hacer operativo el fideicomiso.

El fideicomiso universal tiene dos modalidades principales, descritas por la autora:

La primera hace alusión a fideicomisos que prevén la restitución durante la vida del heredero, y esta modalidad prevé a su vez, dos casos diferentes: el *heres fiduciarius* que, en el período en que es propietario del patrimonio, hace suyos los beneficios (*commoda*), y el *heres fiduciarius*, mero *minister*, que no se apropia de los beneficios de la herencia.

La segunda modalidad se refiere a los fideicomisos que contemplan la restitución después de la muerte del heredero. Aquí estamos frente a la sustitución fideicomisaria en la cual se pueden reconocer los primeros indicios del fideicomiso de familia.

En el Digesto son numerosos los pasajes que hacen referencia a las instituciones de heredero a los cuales se pide transferir la herencia a terceros sujetos, según afirma Bertoldi. Tal transferencia, si el testador no contempla otra cosa, opera desde el momento mismo de la aceptación de la herencia. No obstante, afirma Bertoldi, hay fragmentos del Digesto en los que el *heres fiduciarius* está obligado a transferir la herencia al verificarse un determinado evento, como el alcanzar una edad concreta por parte del fideicomisario.

En tales situaciones, en el caso de que el fiduciario hubiese fallecido antes de la edad indicada por el *de cuius*, los juristas se preguntaron si el *heres fiduciarius* podía retener los bienes o debía en cualquier caso transferirlos al heredero legítimo del beneficiario premuerto.

Además, dado que durante un cierto tiempo los bienes permanecían en la propiedad del heredero, surgió el problema de determinar a quién pertenecían los frutos. A estas cuestiones hacían referencia dos pasajes del Digesto, uno de Javoleno y otro de Papiniano (D.36.1.48, D.22.1.3.3).

Estos textos delimitan la figura del *heres fiduciarius* privado de *commoda, nudus minister*, donde la ventaja económica se transfiere al fideicomisario.

Una modalidad ulterior de fideicomiso que toma en consideración la autora es la sustitución fideicomisaria, que prevé la transferencia de bienes al fideicomisario solo en el momento de la muerte del heredero, o después de su muerte (*cum heres morietur o post morten heredis*).

Según Bertoldi, es un fideicomiso hecho en beneficio de varias personas en sucesión. En la sustitución fideicomisaria habría una delación múltiple sucesiva, con la cual el testador dispone los bienes a favor del heredero (fiduciario) con la obligación de conservarlos y transmitirlos a su muerte o después de su muerte a otra persona (fideicomisario); de este modo el fiduciario disfruta de esos bienes durante toda su vida.

En algunos casos, el *de cuius* podía disponer la restitución de lo que quedara de la herencia. Aquí, dice la autora, estamos frente al fideicomiso de residuo.

Según palabras de Bertoldi, el fideicomiso puede ser configurado a favor de la familia, esta configuración permite garantizar la continuidad del patrimonio dentro de una misma línea familiar, excluyendo cualquier posible dispersión ajena al núcleo designado. Esto comportaba la prohibición de actos de disposición sobre los bienes.

Dado que quien era honrada era la familia en su conjunto, ésta, hasta que no se extinguiera, conservaba el derecho al fideicomiso; y por ello también los sucesivos titulares del patrimonio permanecían gravados con una obligación análoga.

Por eso, quien quiera que fuera el destinatario del patrimonio debía garantizar, a su vez, su restitución a otros familiares, favoreciendo un posible vínculo perpetuo.

Otro caso de fideicomiso es el fideicomiso secreto.

Como explica Bertoldi a partir de las fuentes pueden identificarse los elementos característicos del fideicomiso secreto, que según esta autora son: la persona del fiduciario, que es nombrado heredero en función de otra persona, el fideicomisario; una *rogatio* que solo el fiduciario conoce; una comunicación informal y extratestamentaria del acto de encargo y un compromiso de cumplimiento por parte del fiduciario, en cuya lealtad confía el disponente para la trasmisión de los bienes.

Un caso ulterior de situación de confianza se realiza cuando la persona digna de confianza seleccionada por el *de cuius* es ajena a la *successio in universum ius* siendo como máximo un legatario; cuando el objeto de su encargo consiste en ejecutar las disposiciones de última voluntad del testador, estamos ante el ejecutor testamentario.

De hecho, en las fuentes romanas aparece a menudo la mención a un hombre de confianza a quien una persona confía el cuidado de supervisar la ejecución de sus últimas voluntades.

La razón fundamental que llevaba al *de cuius* a nombrar a un ejecutor testamentario era la garantía de que la ejecución de las últimas voluntades se retirase de las manos de los interesados, para confiarse a una persona que no tuviera ningún interés en la herencia. Así lo subraya Bertoldi, destacando la importancia de una figura neutral que garantice el respeto íntegro de la voluntad del *de cuius*.

Pasando al derecho justiniano, el emperador Justiniano estableció que cualquier fideicomiso universal debía tener los efectos de una sucesión universal; que en el fideicomiso de residuo, el fiduciario podía consumir tres cuartas partes de la herencia y que la disposición fideicomisaria podía ser ordenada en secreto.

