

# Finalidad de la pena en la Legislación de Partidas (\*)

POR EL  
Dr. RAFAEL SERRA RUIZ

## SUMARIO

### PRIMERA PARTE

- I. Explicación.
- II. Evolución de la finalidad de la pena en el derecho positivo precedente a Partidas:
  - A) Pueblos primitivos:
    - a) Reacción social.
    - b) Reacción individual del ofendido.
    - c) La pena deriva de la voluntad divina.
  - B) Tránsito desde la simple reacción frente al delito a la pena organizada
  - C) Grecia.
  - D) Roma.
  - E) Derecho germánico.
  - F) Derecho canónico.
  - G) Derecho medieval español.
- III. Derecho científico precedente a Partidas: Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, San Agustín, Santo Tomás.

---

(\*) Trabajo realizado en el Seminario de Historia del Derecho Español de la Universidad de Murcia.



## SEGUNDA PARTE

- I. Explicación previa.
- II. Principios generales penológicos de Partidas.
- III. Finalidad estricta de la pena en Partidas:
  - A) Finalidad preferentemente social de la pena.
    - 1) Ejemplaridad.
      - a) Ejemplaridad explícita.
      - b) Ejemplaridad implícita.
    - 2) Prevención.
      - a) Prevención general.
      - b) Prevención específica.
    - 3) Defensa social.
    - 4) Política penal.
  - B) Finalidad colectivo-individual de la pena.
    - 1) Escarmiento impersonal o retributivo.
    - 2) Escarmiento preferentemente social.
    - 3) Escarmiento preferentemente individual: enmienda.
  - C) Finalidad individual de la pena.
    - 1) Arrepentimiento.
    - 2) Enmienda.
    - 3) Corrección mediante la agravación progresiva de la pena.
    - 4) Imposición de penas preferentemente espirituales.
  - D) Finalidad reparadora de las consecuencias del delito.
  - E) Finalidad implícita. Perdurabilidad en Partidas de formas primitivas de punición.
    - 1) Talión.
    - 2) Expiación: anulación de la memoria del delito. Lapidación. «Intrare in manu».
- IV. Cuestiones complementarias o relacionadas con la finalidad de la pena en Partidas.
- V. Conclusión.

## PRIMERA PARTE

### I

## EXPLICACION

La finalidad de la pena sigue siendo objeto de la controversia más viva, dice Mezger (1); «...la historia de la pena y de las doctrinas penales no ha sido hecha más que de un modo fragmentario», apunta Saleilles (2). Son éstas sugerencias válidas, entre muchas, que nos indican un tema jurídico, finalidad de la pena, en este séptimo centenario de la Legislación de Partidas.

---

(1) «Tratado de Derecho Penal», trad. de la 2.ª ed. alemana y notas por José Arturo Rodríguez Muñoz; Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1935, volumen II, págs. 343-344.

Aun cuando no es objeto de este estudio la pena en el moderno derecho, tal vez sea conveniente anotar la bibliografía más reciente de que tenemos noticia en relación con la finalidad de la pena:

—MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

—KROCH, «Die Strafbestimmungen in Platons Nomoi», Wiesbaden, 1960.

—SCHMIDHEUSER, «Von Sin der Strafe», Gotinga, 1963.

—BORGHESE, «La Filosofia della pena», Milán, 1962.

—NOLL, «Die ethische Begründung der Strafe», Tubinga, 1962.

Además de los modernos tratados de Belliol, Santoro, Von Hippel, etc.

(2) «La individualización de la pena» (Estudio de Criminalidad social), 2.ª ed.; trad. de Juan de Hinojosa, Reus, Madrid, 1914, pág. 59.

A través de nuestra sumarisíma atención sobre el derecho penal español en la Edad Media (3), advertimos una profunda diferencia entre la consideración de la pena en Partidas y restantes textos medievales. Consiste la discrepancia en los presupuestos básicos de la pena; los textos medievales precedentes a la obra de Alfonso X imponen la pena como una consecuencia inmediata del hecho delictivo: a una acción criminal corresponde irremisiblemente una pena, sin otra explicación. En Partidas una acción delictiva provoca una pena pero ello ocurre mediante una previa explicación, a través de un por qué y un para qué. Se interpone, se desmenuza, en el tipo penal, entre el hecho y la consecuencia, entre delito y pena, una explicación de la finalidad del castigo y se hace alusión, frecuentemente, a la motivación del legislador.

En este sentido, si consideramos a las Partidas en su aspecto de cuerpo de legislación penal positiva, su formulación legal es deficiente en relación con los restantes textos medievales, ya que su reglamentación es prolija, se adentra en consideraciones filosóficas y acoge reflexiones de índole extrajudicial. Si, por el contrario, nos atenemos a su faceta de cuerpo de doctrina jurídica, a su contenido científico, las Partidas implican un extraordinario avance sobre la situación jurídico-positiva precedente.

La primitiva legislación, por primitiva, formula el tipo penal del modo más simple: acción delictiva-pena. La codificación moderna, por síntesis y técnica, lo hace del mismo modo: delito-pena. En ambos casos nos hallamos ante la desnuda fórmula de Carnelutti (4): delito menos pena igual cero, luego delito igual a pena, con signos distintos; siempre dos términos tan solo. Antes y después de Partidas nos hallamos en el mismo punto, una correlación, una causa y un efecto, un hecho delictivo y su consecuencia jurídica. En este sentido podríamos dividir la historia de la penología española en tres fases: 1. Anterior a Partidas: correlación delito-pena, sin finalidad explícita de ésta. 2. Partidas: relación múltiple: delito-pena-motivación o fundamento y finalidad. 3. Posterior a Partidas y codificación: formulación técnica y científica del tipo penal y esquematización de éste: delito-pena.

En la historia de la penología es fundamental distinguir entre el derecho positivo de cada momento histórico y el derecho científico que concierne

(3) «Honor, honra e injuria en el derecho medieval español», inédita, pendiente de publicación por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.—Proyectamos un extenso estudio sobre el homicidio en la Edad Media.

(4) «Il problema della pena», Tumminelli, 2.<sup>a</sup> ed. Roma, 1945.—Existe traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1947, vid. págs. 29 y ss.

ben pensadores y jurisperitos. Esta distinción salta a la vista y ha sido captada por cualquier tratadista moderno (5). Mientras la legislación penal progresa muy lentamente y está siempre enraizada en los usos y creencias de la sociedad en que se desarrolla, la mente de los primeros pensadores jurídicos ya concibe un derecho penal humanitario, individualizado, progresivo. Mientras la ley anda inserta todavía en venganza privada o en expiación divina, el pensamiento jurídico perfila inicialmente una pena de enunciados modernísimos. La paradoja en este aspecto es sorprendente y Séneca (6), por ejemplo, se halla mucho más próximo a la concepción penológica moderna que nuestro Código de 1822 (7). La explicación de la paradoja parece bien simple. El pensamiento, el modo de pensar, es uno, igual y monocorde en la historia, sin otra rémora que el

---

(5) Por ejemplo, SALEILLES, *ob. cit.*, pág. 74: «...Parece que hay que distinguir entre la concepción popular y la concepción científica...».

