

EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DE LA BAJA EDAD MEDIA *

SUMARIO: I. INFLUENCIAS HISTÓRICAS QUE LO DETERMINAN. 1. El Derecho germánico. 2. La influencia de la Iglesia. 3. El Derecho romano. II. ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DE LA BAJA EDAD MEDIA. 1. Sistema de la venganza y composición. 2. El Derecho penal del Estado. III. SISTEMA DE PENAS. 1. Penas pecuniarias. 2. Penas corporales. 3. Penas privativas de libertad: a) La entrega en poder del ofendido. b) Cárcel. 4. Penas que atacan la estimación civil.

El Derecho penal español comienza en la Baja Edad Media, lo mismo que en general se perfila entonces un Derecho propiamente español, con las recopilaciones del Derecho consuetudinario y la formación de los grandes Códigos territoriales.

* La muerte prematura del Profesor Angel López-Amo, ha cortado brusca y definitivamente una vida de trabajo que ahora alcanzaba los frutos de su madurez y ha dejado interrumpida una serie de estudios, que él ya no podrá continuar. Entre los no publicados hasta ahora por su autor, se encuentra el presente. Fué redactado en 1944, como *lección de clase* con vista a los ejercicios de unas oposiciones a cátedras de Historia del Derecho. Aunque carente de notas, su simple lectura revela la utilización directa de las fuentes y una construcción ágil y de gran sentido jurídico sobre un tema en el que la bibliografía española es de una pobreza absoluta. Por su evidente interés y sus propias calidades, la Dirección del ANUARIO ha creído oportuna la publicación de esta *lección*, tal como hace muchos años la dejó escrita el Profesor López-Amo, sin introducir modificación alguna en su texto. Como tal lección y no como trabajo de investigación en sentido estricto —aunque éste haya precedido a la exposición— deben juzgarse estas páginas.

La Redacción del ANUARIO ha intentado suplir en lo posible la falta de notas del trabajo que se publica. No está segura de haber acertado plenamente al concretar las citas hechas de un modo genérico por el autor, pero cree, no obstante, que en general su labor puede ser de alguna utilidad a quienes deseen aprovechar el caudal de datos utilizados por el Profesor López-Amo.

En el período anterior (Alta Edad Media) vemos un período de la Historia del Derecho germánico, mientras que en la Baja se conjugaba este elemento con las influencias romano-cánonicas, y al formarse un Derecho penal en los Estados españoles ya organizados, éste tiene una contextura propia; no es un momento en la evolución de derechos extraños: es el Derecho penal español.

I. INFLUENCIAS HISTÓRICAS QUE LO DETERMINAN

Vamos en este primer apartado a señalar brevemente las influencias históricas que han contribuido a darle la conformación interna y externa que luego expondremos. Y estas influencias son fundamentalmente tres: la del Derecho germánico, la del Derecho romano, la de la Iglesia y su Derecho.

1. *El Derecho germánico.*

No necesitamos en realidad hacer un resumen del elemento germánico¹, ya que fué el tema principal de la lección anterior. Bastará, pues, una referencia a la misma para indicar en suma la aportación germánica a través de los fueros municipales, al Derecho penal de la Baja Edad Media. De la concepción del delito, responsabilidad por el resultado y responsabilidad por delitos de otro nos ocuparemos en la lección siguiente; ya veremos que quedan muchas huellas, pero se tiende a superar estas ideas. Más nos interesa para el objeto de esta lección la persistencia de la pérdida de la paz y la venganza privada, núcleo de un Derecho penal popular que coexiste, a veces regulado por las leyes, a veces en inconciliable oposición con éstas, con el Derecho penal oficial del Estado. Pero también éste tiene sus antecedentes en el Derecho germánico, de modo que no es una pura producción de la recepción romano-cánónica; también el Derecho penal germánico conoce la intervención del Estado,

1. E. DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el derecho español*. Trad. de G. Sánchez. Madrid, 1915 (reproducido en sus *Obras* II, Madrid, 1955, 405-70).—J. ORLANDIS ROVIRA: *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media y Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, publicados en este ANUARIO, volúmenes XVI (1945) y XVIII (1947), 112-192 y 61-165, respectivamente.

que aunque muchas veces deje la ejecución de la venganza a la iniciativa de los *Volksgenossen*, declara previamente en la asamblea judicial, al menos desde cierto tiempo, la pérdida de la paz, y otras veces ejercita por sí mismo la venganza en los delitos más graves (Derecho penal sacral), imponiendo la pena de muerte como ofrenda a los dioses por agravios que no pueden dejarse a la eventualidad de la venganza privada²; principio, como se ha dicho, de la venganza pública, por mano de la autoridad social.

Ya la venganza privada, en el Derecho penal de los fueros municipales, conoce la intervención de la autoridad en forma de declaración judicial de enemistad, requisito indispensable para llevar a cabo aquélla. Sólo se puede matar con derecho al que ha sido *diffidatus*, al enemigo conocido, y en otro caso, el matador incurre en traición y en pérdida de la paz³. Este de la declaración judicial de enemistad es un primer momento de la intervención estatal. Otro momento será después aquel en que es el Estado quien impone penas oficiales (corporales), pero todavía a instancia de parte tan sólo (acusación, querrela), hasta llegar a la consagración en toda España del procedimiento inquisitivo, del procedimiento criminal de oficio

2. *Influencia de la Iglesia.*

Es cierto que las costumbres germánicas de enemistad y venganza estaban tan arraigadas que se siguieron usando hasta la Edad Moderna. Pero una cosa es el Derecho y otra es la religión, y estas costumbres caen por distintos conceptos en ambas esferas. La venganza está aprobada por las leyes y es seguida por el pueblo, pero es ilícita a los ojos de Dios y el mismo pueblo tiene viva conciencia de ello. Por eso quien se venga ejercita, sí, un derecho, pero comete un pecado y ha de pedir perdón a Dios y hacer penitencia. "Si quis pro vindicta fratris sui hominem occiderti, tres annos poe-

2. K. v. AMIRA: *Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte* 57-58 (citado por S. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho español*, cuaderno décimo. Zaragoza, 1927, 7, n. 1).

3. HINOJOSA: *El elemento germánico* 37 (Obras II, 426).—ORLANDIS: *Las consecuencias del delito* 77-87.

niteat; si componit dimidio spatio” (Penitencial de Merseburg c. 113) ⁴.

No sólo indirectamente, a través de las conciencias, logra la Iglesia ir dominando las costumbres bárbaras, sino por influjo de sus enseñanzas en el mismo legislador, que, citamos a manera de ejemplo, suprime en el Código de Huesca de 1247 las ordalias del procedimiento judicial con estas palabras: “Ad honorem eius qui dixit, non tentabis dominum Deum tuum, candentis ferri iudicium, nec non et aquae ferventis, et similia, penitus in omni casu, et quolibet abolemus...” ⁵

La Iglesia pone al servicio de su causa las mismas instituciones del Derecho germánico. De la paz de la casa deriva el asilo de los templos, que sustrae a quien a él se acoge de la venganza de los enemigos ⁶. Las composiciones, otra institución de Derecho penal germánico, son el medio de satisfacer con que el clero de la iglesia a cuyo asilo se acogió el perseguido detiene para lo sucesivo la venganza del perseguidor ⁷.

Y no es sólo con las enseñanzas evangélicas y con el espíritu del Cristianismo como la Iglesia influye en el Derecho penal de los pueblos germanizados, sino también sirviendo de vehículo para el conocimiento y aplicación del Derecho mosaico y, en general, del contenido en el Antiguo Testamento, que por ser fuentes reveladas por Dios forman una unidad con el Derecho eclesiástico de la época. Un ejemplo que nos refieren los autores es la falsa colección de capitulares de Benedicto de Maguncia que tuvo carácter de ley civil ⁸.

Pero la influencia decisiva y duradera de la Iglesia en el Derecho penal fué aún más profunda, no limitándose a templar ciertos usos salvajes y ciertos rigores primitivos. La acción de la Iglesia echó las bases del Derecho penal moderno con sus ideas acerca del delito y de la pena y su regulación de uno y de otra ⁹. La Iglesia, en

4. Citado por A. PERTILE: *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Imperio romano alla codificazione* V². Torino, 1892, 29, n. 2.

5. *Fueros del Reino de Aragón* IX, “De candentis ferri iudicio abolendo” (ed. Savall y Penen I, 344).

6. PERTILE: *Storia* V, 29-30.

7. PERTILE: *Storia* V, 31-32.

8. PERTILE: *Storia* V, 39.

9. PERTILE: *Storia* V, 55 y 61.

efecto, creó para su propio uso un verdadero Derecho penal. ¿Cómo se explica, habiendo un Derecho penal del Estado? La Iglesia tenía, sin duda, una jurisdicción penal externa porque ciertos delitos, calificados por su naturaleza, eran juzgados siempre por ella, y porque otros delitos que por su naturaleza correspondían al poder civil, se le sometían en atención a la condición clerical del autor. Pero tenía, además, una jurisdicción interna que abarcaba todos los delitos, porque todo delito en el fuero interno es un pecado.

