

mente una y otra palabra, como las de criminales y pecadores:—en cuanto á la nocion de la pena, ese carácter privado que continuamente se le dá, esa sustitucion de la idea de venganza á la idea de justicia,—en cuanto á las bases del procedimiento, lo que proviene del anterior principio, el reemplazo de la acusacion pública y social por las acusaciones individuales y personales. Por lo que respecta á escalas y proporciones de los delitos, de las penas, y de los unos con las otras, eso habria sido demasiado pedir á aquella época y á aquella sociedad: ni existen en el código, ni sus autores habian reflexionado nunca sobre semejante circunstancia.

Con todo ello,—volvemos á repetirlo por última vez—nada hay comparable en la Europa del siglo VII á la legislacion de los visigodos. La ley ripuaria y la borgoñona le son tan inferiores, como que aun no han salido del carácter de leyes personales; las capitulares de Carlo-Magno, redactadas dos siglos despues, no pueden tampoco sufrir la comparacion. Para hallar algo que pueda oponérsele, es necesario atravesar nada ménos que seis siglos, y fijarse en el gran libro de las Partidas. Aun así, no siempre es el cotejo favorable á la obra mas moderna. No es todo progreso en semejante salto: á veces encontramos retrogradacion, y el instinto de Eurico ó de Chindaswinto nos parece mas humano y mas justo que la erudicion romancesca de D. Alfonso.

Pero en estos seis siglos que median entre la una y la otra obra, algo debió acontecer, cuando no de ciencia, de hechos, en la legislacion penal de nuestra patria.

Durante ese largo período, ocurrió, primero, la invasion sarracénica y la desaparicion de la monarquía visigoda: despues, la formacion y el progreso de los Estados cristianos, desde Covadonga y Sobrarbe hasta las playas de Cádiz y de Cartagena, y contemporáneamente con estos últimos sucesos, la inmensa confusion legislativa de los innumerables Fueros locales que surgian por dó quiera, y de los que con pretensiones de generales, como el Viejo y el Real de Castilla, querian poner algun órden en los distintos elementos de aquellos no ménos confusos Estados.

Semejante época es la antítesis mas perfecta de todo lo ordenado y científico. Ningun ramo de la legislacion podia progresar en su anárquico tumulto; mas el derecho penal especialmente, léjos de conseguir entónces ningun adelanto, atra-

só y retrogradó de un modo visible. El instinto se extraviaba, y el arte y la ciencia estaban mas léjos cada dia.

Ni esto puede á la verdad extrañarse, cuando toda la España constituia un inmenso campamento, y cuando esos seis siglos son una batalla permanente. Cabe bien considerar una guerra transitoria como un accidente benéfico, aunque sea desgraciado y duro, en los anales de la humanidad; pero cuando la guerra se convierte en la naturaleza de algun pueblo, que en ella nace, que en ella vive, que en ella se perpetúa, inciertos siempre sus límites, insegura su existencia misma, causando y padeciendo las horribles depredaciones que acompañaban á aquel azote en nuestros Estados de la edad media, entónces es absolutamente imposible que las costumbres no se tornen bárbaras, y que la causa de la civilizacion no esté cada dia mas comprometida y decadente. La ignorancia y la rudeza generales, características de aquella edad, se agravaron inmensamente para nosotros, con ese enjambre de fueros que inundó las monarquías españolas, á cual ménos científico, á cual mas extraño y caprichoso y singular; leyes propias para aquellas repúblicas militares, que eran verdaderamente nuestras villas y nuestros concejos; leyes, que hacen el contrapeso y el juego natural con las todavía mas anárquicas pretensiones del feudalismo, que tambien, aunque en ménos escala que en otros países, tuvo su época y su asiento en nuestra patria.

Las nociones del delito y de la pena, la idea de su proporcion, las bases de la prueba y del procedimiento, todo se conmovió y se degradó en medio de aquel caos. La penalidad casi puede llamarse una lotería; y el juicio se convierte en una batalla ó en una ridícula tentacion al cielo.