(6) Tan sólo se trata de citar aquí alguna reflexión de Séneca sobre la pena, por vía de ejemplo, para comprender lo progresivo de sus ideas penales: «Ningún extremo de éstos hace el que, limpio de ira, inflinge a cada cual el castigo merecido. Absuelve con frecuencia a quien sorprendió en el pecado; y si su arrepentimiento promete esperar la enmienda, si entiende que no es profunda su maldad sino que es somera y eslá, como dicen, adherida a la superficie, le concederá una impunidad que no ha de perjudicar ni a quien la recibe ni a quien la otorga. Alguna vez reprimirá los grandes crímenes con más lenidad que los menos graves si aquellos fueron cometidos no por malicia sino por flaqueza y éstos, en cambio, encubren astucia profunda, hipocresía inveterada; y hasta el mismo delito no lo castigará en dos delinquentes con idéntica pena, si el uno lo cometió por inadvertencia y el otro con dañada premeditación. En todo castigo observará esta regla siempre y sabrá que el uno se aplica por enmendar a los malos y el otro por suprimirlos; y en ambos casos no mirará a lo pasado sino a lo por venir, pues, como dice Platón, ningún hombre sabio castiga porque se pecó sino porque no se pecó...». De la *ira*, libro I, XIX, en obras completas, trad. y notas de L. Ribes, Aguilar, Madrid, 1943, pág. 15.

Insistiremos sobre el pensamiento penal de Séneca, págs. más adelante, y anotaremos bibliografía.

(7) Código Penal de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822; lo citamos también únicamente por vía de ejemplo, al regular la ejecución de la pena de muerte de modo degradante, más propio de la época medieval que de la de codificación. Así, art. 40: «El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos expresados. Sin embargo, el condenado a muerte por traidor llevará atadas las manos a la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos a la espalda, y con una cadena de hierro al cuello...—Art. 41: «En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen, etc....—Art. 42: «Al salir el reo de la cárcel, al llegar al cadalso, y a cada doscientos o trescientos pasos en el camino, publicará en alta voz el pregonero público el nombre del delincuente...».

punto alcanzado en cada momento. La legislación, el derecho vivido, está siempre condicionado por circunstancias sociales, económicas, de progreso, civilización, etc. La legislación se abre paso a través de la historia removiendo circunstancias, mientras el pensamiento se encuentra libre de tales fricciones. En este sentido, el derecho positivo es una ciencia de experimentación, mientras el derecho científico es una ciencia del espíritu.

La singularidad de Partidas estriba en esa dualidad que entraña haber sido un texto proyectado para tener vigencia positiva y, al mismo tiempo, constituir un cuerpo jurídico de índole doctrinal. De ahí la contradicción entre sus propios conceptos y preceptos en materia penal, progresivos unos, retrógrados otros. Pudiera decirse que esas dos líneas tan dispares en la historia, de legislación positiva de un lado y derecho científico de otro, se entrecruzan y atraviesan en la obra de Alfonso X, siguiendo después caminos tan diversos como llevaban antes de la incidencia. Derecho científico y norma positiva coinciden por una sola vez en un texto jurídico y como ambos principios, generalmente, han sido discordes en la historia. su simbiosis en Partidas produce una paradójica incongruencia en su penología, una amalgama inconciliable de principios jurídico-científicos al lado de una legislación positiva irremisiblemente adscrita al siglo XIII.

Queremos examinar brevemente la finalidad de la pena en la Legislación de Partidas; para ello consideramos imprescindible exponer algunos precedentes históricos. Estudiaremos por separado esas dos trayectorias históricas de que hablamos: derecho positivo y derecho científico anteriores a Partidas. En el primero haremos muy someras referencias al derecho de los pueblos primitivos, Grecia, Roma, derechos germánico, canónico y medieval. En la consideración de la pena en derecho científico tan sólo haremos alusión, esquemática, a Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, San Agustín y Santo Tomás. En uno y otro caso tan sólo se trata de arribar cuanto antes, a través de una simple panorámica histórica, a la Legislación de Partidas. Con este propósito y la brevedad que implica este trabajo, no nos ha sido posible acudir a fuentes directas en el estudio de estos precedentes; se trata ahora únicamente de disponer de una noticia previa para abordar la finalidad de la pena en la Legislación de Partidas.

## II

### EVOLUCION DE LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL DERECHO POSITIVO PRECEDENTE A PARTIDAS

#### **A) Pueblos primitivos:**

El problema sustancial, para nosotros, consiste en determinar si una vez producido el hecho delictivo, la reacción primera frente a él, que aún no podemos llamar pena, es de origen individual, social y colectivo, o bien de índole religiosa. En el primer caso, individual, la reacción tendría una finalidad de legítima defensa o venganza, según el momento en que se produjera, simultáneo al delito o posterior. En el segundo caso, reacción social o colectiva, estaríamos ante una actitud de defensa social y sería el primer atisbo, informe embrión, de la posterior pena organizada. En caso de castigo en nombre de la divinidad, nos hallamos ante una ofrenda expiatoria.

De un modo u otro, la perturbación que produce la acción reprimible no repara en su causa; para nada entra en consideración el delincuente sino que la relación se estructura en sus consecuencias, como un hecho consumado que atribuye un derecho de reacción a un sujeto, individual colectivo o divino. Desde el punto de vista del delincuente, éste no participará en las consecuencias del delito de otro modo que padeciendo la reacción, que será preferentemente de talión y venganza en caso de reacción individual; de exclusión y talión, caso de reacción colectiva y de ofrenda si es a la divinidad a quien se atribuye la iniciativa.

Resulta extraordinariamente difícil precisar históricamente la precedencia de uno u otro principio de reacción frente a la acción delictiva. Faltos

de fuentes, y en caso de existencia de éstas sumamente imprecisas, cuanto se diga es simple conjetura, más sociológica que jurídica. Así vemos diversas opiniones, vacilaciones en suma, entre los autores modernos al afrontar la cuestión:

a) *Reacción social.*

Para Von Liszt la más remota reacción frente al delito es de origen social o colectivo: «El derecho comparado nos enseña que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres» (8), «por consiguiente, la opinión muy extendida, que ve la raíz de la pena en el instinto de venganza, manifestándose a través del instinto de conservación de los individuos, requiere rectificación. La expulsión de la asociación de la paz como venganza de sangre, no es reacción del individuo sino reacción de la asociación de tribus (*stammesverband*), como mandataria del orden de la paz y del derecho. Las acciones contra las cuales se dirige la reacción aparecen siempre, inmediata o mediatemente, como violación de los intereses comunes de la sociedad familiar, ya sea como perturbación de la paz o como quebrantamiento del derecho» (9).

A la misma tendencia de origen social se adhiere Saleilles: «Desde un principio, la pena aparece en su función social mucho más que individual» (10).

Von Hentig configura, en general, la reacción colectiva frente al delito como exclusión del delincuente de la propia sociedad, lo que implicaba en tiempos primitivos la exposición del delincuente a gravísimos peligros (11).

(8) «Tratado de Derecho Penal», trad. de la 18.<sup>a</sup> ed. alemana, adicionada con una historia del derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, I, Reus, Madrid, 1914, pág. 15.

(9) *Idem.*, pág. 16, añade V. LISTZ: «La pena es, pues, desde su origen, reacción social (conservación) contra las acciones antisociales».

(10) SALEILLES, *ob. cit.*, pág. 64.

(11) «La pena: origine, scopo, psicologia», trad. al italiano de Piacentini; ed. Fratelli Bocca, Milano, 1942, págs. 17-18.

b) *Reacción individual del ofendido.*

Explican esta actitud ante el delito, como originaria históricamente Cuello Calón (12) y Fontecilla Riquelme (13), entre otros.

c) *La pena deriva de la voluntad divina.*

Patrocina esta opinión como la primigenia Von Hentig, por ejemplo, mediante estas palabras: «La forma primitiva de la justificación de la pena fue la de considerar que ésta deriva de la voluntad divina» (14), en cuyo caso, añade el mismo autor, la pena en sí no presenta finalidad alguna y no es una cuestión irrelevante que la autocracia divina ofendida no permita al rey practicar la clemencia» (15).