Finalmente, Justiniano limitó con la Novela 159 del año 555 d.C., el fideicomiso de familia hasta la cuarta generación. El propósito de la Novela parecería ser el de evitar que se litigasen causas demasiado antiguas y de limitar los pleitos producidos por los fideicomisos perpetuos. Esta Novela, ideada por Justiniano sólo para casos particulares (cuando la última transferencia de bienes se vinculase a la muerte del impúber) fue interpretada por los juristas sucesivos de manera extensiva y general.

En las fuentes altomedievales encontramos otras instituciones que pueden entrar en la categoría de las situaciones de confianza: la *affatomia* del derecho franco, el *use* y el *Salman* del derecho germánico y el ejecutor testamentario, empleado en territorios italianos.

El fideicomiso medieval en general, a juicio de la autora, parece ser la combinación de las reglas de la sucesión feudal con aquellas propias de las instituciones fideicomisarias romanas, para vincular los bienes a una determinada casa. En el fideicomiso medieval se encontraba una prohibición de enajenar los bienes que permitía su duración más allá de la cuarta generación.

Con el movimiento de las nuevas ideas del siglo XVIII, el fideicomiso se convirtió cada vez más en objeto de críticas por parte de filósofos, economistas y juristas que, posicionándose en contra de la institución, abrieron un importante debate.

En primer plano, Ludovico Antonio Muratori (1672-1750): su obra *Dei difetti della giurisprudenza* trató en el capítulo XVII de los fideicomisos, de los mayorazgos, de las primogenituras y las sustituciones.

Llegando a la experiencia jurídica del *Common Law* inglés, una institución muy interesante es el *trust*, que tuvo el origen en el *use* que se retrotrae a la época de las conquistas normandas.

En palabras de la autora, aunque la mayoría de la doctrina inglesa ha afirmado la naturaleza autóctona de la institución, recientemente se han puesto de relieve las fuertes analogías entre el fideicomiso y el *trust*. Es importante poner de relieve que en los testamentos ingleses del siglo XVII a veces se menciona que el *trustee* nombrado por el testador recibe un *commodum alterius*.

El término *commodum* es el empleado por en el derecho común europeo para definir al *heres fiduciarius qui non sentit commodum*. Se trata del fideicomiso que no permite al fideicomisario extraer ningún *commodum*.

A la luz de lo dicho, y en opinión de Bertoldi, el *trust* es también el producto del *ius commune* europeo.

Pasando a Francia, se debe considerar a Cuyacio, que en sus *interpretaciones* a las *Pauli Sententiae* se remite a la *hereditas fiduciaria*. El interés de Cuiciao hacia la *hereditas fiduciaria* y hacia el *heres fiduciarius* que está casi obligado por el contrato de fiducia y debe custodiar y restituir los bienes hereditarios sin apropiarse de sus

frutos, se encontrará también posteriormente en la doctrina y la jurisprudencia francesas, y será este interés el que originará la *fiducie del Ancien Droit*; ésta se convirtió en la versión francesa del particular fideicomiso romano que se empleaba solo en presencia de un *heres fiduciarius*, privado de *commoda*.

Tras el *Ancien Régime*, la revolución prohibió en 1792 la sustitución fideicomisaria y los redactores del *Code Napoleón* decidieron suprimirlas, e ignoraron luego tanto la *fiducie* como el fideicomiso.

Por lo tanto, la *fiducie* continuó existiendo en el ordenamiento jurídico francés, mantenida viva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Con el tiempo, sin embargo, la *fiducie* cayó en desuso hasta la inclusión en el *Code Civil* en los artículos 2011 y siguientes.

Pasando a los territorios de área alemana, el Código Civil austríaco de 1811 preveía originariamente los fideicomisos con amplio margen: en particular distinguía entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso (familiar).

En el BGB de 1900 se admite la institución de un heredero sucesivo (*Nacherbe*) que tras un determinado tiempo o bajo ciertas condiciones sucede al heredero anterior.

Según Bertoldi, se define heredero (anterior) a quien está obligado a la transmisión hereditaria, y heredero sucesivo a quien, al llegar un momento determinado o al verificarse un determinado evento, debe recibir la herencia.

A comienzos del siglo XX, gracias a Schultze, con la creación de la *Treuhand* germánica se llegó a contraponer la fiducia romanística a la germánica. Una aplicación particular de la *Treuhand mortis causa* es el ejecutor testamentario, que, después de siglos de discusión doctrinal fue insertado en el derecho general de sucesiones. Según los §§ 2197 y siguientes del BGB el ejecutor testamentario está obligado a administrar todo o parte de la sucesión durante cierto tiempo.

Pasando a los territorios italianos, en cuanto a las codificaciones anteriores a la unificación, hubo pocas novedades relevantes, mientras que el Código Civil italiano de 1865 prohibió las sustituciones fideicomisarias.

Por lo que atañe al derecho contemporáneo italiano, Bertoldi sostiene que la sustitución fideicomisaria ha cambiado su función, siendo hoy predominantemente asistencial (art.692).

En el Código actual, además, el art.627 trata de las disposiciones fiduciarias, dejando entender que el fiduciario es libre de ejecutar o no dicha disposición. Recientemente, la figura del *trust* ha alcanzado mayor interés a raíz de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los *trusts* y su reconocimiento.

El ordenamiento jurídico italiano ha previsto de hecho el negocio de destinación, institución muy similar al *trust*, con la ley 23 de febrero de 2006 nº51 que añadió al Código Civil el artículo 2645 ter, disposición que parece admitir su forma testamentaria.

