

se mantiene el principio de la L. 8, § 9 Dig. de poenis 48, 49 (carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet; véase P. VII, 29, 11, 31, 4). Las penas relativas al honor y á los derechos son numerosas, como acontece en la actualidad (lo característico es el valer menos, «menos valere» P. VII, 5). Al lado de estas penas se encuentran con frecuencia, penas absolutamente indeterminadas, siendo escasas las relativamente determinadas; pero respecto de las otras es de las que tiene el Juez alguna libertad, de lo que se deduce que debió desarrollarse entonces la enseñanza de la aplicación de las penas cuyos principios fundamentales, según hoy acontece, se tratan en la parte general (VII, 31, 8). En cuanto á la libertad dejada al Juez, para designar la clase de pena y su ejecución, principio éste absolutamente contrario al derecho vigente en España, hay ciertas penas prohibidas por completo, si bien el legislador las impone alguna vez (VII, 31, 6; compárese L. 8, § 1. L. 25, § 1. Dig. 48, 19).

III. De estos dos elementos que constituyen la pena, el primero: la reparación (que se caracterizaba por la venganza personal), se considera como algo extraño al derecho penal público; la naturaleza ó esencia de la pena, reside en el escarmiento, en el cual ve el legislador un doble fin (P. VII, 1): 1.º, porque los fazedores resciban la pena que merecen; 2.º, porque los otros que lo oyeren ayan miedo ó se espanten ó se guarden después de hacer atales cosas (en suma, la prevención general). El centro de gravedad es el primer fin; parece incompatible con la verdadera justicia, con la justicia derecha (P. II, 28), que un criminal quede impune. La medida de estas penas se halla indudablemente inspirada por la idea de la expiación que puede en ocasiones elevarse hasta el talió. En términos generales puede decirse que no hay pena si no existe culpabilidad, siendo la malicia tenaz, que revela el reincidente, el motivo porque se le impone en justicia una pena más grave. A veces, sin embargo, para calificar el crimen, sirve también el perjuicio causado al perpetrarlo (por ejemplo, VII, 10, 8). Los hijos del traidor se castigan sin que tengan culpabilidad (VII, 2, 2, bajo las modificaciones correspondientes á la Lex quisquis, 5 Cod. 9, 8). El carácter público del Derecho penal no se halla siempre garantido y así, tratándose de las penas capitales, se puede acudir á un arreglo privado (avenencia VII, 1, 22; guisada cosa es e derecha que todo ome pueda redemir su sangre) (1); en caso de adulterio el perdón concedido por el esposo, anula la pena y si se ha cometido violación de sepultura, los parientes tienen la elección entre la demanda de pena corporal y la reparación (pecho).

IV. El título 8 trata de los homicidios. 1.º Los divide (ley 4.ª) en:

a) *Homicidios injustos* (tortizadamente) sin diferencias en cuanto á la persona de la víctima, y castigados con la deportación perpétua (deportatio in insu-

(1) Deutscher Klagspiegel, compárese Stintzing, Populäre Litteratur des römischkanonischen Rechts, pág. 401: «es ist ziemlich einem jeglichen, dass er sein Blut erlösen mag».

lam) si es fiodalgo el culpable, y si es un villano, con la muerte (2. 15). Se ha hecho notar en este punto, la omisión de los esclavos de acudir en auxilio de su dueño; el delito del Juez que condena injustamente á una pena capital y del testigo que comete falso testimonio en el mismo proceso; el delito del cómplice que entrega las armas al matador (ó al suicida, 16, 11, 10). Los casos graves son los de homicidio con traición ó alevosía (15: según el Derecho consuetudinario español, fuero de España, véase V, es siempre la pena de muerte, trátase del germen del asesinato de que se habla en el derecho común español de nuestros días); asesinato de un pariente (12: pena de culeo; se aplica también al extraneus por el auxilio, así como por los actos preparatorios para envenenar al padre de familia); envenenamiento (7: el comprador y el vendedor del tóxico, se penan con la muerte cuando estos crímenes son consumados: damnatio ad bestias, véase L. 3, § 5, Dig. 48, 8).