Fausto Costa matiza y distingue la finalidad de la pena entre los pueblos primitivos orientales y occidentales. En aquéllos tiene un carácter predominantemente religioso y constituye una emanación de la divinidad. En los pueblos occidentales se atisba un primer nexo subjetivo frente a la responsabilidad rigurosamente objetiva y colectiva de los pueblos orientales.

El mismo F. Costa apunta también la existencia de la intimidación como finalidad implícita de la pena aun en los pueblos más primitivos: «La pena se define como la rectora del género humano, admitiéndose que

---

(12) «Penología: las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución», Reus, Madrid, 1920, en págs. 14-16 establece las siguientes fases en la evolución de la finalidad de la pena: 1) Venganza privada; venganza con participación social; venganza regulada. 2) Fase intimidatoria con finalidad de expiación e intimidación, fines preventivos y utilitarios. Impera durante muchos siglos. 3) Humanitaria, relativamente moderna, en la que se establece la prisión como pena principal. 4) Científica; corresponde al derecho moderno.

(13) «La pena, evolución natural, jurídica y técnica» (Los problemas modernos y sus influencias en el nuevo derecho penal chileno), Santiago de Chile, 1930; en págs. 9 y ss. fija las siguientes fases en la historia de la evolución de la pena: 1) Fase primitiva: venganza privada, finalidad defensiva. 2) Fase religiosa: venganza divina, expiación. 3) Fase ético jurídica, a la que encuentra algunos precedentes en derecho romano y Edad Media, comienza propiamente con la Revolución francesa y está representada por Beccaria y Escuela Clásica. 4) Fase jurídico-criminal, representada por Escuela Positiva.

(14) Von Hentig, ob. cit., pág. 167.

(15) Idem., 169.

el hombre no es virtuoso por naturaleza pero puede llegar a serlo solamente por el temor a los castigos...» (16).

Para nuestro propósito basta dejar anotada esta triple manifestación de iniciativa ante el delito en los pueblos primitivos: individual, colectiva, religiosa, a las que correspondería respectivamente una finalidad de venganza, defensa o intimidación colectiva (exclusión) y expiación religiosa (17).

### **B) Tránsito desde la simple reacción frente al delito a la pena organizada**

Entre el momento de la simple reacción frente al delito y el posterior de la pena pública organizada, podríamos considerar un estadio intermedio, caracterizado por dos términos que aparentemente implican contradicción entre sí, cuyo enunciado hoy nos parece paradójico: pena privada.

Es Ihering quien mejor parece haber caracterizado este momento intermedio entre instintiva reacción y pena pública, esa fase evolutiva a la que él mismo llama pena privada. Ihering comienza su análisis con esta afirmación: «Entre las especies de justicia privada, la venganza es la primera que desaparece... La justicia privada en sentido estricto una vez regulada puede conciliarse largo tiempo con la existencia de un procedimiento organizado, como prueba la historia del derecho antiguo de Roma y de otros derechos. Pero la venganza no conoce otros límites que la sobreexcitación accidental del ofendido, que en lugar de oponerse a la injusticia la duplica con una injusticia nueva y, en consecuencia, debe

(16) «El delito y la pena en la Historia de la Filosofía», trad., prólogo y notas de Mariano Ruiz-Funces, Unión Tipográfica Edil. Hispano-Americana, México, 1953. págs. 4-6.

(17) Sobre estos extremos, también MANZINI, VICENZO: «Trattato di Diritto Penale italiano seconda edizione, volume terzo, Torino, 1921.—SZYBBA, Mieczyslaw: «La conception sociologique de la Peine», traduit du Polonais par M. Duval. Paris, 1914.—THONISSEN, J. J.: «Études sur l'histoire du Droit Criminel des peuples anciens», dos volúmenes; Bruxelles-Paris, 1869.—BENVOLIO, Federico: «La pena nel suo svolgimento storico e razionale», Torino, 1894.

Sobre historia de la penología española:

—GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: «Examen histórico del Derecho Penal español», Madrid, 1866.

—DORADO MONTEIRO, P.: «Contribución al estudio de la historia primitiva de España: El derecho penal en Iberia», Imp. Rev. de Legislación, Madrid, 1901.

—DU BOYS, Albert: «Historia del Derecho penal de España», trad. José Vicente y Caravantes, Madrid, 1872.

—LARDIZÁBAL URIBE, Manuel: «Discurso sobre las penas», Madrid, 1916.

—PACHECO, J. F.: «Estudios de Derecho Penal», 3.ª ed. Madrid, 1868.

—SALDAÑA, Quiniliano, Adiciones al Tratado de v. Lizst citado, en págs. 19-24, contiene bibliografía sobre historia del derecho penal en España.



ceder muy pronto a la ley del orden; por eso no encontramos de ella más que vestigios aislados, mientras la otra justicia privada se desarrolla patentemente. Esos vestigios son la impunidad para el marido que mata al cómplice del adulterio sorprendido in fraganti y para el que mata al ladrón nocturno; la pena del talión para ciertas lesiones corporales. En estos tres casos, la ley no hace más que dar el cuño de la justicia a lo que el perjudicado ha o hubiera hecho por reacción contra la injusticia sufrida» (18) y explica que «el ejercicio efectivo de la venganza se evitaba por medio del rescate; la pena privada (poena) de la época posterior no es más que la fijación de este rescate» (19) y que «las penas privadas aparecen en el derecho romano como multas fijadas por la ley o la costumbre, por las cuales los individuos se rescataban de la venganza privada usada anteriormente» (20). Inserta Ihering, parcialmente, en esta fase a las XII Tablas; en igual sentido opinan Ferrini y Fuenteseca (21). También von Hentig caracteriza adecuadamente este tránsito (22).

De este modo surgiría el que von Liszt llama (23) segundo grado evolutivo en el desenvolvimiento de la pena o sistema de composición: «El perturbador de la paz pública y los suyos, a pesar de la violación del derecho, son custodiados en la paz jurídica (rechtsfriede), al menos en los

(18) «El espíritu del Derecho Romano», abreviatura por Fernando Vela, Rev. de Occidente argentina, Buenos Aires, 1947, pág. 65.

(19) *Idem.*, 66.

(20) *Idem.*, 68.

(21) *Idem.*, pág. 67.—FERRINI, Contenido: «Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano», en «Enciclopedia del Diritto penale italiano...», Enrico Pessina, Milano, 1905, volume primo, pág. 143: «En las XII Tablas poena indica ordinariamente la composición pecuniaria, igual que el término griego poine...».—FUENTESECA, Pablo: «Lecciones de Historia del Derecho Romano», Salamanca, 1963, págs. 48 y ss.: «Dos criterios distintos informan la regulación de los delitos en las XII Tablas; por una parte, el principio de la sanción pecuniaria (poena) que el delincuente debe pagar como satisfacción a la víctima; por otra parte encontramos huellas del principio de la venganza privada del ofendido bajo el criterio de la ley del talión». CARNELUTTI, en cambio, llama pena privada a lo que hemos caracterizado como simple reacción individual frente al delito: «Cuando a reaccionar contra el delito provee la misma persona ofendida, es justo, aunque no sea corriente una definición tan simple de ello, hablar de pena privada, cuyo carácter consiste en la identidad entre el ofendido y el que castiga»; *ob. cit.*, pág. 61.

(22) Von HENTIG, *ob. cit.*, pág. 167: «Con el transcurso del tiempo, la venganza dejó de ser la causa determinante de la pena; se comenzó a colocar al criminal fuera de la ley y a valorarlo mediante un guidrigildo, con lo que se afirmó más el carácter público de la pena, y todo esto ocurre por la evolución de las costumbres de los hombres, sin que, por otra parte se considerase el valor espiritual de la pena. La sustancia, finalidad y causalidad jurídica de la pena representan una actividad espiritual que es característica de un período avanzadísimo en la evolución de la humanidad».