Tenemos, pues, una organización penal y penitencial en que todas las penas, a diferencia del sistema de venganzas y composiciones, están en *manos de la autoridad* (1.^a nota)¹⁰. Se forma un *sistema de penas aflictivas* (2.^a nota) que también falta, por consecuencia de lo anterior, en el Derecho penal popular, que da realce ante la conciencia del pueblo a la labor punitiva de la autoridad, desarraigando el afán de venganza, ya cumplido con la pena o penitencia sufrida e inspirando respeto y temor a los posibles delincuentes¹¹. Este sistema de penas se recoge en los *libros penitenciales* (3.^a nota), antecedente de nuestros códigos penales, que dan al sistema de penas la seguridad de una reducción a escritura de valor oficial¹². La finalidad de la pena no ha de ser la satisfacción al ofendido ni siquiera la expiación en sí sola, sino que trata de lograr la mejora del reo mediante el arrepentimiento, con lo cual, como dice Pertile; enseñaba la Iglesia al Estado *los más elevados fines del poder punitivo* (4.^a nota)¹³.

La perfección del sistema penitencial eclesiástico contribuyó enormemente a su influencia. Al lado del del Estado corría paralelo el Derecho penal de la Iglesia, del que aquél tomaba constantemente disposiciones o al que se remitía con frecuencia, bien a sus penas, bien a su jurisdicción (“*Quicumque ergo hanc pacem... infrigerit... ipse... et coadiutores atque consiliatores sui ab Episcopo excommunicentur...*” Constitución de paz y tregua de Pedro II, 1198)¹⁴.

10. PERTILE: *Storia* V, 32.

11. PERTILE: *Storia* V, 250.

12. PERTILE: *Storia* V, 34-36.

13. PERTILE: *Storia* V, 37-38.

14. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Cortes de los antiguos reinos de*

3. *El Derecho romano.*

La influencia del Derecho romano, ya desde antes de la recepción, viene a ejercerse en el mismo sentido que la de la Iglesia en cuanto a la formación de un sistema de penas gobernado por la autoridad pública y en el que tienen el primer lugar las penas afflictivas. Probablemente el Derecho romano en sus orígenes, como se ha afirmado de todos los derechos primitivos, estaría fundado sobre la venganza, y aún después tenían un importante papel las penas pecuniarias, elementos ambos que denuncian la preponderancia del interés del ofendido. Pero lo característico del Derecho romano es la punición social, la pena oficial, autoritaria y afflictiva. Antes de la recepción la influencia romanista se actúa porque las instituciones penales romanas son copiadas por los bárbaros; algunas pasan a sus costumbres; sobre todo, se introducen por la legislación. Pero también los jurisconsultos contribuyen en Italia a la obra, pues si bien al principio mantenían separados el Derecho germánico y el romano, a poco aparecen mezcladas disposiciones de leyes romanas por en medio de las leyes bárbaras, en un conjunto en que domina, con mucho, el Derecho germánico. El renacimiento en Bolonia de los estudios del Derecho de Justiniano fué el factor más importante para la influencia romana. La labor de los glosadores se reducía al principio al comentario del derecho criminal del *Corpus iuris*, considerado como derecho vigente. Pero no sólo del *Corpus iuris*: en la elaboración de estos jurisconsultos entra también el Derecho canónico y el Derecho civil local, así como la práctica uniforme que llegó a crear una costumbre general, formándose de esta manera en el campo penal ese Derecho común característico de la Baja Edad Media, y cuyas máximas habían de recoger los escritores de la época siguiente. La influencia del Derecho romano y de los jurisconsultos romanistas se manifiesta especialmente en la introducción y abuso de la pena de muerte, rarísima en el primitivo Derecho ger-

Aragón y principado de Cataluña I, 1. Madrid, 1896, 74-5. Este texto ha sido recogido, traducido al catalán, en las *Constituciones y altres drets de Catalunya*, vol. I, X, 11, 3 (ed. 1704, 490).

mánico, y no digamos que extraña al sistema penitencial de la Iglesia ¹⁵.

Combinando las ideas romanas con las canónicas sobre la autoridad y sus penas oficiales con el principio germánico de la venganza pública, tenemos la base del nuevo Derecho penal. Pero el sistema penal romano-canónico no se impuso plenamente; las antiguas costumbres y las antiguas penas de los pueblos germánicos siguieron usándose porque estaban muy arraigadas, porque dando grandes ventajas a las clases pudientes tenían en ellas una defensa incondicional y porque el mismo interés de los ofendidos y del fisco contribuía a mantenerlas. Resultó, pues, un sistema mixto, y mixto es el Derecho penal de la Baja Edad Media, como lo fué más tarde el de la *Carolina* ¹⁶.

Ahora, pues, al estudiar el Derecho penal de la Baja Edad Media distingamos cuidadosamente los dos elementos que forman el sistema mixto: el de la venganza privada y el de la justicia oficial.

II. ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DE LA BAJA EDAD MEDIA

I. Sistema de la venganza y composición.

Cuando existe un poder real fuerte y una legislación, oficialmente se tiende a suprimir la venganza privada, dependiendo el éxito de esta política del poder efectivo para imponerla. La legislación visigoda trató de suprimirla, y aunque no lo lograra de hecho la sustituyó por una serie de penas. Después de la destrucción del reino visigodo las costumbres germánicas no tienen las trabas del poder real ni de la ley, y los fueros municipales, especialmente los extensos de Cuenca y su familia, que recogen la venganza en los términos más amplios, reflejan, según Hinojosa, el estado primitivo del Derecho consuetudinario visigodo ¹⁷. Como vimos en la lección

15. PERTILE: *Storia* V, 39-52.—ORLANDIS: *Las consecuencias del delito*. 66-68.

16. H. BRUNNER: *Historia del derecho germánico*. Trad. de J. L. Alvarez. Barcelona, 1936, 308-309.

17. HINOJOSA: *El elemento germánico*. 33-34. (Obras II, 423).

anterior, casi todos los delitos contra las personas castigados por la ley de los visigodos con muerte, servidumbre, multas o *traditio in potestatem*, dan lugar a la venganza de la sangre¹⁸.

Ahora bien, en la Baja Edad Media se reconstruye el poder real y por la recepción romano-canónica e incluso por la recepción del Derecho visigodo legal, reaparecen esas penas antes citadas, y la venganza no tiene la amplitud que en los fueros. Quizá en la práctica se usa igual, pero en la ley está muy limitada, y aunque en Castilla y Navarra aparece con frecuencia, en la Corona de Aragón y sobre todo en Cataluña, no obstante haber sido en estos territorios donde más duró su uso, que alcanzó los tiempos modernos, una primera lectura de las fuentes legales deja la impresión de que estas desconocen la venganza.

Vamos a referir brevemente unos ejemplos para ver la persistencia de la venganza de la sangre en la Baja Edad Media.

Las fuentes de Castilla y de Navarra la reconocen expresamente para el rapto y la violación (*Fuero Viejo de Castilla* II, 2, 3¹⁹, y *Fuero general de Navarra* IV, 3, 7²⁰). La ley 6.^a del título 7, libro IV del *Fuero Real* concede este derecho al padre, al hermano o al pariente más próximo de la mujer que fuere deshonrada en su casa misma: "puédala matar sin pena, si quisiere, e aquel que con ella fallare: e pueda matar al uno dellos, si quisiere, e dexar al otro"²¹. Lo mismo en la ley primera, con referencia al poder del marido sobre los adúlteros²². Y en otro lugar (*F. Real*, IV, 17, 1) al hablar de la defensa legítima de otras personas, al enumerarlas concluye: "o a otro home que deba vengar por linage"²³. Por último, una Ordenanza de Juan II reconoce el derecho de matar al que "fuere dado por enemigo"²⁴.

18. HINOJOSA: *El elemento germ.* 34 (*Obras* II, 423).

19. *Fuero Viejo de Castilla* II, 2, 3 (ed. *Los Códigos Españoles* I, 274).

20. *Fuero General de Navarra* IV, 3, 7 (ed. Harregui y Lapuerta 91).

21. *Fuero Real* IV, 7, 6 (ed. cit. I, 408).

22. *Fuero Real* IV, 7, 1 (ed. cit. I, 408).

23. *Fuero Real* IV, 17, 1 (ed. cit. I, 415).

24. *Ordenanzas Reales de Castilla* VIII, 18, 3 (ed. *Los Códigos Españoles* VI, 523). Vid. el capítulo 3.^o del *Ordenamiento de Leyes* publicado por Juan I en las Cortes de Guadalajara de 1390 (*REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: Cortes de León y de Castilla* II, Madrid, 1863, 427-428), que

En Cataluña podemos sentar provisionalmente que existe la venganza de la sangre en los delitos que dan lugar a enemistad privada (o pérdida de la paz limitada); pero que no existe, al menos con la amplitud que en Castilla, en los casos de pérdida general de la paz; aquí se trataría de un verdadero castigo ejercido por la comunidad y éste no se deja al libre ejercicio de la venganza, sino que lo ejerce el Estado, consciente de su función punitiva. Los delitos más peligrosos, dice García Gallo, se sustraen a la venganza y se someten a severas penas²⁵. El *traydor* de las fuentes catalanas no es el *en-cartado* de Castilla a quien las leyes permiten matar impunemente. Pero hablamos ahora de la enemistad privada y no de la pérdida de la paz general.