b) *Homicidios justificados*. En caso de legítima defensa (tornando sobre sí, 2: non ha de esperar que el otro le fiera primeramente). Se permite además matar á la esposa, hija ó hermana sorprendida en flagrante delito de amancebamiento, al ladrón encontrado durante la noche con armas, al desertor que se oponga á su detención, al incendiario nocturno, al fur famosus (ladrón conocido) y al ladrón en campo abierto. La castración practicada con el objeto de curar una enfermedad, no se persigue (13).

c) *Muertes accidentales*. Aunque se libre de la pena el que ha sido la causa de la muerte de otro hombre, debe prestar un juramento destinado á purificarse, y debe además probar con boni homines que no abrigaba animosidad de ningún género contra su víctima. Si no verificara esta prueba, como quiera que es posible la sospecha, se le somete al arbitrium iudicis (4). El Código menciona aquí también los homicidios culpables con ejemplos tomados del Digesto (así L. si putator 31 D. ad legem Aquiliam 9, 2). El podador de árboles que se olvida de prevenir; el jinete que atropella por no detener su caballo; el sonámbulo que no avisa su enfermedad; el ébrio habitual, el médico y el cirujano que dan prueba de incapacidad; el padre, señor ó maestro que se exceden en el derecho de corrección; todas estas personas, cuando causan la muerte de un hombre, debían ser deportadas á una isla durante cinco años (1). El cirujano que á sabiendas incurre en una equivocación profesional, el farmacéutico que sin receta del médico suministra remedios heróicos, se les castiga con la muerte (5, 6, 9).

2.º Hay ciertos actos peligrosos que están colocados en la misma categoría: A) *que los homicidios voluntarios*: la expulsión abortiva del feto ya vivo, castración, entrega de un arma á una persona que intenta suicidarse (8, 13, 10); B) *que los homicidios culpables por negligencia*: expulsión abortiva del feto no vivo aún; no advertir al padre que un hermano suyo intenta asesinarlo.

(1) Se priva al médico también, del derecho de ejercer su profesión.

V. Dos de las nociones más importantísimas para el desarrollo del Derecho penal español, son las de traición y de alevosía ó deslealtad, infidelidad ó perfidia. De esta última como violación de la alianza existente entre los fijosdalgo, se ha hablado ya en esta obra (pág. 42). Sus formas más graves se estiman como traición. La ley 2, tít. II, de la Partida VII, enumera catorce maneras de traición, según que se cause la muerte ó el destronamiento del Rey, alianza con el enemigo con ocasión de una guerra, defección, desobediencia ó sublevación y excitación á la rebelión, revuelta ó levantamiento, etc., concluyendo dicha Ley con estas palabras: «E sobre todo decimos que cuando alguno de los yerros sobre dichos es fecho contra el Rey ó contra su señorío ó contra procomunal de la tierra, es propiamente llamado traycion, e cuando es fecho contra otros omes es llamado aleve, según fuero de España». La traición así considerada, tenía que revestir poco á poco la significación de delito contra el Estado, de alta traición y de traición hacia el país, viniendo á ser como una traducción de la frase *laesae majestatis* crimen, y comprendiéndose también en ella la violación de todos los deberes de fidelidad hacia el Rey, enumerados en el Derecho constitucional (II, 13-19). Por el contrario, lo que hoy se llama alevosía se convierte en una forma agravante de cometer un delito; al principio era una maniobra contra una persona á quien se cogía desapercibida y tranquila en el sentimiento que tenía de su legítima seguridad; más tarde se conceptua tal toda acción caracterizada por la cobardía ó vileza y la perfidia, y hoy, según la definición legal (C. p. español, art. 10, núm. 2), en materia de delitos contra las personas, la alevosía es el empleo de medios, modos ó formas en la ejecución, que tiendan directa y especialmente á asegurarla sin riesgo para la persona del culpable, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. En la práctica, se comprenden en ella los actos cometidos contra los ciegos, los ancianos y los niños. Lo que caracteriza los Códigos penales fundados sobre los principios españoles, es que un homicidio ejecutado solamente con alevosía ó con cualquiera de las otras circunstancias cualificativas, constituye el asesinato (véase el Código penal español, art. 418, núm. 1).