En el acto de destinación para la realización de intereses susceptibles de tutela referidos a personas con discapacidad, los bienes aportados y sus frutos pueden ser empleados únicamente para la realización del fin de la destinación.

Así afirma Bertoldi, el acto de destinación ha suscitado notable interés y ha sido definido como “un fragmento” del *trust* italiano.

Para concluir, en 2016 fue promulgada la ley nº112 del 22 de junio de 2016 titulada, “disposiciones en materia de asistencia en favor de personas con discapacidad grave sin apoyo familiar”, conocida como la “ley después de nosotros” para garantizar a las

personas con discapacidad grave medios de tutela personal y económica.

Esta ley permite emplear en estos casos el *trust*, el acto de destinación conforme al art.2645 ter y el “fondo especial, compuesto por bienes sometidos a vínculo de destinación y regulado mediante contrato de encargo fiduciario”.

La obra de Federica Bertoldi constituye una contribución relevante y original al estudio del derecho sucesorio y fiduciario. Su enfoque diacrónico y comparativo permite iluminar las raíces históricas de fenómenos jurídicos contemporáneos, subrayando la persistencia de necesidades fundamentales de confianza y administración *post-mortem*, en distintas culturas y épocas.

Lejos de limitarse a una exposición erudita, el volumen plantea reflexiones teóricas de gran calado sobre la naturaleza del negocio fiduciario y su función dentro del ordenamiento jurídico. Asimismo, abre vías para la reflexión sobre la potencial armonización de los sistemas de derecho continental y *common law* en materia de fideicomisos y estructuras fiduciarias. Pero le hubiera sido de gran ayuda a la autora la lectura y cita de dos artículos, que también aclaran estos mismos temas, escritos por mi directora de tesis, la prof. Margarita Fuenteseca, que son *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, SCDR 29, 2016, p. 111-138 y *El*

*fideicomiso o la encomienda de fidelidad al heres, en Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias / coord. por Margarita Fuenteseca Degeneffe y Lydia Noriega Rodríguez, 2020, p. 193-225.*

Por otro lado, la presente obra adquiere especial valor para la ciencia romanista porque se encuentra publicada en la modalidad de *Open Access*, la que garantiza su libre acceso, consulta y reproducción.

*En definitiva, le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà* ofrece una investigación rigurosa y clara, que será de utilidad tanto para romanistas como para civilistas, historiadores del derecho y comparatistas. Con su enfoque preciso y su capacidad de síntesis crítica, Federica Bertoldi consigue articular una obra que combina rigor histórico con una notable sensibilidad hacia las necesidades jurídicas del presente.



ISSN 1989-1970

Octubre-2025  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**Crónica del XXVI Congreso Internacional y XXIX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano “*Crimina et Delicta en el Derecho Romano y su recepción*” en homenaje a la profesora Rosa Mentxaka Elexpe, celebrado en San Sebastián, País Vasco, los días 9, 10 y 11 de abril del 2025.**

**Carlos María Antuña Suárez**

Contratado predoctoral FPU

Universidad de Oviedo

antunacarlos@uniovi.es

<https://orcid.org/0000-0002-3162-8998>

**(ANTUÑA SUÁREZ, Carlos María. Crónica del XXVI Congreso Internacional y XXIX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano “*Crimina et Delicta en el Derecho Romano y su recepción*” en homenaje a la profesora Rosa Mentxaka Elexpe, celebrado en San Sebastián, País Vasco, los días 9, 10 y 11 de abril del 2025. RIDROM [on line]. 35-2025. ISSN 1989-1970, pp. 359-377.**  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

En los pasados 9, 10 y 11 de abril 2025 tuvo lugar el vigésimo sexto Congreso Internacional y vigésimo noveno Congreso Iberoamericano de Derecho romano<sup>1</sup> celebrado en la facultad de Derecho del Campus de Guipúzcoa en homenaje a Rosa Mentxaka Elexpe, Catedrática de Derecho romano jubilada.

Este congreso fue organizado de manera presencial por la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano en unión con la UPV, formando parte del Comité organizador Tiziana Chiusi, Catedrática de la Universidad de Saarland, la Secretaria de AIDROM Carmen López-Rendo, Profesora Titular de Derecho romano de la Universidad de Oviedo y Edorta Córcoles, Profesor Agregado de Derecho romano de la UPV. La sede de ponencias tuvo lugar en el Auditorio Antonio Beristain de la Universidad con una duración de veintiséis horas.

El comité científico estuvo formado por Dr. D. Armando Torrent, Catedrático de Derecho romano, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (España); Dr. D. Alfonso Murillo Villar, Catedrático de Derecho romano, Universidad de Burgos (España); Dra. María Vital Da Rocha, Profesora Adjunta de Derecho Civil, Universidad de Ceará (Brasil); Dra. Mirta Beatriz Álvarez Mallada, Profesora Regular Titular de Derecho romano de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); Dr. D. Luis Rodríguez Ennes, Catedrático de

---

<sup>1</sup> El programa del congreso puede verse en el enlace siguiente: <https://www.ehu.eus/documents/d/zuzenbide-fakultatea/programa-congreso-san-sebastian-vertical-2v>.