Las constituciones de paz y tregua van recortando paulatinamente el ejercicio de la venganza en cuanto a los lugares, en cuanto a las personas y en cuanto a las épocas del año²⁶; pero se hace expresa excepción de los caballeros y sus hombres²⁷. Y aun a los que no están en guerra se les permite *capere* y *raubare* si por el término de cinco días hubieren llevado a cabo el desafío llamado *aquindamentum*²⁸. Pero la venganza debió de practicarse en términos mucho más amplios que los permitidos por las constituciones reales y de paz y tregua, según demuestra una constitución de Fernando el Católico del año 1503²⁹, confirmada por Carlos V en 1537³⁰. Se practicaba, pues, y hasta esta época, no sólo la venganza de los parientes contra el ofensor, sino también contra los parientes de éste y aun contra los amigos, "fills, germans, oncles, ne-

tiene grandes coincidencias con el texto recogido en las Ordenanzas Reales de Castilla.

25. [R. RIAZA y] A. GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, 1935, 254.—A. GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español* I^o. Madrid, 1948, 207.

26. Las constituciones de paz y tregua han sido publicadas por la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Cortes de Cataluña* I, 1. Cfr. G. M.^a DE BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña* I, Barcelona, 1918, 87-89, 117-127 y 266. E. WOHLHAUPTER: *Studien zur Rechtsgeschichte der Gottes- und Landfrieden in Spanien*. Heidelberg, 1933, 76-126, especialmente 122-123.

27. 1218, Cortes de Villafranca 8 (ed. cit. I, 1, 97).

28. 1235, Cortes de Tarragona 2 (ed. cit. I, 1, 128).

29. *Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 14, 1 (edic. cit. 426-28).

30. *Const. de Cathal.*, vol. III, IX, 5, 1 (edic. cit. 71).

bots, cosinsgermans o altres parents o amics". Precisamente la constitución fernandina busca poner fin a esta "consuetut dampnada", a este "abus de malvada consuetut" ³¹.

De Aragón dice Hinojosa que la venganza de la sangre fué sustituida por penas corporales en 1510 por la primera vez en una constitución del Rey Católico recogida en los *Fori civitatis Turolii* ³². Aunque no compartimos tan rotunda afirmación del insigne maestro, es lo cierto que la venganza se practicó, como en Cataluña, hasta en esa época. La encontramos en los Fueros latinos, en el *Código de Huesca* ³³. La encontramos en los fueros de Jaime II, para limitarla ³⁴. La encontramos, por fin, en el texto de Fernando el Católico citado por Hinojosa, en que la suprime definitivamente "en los crímenes y delitos que de aquí adelante se cometerán" ³⁵.

También los *Furs de Valencia* tienen huellas de la venganza; el heredero, dice una de las disposiciones, está obligado a acusar al matador del testador, "pero no está obligado a vengarle la muerte" ³⁶. Quien matare a otro *en baralla*, es desterrado para siempre del lugar y término en que delinquiró; pues bien, si volviera a dicho lugar sin licencia de los parientes, pueden estos, hasta el cuarto grado, matarlo sin pena ³⁷. Y hay un *fur* de Pedro IV en que se establece que no puede el Rey forzar a los parientes del muerto a que hagan paz con el inculpado de homicidio ³⁸. Y otro en que se dice que los que no quieren hacer paz no pueden, por eso, ser condenados al *bando* ³⁹.

Sin embargo, la configuración legal de la enemistad y de la venganza es distinta, por lo que a los textos de la Baja Edad Media se refiere, en los territorios de la Corona de Aragón y en Castilla.

31. Vid. supra nota 29.

32. HINOJOSA: *El elem. germ.*, 69, n. 1 (*Obras* II, 445, n. 132).—*Fori civitatis Turolii* (Valencia, 1565), fol. 135.

33. *Fueros de Aragón* IX, "De homicidio", 3, 9; "De iniuriis", 1; "De proditoribus" (ed. cit., I, 318-19 y 339).

34. *Fueros de Aragón* IX, "De pace, et rebus guerreantium, quae debent esse securae et quae non" (ed. cit. I, 352).

35. Vid. supra nota 32.

36. *Fori Regni Valentiae* IX, 1, 26 (ed. 1548, fol. 189).

37. *Fori Regni Valentiae* IX, 7, 42 (ed. cit., folio 198).

38. *Fori Regni Valentiae* IX, 7, 43 (ed. cit., folio 198).

39. *Fori Regni Valentiae* IX, 7, 44 (ed. cit., folio 198).

En Castilla, y lo mismo en Navarra, el régimen de la *inimicitia* y la venganza es continuación del de los fueros. Es preciso el *diffidamentum* y la declaración judicial de enemistad; y entonces el ofensor era condenado a pagar una multa, salía desterrado y quedaba expuesto a la venganza⁴⁰. El efecto de la *inimicitia* es la posibilidad de tomar venganza impune, y esto lo recogen las fuentes castellanas de la Baja Edad Media y lo autorizan expresamente, imponiendo, además, taxativamente esta situación en una serie de casos determinados. El *Fuero Real*⁴¹, el *Fuero de Soria*⁴² de 1256, el *Fuero Viejo de Castilla*⁴³, nos dan abundantes ejemplos. El *Fuero General de Navarra* concede a la familia del muerto el derecho a darse por satisfecha con el juramento del presunto homicida, o a recurrir a la venganza de la sangre⁴⁴. Esta es la diferencia fundamental entre Castilla y Navarra de una parte y Aragón y Cataluña de otra: la admisión sin obstáculos de la venganza y la imperatividad de las leyes al imponerla como castigo.

En Aragón y Cataluña, aunque existe la venganza y observamos un sistema análogo de desafíos, podemos afirmar que la venganza es extraña al sistema penal de las leyes y repugna a su concepción del derecho punitivo.

En la pragmática de Pedro IV de Aragón dirigida al veguer de Bages Berga, y Bergada, y batlle de Manresa, dada en Barcelona a 10 de diciembre de 1360⁴⁵, que es un texto fundamental para el Derecho penal de Cataluña, y en la ya nombrada Constitución de Fernando V de 1503⁴⁶, que no es sino una traducción literal de aquélla, con algunas adiciones y modificaciones, se habla de la venganza de los parientes como de una *prava consuetudo* (*malvada*

40. HINOJOSA: *El elem. germ.* 31-69 (*Obras* II, 422-46).—ORLANDIS: *Las consecuencias del delito* 75-117.

41. *Fuero Real* IV, 7, 1. 6; IV, 8, 3; IV, 17, 1. 4 (ed. cit. I, 408-409 y 415).

42. *Fuero de Soria* 483, 489, 490, 496, 498, 501-3, 508, 510, 517, 520, 522, 523, 525, 530, 531, 534, 541 (ed. G. SÁNCHEZ: 185, 188, 189, 191, 192, 193-95, 198, 201, 202-3, 204-8, 210 y 213).

43. *Fuero Viejo* II, 1, 3. 5; II, 2, 1 (ed. cit. I, 273-274).

44. *Fuero General de Navarra* V, 2, 6 (ed. cit. 98).

45. *Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 7, 1 (ed. cit. 180-181).

46. Vid. supra nota 29.

consuetud) introducida contra todo derecho; “subintravit”, dice el texto latino de Pedro IV; “abus... introduit”, dice el texto catalán de Fernando V. Los que toman venganza lo hacen “menospreciando en esto la punición real o vindicta de justicia”. Hay un sistema oficial de penas corporales que sustituye y abroga desde bastante pronto el sistema de la venganza privada, como prueban las prohibiciones que datan de Jaime II⁴⁷ de hacer composiciones pecuniarias en los delitos que llevan consigo pena de muerte o de mutilación.

Hay, por tanto, una justicia oficial que se opone a la venganza privada. La ley no reconoce otro Derecho penal que el suyo; pero si ella misma no establece la venganza, tampoco la prohíbe absolutamente. En Aragón queda como una cosa extralegal, que pueden usar los parientes: “solvat caloniam... et caveat sibi a consanguineis interfecti”⁴⁸. En Cataluña actúa la venganza junto a las penas oficiales y a las composiciones pecuniarias como un procedimiento mal mirado por la ley, pero regulado por ella en evitación de mayores males.

No es porque el Estado justifique la venganza del ofendido y deje a éste el cumplimiento de la justicia. En efecto, el que así se venga “contemnet in hoc ultionem nostre justitie”⁴⁹, y comete un delito que será castigado. ¿Cuál es, entonces, el efecto de esa regulación legal de la venganza? Evitar la pérdida de la paz general. El que se vengara sin avisar con las formalidades prescritas, cometería violación de paz y sería no sólo homicida, sino *bausator* y *proditor*, sufriendo por tanto pena mucho más grave. Mientras que con esa admonición (que viene a ser como el desafío de los fijosdalgo castellanos) ya no comete ese crimen de *bausia* y *traición*, pero siempre comete delito, y habrá de sufrir la correspondiente pena. Véase la diferencia: Primer caso: “... tamquam bausator et proditor puniatur”; segundo caso: “... puniatur prout de iure, et ratione fuerit faciendum”⁵⁰. Esta es, al menos, la intención del legislador, cumpliérase o no en la práctica.

Hay que suponer que, pese al espíritu que anima la pragmática

47. *Const. de Catal.*, vol. II, IX, 18, 1 (ed. cit. 188-189).