«Nada puede imaginarse mas absurdo (dice un apreciable escritor de nuestros dias) (1) que la legislacion penal de aquella época. Ella reconocia como medios de prueba los llamados juicios de Dios, que el código visigodo habia repudiado. El del agua caliente, el del hierro encendido, y el del duelo, todos hallaron acogida en los fueros municipales, admitiéndolos algunos hasta para las causas civiles. Las penas desproporcionadas y horrorosas, señaladas casi generalmente contra ciertos crímenes, formaban singular contraste con la

(1) Sr. Perez Hernandez. Boletin de Jurisprudencia.

inexplicable lenidad, con que otros, mas graves acaso, eran castigados, cuando no quedaran absolutamente impunes.

«He aquí cómo castigaba el simple hurto el Fuero de Cuenca. *Quicumque* (decia la ley 18 cap. 10) *de furto vel latrocinio convictus fuerit præcipitetur*. A ser despeñado condenaba tambien el de Sepúlveda á *todo judío que con cristiana fallaren*. Una muerte aun mas cruel se imponía segun el de Plasencia al infractor de cualquiera de sus disposiciones. «*Todo home que fuere de Plasencia quebrantare, sea lapidado sin colonia.*» «*Todo home*, decia el de Cáceres, *que uvas furtare de noche, ó qual cosa quisiere, si verdad fallaren alcaldes jurados et voceros, enforquenlo.*» El de Baeza mandaba *quemar viva* á la mujer que á sabiendas abortase; el de Soria que se quitaran los dientes al falsario: el de Fuentes que se cortase el puño al criado que á su amo hiriera, y otros infinitos establecian penas no ménos crueles y desproporcionadas con los delitos. Hasta contra el mero deudor, siendo de ciertas clases, fulminaba el de Bonoburgo de Caldelas el mas inhumano apremio. «*Si fuere clérigo, ó soldado el deudor, atado á los piés de un caballo, ó á la clin, y poniéndole humo á las narices, tráiganle así por la villa hasta que pague.*»

«Pero mientras por un lado desplegaban esta severidad feroz, por otro eran excesivamente indulgentes. Una multa, por lo comun de quinientos sueldos, y de ciento solo en algunas cartas, era toda la pena con que se reprimía el homicidio voluntario. *Pectet* (decian los Fueros de Logroño y Miranda) *(suo homicidio quingentos solidos, et non amplius*. El de Sahagun, ménos severo, reservaba esa multa para el asesinato y alevosía, imponiendo solo la de cien sueldos al simple homicida. *Homicida cognitus dabit centum solidos.... Qui per fraudis molimina hominem necaverit, quingentos solidos dabit.*—El de Salamanca no multaba más que en cien maravedís al matador; pero le imponía tambien la pena de destierro, y cuando era insolvente, la de muerte. «*Si non hobier onde pechar los cient maravedís, pónganlo en la forca.*»

«Era bastante general esta disposicion cruelísima, por la cual costaba al pobre la vida su insolvencia. *El que non compliere las caloñas en materia grave, yaga en el cepo, nin coma nin beba fasta que muera.*»—decia el Fuero de Fuentes. Y lo mismo disponian el de Molina, el de Madrid y el de Cuenca. «*Si los alcaldes* (ley 2.^a, cap. 15 de este último) *non fallaren onde hagan*

entrega de las caloñas, los fiadores de salva pechen todas las caloñas fasta tres nueve dias.... Et si fasta tres nueve dias non pecharen esta caloña así como dicho es, el plazo pasado, séales devedado el comer et de beber, fasta que mueran de hambre et de sed en la prision.» ¡Ley absurda, que no ya se ensangrentaba contra el delincuente, sino contra los hombres benéficos, que condolidos tal vez de la situacion en que le vieran despues de su yerro, habian cometido la imprudencia de responder de las penas pecuniarias de que pudiera ser responsable!