VI. Si ahora queremos formar un juicio general acerca del Derecho penal de las Siete Partidas, sin fijarnos en más detalles, podemos asegurar que este Código ha contribuido más que ningún otro á poner á España á la altura exigida por las ideas científicas de la época. Marina sostiene que se encuentra en esta obra la fuerza y la energía que faltan en la mayor parte de los cuerpos legales que aparecieron en aquel período y en los siguientes. Sempere objeta á esto y no sin alguna razón, que en dicho Código impera un ultramontanismo demasiado violento, dándose en él un excesivo influjo el derecho de las Decretales. Quizá esta tendencia haya sido más tarde nociva á España, mas para Alfonso X no tenía sino un valor político momentáneo, al efecto de captarse la benevolencia del Sumo Pontífice, que tanto le importaba para obtener la corona imperial de Alemania. De todas suertes, es preciso reconocer la transcendencia jurídica penal de aquel monumento legislativo, y que sólo las prescripciones relativas

á los judíos, los moros y los herejes son las que están conformes con el Derecho canónico. Pacheco, que en general estima menos que otros autores la séptima Partida, le opone numerosas objeciones, basadas en parte sobre inadvertencias evidentes, pareciéndole sobre todo, demasiado duras las disposiciones penales. Sin embargo, esta dureza era indispensable para luchar enérgicamente contra la criminalidad, que sin cesar aumentaba. Du Boys encuentra que el estilo carece de precisión y concisión, y dice que aquel Código es más bien un manual que una ley. Para mí esta última frase está muy lejos de ser una censura, porque las instrucciones descansan siempre sobre una disposición bien combinada, lo que facilita la consideración unitaria del conjunto y lo que además hace que se comprenda inmediatamente el espíritu, la *ratio legis*, no sirviéndose por otra parte jamás de un lenguaje que degenera en charlatanería (como en los Fueros Juzgo y Real), sino al contrario, de un lenguaje siempre científico. Teniendo en cuenta la educación preparatoria deficiente de la mayor parte de los jueces de entonces, la manera de hablar de las Partidas podía constituir una ventaja inapreciable. A pesar de todas las censuras, el juicio que Pacheco consigna al final de sus observaciones, conservará siempre su valor: «Si Alfonso de Castilla, dice, y sus colaboradores, sin ningún género de precedentes, porque no los tenían, hubiesen ordenado una Legislación criminal semejante á la civil que redactaban, no habrían sido meramente grandes legisladores y grandes hombres, sino un misterio, un milagro, un fenómeno indescifrable en la historia de la humanidad y del mundo».

### § 3.º El Derecho penal común español.

I. A la muerte de Alfonso el Sabio, en 1284, las Siete Partidas no se aplicaban aún como leyes. Su promulgación las hubiera colocado inevitablemente en pugna con el Fuero Real, cuya aplicación estaba muy generalizada. Si, á pesar de esto, el Ordenamiento de Alcalá declara que Alfonso X mandó ordenar las Partidas, esto quiere decir únicamente que el Rey hizo distribuir copias á algunas poblaciones, y que remitió este Código á sus jueces para que les sirviera de guía en sus sentencias. Este valor, que al principio era solamente teórico, aumentó de día en día, sin que los reyes posteriores intentaran de una manera enérgica imponer una Legislación única. Y henos ya al principio de este período de seis siglos que no había de tener un Código: véanse en él tan solo Ordenamientos de una extensión más ó menos considerable, y de tiempo en tiempo estas leyes especiales, en número grandísimo, se reúnen formando lo que se ha llamado recopilaciones. Así sucede, que después de la época nacional visigoda y de la época científica romana, la época subsiguiente es en este respecto, una época de caos, en la cual la legislación varía según el caso, dictándose las leyes únicamente bajo la impresión del momento, y sin idea alguna que revele unidad de criterio.