Derecho romano, Universidad de Vigo (España); Dr. D. Antonio dos Santos Justo, Catedrático de Derecho romano, Universidad de Coimbra (Portugal); Dra. D<sup>a</sup> Carmen López-Rendo Rodríguez, Profesora Titular de Derecho romano, Universidad de Oviedo (España); Dr. D. Gustavo de las Heras, Catedrático de Derecho romano, Universidad de Castilla-La Mancha (España); Dr. Eduardo Veracruz Pinto, Catedrático de Derecho romano, Universidad de Lisboa (Portugal); Dr. D. Pedro Resina Sola; Catedrático de Derecho romano, Universidad de Almería (España); Dra. D<sup>a</sup> Aránzazu Calzada, Catedrática de Derecho romano, Universidad de Alicante (España); Dra. D<sup>a</sup> Teresa Duplá Marín, Catedrática de Derecho romano, Universidad Ramón Llull de Barcelona (España); Dr. D. Santiago Castán Pérez-Gómez, Profesor Titular de Derecho romano, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España); Dr. D. Bernardo J. Periñán Gómez, Catedrático de Derecho romano, Universidad Pablo de Olavide Sevilla (España); Dra. D<sup>a</sup> Tiziana Chiusi, Catedrática de la Universidad de Saarland (Alemania).

La inauguración del congreso corrió a cargo del Rector de la Universidad del País Vasco José Ramón Bengoetxea, el Decano de la Facultad, Alberto Emparanza Sobejano y el Presidente de AIDROM, Alfonso Murillo Villar agradeciendo a la universidad anfitriona la acogida de este congreso, así como también la pertinencia de la temática escogida como *Crimina et Delicta* en el Derecho Romano y su recepción para el desarrollo del mismo. Con la participación de más de cincuenta ponentes de distintas universidades del mundo (España, Italia, Alemania, Rotterdam, Portugal, Polonia, Argentina,

Fortaleza (Brasil), Chile, Perú, Ecuador, Paraguay, México...) y más de 95 participantes, el congreso contó con hasta trece sesiones organizadas en jornadas de mañana y tarde, dos de ellas en formato simultáneo, dirigidas por un presidente y un foro de discusión posterior a cada una de ellas. La clausura tuvo lugar al mediodía del 11 de abril de 2025 con la asamblea general de la asociación anfitriona.

Tras la presentación y acreditación de los participantes en la entrada del edificio Carlos Santamaría, tuvo lugar la conferencia inaugural de la profesora homenajeada Rosa Mentxaka Elexpe, a cargo de Tiziana Chiusi, Catedrática de la Universidad de Saarland que llevó a cabo la pertinente *laudatio* de la profesora homenajeada adaptando, en el tiempo disponible, su prestigiosa vida académica en cuanto a su labor, cargos y resultados obtenidos, tanto como Catedrática de Derecho romano como Decana de la misma facultad que la vio jubilarse. En cuanto a la respuesta de la homenajeada, partió de recordar a los asistentes de la sala, el carácter humilde de su familia y su indisposición a actos que la asociaran a cierto protagonismo. También mostró su agradecimiento por la dedicación de este evento y destacó algunos de los momentos profesionales más difíciles que tuvo que afrontar y la proposición de algunos de aquellos nombramientos y distinciones.

A las 11 horas comenzó la primera sesión del Congreso, presidida por Antonio Do Santos Justo, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Coimbra, que dio paso a la primera de las ponencias presentada por Luís Rodríguez Ennes, Catedrático de

Derecho romano de la Universidad de Vigo que llevaba por título *“El origen romano de los modernos delitos de riesgo o de peligro”*. Posteriormente, intervino Ramiro Grau Celma, Profesor Ayudante de la Universidad Complutense de Madrid quien abordó el debate suscitado en torno a la culpa aquiliana en el siglo I d.C. en su ponencia titulada *La responsabilidad aquiliana del furioso*. A continuación, la profesora Consuelo Carrasco de la Universidad Carlos III de Madrid, impartió la ponencia titulada *“Quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit. O de porqué en Derecho no 'omnis definitio periculosa est”* y el cierre de la sesión lo hizo la profesora María Vital Da Rocha, de la Universidad Federal de Fortaleza (Brasil) con su ponencia *“Da condenação do devedor inadimplente na Lei das XII Tábuas”*.

A las 12.30 horas de esa mañana comenzó la segunda sesión presidida por la Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho romano María Vital Da Rocha quien dio paso al primero de los ponentes; Antonio dos Santos Justo, que abordó el robo y su disgregación del hurto como delito autónomo en el Derecho romano y su comparación en el sistema jurídico portugués, en la ponencia *“Furtum e rapina no direito romano. (Breve referência no direito português)”*, Carlos Varela Gil, profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz, llevó a cabo una exposición de marcado carácter práctico sobre la *fiducia*, dando a conocer a los asistentes la dinámica presente los casos en los que el deudor fiduciante recuperaba la posesión, explicando la relación entre esta recuperación, la *usureceptio* y el *furtum*. De otro lado,

Patrizio Lazo González, catedrático de Derecho Romano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, llevó por ponencia *“La recepción del odium furum en la jurisprudencia humanística”*. Luis Mariano Robles, Profesor Titular de la Universidad de Granada llevó a cabo una extensa presentación titulada *“La ejecución de las penas en los crímenes, en especial la flagelación y la crucifixión”*, incluso aquellas que se dieron por parte de los enfrentamientos bélicos más difíciles de Roma, como las de la batalla de Teutoburgo o durante la rebelión de los ícenos en Britania. Finalmente, cerró esta sesión la ponencia de Henar Murillo Villar, Profesora Asociada de la Universidad de Burgos titulada *“Casos de furtum en la specificatio”*.