«Entre tanto, esta legislacion bárbara autorizaba las composiciones entre el ofensor y el ofendido, hasta el punto de dejar impunes los delitos mas graves y dañosos para la sociedad, como aquellos se avinieran. Concedía salvo-conducto al reo, que, por medio de la fuga ú otro cualquier ardid, hubiese logrado burlar durante el corto espacio de nueve dias la persecucion del injuriado, sus parientes y ministros de justicia. Y para mayor desórden, abandonaba entónces á la venganza privada el cuidado de castigar la ofensa, aunque ella hubiese afectado evidentemente el interés público, y el decoro y dignidad de las leyes. *Si quis homicidium fecerit, et fugere potuerit de civitate aut de sua domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad domum suam; et vigilet se de suis inimicis; et nihil sajoni vel alicui homini pro homicidio, quod fecit, persol at.*» Esta disposicion del Fuero de Leon, el mas antiguo y el mas generalizado acaso entre todos, hace ver cuán mezquinas eran las ideas que aquellos legisladores tenian de la justicia criminal.»

Hemos querido copiar este largo trozo, porque él resume perfectamente el carácter de aquella legislacion, de aquella época. Despues de los hechos que comprende, nada tenemos que añadir para justificacion de las aseveraciones que íbamos sentando. El retroceso, desde el Fuero Juzgo, es notorio, es evidente: la ignorancia, la barbarie, la falta absoluta, no solo de ideas científicas, sino aun de los principios mas vulgares del instinto legislativo, son hechos que saltan á los ojos. Es un caos, como el que nunca jamás hubiera, como el que nunca jamás debería haber en adelante, el que nos presenta la sociedad de aquellos siglos.

Mucho se mejora esta situacion, mucho se ordena ese caos, por la formacion del Fuero Real. Considerado éste en sí propio, es muy superior á todos los municipales; considerado en

su unidad objetiva, y comparándole con la anárquica multitud á que debia reemplazar, no puede haber cotejo, ni es admisible confrontacion alguna. El Fuero Real es ya una obra de arte; casi íbamos á decir de filosofía. Es un código, cuando aquellos no son mas que informes aspiraciones; es un libro de razon, cuando aquellos no son mas que confusas páginas de desordenados instintos.

El libro IV del mencionado Fuero comprende su derecho criminal. En éste se encuentran, como en el civil, notorios adelantos á lo que en leyes semejantes habian dispuesto sus predecesores. La multa, el *echamiento de la tierra* y la muerte, siguen siendo, casi sin excepcion, las penas que se imponen á todos los delitos; pero la muerte se prodiga ménos; y en la aplicacion de las multas,—pena divisible, y que podia mas bien que otras proporcionarse á los delitos,—se advierte de un modo notorio el deséo de ordenar una escala, y de aplicarla en esas reglas de proporcion.—Una sola y curiosa ley citaremos, como comprobante de esta verdad.

Es la 3.^a del tít. 5.^o del expresado libro IV, en la cual se establecen las penas contra los que dieren golpes ó causaren heridas. «Todo home (dice) que friere á otro en la cabeza ó en la cara, de que no saliere sangre, peche por cada ferida dos maravedís: é si le friere tal ferida en el cuerpo, peche por cada ferida un maravedís: é si friere cuchillada, ó otra ferida que rompa el cuerpo, y llegase al hueso, peche por cada ferida doce maravedís: é si rompiere el cuerpo é no llegase al hueso, peche seis maravedís: y estas feridas no monten mas de fasta treinta maravedís. E si le sacaren hueso de la ferida, por cada hueso peche cien sueldos, fasta cinco huesos: é si le friere en el rostro, de guisa que fin que señalado, peche la caloña (la multa, la pena pecuniaria) doblada: é si le friere ferida porque pierda ojo, ó mano, ó pié, ó toda la nariz, ó todo el labro, peche por cada miembro doscientos y cincuenta sueldos; y esto monte fasta quinientos sueldos; é si perdiere el pulgar, peche veinticinco maravedís: é por el otro dedo cabél (junto á él) peche veinte maravedís: é por el tercero dedo, peche quince maravedís: é por el cuarto, diez maravedís: é por el quinto, cinco maravedís: é la meitad de esta caloña peche por los dedos de los piés en la manera que es dicha de las manos: si perdiere dientes, por cada diente peche diez maravedís: é si fuere de los cuatro dientes de delante, quier de los de