(23) Von LISZT, *ob. cit.*, pág. 17.

casos más leves, por un préstamo en metálico (dinero de la paz, *friedensgeld*), de más o menos monta, para la comunidad. La enardecida venganza de sangre, entre uniones de tribus, se concilia...» (24).

### C) Grecia

Grecia puede significar en el desarrollo histórico de la pena la laicización de la misma, como dice Cámara: «Por primera vez, en Grecia, vemos un concepto de la penalidad distinto del concepto religioso... aquí se acentúa antes que en otros lugares la distinción de las funciones políticas de las religiosas ...el genio griego tiende a dar una dirección práctica al derecho. Es verdad que para el genio griego la pena no cesa de ser considerada como un castigo, una expiación; pero también lo es que en Grecia el reo, lejos de ser castigado especialmente por una razón mística, sufre el rigor de la ley especialmente, casi exclusivamente, por una razón humana» (25).

Tenemos, pues, de un lado suavizada la venganza privada, la simple reacción individual frente al delito, con el sistema de composición, con la pena privada. De otro, la tenebrosidad expiatoria de la divinidad, la reacción de índole religiosa, queda muy mitigada a través de su paso por Grecia. De aquellas tres primeras actitudes de reacción individual, colectiva y religiosa frente al delito, pierden eficacia progresivamente la primera y tercera y queda como simple esbozo, pero auténtico embrión, de la pena posterior, la reacción colectiva, primero social, luego pública.

Es sumamente difícil, siempre impreciso, adscribir el tránsito de la pena privada a la pública a un momento, a un pueblo ni a un sistema de derecho. La evolución, la crisis, es más social que jurídica, por tanto impalpable, inconcreta, rebelde a deducciones jurídicas.

### D) Roma

En Derecho Romano perdura la triple reacción, individual, social y divina frente al delito. La social, primero simplemente colectiva, luego estatal, va tomando cuerpo frente a las otras dos directrices que se reab

(24) *Idem.*, pág. 16.

(25) «El Derecho penal en la antigüedad y en la Edad Media», Biblioteca de Ciencias S.M.J. y N.—Granada y Cía. ed., Barcelona, s/f, págs. 51-52.

Sobre derecho penal griego, también, THONISSEN, *ob. cit.*; LEVI, Alessandro: «Delitto e pena nel pensiero dei Greci», Torino, 1903, especialmente págs. 209 y ss.

sorben y autoeliminan, al par que el sistema jurídico romano avanza en el tiempo. El proceso hacia la pena pública se perfila a través de la sanción oficial de perduelio y parricidio en las XII Tablas, distinción entre crimina y delicta, *questiones perpetuae*, *provocatio ad populum*, *crimina extraordinem*, acusaciones senatorioconsulares, etc...

Así se deduce con base en estudios de F. Costa, Ferrini, Arangio-Ruiz, Coli, Barbero, Fuenteseca, etc. (26). Dice el primero: «La venganza y la expiación religiosa son por mucho tiempo el fin principal de la pena..., horca, *culleum*, *vivi combustio*, *bestiis obiectio*..., solían dispersar las huellas materiales del delito y aplacar a la divinidad ofendida (27). Y Ferrini: «En los orígenes, la pena por las ofensas al individuo o a la familia se confunde con la venganza, es propiamente venganza...; el mismo hecho de que en los orígenes la pena sea considerada como expiación religiosa prueba que esta reacción no tiene racionalidad ni fin. Se ha observado que en el más antiguo derecho la pena se considera como una destrucción y eliminación del delito. Se explica tal cosa como una consecuencia de la naturaleza sagrada de la pena primitiva (28).

Teodoro Mommsen resalta el impulso creciente de la iniciativa pública en la represión del delito en Roma: «la comunidad tenía derecho a defenderse contra todo el que no se atuviera a sus preceptos o le produjera algún daño; y claro es que partiendo de esta concepción fundamental, el derecho de coerción no reconocía límites...; el poder penal de los magistrados iba dirigido contra aquellos daños causados a la comunidad, a causa de los cuales el representante de la misma se hallaba obligado a exigir al autor de ellos la correspondiente responsabilidad ateniéndose a los preceptos vigentes» (29).

Es fundamental en la historia de la penología romana la instauración de delitos públicos, al principio escasísimos: perduelio y parricidio, y és-

(26) ARANGIO-RUIZ: «*Istituzioni di diritto romano*», Nápoles, 1958. COLI, Ugo: «*Studi Ugo Enrico Paolin*», Florencia, 1955.—FUENTESECA, ob. cit., págs. 121 y ss.—BARBERO SANTOS, Marín: «Los delitos contra el honor en Roma», en *Rev. Veracruzana*, n.º 1, XIII, Enero y Febrero, 1962, págs. 65 y ss.: «Al crimen le individualiza originariamente la forma de persecución, no el crimen». Barbero caracteriza admirablemente a la pena privada con estas palabras: «Si en la tutela acordada a un precepto la pena constituye siempre un máximo, nunca un mínimo, la pena privada es, siguiendo a Lavaggi, el mínimo del máximo. Se sitúa en el confín extremo del derecho penal pero siempre en el Derecho penal», págs. 67-68.

(27) F. COSTA, ob. cit., pág. 24.

(28) FERRINI, ob. cit., págs. 9-10.

(29) «*Compendio del Derecho Público Romano*», 1.ª ed. argentina, Ed. Impulso, Buenos Aires, 1942, págs. 311-312.

tos mismos —según Fuenteseca (30)— sancionados con condenas expiatorias de tipo religioso; la paralela creación de magistraturas competentes en la legendaria monarquía: *duoviri perduellionis* y *quaestores parricidii* y la creciente jurisdicción penal romana, desenvuelta a través del proceso comicial (*provocatio ad populum*), *quaestiones* (de *repetundis*, de *iniuriis*, de *maiestate*, de *vi*, etc.) y tribunales senatorio-consulares. Para Saldaña el momento de las *quaestiones* es ya verdadero procedimiento penal (31); en análogo sentido Ferrini (32).

A esta lenta evolución del derecho penal romano corresponden, paralelamente, diversos grados en la finalidad de la pena: «Respecto a los delitos públicos romanos —dice Ferrini, refiriéndose a los postreros momentos de evolución histórico-jurídica— no es fácil designar un criterio prevalente que justifique la pena. En los escritos de los jurisconsultos y en las constituciones de los Príncipes se habla de distintas finalidades: intimidación, enmienda, prevención..., aunque el concepto de la retribución nunca se pierde de vista» (33).

De otra parte, la finalidad de la pena, generalmente expiatoria, retributiva y ejemplar, se puede deducir como implícita de la misma clase de pena aplicada (34).

(30) FUENTESECA, ob. cit., pág. 122: «Al parricida se le daba muerte, que era la pena correspondiente al grave delito cometido. Lo mismo ocurre con el delito de *perduellio*. Al reo se le colgaba o ahorcaba del *arbor infelix*. Las sanciones eran infamantes y de carácter religioso»

(31) SALDAÑA, en notas a Von Liszt, ob. cit., pág. 73.

(32) FERRINI, ob. cit., págs. 143-4.

(33) *Idem.*, pág. 11.

(34) MOMMSEN, ob. cit., págs. 313 y ss., menciona las siguientes penas: expulsión del Estado; mutilaciones, aplicadas en el primitivo derecho; pérdida de ciudadanía y libertad; cárcel, siempre provisional; penas contra la vida; captura; prenda; penas patrimoniales, multas.