Esa tarde se produjeron simultáneamente dos sesiones a las 15:30 en el auditorio principal del Congreso y también en la Sala cinco del Centro Carlos Santamaría. En el auditorio, la presidencia que correspondía a Santiago Castán Pérez-Gómez, fue sustituido por Carmen López-Rendo Rodríguez, Profesora Titular de la Universidad de Oviedo y Secretaria de AIDROM, dando comienzo a la primera de las ponencias protagonizada por María del Pilar Pérez Álvarez, Catedrática de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid, que defendió la existencia de una responsabilidad penal corporativa en el Derecho romano. A continuación, Francisco Javier Casinos Mora, Profesor Titular de la Universitat de Valencia, abordó la persecución penal de la homosexualidad en Roma, que, con la novela 141 de Justiniano, alcanza el punto álgido al extenderse a toda práctica y no solo a la prostitución, además de su extensión en posteriores períodos de

nuestra historia. Posteriormente, intervino Patricia Panero Oria, Profesora Titular de la Universidad de Barcelona que, en su ponencia *“Penas y Castigos en Roma: ¿Justicia y/o espectáculo?”*, desarrolló la evolución del sistema punitivo romano hasta los castigos propios de los espectáculos públicos orientados a la satisfacción de la multitud por orden del poder gubernamental. En sentido similar, se manifiesta también Esther Domínguez López, Profesora Titular de la Universidad de Málaga que en su ponencia *“Castigos ejemplares en algunos casos de deserción en las legiones romanas”* relata algunos casos presentes en las fuentes literarias, en los que se puede identificar el carácter punitivo de las penas romanas orientadas hacia el castigo hacia el escarnio del militar afectado y respeto de sus connilitones. Finalmente, Juan Ramón Robles Reyes, Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Murcia, en *“Crimen sin castigo. Los somnambules”* llevó a cabo una comunicación a cerca de un estudio efectuado sobre las circunstancias eximentes de la responsabilidad con especial referencia al sonambulismo no previsto en ordenamientos legales a diferencia de los contemporáneos.

En la Sala 5 de este centro, la presidencia corrió a cargo de Teresa Duplá Marín, Catedrática de ESADE, Universidad Ramón Llull/Universidad de Barcelona, que tuvo como ponentes a Nerea Hernanz Montalvillo, Investigadora predoctoral de la Universidad de Valladolid con la ponencia titulada, *“Del delito de “perduellio” en el Derecho romano al de “lesa majestad” en el ius commune”*, Maren Guimarães Taborda, Profesora de la Universidad Nacional de

Brasilia, con la ponencia “*Dos crimes políticos: breve relato sobre o itinerário dos crimes de lesa majestade na tradição romanística*”; Anna Karabovicz, Profesora Permanente Laboral de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla con “*Evolución del significado y de la penalización de parricidium en el Derecho romano y su posterior recepción*”; Miguel Herrero Medina, Profesor Ayudante de la Universidad Complutense de Madrid, con la ponencia “*Publilia et Licinia: cognatorum decreto necatae sunt*” y por último, el Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Salamanca Matteo Cristinelli, que abordó “*El crimen tergiversationis entre iudicia publica y cognitiones criminales*”.

A las 17:15 comenzó la cuarta sesión del congreso en el auditorio presidido por Mirta Beatriz Álvarez Mallona, Catedrática de Derecho romano de la Universidad de Buenos Aires. La primera ponencia corrió a cargo de Alicia Valmaña Ochaíta, Profesora Titular de la Universidad Castilla La Mancha, “*Finalidad e intencionalidad en el derecho penal romano: Algunos Casos*”, donde analizó una serie de conductas punibles en las que la finalidad y la intención toman especial relevancia en los tipos penales incluidos en la *Lex Cornelia de Sicariis et beneficis*. Después, José Antonio González Romanillos, Profesor Titular de Derecho romano de la Universidad Complutense de Madrid, abordó la *Lex Cornelia iudiciaria* de Sila y el alcance de su reforma procesal. También Pablo Fernández Garay, Contratado predoctoral por la Universidad de Cantabria en su ponencia “*La quaestio de repetundis en la crisis política tardorrepublicana*” analizó esta legislación a raíz de la *factio*

*accusatorum* de Craso dentro de la dura situación política propia de los tribunales tardorrepublicanos. De la Universidad de Buenos Aires, Universidad Kennedy de Argentina y Universidad Abierta Interamericana, Patricia Silvina Mora destacó los antecedentes de la *crimina repetundarum* y su incidencia para comprender la adaptación de las acciones *qui tam* además de los valores cívicos y su importancia por parte de las organizaciones internacionales, en su ponencia titulada “*Las crimina como instrumento de lucha contra la corrupción. El caso de la crimina repetundarum. Su importancia para la participación popular y el desarrollo sostenible*”. Finalmente, la profesora Arta Jansone, *riceratrice indipendente dalla repubblica di Lettonia* termina la sesión analizando las consecuencias legales, filosóficas y sociales de la muerte física hasta el siglo VI.