suso, quier de los de yuso, peche por cada diente quince maravedís: é por la oreja, diez maravedís: y estas caloñas pueden montar fasta quinientos sueldos..... etc.»

No es aquí ocasion de discutir semejantes penas en sí mismas, ni para eso hemos copiado la ley. Traémosla solo para demostrar cómo surgian ya en aquel tiempo las idéas de escala y proporcion; cómo se buscaba una pena mayor para lo que se estimaba mayor delito: cómo en la nocion de este entraba por mucho la consideracion del daño causado. Apruébese ó no se apruebe el sistema general de la penalidad, no puede negarse que el legislador procuraba señalar grados en ésta, y acomodarla, multiplicándola ó dividiéndola, á los grados que su razon le indicaba en el crimen.

Por lo demás, el Fuero Real ha sido un código desgraciado en la historia de nuestro derecho. Obra digna y notable de indígena y española legislacion, fué muy luego eclipsado y confundido por la gran concepcion de las Partidas. El mérito artístico, literario, legislativo, doctrinal de éstas, ofuscó aquel otro mérito mas modesto, aquel otro resplandor mas templado y suave. Lo que era solo producto del buen sentido, aplicándose á los instintos propios, no se pudo comparar con lo que era obra de la ciencia, de la erudicion, del estudio filosófico, de la concurrencia en uno, así de la antigüedad como de la Europa contemporánea. La luna, aunque esté llena, no brilla cuando sale el sol: el Fuero Real, debia, por la misma causa, oscurecerse, cuando saliese á luz esa obra gigantesca, enciclopedia española de los siglos medios.

De cualquier modo que sea, y por mas defectos ó mas desgracias que reconozcamos en el Fuero Real, siempre queremos consignar y es necesario insistir una y otra vez en el adelanto que este código imprimia á la sociedad española, aun en el punto mismo en que era mas defectuoso y atrasado. No hablamos aquí del progreso político y administrativo que se encierra en la unidad de la legislacion: no hablamos del término que tales leyes ponian á los mayores absurdos penales consignados en los Fueros y Fazañas de los concejos, de que hemos tratado mas arriba. Otro adelanto además se lograba y consignaba en el nuevo código; y este otro adelanto es de tal importancia, que bien merece una especial conmemoracion. Tal es, no sólo el de la acusacion pública, que olvidada por algunos siglos volvia á surgir de nuevo con la legislacion

comun, con la legislacion merecedora de este nombre, sino aun el del procedimiento de oficio, desconocido hasta aquella época, y que por primera vez, encontramos, bien indicado, cuando no desenvuelto, en sus apreciables leyes.

La ley 1.^a del tit. 20, lib. IV, consigna como principio la facultad de acusar de que estaba revestido todo hombre, como otra ley especial no se lo impidiera. La 3.^a distinguia entre los procedimientos de derecho público y los de derecho privado. La 8.^a establecia ya la actuacion que competia hacer al alcalde por razon de su oficio, aun *sin acusanza*, en determinada clase de crímenes. La 10.^a, 11.^a y 12.^a acababan de esclarecer este asunto, y no dejaban duda acerca del procedimiento correspondiente. Así, la justicia criminal tomaba su propio carácter: así, dejaba de estar sometido á la voluntad privada, lo que al interés social, y no al interés de los particulares, debía referirse. De este nuevo procedimiento á las idéas del ministerio público no hay más que un paso: el Fuero Real abria la senda: la jurisprudencia y la reflexion marcharian pronto por este camino.