48. *Fueros de Aragón IX*, “De homicidio” 9 (ed. cit. I, 319).

49. Vid. supra nota 45.

50. Vid. supra nota 45.

del Rey Ceremonioso, no se harían efectivas las penas contra el vengador, quedando prácticamente impune la venganza ejecutada conforme a las formalidades prescritas, pues la versión romanceada de Fernando el Católico en 1503 es lo suficientemente ambigua como para considerarla lícita⁵¹. Son concesiones del legislador, cuyas causas no podemos estudiar aquí, de las que tenemos otros ejemplos: la pena de *bansia* y *traición* y exclusión de paz y tregua para la venganza o agresión sin notificación oficial, es derogada para todos los casos recogidos en la constitución de 1503 por otra constitución del mismo Fernando V en Monzón, 1510⁵².

Este es el Derecho penal que recibe "ex novo" Valencia, donde no hay persistencia de costumbres locales anteriores. Por eso en los *Furs* tiene más vigor el Derecho penal estatal y la venganza está limitadísima⁵³. En efecto, en los delitos más graves parecen aplicarse indefectiblemente las penas estatales (muerte, tormento, etcétera). En los delitos en que se autoriza la venganza, sufre muchas limitaciones. Siguiendo con el ejemplo que ya escogimos anteriormente, homicidio en *baralla*, la pena es de multa y de bando; solamente si quebrantara el exilio, volviendo al lugar del delito sin permiso de los parientes hasta el cuarto grado, pueden éstos, y únicamente éstos, matarlo impunemente; pero pueden también entregarlo al juez para que lo castigue. Y si no pudiera hacer efectiva la multa de 200 morabitanos, entonces ni hay posibilidad de venganza, ni hay siquiera exilio: lo cuelgan y nada más⁵⁴.

Una cosa parecida ocurre con los delitos que dan origen a la pérdida de la paz general. Esta figura persiste en toda España durante la Baja Edad Media, pero con efectos diferentes.

Lo característico de la pérdida de la paz general es que cualquier miembro de la comunidad (de la ciudad o del reino, según los casos) puede matar impunemente al privado de la paz, y sus bienes son confiscados o devastados. Los delitos que dan lugar a tan agravada situación los reduce Hinojosa, aparte de la violación y el rapto del *Fuero Real*, a los que consisten en la infracción de un deber determinado de fidelidad o en la desobediencia a la autoridad judi-

51. Vid. supra nota 29.

52. *Const. de Cathal.*, vol I, IX, 14, 2 (ed. cit. 428).

53. *Fori Regni Valentiae* IX, 2-10 (ed. cit. 189-207 v.).

54. Vid. supra nota 37.

cial⁵⁶. Estos delitos se califican de traición o alevosía, o se asimilan a ellos, y su autor es *proditor*, *traditor*, *traydor* y *alevoso*, *bausator*, y aparece como tal en todos los derechos españoles, aunque su condición no sea la misma en todos.

En Castilla hay bastantes ejemplos de pérdida de la paz general por delitos incluidos en ambos grupos. Entre los consistentes en la infracción de un deber especial de fidelidad, está la muerte sin declaración previa de enemistad, la muerte causada después de haber dado *fidancias* o *fideiussura de salvo* (que es, como sabemos, la seguridad o promesa de no hacer mal a una persona que, por tener miedo de que se le pueda hacer, la solicita), o después de haber *saludado* al enemigo. Podemos considerar como desobediencia a la autoridad judicial, el negarse a comparecer en justicia, el negarse a *saludar* al adversario, la negativa de dar *fidancias de salvo*, la no comparecencia del *reptado* el día fijado para el duelo⁵⁶. No sólo el *Fuero Viejo*⁵⁷ y el *Fuero Real*⁵⁸, o fueros municipales de redacción extensa del siglo XIII⁵⁹, sino el *Ordenamiento de Alcalá*⁶⁰, sentencias del siglo XIV⁶¹, documentos reales del XV⁶², dan testimonio de la persistencia de esta institución en Castilla: "... dámosle por traydor e por alevoso, e mandamos que doquier que fuere

55. HINOJOSA: *El elem. germ.* 71 (*Obras* II, 447).

56. HINOJOSA: *El elem. germ.* 71-76 (*Obras* II, 447-50).—ORLANDIS: *Sobre el concepto del delito* 125-136.

57. *Fuero Viejo* II, 1, 5 (ed. cit. I, 273).

58. *Fuero Real* IV, 17, 1 (ed. cit. I, 415), citado por HINOJOSA: *El elem. germ.* 71 (*Obras* II, 447).

59. *Fuero de Sepúlveda* 46 (ed. E. SÁEZ 78-79); *Fuero de Brihuega* 60 (ed. J. CATALINA GARCÍA 137); *Fuero de Madrid* 12 (ed. A. MILLARES CARLO 32); *Fuero de Zamora* 1 (ed. A. CASTRO 13); *Fuero de Salamanca* 24 y 282 (ed. F. DE ONÍS 89-90 y 179-80).

60. *Ordenamiento de Alcalá* XXXII, 11 (ed. *Los Códigos Españoles* I, 471-72).

61. Vid. la quinta *fazaña* de la colección añadida como apéndice a la última redacción del *Fuero Viejo* (ed. cit. I, 298).

62. No es fácil determinar a qué documentos se refiere el autor. HINOJOSA: *El elem. germ.* 71, n. 2 (*Obras* II, 447, n. 137), cita uno de D. Juan II, de 1461, inserto en los folios 133 v.-134 de los *Fori civitatis Turolii*, en el que se testimonia la existencia de la pérdida de la paz general. En él se encuentra la frase "impune possint occidi", citada por López-Amo, infra página 353.

fallado de aquí adelante que le den muerte de traydor e de alevoso”⁶³. A veces la pérdida de la paz no tiene otro fundamento que el capricho o el arbitrio del rey⁶⁴.

En Navarra encontramos las mismas figuras: por matar en tiempo de tregua, por matar después de la reconciliación, por hacerlo sin aviso previo o declaración de enemistad⁶⁵. Y el lenguaje del *Fuero General* es tan claro como el de los documentos: “do quiera que puedan ellos ser fallados en todo el reino de Navarra sean presos o muertos sin pena ni calonia ninguna” (Sent. 1359)⁶⁶.

El traidor es enemigo del concejo, “totius concilii inimicus”, *encartado*⁶⁷; y los efectos de la pérdida de la paz general en estos Derechos vienen a ser estos: condenado a muerte, ha de abandonar la ciudad (o el reino) en el plazo establecido, pregonándose por los mercados, como dice el *Fuero Viejo*, “por que sepan los omes cómo es juzgado a muerte”⁶⁸; nadie le puede acoger ni encubrir; pero no sólo lo han de entregar a la justicia, sino que cualquiera lo puede matar o herir, y no pagará por ello *caloña* ninguna ni caerá en la enemistad de los parientes. La devastación de la casa y bienes, lo mismo que en el Derecho germánico, tiende a sustituirse por la confiscación. El ejercicio de la venganza impune por cualquier hombre está expresamente contenido en las fuentes de estos territorios y la hemos visto en los ejemplos puestos.

En Cataluña encontramos con toda claridad la exclusión de la paz general en los comienzos del siglo XIII: “eiciatur a pace et treuga..., se et sua ubicumque destruantur loca sua”⁶⁹. “Téngase por desafiado y todos sus bienes fuera de paz y tregua, y ningún barón de la tierra lo reciba en su honor, ni le dé consejo ni ayuda, antes bien... háganle guerra *ad posse suum cum Rege et sine Rege bona*

63. Es el texto del *Ord. de Alcalá* citado supra nota 60.

64. Vid. la *fazaña* citada supra nota 61. Cf. HINOJOSA: *El elem. germ.* 76, n. 1 (*Obras* II, 450, n. 149).

65. *Fuero General de Navarra* V, 3, 7. 9. 10 (ed. cit. 100-101).

66. Vid. en J. YANGUAS Y MIRANDA: *Diccionario de antigüedades del reino de Navarra* II. Pamplona, 1840, 132-133.

67. Vid los textos citados por HINOJOSA: *El elem. germ.* 70, n. 1, y 75, n. 1 (*Obras* II, 446, n. 135, y 449, n. 146).

68. *Fuero Viejo de Castilla* II, 1. 5 (ed. cit. I, 273).

69. 1202, Cortes de Cervera 3 (ed. cit. I, 1, 87).

fide sine enganno"⁷⁰. "Téngase por expulsado de paz y tregua, así como todos los lugares que le recibieran; y el mal o daño que le fuera hecho a él o a sus lugares no se enmiende nunca en ningún tiempo"⁷¹. El *veguer* del lugar en que se cometió el delito, lo publica por expulsado de paz y tregua, comunicándolo a las demás veguerías y bailías y a todos los señores que tienen jurisdicción⁷².