En cuanto a la quinta sesión del congreso, los propios organizadores consideraron la necesidad de dividir las ponencias en las dos salas efectuadas para tal evento; de tal manera que las tres primeras continuaron en el auditorio y las otras dos restantes en la Sala 5 del Centro Carlos Santamaría. Estas tres primeras ponencias contaron con la presidencia de Amparo Montañana Casaní, Profesora Titular de la Universidad Jaume I de Castellón, y la primera de las intervenciones por el profesor Andrea Trisciuglio de la Universidad de Turín, en cuya ponencia “*Ofensa a las mujeres (uxor, filia, sponsa) en el marco de la actio iniuriarum*”, analizó la injuria indirecta presente en la jurisprudencia romana de la época clásica sobre aquellas que mantenía una relación parental o afectiva con un hombre. Posteriormente, continuó esta sesión Carmen Lázaro

Guillamón, Catedrática de la Universidad Jaime I de Castellón, en cuya ponencia *“Las «penas» de las «viudas que viven deshoneftamente, o fe cafan segunda vez» en la Suma de las Leyes Penales de Francisco de la Pradilla. Antecedentes romanos, referencias normativas y aparato doctrinal”* puso de manifiesto el régimen de penas por la contracción de segundas nupcias entre varones y mujeres propias del Caso XVI de la Suma de las Leyes Penales de Francisco de la Pradilla, junto a sus antecedentes y recepción del Derecho romano. Belén Fernández Vizcaíno, Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Alicante, puso fin a esta sesión dividida con el delito de envenenamiento desde la perspectiva femenina presente en los registros históricos de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del siglo I donde las acusadas principalmente eran mujeres, dada su posición relegada al ámbito doméstico, en la ponencia *“Consideración del veneficium como delito femenino”*.

Este también fue el sentido de las ponencias abordadas en la sala 5 de este congreso. La presidencia *ad hoc* de esta parte de la sesión corrió a cargo de José Ángel Tamayo Errazquin, Profesor Agregado de Derecho romano de la Universidad anfitriona que presentó a la primera de las ponentes Goizane Urrutia Gutiérrez, doctora por la Universidad del País Vasco *“P. Oxy. VI 898 (s. II d. C.): Matrina, una madre en conflicto con su hijo. Un caso de abuso de tutela en el Egipto romano”* en cuya ponencia repartió el caso expuesto a los asistentes de un papiro egipcio que demuestra como las mujeres asumían papeles de tutoría de huérfanos y menores como se sugiere en el ámbito provincial e incluso, que estas mismas no

siempre actuaban en beneficio del mejor interés de los tutelados. Posteriormente, concluyó Marina Martín Moro, personal docente investigadora de la Universidad Isabel I y doctoranda en el Programa de Vigo que presentó “*Los delitos Públicos de la mujer en la Antigua Roma: Perspectivas de la época Republicana*”.

El jueves 10 de abril, comenzó la sexta sesión que fue presidida por Carmen Lázaro Guillamón, que dio paso al primero de los ponentes, Alfonso Murillo Villar, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Burgos con la ponencia titulada “*Crimen sepulchri violati: violación de sepulturas y profanación de cadáveres*” sobre la realidad sincrónica entre la salvaguardia de los difuntos del Derecho romano y la propia del artículo 526 del Código Penal de 1995 en cuanto a la tipificación de sus conductas contra la memoria de los muertos. En sentido similar, siguió Paula Domínguez Tristán, Profesora Titular de la Universidad de Barcelona, que abordó la *violatio sepulchri* del Libro 47, título 12 del Digesto desde el siglo I a.C. pasando de una pena pecuniaria a una pena pública para los casos más graves reforzando el respeto a los difuntos y sus lugares de descanso, bajo la ponencia “*Violación del sepulcro en Derecho romano: algunos supuestos del ilícito y su sanción*”.

Posteriormente, intervino la Profesora Titular de la Universidad de Oviedo, Carmen López-Rendo Rodríguez, que analizó el crimen de falsificación de testamento desde el Derecho romano hasta el Derecho vigente a través de las fuentes jurídicas romanas, las fuentes de la recepción, de la codificación y el derecho vigente. De otro lado, Teresa Duplá Marín, Catedrática de ESADE,

en su ponencia titulada “*Crimen falsi e indignidad sucesoria: algunas consideraciones a la luz de la STSJ de Cataluña 14/2022, de 24 de marzo*”, analizó algunas conductas procedentes de la indignidad sucesoria contemporánea tanto en el Código civil y el catalán, y su vinculación con el *crimen falsi* de la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* del año 81 a.C. Puso fin a esta sesión Slawomir Kursa, Profesor SWPS de la Universidad de Varsovia bajo la ponencia “*Crimina et delicta come causa di diseredazione*” analizando las causas de la desheredación presentes en la Novela 115 de Justiniano y su recepción en el derecho vigente.

A continuación, tuvo lugar en el mismo auditorio la presentación del libro homenaje a Antonio Dos Santos Justo, presidido Alfonso Murillo Villar y Carmen López-Rendo Rodríguez, ambos presidente y secretaria de AIDROM. El libro compuesto por más de cuarenta artículos, algunos de ellos de sus discípulos sobre estudios que dedican al profesor reuniendo, además, muchas muestras de satisfacción, inspiración y agradecimiento por su gran labor académica e investigadora. En el propio acto, este profesor puso en conocimiento de los asistentes su profundo asombro y agradecimiento en cuanto fue conocedor de la confección y publicación de esta obra.