Pero vengamos ya á hablar expresamente de las Partidas. No es esta ocasion de detenernos en su exámen; más sí lo es de decir algo acerca de ese célebre libro. Mucho se ha escrito acerca de él, y quizá se puede decir todavía algo interesante y nuevo. Hacerlo con extension, ni corresponde á este lugar, ni tendríamos espacio para realizarlo. Muy pocas palabras tienen derecho para exigirnos nuestros lectores: muy pocas queremos y debemos decir nosotros.

Ya lo hemos expresado en otra ocasion (1), y solo tenemos necesidad de repetir aquí nuestro sumario juicio sobre el código que nos ocupa.—«Como obra literaria no tiene igual, ni en su época ni en los dos siglos que le sigue: como elemento de historia, encierra sin duda datos preciosísimos para trazar la que no se ha escrito todavía de nuestra nacion: como coleccion de leyes, como cuerpo de derecho público y privado, como código de un pueblo grande y poderoso, como expresion de sus idéas y satisfaccion de sus necesidades sociales, de seguro no nos presenta la edad media un monumento tan respetable y acabado, en la duracion de muchos siglos, y en la extension de todas las naciones de Europa. Aun los códigos

(1) Estudios de legislacion. Madrid, 1843.

modernos, compilados de ochenta años á esta parte bajo las idéas de los nuevos principios, no pueden desdeñarse de ver á su lado ese antiguo rival, producto del siglo décimo-tercero: pues si es claro que no compite con ellos en bondad y perfeccion absoluta, tambien es indudable que no les cede en mérito relativo, habida consideracion al tiempo y á las circunstancias en que fué redactado.

Y sin embargo—debemos añadir ahora—esa obra maestra de la ciencia legislativa de nuestros mayores, habia de tener alguna parte desigual y endeble, y esa parte no pudo ser otra que la penal. Como monumento histórico puede valer la sétima Partida tanto como valen las seis que la preceden: como obra de ciencia y de derecho, está en un grado muy inferior respecto á esas otras.

Ni ¿cómo habia de ser de distinta suerte? Las Partidas se redactaron teniendo á la vista la legislacion romana, y empapándose en el espíritu de sus jurisconsultos: ahora bien, ya hemos examinado esa legislacion, y hemos juzgado su parte penal con la dura justicia que nos era indispensable.

No busquemos, pues, aquí una ciencia imposible, y no extrañemos ni los defectos ni aun las contradicciones que saltan á los ojos.

Á veces encontraremos hasta que se retrograda y empeora, comparando los preceptos de este código con los del Fuero Juzgo. La ley goda, por ejemplo, sentaba como principio la intransmisibilidad de la pena, ó sea su exclusiva aplicacion al mismo que cometiera el crimen, sin que pudiese pasar del padre al hijo, del hijo al padre, ni del hermano al hermano. Méno razonable y méno humana á la vez la ley de D. Alfonso, hace algunas penas extensivas á los descendientes de los criminales, y prodiga contra ellos castigos que repugnan á nuestras primeras idéas de justicia.

Á veces encontramos que el legislador sienta un principio, y que seguidamente peca contra él. Dispone, por ejemplo, que la pena de muerte no se ha de aplicar jamás apedreando al delincuente; y en otra ley poco distante manda apedrear al moro que yoguiere con una virgen cristiana. Establece que no se ha de marcar el rostro del hombre, hecho á semejanza de Dios; y condena luego á la marca misma al que blasfemare por segunda vez. La razon aparecia como regla: el error, hijo de la costumbre, brotaba luego en las aplicaciones.