STAMPA, ob. cit., págs. 113 y ss.; pena capital, pena de muerte (decapitación, crucifixión; ahogamiento, cuya finalidad sería expiatoria, de purificación por el agua; fuego; ejecución en fiesta popular), infamia, destierro, cárcel, saqueo, precipitación por la roca Tarpeya.

FERRINI, ob. cit., págs. 145 y ss., examina las siguientes penas en Roma:

—*interdictio aquae et ignis*.

—*culleum*: finalidad expiatoria.

—*vivi combustio*: correlación entre el delito y la pena.

—*ad gladium*.

—*bestiis obiectio*: ejemplaridad.

—Roca Tarpeia; para Mommsen, según Ferrini, es forma de venganza privada.

—*exilio voluntario* (*ius exulendi*), conmutación por pena capital.

—pérdida de la libertad, sustitutivo pena capital; igual, condena *ad metalla*.

—*relegatio*, *confiscatio*, *talió*n, golpes (humillante), etc...

FERRINI, «Diritto penale romano», en Enciclopedia de Cogliolo, Milano, 1888, vol. primo, parte prima, págs. 124 y ss., dice: «Le pene capitali sotto l'impero sono: *damnatio ad furcam*,

En derecho romano se apreciaba también claramente esa inconciliable dualidad entre derecho vivido y derecho pensado, entre legislación positiva y derecho científico. Mientras hemos examinado un muy lento progreso legislativo, que lleva consigo un parvo esquema sobre la finalidad de la pena, algunas sentencias de Paulo revelan unas ideas penales mucho más progresivas (35).

De un modo u otro, siempre ha de tenerse en cuenta, tanto en la línea de derecho aplicado como en la de derecho científico, que el derecho penal romano no fue sistemáticamente construido ni siquiera por sus juristas; es cuestión sabida y así lo afirman el propio Ferrini (36), Fuenteseca (37) y Stampa Braun, quien, por este motivo, recurre al pensamiento de Séneca, «habida cuenta de que los juristas romanos no se detuvieron en elaborar un derecho penal de carácter científico pueden señalarse las obras de Séneca como una de las fuentes principales del mismo» (38).

### E) Derecho germánico

El derecho penal germánico entraña, igualmente, un lento proceso desde la venganza privada (faida) hasta la consecución de diversas manifestaciones de pena pública. La base de partida es análoga —dice Palmie-

unicrematio, capitis amputatio, metali coercitio, deportatio in insulam. Le non capitali sono le seguenti: relegatio ad tempus, relegatio in perpetuum, relegatio in insulam, datio in opus publicum, fustibus subiectio. Alle prime va aggiunta la condanna ad bestias; alle seconde l'infamia, l'interdizione da qualche ufficio od arte, la multa. Il carcere fu solo eccezionalmente usato quale mezzo di pena; ordinariamente non si conosceva che el carcere preventivo. Una grave differenza concerne sotto l'impero le persone, cui la pena va applicata. Gli honestiores «in metallum damnare non possunt nec in opus metalli nec furere subici nec niui exuri»; le pene più desonoranti e atroci sono dunque riservate agli humiliores. Pei militari, oltre le altri pene si usavano le seguenti: castigatio, munerum indicio, militiae mutatio, gradus delectio, ignominiosa missio.

También puede verse BRASIELLO, Ugo: «Le repressione penale in Diritto Romano», Napoli, 1937.

Sobre el derecho penal en la compilación justiniana, BINDING, «Compendio di diritto penale» (parte generale), prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adolfo BORETTINI, Roma, 1927.

(35) «Poena constituitur in emendationem hominum (Dig. XLVIII, 19, 20).—«Per vim extortum cum poena tripli restituitur: amplius extraordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat».

(36) FERRINI, Enciclopedia Pessina; ob. cit., pág. 9.

(37) FUENTESCA; ob. cit., pág. 121.

(38) STAMPA BRAUN, José María: «Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca», Universidad de Valladolid, publicaciones de los Seminarios de la F. de Derecho, Valladolid, 1950, pág. 11.

ri (39)— a la de los pueblos primitivos: venganza privada, una cierta participación de la comunidad en caso de pérdida de la paz. En este momento ya parece superada la fase de aplicación de la pena como expiación u ofrenda a la divinidad.

En el primer momento, hasta donde penetra la mirada histórica, dice Del Giudice (40), «la pérdida de la paz y la faida eran la consecuencia primaria e inmediata de la rotura de paz, los dos pilares del sistema penal primigenio...; en esa situación jurídica, la pena fundamental; la más difundida, no solamente para los delitos privados sino también para no pocos de ídole pública, está constituida por la pena pecuniaria en su triple forma de veregildo (wergeld, widrigilt, manbusse), composición y fredo o banno».

El modo de administración de justicia, pública o privada, depende incluso, como dice García Gallo (41), de circunstancias externas, «la pública sólo triunfa donde los funcionarios reales tienen fuerza para mantenerla; la privada florece donde aquéllos son débiles».

En este primer estadio evolutivo, como es lógico, no podemos hallar un fin explícito a la pena; únicamente deducir de cada pena concreta aplicada, de sus modos de ejecución, una posible finalidad implícita (42).

(39) PALMIERI, Giovanni Battista: «Il Diritto penale da Giustiniano ai giorni nostri», en Enciclopedia Cogliolo, ob. cit., págs. 269-385, concretamente: 295-297.

(40) DEL GIUDICE, Pasquale: «Diritto penale germanico rispetto all'Italia», En Enciclopedia Possina cit., págs. 431-609, vid. 506.

(41) «Curso de Historia del Derecho español», tomo I: Exposición histórica, 6.ª ed. Madrid, 1956, pág. 101.

(42) ORLANDIS, José: «Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media», A.H.D.E.; Instituto de E. J., Madrid, 1947, XVIII, págs. 61-165.—En págs. 88 y ss. afirma que las consecuencias de la inimicitia eran: A) pena pecuniaria, B) Destierro, C) Venganza familiar

En págs. 139 y ss. menciona las siguientes penas: muerte, corporales, infamantes, restrictivas, libertad, pecuniarias, destrucción casa, destierro, pérdida condición de vecino.

Págs. 63-65: «...se establece también una larga serie de penas de carácter igualmente pecuniario, entre las que figura, ante todo, la confiscación de la totalidad o una porción de los bienes del delincuente, que unas veces aparece como sanción principal, mientras otras va aneja a las de destierro y esclavitud o a la pena capital...; otras veces, pago del doble o triple de los daños originados por el delito...; nuevas especies de penas admitidas en este sistema jurídico son las corporales, principalmente flagelación y mutilación, y las infamantes. La infamia... solía ir unida a otras sanciones, como la reclusión de por vida en un claustro, el destierro, la reducción al estado servil, la confiscación...; pena típica era la decalvación.

Limitativas de libertad: destierro, prisión, reducción al estado servil y, en cierto modo, la traditio in potestate...; la pena de prisión o cárcel alcanzó limitada importancia; mucha más revistieron el sometimiento a servidumbre y la traditio...; la pena del talión, inspirada en los principios del antiguo derecho judío, y la de muerte, completan este cuadro, a grandes rasgos, del sistema penal visigodo».