II. Aun cuando algunos han abrigado dudas respecto á la validez legal de

las Partidas, esto es, acerca de si han sido verdaderas leyes, encontramos la prueba concluyente de que han estado en vigor, fijándonos en la primera de dichas Ordenanzas, el Ordenamiento de Alcalá, formulado en 1384 en unas Cortes á las cuales enviaron sus diputados 17 ciudades, y que más tarde fue confirmado gran número de veces. Las fuentes de este Código de Alfonso XI (el Justiciero), son elementos tomados de las Cortes de Villa-Real, del Ordenamiento de Najera, de las Partidas, y en mayor grado que de éstas, de las Ordenanzas de Valladolid, 1325, y de Segovia, 1347. En su conjunto, este Código representa un ensayo, aun cuando sin gran éxito, para encontrar un término medio entre los Fueros y las Siete Partidas. En cuanto al Derecho penal, deben citarse como interesantes, los títulos siguientes: XX (delitos profesionales y penas de los juzgadores y de los alguaciles que toman dones, de los guardadores de los presos si los soltaren ó no los guardaren bien, etc.); XXI (de los adulterios ó de los fornicios); XXII (de los homicidios); XXIII (de las usuras é de las penas de los usureros); XXX (pena que deben sufrir los que hurtaren ó tomaren las casas fuertes y castillos ó los derribaren); XXXI (cómo han de servir los vasallos al Rey); XXXII (de las asonadas, en seguida, de la traición, rieptos, etc.; estas dos materias están tratadas exactamente como en las Partidas). El título XXII, afirma contradictoriamente con el derecho consuetudinario de algunas localidades: 1.º Que la asechanza (el homicidio alevoso, ejecutado por auxiliares pagados, que existe aún en muchos Códigos neolatinos) debe ser castigada con la pena de muerte, aun cuando la víctima no muera á consecuencia de las heridas; y 2.º que sufra también la pena de muerte el que matare á otro, aunque le mate en pelea ó riña, salvo si lo matare defendiéndose.

La gran importancia del Ordenamiento de Alcalá, está en su aspecto formal, y consiste principalmente en la Ley llamada de prelación ó preferencia de Códigos (Ley 1.ª del Tit. XXVIII), por la cual se dió fuerza de ley á las Partidas, disponiéndose: 1.º Que según dicha ley, rigen en primer término las disposiciones (por cierto poco numerosas) del mismo Ordenamiento de Alcalá; que cuando aquellas son insuficientes, se apliquen los Fueros, exceptuando: *A* aquellos que el Rey mejora ó cambia; *B* los que son contrarios á la ley divina; *C* los que son contrarios á la razón. En tercero, y último término, rigen las Siete Partidas, á las cuales por primera vez se da con plena conciencia y de una manera positiva fuerza de ley; la amplitud de estas disposiciones, demuestran la alta estima en que el Rey las tenía. Debían aplicarse en todo aquello en que no estuvieran en contradicción con el Ordenamiento y los Fueros; de lo cual se enfiere, que el Derecho romano, tal como fue codificado en 1265, se aplicó subsidiariamente. 2.º Como quiera que los fijosdalgo se rigen en sus relaciones con sus vasallos por un Fuero de albedrío (el Fuero viejo), nada se cambia por lo que á ellos afecta. En los rieptos y desafíos, es preciso atenerse á la costumbre, tal como se halla establecida obligatoriamente en el Título XXXII del Ordenamiento. 3.º Todas las interpretaciones necesarias, explicaciones ó

aclaraciones, enmiendas y desarrollos de la ley, la solución de las antinomias y juicios contradictorios, todo será resuelto por el Rey.