Pero en estos delitos la fuerza del Estado para atraerlos a su exclusivo castigo, quizá por su misma naturaleza y gravedad, limita extraordinariamente las facultades de los particulares como espontáneos ministros de la venganza pública. La pérdida de la paz general se traduce en una agravación de la pena, pero pena cuya ejecución corresponde a la justicia oficial. La fórmula "*tamquam bausator et proditor puniatur*" no es exclusiva de la Pragmática tantas veces citada de Pedro IV⁷³. Pero no es esto sólo: hay otras que dan a entender que el delincuente no se ve abandonado totalmente a la venganza pública. El mal que se le hiciera, suelen decir las constituciones, "*non requiratur pro pace et treuga fracta*"⁷⁴. Es decir, que el que cometió un delito de los que producen enemistad ilimitada no es puesto fuera de la paz general en el sentido del derecho popular germánico, sino sólo excluido de los beneficios de la paz y tregua establecida, de manera que los delitos cometidos contra él mismo no produzcan a su autor el aumento de pena por la violación de la paz y tregua. Ya es curioso que la violación "*de pau e de treva*", que en otras partes convierte al delincuente en enemigo público, aquí sólo comporta el aumento de la pena pecuniaria al doble, añadiendo la multa de 60 sueldos para el Rey y el Obispo⁷⁵, cifra que como podemos recordar de la lección anterior, es la que se debe al rey por el *bannus*, por la desobediencia al mandato real.

70. 1207, Cortes de Puigcerdá (ed. cit. I, 1, 87-88).

71. 1214, Cortes de Lérida 14 (ed. cit. I, 1, 94).

72. 1413, Cortes de Barcelona 15 (*Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 13, 1 [ed. cit. 425-26]).

73. Vid. *supra* nota 45. Las constituciones de paz y tregua suelen usar la de "*tamquam invasor pacis habeatur et teneatur*". Así en el capítulo 11 de la promulgada en las Cortes de Lérida de 1214 (ed. cit. I, 1, 93).

74. 1218, Cortes de Villafranca 13 (ed. cit. I, 1, 98-99).

75. 1214, Cortes de Lérida 10; 1218, Cortes de Villafranca 13 (ed. cit. I, 1, 93 y 98-99).

Las fuentes nos dicen que el que cometiere homicidio sin motivo, dentro de paz y tregua, será desterrado por toda su vida; y no se dice que le puedan matar impunemente. Lo mismo en caso de desobediencia a la autoridad judicial: quien citado legítimamente no hubiera querido asegurar ni dar prendas en mano del *veguer*, es objeto de proceso según forma prescrita en constituciones de Jaime I⁷⁶ y Jaime II⁷⁷, y no se puede hacer ejecución en otra forma. En otros lugares vemos que la contumacia, motivo de pérdida de la paz general, se castiga en Cataluña con una satisfacción pecuniaria⁷⁸. ¿Qué más? El delito más grave, la traición, no comporta en la buena tradición de los *Usatges*, lo mismo que para otros delitos de sangre, más que la enmienda y, a lo más, la *traditio in potestatem*. El *Usatge* "Per bonum Usaticum" dice que los hombres que tengan señor no pueden por razón ninguna, ni por desafío, ni por ardid, acometer, herir o prender a sus señores. Y el que lo hiciere vendrá preso a manos de su señor todo el tiempo hasta que le haya enmendado el mal y deshonor, a juicio del Príncipe y su Corte⁷⁹. Fuerza es reconocer la exclusión de la enemistad ilimitada, cuando tan grave falta a un deber especial de fidelidad produce sólo la obligación de enmendar "lo mal e la deshonor", cuyo incumplimiento, por otra parte, no tiene otro efecto que seguir preso en mano de su señor.

En todos estos casos, según el derecho oficial, la composición es la pena, la única pena establecida. Y el ofensor tiene derecho a liberarse pagándola. En otros es una pena corporal, o de muerte, según la legislación avanza. Pero nunca encontramos el "impune possint occidi"⁸⁰ de las fuentes castellanas, o la fórmula semejante con que en Cataluña mismo se autoriza la muerte inmediata del cogido en flagrante delito: "... aquell quil haura nafrat, o mort no suffirà alguna calumnia"⁸¹.

76. 1251, Cortes de Barcelona 5 (*Const. de Cathal.*, vol III, III, 5, 2 [ed. cit. 41]).

77. 1291, Cortes de Barcelona 15 (*Const. de Cathal.*, vol. I, III, 9, 1 [ed. cit. 209]).

78. *Usatges* 84 (ed. ABADAL Y VALLS 37-38). Vid. también el texto citado en la nota anterior.

79. *Usatges* 71 (ed. cit. 30).

80. Vid. supra nota 62.

81. *Usatges* 155 (ed. cit. 73).

En los *Fueros de Aragón* de Jaime I, y en los *Furs de Valencia*, después de describirse con gran precisión esos tipos de delito, la traición, el aleve, la negativa a dar lo que en otras partes se llama *fideiussura de salvo*, de que hemos hablado en la lección anterior, se imponen unos castigos que solo secundariamente y en forma limitada admiten alguna vez la actuación de la venganza de la comunidad, aunque no creemos que hasta el extremo de matar al reo⁸².

2. *El Derecho penal del Estado.*

Es propio de esta época el concebir el Derecho como una función del Estado, pues los hombres que en él viven “conviene —como dicen las *Partidas*— que sean acordados por igualdad de derecho”⁸³.

Esta concepción, en el campo del Derecho criminal, atribuye a la autoridad pública no sólo la jurisdicción y la ejecución de las penas, sino el exclusivo interés en el castigo del reo, ya que su finalidad no es la venganza, sino el orden para cuya guarda fué la autoridad instituída: “... quod gladius qui ad vindictam malorum, laudem vero bonorum inventus extitit, in facinorosos siæ saeviat quod innoxios tueatur” (Pragmática de Alfonso IV de Aragón, 1335)⁸⁴. Y encuentra su fórmula en una frase de Pedro IV: “... cum ipsa stimatio ad nos, ut Principem, et ad nullum alium pertineat...”⁸⁵

Al lado, pues, de la venganza que, como dijimos antes, no pudo ser desarraigada sino muy lentamente, lucha esta concepción por abrirse paso e imponer el Derecho penal del Estado. En dos direcciones se resarrolla esta tendencia: Primera, en la de imponer un sistema de penas de Derecho público que sustituya a la venganza

82. *Fueros de Aragón* IX, “De prodicionibus”; IX, “De pace et protectione Rēgali”; IX, “De violatoribus Regalis protectionis”; IX, “De confirmatione pacis”; -IX, “De forma difidamenti” (ed. cit. I, 339-40, 346-47, 347-50 y 352.—*Fori Regni Valentiae* IX, 7, 42; IX, 7, 78; IX, 8, 14; IX, 8, 20; IX, 10; IX, 21, 21 (ed. cit., fols. 198, 202, 202 v., 203 v., 207-207 v. y 232).

83. *Partidas* VII, preámbulo (ed. *Los Códigos Españoles* IV, 255).

84. *Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 18, 3, (ed. cit. 189-90).

85. No hemos podido hallar esta frase en las fuentes.

de la sangre. La seriedad de la pena se siente como una necesidad para que el Derecho pueda cumplir su fin: “tales fechos... —dice el prólogo de la VII Partida, refiriéndose a los delitos— deben ser escarmentados crudamente, porque los fazedores resciban la pena que mérescen, e los que lo oyeren se espanten e tomen ende escarmiento”; ya que los delitos se cometen por “olvidança” del castigo que puede venir, y por “atrevimiento” que da osadía para acometer lo que no se debe⁸⁶. La pena fácil, dicen los *Furs de Valencia*, da ánimo de delinquir, y la grave aparta del delito⁸⁷. El sistema de la venganza y de las composiciones producía una frecuente situación de impunidad que refleja, para cortarla, el *Ordenamiento de Alcalá*: “por esto se atreven los hombres a matar a otro; por ende mandamos, que qualquier que matare a otro, ... que muera por ello”⁸⁸.

La segunda dirección es la conquista del procedimiento inquisitivo, pues el poder estatal se encuentra mutilado si, aunque sea él quien imponga la pena, sólo lo puede hacer a instancia del ofendido, o aun por acusación de cualquier hombre. “Porque —vuelve a hablar el prólogo de la Partida VII— la verdad de los malos fechos, que los omes fazen, se puede saber por los judgadores en tres maneras: assí comó por acusación, o por denunciación, o por oficio del judgador faziendo ende pesquisa”⁸⁹. Con lo que tenemos los dos últimos grados de la intervención del Estado en el Derecho penal a que aludíamos al comienzo de esta lección.

En Castilla, donde la influencia del elemento germánico caló tan hondo como hemos visto⁹⁰, el sistema de las penas de Derecho público comienza, no obstante, a asentarse con raíces firmes, y sobre todo a partir del siglo XIII. Y consigue el triunfo antes que en Aragón y en Navarra. Las penas son corporales sobre todo, pero también de privación de libertad. Aquéllas responden a la idea de expiación y son propicias a facilitar la sustitución de la venganza.

86. Vid. supra nota 83.

87. Privilegio de Pedro II (IV de Aragón) dado en Valencia el 6 de marzo de 1337 (publicado por L. ALANYA: *Aureum opus*. Valencia, 1515, fols. 104-104 v.).

88. *Ord. de Alcalá* XXII, 2 (ed. cit. I, 457).