Diversas causas nos parecen influyentes en el tránsito a formas más evolucionadas de punición: 1) La distinción entre casos de bando y casos de composición, ya que, según Del Giudice (43), en los primeros se incluyen los hechos delictivos mayores o capitales y en los segundos aquellos castigados con veregildo, composición y fredo o banno, es decir, los que pudiéramos llamar de iniciativa privada. 2) Influencia canónica. 3) El arbitrio del rey como supremo órgano de justicia, con amplio poder en el campo penal. El rey (44) con su arbitrio colma las lagunas del antiguo derecho y hace una función análoga a la del «ius honorum» sobre el «ius quiritium», sustituyendo la pena tradicional por otras más apropiadas a las circunstancias y gravedad del delito. 4) La creciente influencia del elemento intencional. En frase de Orlandis, «...puede concluirse que el elemento subjetivo ha conseguido en el derecho de la Alta Edad Media una relevancia fundamental para la determinación del concepto del delito. Encuéntrase, sin duda, huellas de una concepción más rudimentaria basada en los principios de la responsabilidad por el resultado; mas no debe atribuírseles otro valor que el de residuo de anteriores momentos jurídicos, restos que se han conservado, ciertamente, hasta la época estudiada pero que en ella carecen ya de real y efectiva vitalidad» (45).

Respecto a la influencia canónica en el derecho germánico es unánime su apreciación por diversos autores, tal Schiappoli (46), García Gallo (47), etc., aparte el hecho innegable de la repercusión de los Concilios de Toledo en el derecho secular. La trascendencia de este influjo la explica Del Giudice: «El Cristianismo se mostró decididamente adverso a las penas capitales y corporales, procurando con castigos mitigados y con la penitencia eclesiástica obtener la corrección moral del delincuente» (48).

Palmieri explica el proceso interno de evolución desde formas primitivas: «...existe después un segundo período en que el legislador fija la

---

—DEL GIUDICE, ob. cit., págs. 507 y ss. establece un cuadro de penas similares; entre los modos de ejecución de la pena de muerte relaciona los siguientes: «...decapitazione, impiccamento, annegamento e soffocazione, vivicombustione, lapidazione, ruota, squartamento o suembramento a morte, trascinamento a coda di cavallo, bollimento,...», pág. 515.

(43) Ob. cit., pág. 507.

(44) *Idem.*, 508.

(45) ORLANDIS, «Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media» A.H.D.E., XVI, Madrid, 1945, págs. 112-192, en pág. 122.

(46) «Diritto penale canonico», en Enciclopedia Pessina, ob. cit., 667.

(47) *Curso...*; ob. cit., I, pág. 97.—Manual, Madrid, 1959, I, págs. 56-57, parágrafos 122, 123.

(48) Ob. cit., pág. 543.

medida de la composición para limitar las exageradas pretensiones de la víctima y facilitar así la concordia, pasando a un último estadio en que el derecho de venganza se convierte en un verdadero y propio derecho de resarcimiento del daño y el legislador establece cuánto ha de pagarse por cada delito (49). El Estado comenzaba a tener una directa influencia..., se dio entrada al concepto de que una parte de la pena debía entregarse al Estado mismo, bajo el nombre de fredo... y la noción de fredo, con el andar del tiempo se extendió: todo delito se consideró como un hecho que afectaba a la víctima pero que también turbaba el orden social..., de aquí nace el verdadero concepto de pena pública, la cual poco a poco absorbe a la pena privada» (50).

A las distintas fases de este proceso se corresponden diversos grados y matices en la finalidad de la pena. El mismo Palmieri establece la correlación: «...todavía el fin de esta pena en el período bárbarico era asegurar a cada uno el resarcimiento por la ofensa padecida en sustitución de la venganza..., pero más tarde, a esta finalidad se añade otra, aquella de la protección de la sociedad contra un miembro de ella que amenaza la tranquilidad pública..., a la cual bien pronto, por influjo del derecho canónico especialmente, se incorpora una nueva meta de índole moral, la corrección del reo» (51).

Quintiliano Saldaña y Salvador Minguíjon llegan, respectivamente, a las siguientes conclusiones sobre la finalidad de la pena en el derecho germánico: «...el derecho penal de la España goda es una resultante de la concepción germánica, individualista, de la penalidad, en función con la vigorosa legislación romana, inspirada en el principio social, a través de una fórmula penal: intimidación» (52), y: «Las ideas de ejemplaridad y de intimidación son las que principalmente se invocan como fin o fundamento de la ley penal. También parece indicada la defensa social» (53).

## F) Derecho canónico

Los principales caracteres que hallamos en el estudio del derecho canónico medieval, en relación con la finalidad de la pena, son bien conocidos; ni preciso sería insistir sobre ellos: individualización de la pena, intencionalidad, subjetivismo, desmenuzamiento de las circunstancias del acto criminal, corrección del delincuente, expiación de la culpa, etc.

(49) PALMIERI, en *Enciclopedia Cogliolo*, ob. cit., pág. 298.

(50) *Idem.*, 379.

(51) *Idem.* 380.

(52) Q. SALDAÑA, en *Notas a V. Lisl*; ob. cit., pág. 151.

(53) S. MINGUIJÓN «*Historia del Derecho español*», 3.ª ed. Zaragoza, 1943, pág. 73.

Sí queremos anotar que perduran en derecho canónico, si bien trastocados, aquellos tres principios de reacción frente al delito que constituyen el punto de arranque histórico de la represión del mismo: venganza; reacción social, más o menos evolucionada, pero, en definitiva, defensa de la propia sociedad; expiación divina, si bien todos ellos tienen un signo totalmente distinto, impregnado de espiritualidad. Consiguientemente, la pena entraña en derecho canónico un fin que es el reverso de aquella venganza de sangre, exclusión de la sociedad y ofrenda a una divinidad inerte e implacable de los pueblos primitivos.

Es Fausto Costa quien insiste en el aspecto de pena como venganza, aunque tal vez fuese más propio hablar de retribución: «De la teoría de la delegación divina se deriva que la pena es esencialmente venganza. No venganza privada sino pública; no venganza inspirada por el odio sino venganza cristiana o zelo justitiae et amore Dei...» (54) En este aspecto parece más acertado el matiz con que se explica Schiappoli: «...en tanto la represión se obtiene mediante la aplicación de un mal al delincuente, toda pena es vindicativa en su fin, entendiendo, pues, la venganza en el sentido de que se inspira en la justicia, es decir, como retribución jurídica» (55).

En cuanto que la Iglesia tiende a dominar espiritualmente al mundo medieval, la finalidad de la pena contra la transgresión de su ordenamiento tiene un carácter utilitario, de defensa de la sociedad eclesiástica y de tutela de la jerarquía, actuando en esta faceta como una sociedad temporal perfecta. En este sentido, la finalidad de la pena se orienta al mantenimiento de la unidad de la fe y a reprimir las transgresiones a los preceptos cristianos (56).

Finalmente, como dice Saleilles (57), la idea de expiación, cuyo origen está en los antiguos sacrificios ofrecidos a la venganza divina, subsiste, pero se purifica y transforma con otros caracteres, cuyos beneficios alcanzan al reo en forma de arrepentimiento y enmienda. La divinidad no es aquella impassible e implacable, inerte y cruel, mera recipiendaria del sacrificio, sino providencial y misericordiosa y que a través de la penitencia del reo concede a éste perdón y enmienda. Precisamente, al resaltar el aspecto subjetivo de la acción criminal, a través de la intencionalidad, circunstancias personales en la comisión del delito, enmienda del dein-

(54) F. COSTA, *ob. cit.*, pág. 40.

(55) SCHIAPPOLI: «Diritto penale canonico», en *Enciclopedia de Pessina*, *ob. cit.*, págs. 611-967, *vid. págs.* 769-770.

(56) *Idem.*, pág. 663.