III. Es fácil, sin embargo, comprender que á pesar de aquellas prescripciones del legislador, la confusión continuó reinando con tanto mayor motivo, cuanto que en el siglo inmediato siguiente se introdujeron en la Legislación nuevas prescripciones. Fue necesario adoptar resoluciones prohibiendo la importación (del vino procedente de Aragón, de Navarra, de Portugal) y la exportación (de caballos, oro, plata) acompañando tales acuerdos de sanciones penales, y además fue preciso adoptar medidas enérgicas contra la mendicidad y la vagancia que tomaron un desarrollo considerable (y contra los rufianes que como los *bravi-italianos* se ponían á sueldo y servicio de los caballeros). Ya en 1433, las Cortes de Madrid pidieron al Rey Juan II que se publicara una recopilación de las leyes vigentes, suprimiendo las que eran supérfluas y separando las provisionales de las que debían permanecer en vigor. Esta petición se reprodujo en 1458, en el reinado de Enrique IV. Pero hasta el reinado de Isabel I la Católica que, por su matrimonio con Fernando II de Aragón, hizo que España llegase á verse reunida y regida bajo el mismo cetro, no se procuró poner remedio á ese estado de anarquía legal. Alfonso Díaz de Montalvo, que desgraciadamente se hallaba ya en edad muy avanzada (había nacido en 1405), recibió el encargo en 1480, de reunir todas estas leyes, y en 1483, presentó una compilación de 1163 leyes, distribuidas en 115 títulos y 8 libros; esta compilación recibió la sanción real, constituyendo las Ordenanzas de Castilla, llamadas también Ordenamiento real ú Ordenamiento de Montalvo, é impresas por primera vez el año 1485 en Huete. Contiene el citado Ordenamiento las disposiciones principales del Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes posteriores aún en vigor, con más Ordenanzas y Pragmáticas y no pocas repeticiones sacadas de las Siete Partidas. El Derecho penal está comprendido en los 19 títulos del Libro 8.º. La última obra de Montalvo, fue la primera edición impresa de las Siete Partidas (Sevilla 1491) para la cual, así como para el Fuero Real, escribió un comentario. Su trabajo fue para los Tribunales hasta el año 1567, el principal libro de consulta, aun cuando adolece de todos los defectos que tienen las Recopilaciones posteriores.

IV. Las Cortes de Toledo reclamaron en 1502 un Código que resolviese las cuestiones que surgían del Ordenamiento de Montalvo. La trabajosa revisión confiada por Isabel I al doctor Palacios Rubios, dió por resultado las 83 leyes de Toro (*Leges Taurinæ*), publicadas el año 1505 en las Cortes reunidas en Toro. Estas leyes, célebres y muy comentadas, desde Gómez hasta Pacheco, versan casi exclusivamente sobre el Derecho civil, tratando sólo del Derecho penal las leyes 80 á 83 relativas al adulterio y al falso testimonio. Es digna de ser notada la Ley 1.ª en la cual se reproduce la de prelación de Códigos, desarrollándola de manera que en primera línea al lado del Ordenamiento de Alcalá y de la Ley actual, están colocadas todas las Ordenanzas y Pragmáticas de los reyes pasados y por venir, que lleguen á tener vigor.

V. A partir de aquí, transcurrieron sesenta años durante los cuales, la legislación no sufrió cambio alguno. Aun cuando Isabel I (+ 1504), había insistido en su testamento en la necesidad de formar un Código sucinto, pero tan completo como fuera posible, y aunque durante un largo período (en 1532, 1548, 1552, 1560, 1563), varias ciudades dirigieron peticiones con este objeto, y en fin, aun cuando en esta época existía la común aspiración de tener un gran Código general derogatorio de todos los otros, á pesar de todo ésto, Carlos I, que había dictado la *Constitutio criminalis* en Alemania, no pudo hacer nada en favor de los españoles. Y cuando, por fin, Felipe II procedió á ordenar una recopilación, se limitó á insistir en el método defectuoso de Montalvo, sirviéndose únicamente de su trabajo y de los análogos de Juan Ramírez en 1503, y de Miguel de Eguía en 1528. El resultado fue una gran desilusión: su manera de compilar leyes no era en verdad una costumbre nueva; repitiendo usados procedimientos, limitóse á reunir fragmentos antiguos y contradictorios poco ó nada inteligibles. Tal fue la Nueva Recopilación, reeditada muchas veces en los siglos siguientes (la última es de 1775). Refiérese en ella al Derecho penal el Libro VIII, cuyo título 23 trata de los homicidios, siendo preciso echar una ojeada sobre este título si se quiere formar acerca del asunto un juicio exacto. En esta Recopilación, como en el trabajo de Montalvo, se encuentran también las disposiciones del Fuero Real (IV, 17), relativas á los homicidios excusables y accidentales, á los asesinatos con traición y alevosía y á las riñas. Otras leyes se ocupan del asesinato en la corte del Rey (el hecho de tirar de la espada, se castiga con la pérdida de la mano), del asesinato por medio del incendio, del homicidio perpetrado con flechas, del precedido de robo, del cometido por medio de armas de fuego; ordénase en favor de la Cámara real, y sin exceptuar caso alguno, la confiscación de la mitad (ó de un tercio) de la fortuna del culpable.