89. Vid. supra nota 83.

90. Vid. supra págs. 338-339 y 343-344.



pues el ofendido se considera satisfecho. Ya en el período anterior aparecen en los fueros municipales, como advirtió Hinojosa, en los de Toledo, Escalona, en el extenso de Cáceres, respecto a la pena de muerte⁹¹. Ahora se generaliza, y el *Ordenamiento de Alcalá* hemos visto que la impone como sanción obligatoria a todo homicidio, aun al cometido en pelea.⁹² Paralelamente a la gravedad de los delitos se establecen otras penas corporales inferiores, y es carácter general de todas ellas el no ser redimibles por dinero.

Es posible que la firmeza cada vez mayor de este sistema en Castilla se deba a factores políticos, concretamente a la fuerza y decisión del poder público. En Aragón y Cataluña, en efecto, donde la venganza no había penetrado tanto en la legislación, tardó más en imponerse el sistema de penas afflictivas. Las penas, por regla general, eran pecuniarias, y perpetuándose esta situación era causa de impunidad. Por ello el Derecho penal estatal forma también su sistema de penas que para los delitos más graves son muerte, amputación de miembro, bando y muerte civil, prohibiéndose para ellos la composición, pero fomentándose para los demás. Ahora bien, el interés de los oficiales del Rey en que los delitos se compongan pecuniariamente, pues de las composiciones perciben sus *haverías*, mantiene un uso contrario a la ley, que encuentra su apoyo en los defensores de los privilegios locales. El poder real se muestra vacilante y Jaime II autoriza las composiciones que él mismo había prohibido⁹³. Alfonso IV, con un claro sentido del Derecho punitivo del Estado, prohíbe de nuevo en dos pragmáticas (1325 y 1335) el hacer composiciones en los delitos que pertenecen "ad merum imperium", pese a todas las concesiones o potestades que se hubieran podido conferir a los oficiales para hacerlas, pues la impunidad de los crímenes da audacia e incentivo de delinquir a los criminales⁹⁴. Pedro IV, rey de política de concesiones, viendo la penuria de los oficiales por no poder tener sus *haverías*, ordena de nuevo que puedan hacer composiciones "etiam de crimine inces-

91. HINOJOSA: *El elem. germ.* 67, n. 1 (*Obras* II, 445, n. 130).

92. Vid. supra nota 88.

93. *Const. Cathal.*, vol. II, IX, 18, 1 (ed. cit. 188-89).

94. *Const. Cathal.*, vol. II, IX, 18, 2 y 3 (ed. cit. 189-190).

tus, seu aliis quibusvis excessibus seu delictis”⁹⁵. La fluctuación duró mucho más, pues este mismo Rey volvió a prohibirlas⁹⁶, y aún se encuentran nuevos cambios⁹⁷ hasta que, por fin, Fernando I, en 1416, regula las composiciones y excluye definitivamente de ellas una serie de delitos muy ampliada con respecto a las primitivas, “quia iuxta varietatem temporum statuta humana sunt varianda”⁹⁸.

Poco después se consagra el mismo sistema para Aragón por la reina Doña María, esposa y lugarteniente de Alfonso el Magnánimo, declarando la nulidad *ipso iure* de todas las composiciones, remisiones y *guidaticos* para los crímenes más graves⁹⁹.

La introducción del procedimiento criminal de oficio era el necesario complemento para el nacimiento del Derecho penal del Estado. Como dice Hinojosa, era preciso que pasara al representante del poder público el derecho exclusivo de acusar a los autores de delitos contra las personas, estando autorizado para intervenir aun cuando no lo hiciera la parte ofendida¹⁰⁰. También en este punto es Castilla, por la misma razón, quien muestra un avance más rápido. El principio inquisitivo se encuentra en algunos fueros municipales de la época para determinados delitos: homicidio, camino quebrantado, salvo quebrantado, mujer forzada... (*Fuero Plasencia*, 1292¹⁰¹; pero el *Fuero Real* lo consagra en toda su extensión: “... si tal cosa fuere fecha (homecillo, quema u otra cosa desaguisada), quier en villa, quier en yermo, quier de noche, quier de día, e ninguno no diere querella al Rey, el Rey por su oficio sepa la verdad, o por pesquisa, o por doquier que lo pueda saber: ca razón es que los fechos malos e desaguisados no finquen sin pe-

95. Pragmática de 1336 (*Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 18, 4 [ed. cit. 190]).

96. Pragmática de 1339 (*Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 18, 5 [ed. cit. 190-91]).

97. Pragmática de Martín I, de 1406 (*Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 18, 10 [ed. cit. 192]).

98. *Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 18, 11 (ed. cit. 192-93).

99. *Fueros de Aragón* IX, “De homicidio”; 11 (ed. cit. 319-321).

100. HINOJOSA: *El elem. germ.* 69 (*Obras* II. 446).

101. Reforma del *Fuero de Plasencia*, hecha por Sancho IV en 1292 (ed. BENAVIDES CHECA 166).

cho”¹⁰². Distinguen las *Partidas*¹⁰³ y el *Fuero Real*¹⁰⁴ estos tres procedimientos: la acusación, la querrela y la pesquisa de oficio, pudiendo demandarse por acusación de cualquiera los delitos más graves: contra la persona del rey, o *perdimiento* del reino, o *amen-guamiento* de su señorío; el homicidio, las lesiones y el envenenamiento; los delitos de falso (moneda, documento, testimonio, etc.); el adulterio y otros contra la honestidad; la herejía y abandono de la fe católica; el hurto y cualquier otra cosa desaguizada “porque deba recibir muerte, o pena de su cuerpo, o pérdida de su haber, así como mandan las leyes”¹⁰⁵. Fuera de estos delitos mantiénese la instancia de parte, e incluso, prácticamente, para alguno de los nombrados, como el adulterio, pues si el marido “quiere perdonar a su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse”¹⁰⁶.

En cambio, en Aragón y Cataluña el procedimiento criminal de oficio no triunfa hasta el siglo xv; pero no es porque se introdujera entonces, como quizá pudiera entenderse del libro de Du Boys¹⁰⁷, sino por una vacilación de la política real muy parecida a la que hemos expuesto anteriormente. El procedimiento inquisitivo existe, como en Castilla, desde el siglo XIII y lo vemos aprobado en Cortes de Monzón de 1289 bajo Alfonso III¹⁰⁸. Pero el principio de la instancia de parte para todos los delitos contra las personas se restablece de un modo absoluto por Pedro IV cuando las Cortes de Barcelona se lo piden recordándole “com vos Senyor no hajats acostumat... de fer per propri moviment composició”..., otorgando el “Plau al Senyor Rey” a este *capítol de Cort*¹⁰⁹. Pero el procedimiento de oficio debió de seguir adelante, en manos de oficiales y comisarios del reino. Bajo Fernando I se desenvuelve normalmente, y en un edicto de este rey de 1413 se regula en todos

102. *Fuero Real* IV, 20, 11 (ed. cit. I, 418-19).

103. *Partidas* III, 2, 1-47; III, 17, 1-12; VII, 1, 1-29⁴ (ed. cit. III, 4-30, 178-185, y IV, 256-88).

104. *Fuero Real* IV, 20, 1-15 (ed. cit. I, 417-19).

105. *Fuero Real* IV, 20, 3 (ed. cit. I, 417-18).

106. *Fuero Real* IV, 7, 3 (ed. cit. I, 408).

107. A. du Boys: *Historia del Derecho penal de España*. Trad. de J. Vicente y Caravantes. Madrid, 1872, 357-62.

108. *Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 15, 2 (ed. cit. 433).

109. *Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 1, 2 (ed. cit. 411).

sus trámites y plazos el proceso comenzado “per propri officio, o a instancia del Procurador fiscal”¹¹⁰. En Valencia el procedimiento de oficio arraigó antes. *Furs* de Jaime I¹¹¹, Alfonso III¹¹², Alfonso IV¹¹³, Pedro IV¹¹⁴, Martín el Humano¹¹⁵ van extendiendo la actuación de oficio del Justicia contra los públicamente infamados de homicidio, de sodomía, de latrocinio, de invasión de casas, de hurto, de rapiñas, etc.; no limitándose a los de lesa Majestad, falsificación de moneda, corte de caminos y otros que van directamente contra la comunidad o el Estado. “Si la parte no acusara—dice una constitución del rey D. Martín—acuse el Fisco, a consejo de su Abogado, y prosiga la causa hasta su fin; y si, siéndoles notificado no lo hicieran” los procuradores y abogados fiscales son castigados con multa primero, y si persisten, con pérdida de sus oficios para siempre¹¹⁶.

III. SISTEMA DE PENAS

De este Derecho penal mixto cuya evolución hemos tratado de exponer a grandes rasgos, vamos ahora a trazar sucintamente un cuadro de las penas de Derecho público.

110. 1413, Cortes de Barcelona 28 (*Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 1, 3 [ed. cit. 411])

111. *Fori Regni Valentiae* I, 3, 99 (ed. cit., fol. 21 v.).

112. No hemos conseguido identificar esta cita. En la recopilación cronológica de los *furs* (Valencia, Palmart, 1482) no se encuentra ningún fuero dado por Alfonso III (I de Valencia). Sin duda por error, que pasa a la recopilación sistemática (Valencia, Mey. 1548), se le atribuyen los promulgados por Alfonso IV (II de Valencia) en las Cortes de Valencia de 1329. Zurita habla de unas Cortes celebradas en 1286, pero su texto no ha llegado a nosotros. Cfr. M. DANVILA Y COLLADO: *Estudios e investigaciones histórico-críticas acerca de las Cortes y Parlamentos del antiguo Reino de Valencia*, en “Memorias de la Real Academia de la Historia” XIV, Madrid, 1909, 303-304.