A las 11 horas, comenzó la séptima sesión del Congreso presidida por el Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Vigo, Luis Rodríguez Ennes, que dio paso a la primera de las comunicaciones a manos de Bernardo Periñán Gómez, Catedrático de Derecho romano por la Universidad Pablo de Olavide, que

abordó la jurisprudencia romana relativa a los incendios, derrumbes y desprendimientos en las edificaciones urbanas. Posteriormente, intervino la Profesora Titular de la Universidad de Oviedo, María José Azaustre Fernández bajo la ponencia titulada *“La persecución de los effractores, de Roma al Derecho vigente”* seguida de Olga Gil García, Profesora Titular de la Universidad de Burgos que presentó *“Suppositio partus y art. 220 del Código penal”* realizando una comparación entre la *suppositio partus* y el artículo 220 del código penal español relativo a bienes jurídicos protegidos en cuanto a similitudes y diferencias.

A través de una elaborada exposición de imágenes y mapas históricos, Emilia Mataix Ferrández, Investigadora Ramón y Cajal de la Universidad Internacional de Cataluña, en su ponencia *“Fraude y estándares en el comercio de productos hispanorromanos: el caso de los lingotes de plomo”*, aborda un estudio que sugiere que, entre finales de la República y Alto Imperio, existía un peso estándar de referencia (100 libras) y que respecto de las desviaciones a ese valor de referencia, se establecieron medidas adoptadas por el Estado romano para corregir estos comportamientos fraudulentos. De otro lado, Benjamín Musso Arratia, Profesor de Derecho romano de la Universidad Católica de Chile, defendió la función de la *taxatio* en la *actio iniuriarum* relacionada con la exigencia procesal del *certum dicere* y el *iusurandum non calumniae causa*, para entenderla como un *maximum* para la *litis aestimatio* del juez en la ponencia *“La función de la taxatio en la actio iniuriarum aestimatoria”*. Finalmente, cerró esta

sesión Carmen Meza Ingar, de la Universidad Mayor de San Marcos en Perú, con la ponencia “*Responsabilidad Civil en el Derecho Romano*”

Continuó la octava sesión presidida por Bernardo Periñán Gómez, que dio la bienvenida al primero de los ponentes, Piotr Kolodko, PhD Roman Law de la Universidad de Bialystok quien en su ponencia “*Crimen plagii and its influence on the contemporary Polish Penal Code*” analizó la influencia del Derecho penal romano como *la lex fabia de plagiariis* en el código penal polaco en cuanto a las soluciones basadas en la protección del individuo. Posteriormente, intervino Dobromila Nowicka, Profesora de la Universidad de Wroclaw, que partió de los precedentes romanistas de la *actio iniuriarum* de Sudáfrica ahondado de manera específica en sus diferencias actualmente presentes para identificar si realmente tales modificaciones han desviado el contenido de esta acción hasta hacerla de una naturaleza completamente original, tal y como desarrolló en su ponencia “*Ancient vs. Modern Iniuria: A South African Legal Perspective*”.

De otro lado, Mirta Beatriz Álvarez, Catedrática de Derecho romano de la Universidad de Buenos Aires y Flores, desarrolló el supuesto penal de la *iniuria* presente en el *edictum adtemptata pudicitia* del cual derivó el acoso callejero hasta su modelo actualmente tipificado por la legislación de Argentina y en concreto por la de Buenos Aires mientras que Marilina Andrea Miceli, Profesora Titular de la Universidad Abierta Interamericana, llevó a cabo una análisis diacrónico de la concepción de la abigeato en la etapa clásica y sus reformas desde Las Partidas hasta la actual

legislación de la república. Por último, cerró esta sesión Grecia Sofía Munive García, Profesora de Derecho de la Universidad Autónoma de México con su ponencia “*Análisis del adulterio como delito en el Derecho Romano y en el Derecho Mexicano*”.

A las 15:30 de la tarde, tuvo lugar la sesión novena en formato dual; por un lado, se desarrollaron las diez ponencias de la primera hora de la tarde en el Auditorio y por otro, en la Sala 5 del edificio Carlos Santamaría, como el día anterior. Así pues, el auditorio contó con la presidencia de Margarita Fuenteseca Degeneffe, Catedrática de Derecho romano de la Universidad de Vigo y con las ponencias de Bronislaw Sitek, Catedrático de la SWPS University de Polonia “*Actiones populares as a means os protection disciplining social behavior*”, Juan Carlos Prado Rodríguez, Profesor Titular de Derecho romano de la Universidad San Francisco de Quito “*En torno a una disputa jurisprudencial clásica sobre el alcance de las acciones noxales: a propósito de Gai. 4.78*”, Macarena Guerrero Lebrón, Profesora Titular de la Universidad de Sevilla con “*El proceso contra el poeta Clutorio Prisco en Tácito: texto y contexto*”, Javier Roncero Núñez, Contratado predoctoral FPU de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Acerca de la presunta actio in quadruplum en la legislación decenviral*” y, por último, Pablo Fernández Belzunegui, Doctor de la Universidad País Vasco con “*El proceso contra Luis XVI, la provocatio ad populum y otras referencias de la antigüedad romana*”