Aun prescindiendo de estos defectos que hemos señalado, y de los mil otros pormenores que pudieran en igual suerte designarse; siempre nos resultarán hartos motivos de censura, solo con la inspeccion general del espíritu y de la índole de aquella ley. Tambien aquí, como en el Fuero Juzgo, se desconoce la verdadera naturaleza del delito, confundiendo su horizonte con el del pecado: tambien aquí, como en aquel, se desconocen el objeto y los límites de la pena, confundiendo la justicia absoluta con la justicia social, y no dando á los principios utilitarios y materiales la parte que deben tener en las instituciones humanas. Si algo adelanta en templanza y dulzura respecto á la penalidad admitida en los Fueros municipales, no puede decirse otro tanto, haciendo la comparacion con el código visigodo ni con el Real. La confiscacion y la infamia se prodigan como en las leyes del Imperio: la lucha judicial se admite como un supremo recurso; y el tormento, en fin, esa mancha de aquellas sociedades, se ve extendido en su aplicacion, y despojado de las garantías con que hemos visto ántes que le rodearan y le dificultaran los Padres de los concilios de Toledo.

Hé aquí cuáles fueron los orígenes de la legislacion criminal de D. Alfonso: por lo que hace á los crímenes y delitos comunes, el código de Justiniano: en lo que podia rozarse con cuestiones religiosas, las Decretales, ese Digesto eclesiástico de la edad media: respectivamente, en fin, á los delitos del nuevo orden social que Roma no pudo prever, y que debian su aparicion á la sociedad de esa misma edad media, los Fueros y tradiciones, las *Fazañas* y *Albedrios* de la propia edad. ¿Qué mucho que no se acertase con lo que hoy inspira la ciencia, cuando se procedia de fundamentos tan poco científicos? ¿Qué mucho que la buena filosofía no iluminase en esta materia á aquel legislador, cuando toda la filosofía de entónces estaba reducida, y no podia ser de otro modo, á una repeticion de la griega, traída recientemente á Bolonia por eruditos bizantinos? ¿Qué mucho que las Decretales y los Fueros hiciesen sentir una influencia tan extraordinaria, cuando aquellas eran el espíritu eclesiástico, y estos el espíritu social?—Si Alfonso de Castilla y sus colaboradores, sin ningun género de precedentes, porque no los tenian, hubiesen ordenado una legislacion criminal semejante á la civil que redactaban, no habrian sido meramente grandes legisladores y grandes hom-

bres, sino un misterio, un milagro, un fenómeno indescifrable en la historia de la humanidad y del mundo. Lo que hicieron basta para su gloria, aunque para la humanidad y el mundo no haya bastado.

Despues de las Partidas, y desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España códigos ni civiles ni criminales. Hánse redactado cuadernos de leyes, ó llámen-se Ordenamientos, en algunas córtes, hácia el fin de la edad media: hánse dictado leyes sueltas en gran número, ora en el orden civil, ora en el orden criminal, pretendiendo llenar con sus preceptos los vacíos que en la sociedad se notaban, y satisfaciendo, ó procurando satisfacer, cuando eran sentidas, las públicas necesidades: hánse formado, en fin, esas colecciones mas ó ménos artísticas y completas, á que se ha llamado Recopilacion, y en las cuales se comprende, ó se ha debido comprender todo nuestro reciente derecho. Pero código no se ha ordenado ninguno. Ningun legislador se ha propuesto íntegra y sintéticamente el problema social. En el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendian aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especial y detalladamente estuviese modificado ó reformado por especiales disposiciones.

La doctrina de Savigny, la doctrina histórica, ha dominado, pues, por seis siglos nuestra sociedad.

Y las consecuencias que esa doctrina tuvo por entónces, no pudieron ser mas desgraciadas. En todo ese tiempo nada se adelantó: por el contrario, puede decirse con exactitud y con justicia que se atrasó mucho, si se atiende á los nuevos, inmensos medios de que pudo y debió disponer la sociedad, á los adelantos intelectuales y morales que se verificaron en la misma y ante la misma.

Todos los absurdos, todas las crueldades, que distinguián nuestra legislacion criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento, solo se ha abolido por las córtes en 1812; y por el rey Fernando en 1817. La confiscacion tambien se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilacion estaban aun vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La