113. *Fori Regni Valentiae* I, 3, 101 (ed. cit., fol. 22).

114. *Fori Regni Valentiae* I, 3, 102 (ed. cit., fol. 22).

115. *Fori Regni Valentiae* I, 3, 103 y 104 (ed. cit., fol. 22).

116. *Fori Regni Valentiae* IX, 8, 9 (ed. cit., fols. 202-202 v.).

1. *Penas pecuniarias.*

En el elemento procedente del período anterior, que hemos caracterizado por la subsistencia de la venganza, está generalizado, como sanción oficial, el sistema de las penas pecuniarias. Lo traemos aquí porque por su naturaleza son verdaderas penas y no composiciones entre particulares para comprar la amistad perdida. En efecto, vimos en la lección anterior que el ejercicio o la renuncia al derecho de venganza no se corresponde con el pago de la pena pecuniaria; el homicida ha de pechar la *caloña*, y entonces sale por *enemigo*, es decir, que el pago no excluye la venganza, y además es obligatorio y previo a la posibilidad de llevarla a cabo¹¹⁷. Por otra parte, la comunidad se da por satisfecha con este pago, quedando la venganza como cosa puramente privada e indiferente para el Derecho público. La prueba es que en algunas ciudades se permite vivir al *homicida*, advirtiéndole se guarde de sus enemigos¹¹⁸. Con la multa, o con la multa y el destierro, está realizado el castigo oficial.

Tres eran las composiciones o multas que nos legó el Derecho germánico: la *busse*, composición propiamente dicha con que se satisfacía al ofendido poniendo fin a la enemistad; el *fredus*, con que se compraba la paz de la comunidad; el *bannus*, que a diferencia de las anteriores, no se debía por delitos, sino que la sanción de la desobediencia a cualquier mandato real, y se pagaba al fisco¹¹⁹.

Cuando vemos que la pena pecuniaria se distribuye según muchos fuerós en tres partes: "prima querimonioso, secunda palatio, tertia vero concilio"¹²⁰, nos parece que tiene huellas de aquellas tres composiciones germánicas. Y en efecto es así, aunque constituye ya una pena única y de naturaleza peculiar. Es el *Wergeld*, hablamos del homicidio porque es el caso más claro, porque se paga

117. HINOJOSA: *El elem. germ.* 54 (*Obras* II, 436-37).—ORLANDIS: *Las consecuencias del delito* 88 y 118-19.

118. HINOJOSA: *El elem. germ.* 57 (*Obras* II, 438).—ORLANDIS: *Las consecuencias del delito* 106-110.

119. Sobre esta materia puede consultarse la bibliografía citada por ORLANDIS: *Las consecuencias del delito* 158, nota 302.

120. *Fuero de Teruel* 54 (ed. AZNAR Y NAVARRO, Zaragoza, 1905, 25-26; cf. MAX GOROSCH, Stockholm, 1950, 115).

una parte a los parientes y sufre en su importe las variaciones características de esta composición, según la condición del muerto (500 sueldos para nobles, 300 para libres, etc.)¹²¹. Pero a diferencia del *Wergeld* germánico no pone fin a la enemistad, sino que es una pena oficial, a semejanza del *fredus* y del *bannus*. Por eso, y porque consta además del *fredus* y del *bannus*, que se han fundido con él, ha podido pensarse que en realidad la pena pecuniaria de nuestros fueros es la multa con que se compra la paz de la comunidad, es decir, el *Friedensgeld* o *fredus*, habiendo necesidad, si se quiere aplacar la venganza, de establecer otra composición. Así pudo incurrir Riaza en la contradicción de decir que el *Wergeld* es el *fredus*¹²²; prescindiendo de la *contradictio in terminis*, lo que lleva a Riaza a identificar el *homicidium* con el *fredus* es que es una multa que se paga al rey, y después el autor del delito queda enemigo de los parientes; pero no se olvide que con el *homicidium* se pagan también las *calumnias* a los parientes. Se trata, pues, de una pena pecuniaria única, en la que el *Wergeld* de los parientes ha perdido su carácter de composición.

Se distinguen del *Wergeld* las *composiciones*, en el sentido de que aquél es el precio del homicidio y éstas lo son de los otros delitos inferiores, y también pueden distinguirse por cuanto aquél ya no compone nada, pues no excluye la venganza, mientras las composiciones si la excluyen, ya que bien pronto se prohíbe para los delitos inferiores la venganza de la sangre.

En todo caso, las penas pecuniarias constan de dos partes: la que se entrega al ofendido o a sus parientes, y la que se entrega al fisco. Con el predominio del Derecho penal del Estado pierden cada vez más su carácter de composición privada para ser simplemente la indemnización y la multa, correspondiendo a un principio de distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad criminal.

Ya vimos que para todos los delitos en que se establece pena corporal, de muerte o mutilación, se excluyen las composiciones, que quedan para los otros delitos. Penas corporales y penas pecu-

121. E. DE HINOJOSA: *Estudios sobre la historia del derecho español*. Madrid, 1903. 79 (*Obras I*, 188); *El elem. germ.* 44 (*Obras II*, 430).

122. R. RIAZA [y A. GARCÍA GALLO]: *Manual de Historia del Derecho* 746-47.

niarias quedan, pues, ahora incorporadas en una escala única de penas.

Pero prescindamos ahora de las penas pecuniarias y otras penas sobre los bienes (devastación, confiscación, etc.), todas ellas residuos de la pérdida de la paz, aunque hayan llegado a constituir penas independientes. Y pasemos a otra clase de penas, propias ya del sistema penal de la Baja Edad Media: penas corporales y penas de privación de libertad.

2. *Penas corporales.*

Ya hemos visto que se introducen por influencia del Derecho romano, y también de la penitencia eclesiástica, que mira al castigo del reo para que expíe su pecado¹²³. Pero tienen un alcance distinto. El mero principio retributivo o de la venganza pública lleva a un abuso de la pena de muerte y a una ferocidad horrible en el empleo de tormentos, contra cuyos excesos hubo de reaccionar, a su vez, la Iglesia.

Hemos tenido ocasión de ver cómo se aplica en España la pena de muerte. Castíganse con ella los delitos contra el Rey y el Estado, como traición, falsa moneda, etc.; pero también algunos delitos contra las personas: homicidio, hurto con reincidencia, rapto. Se ejecuta unas veces simplemente en la horca ("*infórquenlo*"); pero otras veces, cuando el delito es especialmente peligroso para la sociedad, la pena de muerte no es sino el centro de una serie de tormentos: muerte de fuego, por apostasía; tormentos y muerte, del sodomita; muerte del traidor, después de arrastrado, etc. En la lección próxima, al tratar de los delitos en particular y sus penas, será la ocasión de hablar más por menor de esta pena.

Las demás penas corporales tienen carácter principal o carácter subsidiario, en defecto del pago de la correspondiente pena pecuniaria. Los azotes y las amputaciones de miembro (mano, pie, nariz, ojos, labios), únicas o en las combinaciones más variadas, se encuentran largamente en las fuentes españolas: amputación de orejas o de orejas y puño, por hurtos pequeños; pérdida del puño, por llevar barba postiza; pérdida de los dientes, por decir falso tes-

123. Vid. supra págs. 341-343.

timonio; flagelación grave, por hurto, por blasfemias, etc. La pena del tali6n es tambi6n frecuente, pero no s6lo la del tali6n material (ojo por ojo), sino tambi6n la de devolver la afrenta (escupir a la cara, por ejemplo) o sufrir el mismo perjuicio pecuniario sufrido o que hubiera podido sufrir el agraviado.

De estos tormentos como pena, hay que distinguir aquellos otros de car6cter procesal, que se dan *por indicios*, guard6ndose la forma establecida y una vez "dadas defensions"¹²⁴; tienen por objeto averiguar la verdad o forzar al condenado a satisfacer la composici6n pecuniaria, mientras que aquellos constituyen la pena a que el reo es sentenciado.

3. *Penas privativas de libertad.*

Podemos considerar en este grupo la prisi6n, la *traditio in potestatem* y la reducci6n a esclavitud. Es claro que a las dos 6ltimas fue sustituyendo la c6rcel, pero 6sta tard6 indudablemente mucho tiempo en algunas regiones en tener car6cter de pena aut6noma.

a) *La entrega en poder del ofendido* existe en Castilla para el adulterio o la fuerza de la mujer casada; los ad6lteros o el forzador "sean en poder del marido, e faga dellos lo que quisiere, e de quanto han". El marido puede llegar a dar la muerte a los ad6lteros con la limitaci6n de no poder dejar a uno y matar al otro¹²⁵. En Catalu6a, en cambio, no llega a tener tal poder; reptada la mujer por adulterio o sospecha y verificada en su caso la batalla, si la mujer es vencida viene con todos sus bienes "en ma de son marit"¹²⁶; puede tenerla si quiere en su propia casa, empared6ndola all6 (12 palmos de longitud y seis de anchura) con una ventana por donde se le entre la comida, que no podr6 ser menos de 18 onzas de pan cocido cada d6a y toda el agua que quisiere¹²⁷.