Simultáneamente, en la Sala 5 del mismo edificio, la presidencia fue ostentada por Pedro Resina Solá, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Almería que dio la

bienvenida al primero de los ponentes, José Ángel Tamayo Errazquin, de la Universidad anfitriona con la ponencia titulada “*Que razón tuvo el introducirse que los tenedores de estos bienes de difuntos llevasen tres por ciento*”. La contención regia a los abusos de los tenedores de difunto”, seguido de Francisco Cuena Boy, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Cantabria “*Testandi ac vivendi iure Romano omnem protinus eripimus facultatem / Vivant iure communi, scribant pariter ac scribantur heredes. Herejes, apóstatas: intestabilitas y status*”. Posteriormente, intervino Lorna García Gérboles, Profesora Contratada Doctora de la Universidad Complutense de Madrid con “*Una aproximación jurídico-política a la corrupción de los gobernadores provinciales en época de Cicerón*”, seguida de Carlos María Antuña Suárez, Contratado predoctoral FPU de la Universidad de Oviedo con la exposición “*Obligación del heredero de vengar la muerte del de cuius*”, finalizando este turno de ponencias, Santiago Sainz Robles, Profesor Ayudante Doctor de la Universidad del País Vasco con “*La fuga de esclavos y su reflejo en el derecho*”.

Comenzó en el auditorio la décima sesión a las cinco y cuarto de la tarde presidida por Xesús Pérez López, Profesor Titular de Derecho romano de la Universidad Rey Juan Carlos. En primer lugar, intervino Aurora López Güeto, Profesora Titular de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla que trató la problemática del *raptus* desde la perspectiva penal; bien jurídico protegido, sujetos activos y pasivos, consentimiento de la víctima y parientes, aspectos procesales y su incidencia con las *leges de vi*, la *lex Cornelia de iniuriis*, la *lex aquilia* y el edicto, en la ponencia “*De raptu virginum*

*vel viduarum. Intervenciones legislativas de los emperadores cristianos para la configuración del rapto como tipo criminal autónomo".* Esperanza Osaba García, Catedrática de Derecho romano de la Universidad País Vasco abordó el aborto e infanticidio en las fuentes conciliares y seculares de época visigoda, Carmen Cortés Román, Investigadora predoctoral FPI Impulsa de la Universidad de Cádiz llevó a cabo una ponencia que desarrolló *"La criminalización de los matrimonia mixta en el Codex Theodosianus y su impacto procesal"* y finalmente el cierre de la sesión fue protagonizado por Álvaro Martínez Fernández, Profesor Asociado de la Universidad de Valencia con *"La corrupción política en Roma: El delito de ambitus"*.

Tras la finalización de las sesiones científicas, el congreso ofreció a la homenajeada una Cena para conmemorar toda su vida profesional y la amistad y reconocimiento de todos los presentes.

El 11 de abril de 2025, como último día del congreso, se llevaron a cabo las dos últimas sesiones. A las nueve y media horas, comenzó la undécima sesión presidida por la profesora Tiziana Chiusi, que dio entrada al primero de los ponentes, Carlos Sánchez-Moreno Ellart, Profesor Titular de Derecho romano de la Universidad de Valencia, con la ponencia *"K v Jordan y sus precedentes romanísticos en sentencias inglesas del siglo XVI"*. Posteriormente, Tammo Wallinga, Profesor de la Universidad Erasmus de Rotterdam y de la Universidad de Amberes, en cuya ponencia que llevó por título *"Crimen y castigo en la provincia romana"*, realizó una exhaustiva exégesis del texto 1.11 de la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. De otro lado, Xesús Pérez López en

la ponencia “*Funciones misceláneas de los “dekanoi”*” trató la relación existente entre estas y las de los los “*decani*” que se recogen en las fuentes tardías. Posteriormente, Jakub Urbanik, Profesor de la Universidad de Varsovia defendió que la costumbre de la circuncisión tenía un valor normativo prohibido por la administración romana en relación con otras fuentes papiroológicas, en “*Derecho romano y derechos locales, la circuncisión y como eludirla*” y, por último, cerró esta sesión Martín Bintaned Ara, alumno predoctoral de Universidad de Oviedo con la ponencia titulada “*Jurisdicción porturaria e ilícitos del mercatore en la carga*”.

Sin solución de continuidad, tuvo lugar la duodécima y última sesión del congreso, siendo Andrea Trisciuglio, Profesor de la Universidad de Turín quien detentó la presidencia en la que participaron Mariagrazia Rizzi, Profesora de la Università degli Studi di Milano-Bicocca con la ponencia “*Actio furti e pondera iniqua nel pensiero di Fabio Mela: nuove considerazioni a margine di D. 47.2.52.22 (Ulp. XXXVII ad ed.)*”, seguido de Julio Romano Cabello, doctorando de la Universidad Carlos III con la ponencia “FV. 33 y FV. 34: el crimen del “plagium” en dos rescriptos constantinianos”, Adolfo Díaz-Bautista Cremades, Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Murcia con “*La actio doli y el delito de estafa*” y finalmente, cerró la sesión Santiago Zarate González, Doctor de la Universidad de Chile con “*El delito de stelonato y su relación con la hypotheca en la experiencia jurídica romana*”, ponencia en la que se analizó sus orígenes y pervivencia hasta la codificación moderna de las leyes del siglo XVIII y XIX.

La clausura del congreso se produjo en el mismo auditorio de la mano de Alfonso Murillo Villar, Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y Armando Torrent Ruiz, Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos que llevó a cabo la ponencia de cierre, *“De nuevo sobre la cuestión: ¿derecho romano como derecho de doctos o como historia de problemas técnico-jurídicos?”*. Fue un magnífico congreso de un elevado nivel científico.