La crítica más viva que de la Nueva Recopilación se ha hecho en vista de lo contradictorio de sus leyes, es la de Martínez Marina, en el *Juicio crítico*. «Se desconoció, dice, el mérito que acrisola las Partidas. En vez de reproducir lo que en ellas es digno de admiración, esto es, su buen sistema y su método cuidadosamente seguido, los legisladores han adoptado el estilo de las más antiguas compilaciones que habían sido formadas sucesivamente y por agregación. Querer encontrar un plan, un orden, un método en semejante aglomeración, en tal caos de leyes antiguas y nuevas, tan diferentes y sin conexión, sería lo mismo que buscar un sistema de arquitectura en las casas pobres y miserables de una aldea».

VI. Hasta dos siglos y medio después no se intentó un nuevo esfuerzo legislativo. En 1798 Carlos IV encargó á D. Juan de la Reguera Valdelomar la redacción de un Código. La hábil y acertada crítica de lo existente no fue causa bastante para que se consiguiera la formación de una obra que no tuviese los mismos defectos. La Novísima Recopilación de 1805, aun cuando esperada con impaciencia, no fue más que la misma «Nueva» aumentada, y, si es posible,

hasta empeorada. La obra, dividida de una manera todavía más caprichosa en doce libros, comprende el Derecho penal y el procedimiento penal en los 42 títulos del último libro. Los cambios de mayor importancia del sistema penal — aplicación de las galeras y penas de encarcelamiento — pertenecen aún al tiempo de Felipe II. Martínez Marina, que había atacado tan cruelmente la Novísima Recopilación, como la primera, fue por este hecho citado ante los Tribunales. El año 1808 imprimióse un suplemento á la Novísima Recopilación.

VII. Esta Legislación penal común española, aplicada también á todas las colonias de la nación, que rigió en la madre patria hasta el año 1848, y que revela el espíritu de la Edad Media en oposición con las tendencias del siglo XIX, no cabría caracterizarla de mejor modo que con las célebres palabras de Pacheco repetidas por casi todos los tratadistas del Derecho penal español: «Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían nuestra Legislación criminal hace seis siglos, todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Cortes en 1812 y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilación estaban aún 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 pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas ó valor de una peseta en Madrid; y en este punto, no sólo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años há se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales; y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros».

#### § 4.º Siglo XIX.

I. Con un deseo más poderoso que nunca, y con una fuerza de expansión acrecentada por los acontecimientos de la revolución francesa, y las violentísimas luchas que conmovieron el país, se trabajó en España desde el principio del siglo XIX, para salir del caos legislativo de que queda hecho mérito. Si en una fecha anterior (en 1752, bajo Fernando VI) sólo era conocido el proyecto de Código del ministro Marqués de la Ensenada, en cambio puede asegurarse que desde entonces se trabajó sin descanso para conseguir la codificación general. De haber ocupado José Bonaparte (6 de Junio de 1808 al 11 de Diciembre de 1813) por más tiempo el trono de España, seguramente habría realizado su plan, que consistía en la implantación del Código francés. Por lo demás, nada de particular tenía esto, puesto que el Código penal de Napoleón, sirvió después de base para la redacción del Código penal votado por las Cortes durante el primer período constitucional. Propuesto por el antiguo ministro