Otras veces la entrega en poder del ofendido es subsidiaria; se

124. 1481, Cortes de Barcelona 7 (*Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 28, 1 [ed. cit. 460]).

125. *Fuero Real* IV, 7, 1 (ed. cit. I, 408).

126. *Usatges* 112 (ed. cit. 50).

127. Sentencia Real recogida en las *Const. de Cathal.*, vol. II, IX, 3, 3 (ed. cit. 176-177).

ejecuta a falta de la composición en dinero y dura hasta que ésta se efectúa. Tal es el caso del homicidio según el *Usatge* "Si quis de homicidio"¹²⁸.

Este carácter subsidiario suele tenerlo también la reducción a servidumbre, ocurriendo algo parecido a la esclavitud por deudas, y se redime por el trabajo. Pero también conocemos la esclavitud como pena independiente. Tal es, para el *Fuero Real*, el caso si la mujer desposada (pero aún no casada) casare con otro o hiciere adulterio; él y ella, con sus bienes, son puestos en poder del esposo, "así que sean sus siervos, mas que no los pueda matar"¹²⁹. En cambio, es subsidiaria si en vez de adulterio lo que hubo fué fuerza. Entonces los bienes del culpable son entregados, por mitad, al esposo y a la esposa; pero si no tuviere nada, o muy poco "sea medido en poder dellos, en tal manera que lo puedan vender"¹³⁰.

b) *Cárcel*. La cárcel es desconocida del primitivo Derecho germánico. Es de origen romano y fué adoptada por la Iglesia para evitar las de muerte y mutilaciones¹³¹.

En nuestro Derecho medieval, en principio, la cárcel existe, mas no es propiamente una pena. En algunos grupos de fuentes, más que de cárceles se habla de *capturas*¹³², dando la impresión de ser un medio preventivo y no una pena. En efecto, se pone en prisión antes del juicio, y precisamente para hacerlo posible, y si la prisión dura después de la sentencia, es ahora como medio coactivo para obligar al reo al cumplimiento de la pena, cuando es pecuniaria; pues normalmente la condena es siempre a una pena distinta de la cárcel. De cómo se distingue la cárcel de la pena, y de su carácter subsidiario, habla bien claro un fuero de Don Juan de Navarra que regula la forma de detención de los presos. Y establece la diferencia de la prisión que han de sufrir, según la gravedad de la *pena* que por su delito merecen: delitos que merecen muerte,

128. *Usatges* 100 (ed. cit. 45).

129. *Fuero Real* IV, 7, 2 (ed. cit. I, 408).

130. *Fuero Real* IV, 10, 3 (ed. cit. I, 410).

131. PERTILE: *Storia* V, 278-79.

132. "De Capturas" es la rúbrica de *Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 23 (ed. cit. 450).

mutilación o exilio perpetuo, y delitos que no merecen estas penas ¹³³.

En Cataluña la cárcel tiene, sin duda ninguna, este carácter preventivo de custodia del reo mientras se pone a derecho o se le relaja a *manlleuta* o se le absuelve. Únicamente serviría como pena, prolongándose, para los que no quisieran o no pudieran hacer composición, pero esto, además, debió de ser rarísimo, pues aun los inocentes se veían compelidos a hacer composición por la diligente solicitud de los oficiales que de ninguna manera perdonaban el cobro de sus *haverías*. Cada bailía tiene su cárcel y su carcelero; los presos pagan el carcelaje (*carcellatge*), como quien paga una estancia transitoria que está a cargo del que la sufre, hasta tanto cumpla su deber de ponerse a derecho. En cambio el inocente no ha de pagar nada de mesa ni de carcelaje, ni de otras expensas, y la misma hipótesis del preso sin culpa muestra el carácter procesal y no penal de la cárcel.

También por ser medio preventivo y coactivo se aplica tanto a las causas criminales como a las deudas y otros hechos civiles. El deudor por cosa cierta estará preso hasta que pague su deuda. Y el deudor por cosa incierta, así como el condenado por causa criminal, estará preso hasta que haya dado seguridad de estar a derecho de la parte ¹³⁴.

En Castilla la cárcel tiene verdadero carácter de pena, aunque subsidiaria al principio. Así, quien deshonnare novio o novia el día de su boda ha de pechar quinientos sueldos, y si no los tuviere pechar ha lo que tuviere "e por lo al, yaga un año en el cepo". Puede salir antes, si paga; pero por de pronto, la misma ley (*Fuero Real*) establece la clase y la duración de esta pena ¹³⁵. Y en Valencia más aún, pues llega a ser pena sustantiva, en la misma línea de la pecuniaria y del bando (*bandeig*); no pudiendo, desde Martín el Humano, levantarse la prisión por pago de composición: "... sien

133. Lo dió como lugarteniente de Aragón, en las Cortes de Alcañiz, de 1436 (*Fueros de Aragón* IX, "De Custodia reorum" [ed. cit. I, 312-313]).

134. *Const. de Cathal.*, vol. I, IX, 23-26; II, IX, 15-17; III, IX, 13 (ed. cit. 450-58, 186-88, 74).

135. *Fuero Real* IV, 5, 12 (ed. cit. I, 407).

tots punts ab diners, o a bandeig, o a presó, a coneguda de la Cort y Consell, sens ferne gracia”¹³⁶.

4. *Penas que atacan la estimación civil.*

Muy relacionada con la pérdida de la paz general está la condena al *bando*, de que ya hemos hablado en otro lugar de esta lección¹³⁷, y sobre todo en la anterior. Nos interesa de ella lo que afecta a pérdida de derechos y de la estima civil, alguno de cuyos aspectos llegó a constituir pena de por sí independiente. Hemos hablado de la devastación, que acompaña al *bando*, y que a la destrucción de los inmuebles del sentenciado se añadía una inscripción en el lugar yermo que recordara para siempre la infamia. La devastación fué después pena autónoma, y lleva consigo la *infamia*. También la infamia fué a su vez pena autónoma que los monarcas aplicaban a ciertos delitos, como p. ej., a los cambistas, y después a los comerciantes quebrados; a los autores de hurto, rapiña, homicidio, adulterio u otro crimen semejante (en Valencia)¹³⁸, y al que tomara usuras, etc.

También va unida al *bando* la pérdida de todos los derechos. De tal manera pierde el *bandido* sus derechos políticos, su capacidad procesal (ni aun para defenderse), sus derechos familiares, su propiedad, el comercio con cualquiera, y hasta el derecho a la vida, pues la justicia podía ejecutarlo sin más, donde no lo podían hacer impunemente los particulares como a enemigo público, que se le reputaba por muerto. La muerte civil pasó junto a la muerte natural, al sistema penal del Estado para los delitos más graves. Y también pasó la pérdida de singulares derechos civiles, como es la capacidad de dar testimonio, por el delito de perjurio.

En realidad, tenemos con esto bosquejado el cuadro de penas oficiales, que no aspira, naturalmente, a ser completo, dada la variedad y variabilidad de un Derecho, distinto en cada territorio e inseguro en todos por estar en formación; penas pecuniarias, penas corporales, penas de privación de libertad, destierro y pérdida de derechos civiles, son, sin duda, los cuatro grupos principales. Apar-

136. *Fori Regni Valentiae IX*, 8 9 (ed. cit., fols. 202-202 v.).

137. Vid. supra pág. 346.

138. *Fori Regni Valentiae IX*, 2, 6. 7. 10. 16 (ed. cit., fols. 189 v.-190 v.).

te de esto, como nota pintoresca, y acompañando especialmente a las pecuniarias, podemos señalar las penas humillantes, ignominiosas e irrisorias que, desarrolladas ya en la Alta Edad Media, tienen una brillante representación en las fuentes de la Baja. Son humillantes las pequeñas deshonras que ha de sufrir quien ofendió a otro en su honor —denuestos, injurias, golpes en presencia de una infanzona—, consistentes en que al dar la composición, el ofensor se desdiga, o realice la pintoresca ceremonia prescrita en los *Fueros de Aragón*, de acudir con doce hombres de su igual, pidiendo perdón todos trece y besando los pies de la infanzona que presencié el ultraje¹³⁹. Es humillante también la *aliscara*¹⁴⁰, y en general todas éstas han debido quizá su aplicación al espíritu de penitencia del Derecho penal canónico.

Relacionadas con la infamia están, por último, las penas ignominiosas, que señalan al delincuente “para que sea conocido por siempre jamás”¹⁴¹, como se hace con el clérigo falsario, con los falsarios de documentos en juicio, que son señalados en la frente. O, en otro aspecto, aquellas penas por delitos vergonzosos, como las que sufren rufianes, alcahuetes, gentes de mala vida, etc., que tienden a producir la vergüenza del reo y la diversión a su costa de los asistentes (astas del marido encubridor, etc.).

† ANGEL LÓPEZ-AMO MARÍN

139. *Fueros de Aragón IX*, “De iniuris”, 3 (ed. cit. I. 339).

140. *Usatges* 6 (ed. cit. 4).

141. *Fuero de Soria* 572 (ed. cit. 223).