(57) *Ob. cit.*, pág. 76.

cuenta, etc., el aspecto objetivo del delito quedó en un segundo plano y el pecado, en cierto modo, suplantó al delito, idea en la que insiste Costa (58). Como réplica, Salelles esgrime que «toda la idea de un derecho penal subjetivo, que es la idea moderna, se hallaba entera en el derecho canónico, no sólo en germen sino en su misma aplicación» (59). En igual sentido opina López-Amo Marín: «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 una y otra» (60).

De aquí el uso tan distinto que la Iglesia hace, en relación con otras legislaciones, de la prisión como pena. Mientras en derecho romano y germánico la cárcel no es pena en sí sino medida preventiva, la Iglesia se valió del aislamiento para conseguir la meditación del reo y consiguiente arrepentimiento y enmienda. Y de ahí el signo tan distinto de las penas laicas en relación con las eclesiásticas, generalmente afflictivas: censura, penitencia pública, degradación, reclusión en monasterio, destitución, traslado, suspensión, etc. (61), cuya finalidad por sí sola se explica.

En síntesis, como hace Schiappoli: «...si el derecho romano se atiene al principio social y el germánico al individual como fundamento de la punición, el derecho canónico, por la eficacia del Cristianismo, consagra el principio sintético o superior del orden moral en el que se armonizan los intereses de la sociedad y del individuo» (62).

### G) Derecho medieval español

Por el carácter sucinto y meramente explicativo de estas notas preliminares, simple apoyo para adentrarnos en la finalidad de la pena en la Legislación de Partidas, no podemos detenernos en el estudio directo de las fuentes jurídicas del medievo, cuyo contenido tan pródigo es en disposiciones penales.

Es en la Baja Edad Media, como dice López-Amo Marín (63), cuando comienza a esbozarse el Derecho penal español, pues el período anterior es una fase más del derecho germánico, mientras que ahora en la Baja Edad Media, se conjuga este elemento con las influencias romano-canónicas y es en este momento, al formarse un derecho penal en los estados

(58) F. COSTA, ob. cit., pág. 41.

(59) SALELLES, ob. cit., pág. 79.

(60) L.-AMO: «El Derecho penal español de la Baja Edad Media», A.H.D.E., XXVI, pág. 340.

(61) Sobre penas canónicas en particular, BENEVOLO y SCHIAPPOLI, obs. cit. También GUTIÉRREZ y FERNÁNDEZ, Benito, ob. cit., págs. 87 y ss.

(62) SCHIAPPOLI, ob. cit., pág. 617.

(63) L.-AMO, ob. cit., págs. 337-338.

españoles ya organizados, cuando el derecho penal español va adquiriendo una contextura propia. Por esto hemos hecho escasa referencia al Estado visigodo y derecho penal de la Alta Edad Media española, máxime cuando está eficazmente estudiado por el Prof. Orlandis.

Siguiendo a López-Amo en su estudio bajomedieval de principios penales españoles, con cuyas conclusiones coincidimos a través de nuestros estudios sobre la injuria en la Edad Media, parece innegable la doble influencia del esquema germánico de un lado y el romano-canónico de otro. Ello da lugar al sistema mixto de que habla López-Amo: «distingamos cuidadosamente los dos elementos que forman el sistema mixto: el de la venganza privada y el de la justicia oficial» (64), correspondiendo el primero al principio germánico-visigodo y el segundo al romano-canónico.

En la mayoría de los textos medievales españoles, incluso dentro del mismo texto, se perciben ambas influencias y es sumamente difícil hallar una fuente local o territorial pura en el sentido de adscripción neta al sistema de venganza o composición (germánico) o al contrapuesto de iniciativa oficial (romano-canónico) en la represión del delito. En términos generales, pudiera decirse que el principio germánico suele orientar a los textos breves, antiguos y de ámbito local y el sistema de derecho penal estatal a las fuentes más evolucionadas, extensas y de ámbito territorial; tal vez la recepción del Derecho Romano tenga decisiva influencia.

Con las naturales reservas, por la variedad y variabilidad del embrionario derecho español de la época, López-Amo establece el siguiente cuadro de penas: pecuniarias (orientación germánica); corporales, privativas de libertad, destierro y pérdida de derechos civiles (romano-canónica) (65), en cuyo esquema va inserta la finalidad de la pena a que hemos hecho referencia en anteriores apartados.

Ahora bien, López-Amo no ha calado, desde el momento que las menciona como simple nota pintoresca, en la extraordinaria importancia y trascendencia que en el sistema penal español de la Baja Edad Media tienen las penas que él mismo llama humillantes, ignominiosas e irrisorias; a las que Rodríguez Devesa designa como deshonorantes; Minguijón, irrisorias; Jiménez de Asúa y Orlandis, infamantes y Pacheco caracteriza como penas contra el honor (66).

(64) *Idem.*, pág. 566.

(65) *Idem.*, pág. 567.

(66) RODRÍGUEZ DEVESA, Trad. y notas al «Tratado de Criminología» de Ernesto Seelig, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 479-481.

MINGUIJÓN, Salvador: «Cuadernos de Historia del Derecho Español», Zaragoza, 1926, X pág. 40.

Nos referimos al tipo de penas degradantes, que a su vez tenga su origen último en la «ostentatio» ibérica de que habla Dorado Montero (67) y que, pasando por la decalvación del Liber Judiciorum (68), inficiona de humillación al reo en todos los textos medievales. Esta trayectoria de vilipendio en la aplicación de la pena arriba vigorosa a la Legislación de Partidas y es una constante histórica en la penología española. Pudiera decirse que en la Edad Media es todo un principio orientador y general de la pena y, al mismo tiempo, la pena en concreto más característica del medievo español; es rarísimo el texto jurídico de la Edad Media española en que no tiene concreción inmediata (69).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «Códigos penales Ibero-americanos. Estudio de Legislación comparada», Caracas, 1946, pág. 531.

ORLANDIS, J.: «Las consecuencias...», ob. cit., A.H.D.E., XVIII, pág. 149.

PACHECO, J. F.: «Estudios...», ob. cit., pág. 304.

(67) «El antiguo Derecho penal en Iberia», ob. cit., pág. 23.

(68) «Liber Iudicium aut Codex Visigothorum», Códigos Españoles concordados y anotados. I, págs. 1-86, Madrid, 1847:

—«vel etiam ingenuum decalvaverit».

—«Si certe ingenuus se vum alterius decalvaverit, aut decalvare iusserit rusticum...».

—«si servus servum decalvare...».

—«...Atque insuper centum publice flagellorum verberibus caesus, ad perennem infamiam deformite: decalvetur...».

Vid. Liber: VI, 4, 3.—VI, 4, 5.

(69) Como manifestación de penas humillantes, sin orden ni concierto, sin método ni sistema, citaremos algunos ejemplos pertenecientes a las más heterogéneas fuentes:

—CARTA DE POBLACION DE AGRAMUNT (Vid. Muñoz y Romero, «Colección de Fueros municipales... Vol. I, pág. 402: «Si autem aliquis fuerit captus in adulterio cum uxore alterius, currant ambo vir et mulier per majorem carreriam Acimontis nudi, et sint verberati...».

—FUERO DE CUENCA (Vid. Ed. crítica, introducción, notas y apéndice de R. de Ureña y Smenjaud, Academia de la Historia, Madrid, 1935:

En rúbrica XI, XLI, se impone la pena de ser pelado y flagelado. En XXX, XXXVII, cortadas las orejas; en otras ser tascuilado en forma de cruces, etc.

—FUERO DE USAGRE: (anotado por Ureña Smenjaud y Bonilla San Martín, Biblioteca Jurídica española anterior al s. XIII, Madrid, Reus, MCMVII) medida de baba, como pena, en rúbricas 182, 313.—En la 188 se dice: «Tod cauallero o peon quando odier el apellido et non fuere trolando o corriendo, de la uilla tambien como de la aldea, al cauallero. cortenle el rabo al cauallo, et al peon messente la barua».

—LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA: (Ed. Galo Sánchez, F. de Derecho Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924) impone al falso testigo arrancarle los dientes, cercenamiento de la mano a quien hiriere con cuchillo y paseo por toda la villa con los dientes en la mano a quien faltare a la promesa dada a una mujer de casamiento (rúbricas 120, 167, 206, 278, etc...), como se ve, en todas ellas hay una reminiscencia de talión. Así 111: «Esto es por fuero... todo omne que fiere a otro en la cara de punno o viene a emienda, deue parar: por cada punnada que firió en la cara, deue parar dos...».

—CONCILIO DE COYANZA (Ed. García Gallo, A.H.D.E., XX, págs. 275-633) aplica pena de cien azotes, únicamente a personas de baja condición («...se fue menor persona, si inferior,

Para nosotros, constituye esta infamia o humillación en la aplicación de la pena, cuya finalidad es rudimentaria, pero compleja, la nota primordial del sistema de penas de la Edad Media española; junto a ella situamos, como motivación inmediata de este trabajo, aquella carencia de finalidad explícita en el tipo penal de los textos medievales (delito-pena), tan dispar a la motivación y explicación de la pena que suele hacer la Legislación de Partidas (delito-motivación-finalidad-pena).

---

persona fuerit...) a quien come y mora con judíos, págs. 310-311.—CONCILIUM COJACENSE. Colección de Muñoz y Romero, págs. 208-212, ley VI.

—FUERO DE ALFAMBRA: (Ed. Albareda y Herrera, Rev. de Ciencias J. y S., VIII, 1925, págs. 424-462) cortar una o las dos orejas, trasquilado en forma de cruces, corrido por la villa, azotes, etc. Vid. rb. 43.

—USATGES DE BARCELONA: (Ed. D'Abadal i Vinyals, Valls Taberner, Dip. Provincial. Barcelona, 1913; Ed. Rovira i Ermengol, Barcino, Barcelona, 1933) Ustg Quia justiciam: truncar pies y manos, sacar ojos.—Ustgs. Item statuimus 2.º, precipimus, quoniam: cortar la mano.—Ustgs. si quis alienum, statuimus quod aliquis de icus: azotes. Ustg. mulieribus etiam: «Mulieribus etiam truncare nares et labia et aures et mamillas, et si necesse fuerit in ignem cremare...».

—CORTES DE TARRAGONA, 1235: (Cortes de los antiguos reinos... Academia de la Historia, I, 1.ª parte, años 1064-1327, Cortes de Cataluña, Madrid, MDCCCXCVI) flagelamiento a través de la villa a usureros: «...currant eos per villam flagellando...».—XVII, pág. 135.

—CORTES DE MONZON, 1363: «Compilació any 1704, volum primer, Col-Legi de Advocats de Barcelona, 1909), pág. 418, igual pena anterior.

—CORTES DE MONTBLANCH, 1333, obliga a los vegueros a publicar en tres días de mercado y en cada una de las cabezas de partido, el nombre de los desterrados.

—COSTUMBRES DE LERIDA: (Ed. Pilar Loscertales de Valdeavellano, F. Derecho Universidad de Barcelona, 1926) cortar la mano (I, VIII: aut donet curie XL solidos aut manum perdat), flagelación por la villa (I, XV: currant ambo vir et femina per omnes plateas ciuitatis llerde nudi et uerberati).

—FUERO REAL: (Academia de la Historia, págs. 1-169, Madrid, 1836) cortar el puño y ser pregonado (II, III, 3), cortar las orejas (IV, V, 6), castrado ante todo el pueblo (IV, IX, 2).

—ORDENAMIENTO DE TAFURERIAS (En Opúsculos legales..., II, págs. 211-231), ley VI, aplica, subsidiariamente, latigón en caso de palmada, puñada, mesadura de cabello y coes..., etc., etc.

## III

## DERECHO CIENTIFICO PRECEDENTE A PARTIDAS

Al hablar de derecho científico sólo queremos resaltar la existencia de una trayectoria histórica de pensamiento jurídico que implica una significación diversa, opuesta, sobre la finalidad de la pena, a la que entrañan las diversas legislaciones positivas aplicadas históricamente. Esta dualidad entre razón y vida es radical en lo que se refiere a la finalidad de la pena. Se aplica en los pueblos orientales, Roma, pueblos germánicos, Edad Media, un derecho cuya finalidad punitiva obedece a razones primarias y va siempre implícita, nunca explicada, en la norma jurídica. Se piensa, en cambio, por Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, Santo Tomás, en una pena cuya finalidad es racional, progresiva, explícita, germen de las actuales tendencias científicas.

De otra parte, la finalidad de la pena en las legislaciones se proyecta de cara a la sociedad, para que le sirva de satisfacción, al mismo tiempo que de ejemplo, y así el delincuente queda reducido a un simple instrumento de aplicación de la pena. En el derecho científico, en cambio, pudiera decirse que el protagonista de la pena es el mismo de la acción delictiva, el reo; de aquí que la pena se individualice en su aplicación. De implícita en la ley, la finalidad de la pena se hace explícita en el pensamiento; de preferentemente social, la finalidad de la pena apunta también a la individualidad, al sujeto, en el derecho científico.

No podemos detener la atención en el pensamiento jurídico greco-latino ni escolástico sino extractar al máximo cuál sea la finalidad de la pena en sus pensadores más representativos; por otra parte sobradamente co-

nocida, pero necesaria su repetición para comprender el espíritu de la pena en Partidas.

Las ideas penales de Platón se basan en la absoluta necesidad de la pena, tanto para la sociedad como para el delincuente, así Eutifrón (70). Intrínsecamente, la pena es justa pues castiga la injusticia y a través de esta represión de signo contrario al delito, el reo padece con ella una imposición justa y se libera de la injusticia (Gorgias) (71). Destaca entre las ideas penales de Platón la individualización en la aplicación de la pena. la acomodación de ésta a cada acción y a cada sujeto, según las circunstancias de delito y delinquentes; así lo anotan F. Costa: «...propone diferentes sanciones, no graduables sobre el elemento exterior del daño producido sino sobre la distinta perversidad de la intención criminal...» (72) y A. Levi: «...la pena no es considerada en Platón tanto un medio de intimidación para los demás como en relación a la maldad del delincuente y con finalidad de mejorar a éste» (73).

En relación con el delincuente, Platón distingue dos clases de individuos, dos distintas formas de naturaleza humana, la de quienes no soportan correcciones extremas, para los que la pena es inoperante, y la de aquéllos que se adaptan a ella y en los que la pena actúa con eficacia. En los primeros se debe atender, preferentemente, a los intereses de la sociedad y ésta debe ser inmunizada a través de la eliminación o exclusión de

(70) «Eutifrón» o de la santidad. Platón, obras completas, diálogos socráticos, I, en Nueva Biblioteca filosófica, XI, Trad. de Dacier y Grou, Madrid, 1936, págs. 52 y ss.

Eutifrón: imagino yo, Sócrates, que no haya disputa alguna entre los dioses acerca de eso ni que ninguno de ellos pretenda que quede sin castigo el hombre que injustamente haya cometido homicidio.

Sócrates: Tampoco existe hombre alguno que pretenda tal cosa. ¿Viste nunca que fuese nadie osado a poner en tela de juicio la necesidad de que se castigue al que haya dado criminalmente muerte a un semejante suyo, o cometido cualquier otra injusticia?... ¿No ocurriría otro tanto en los cielos si los dioses, como hace un momento afirmabas, se hallan en desacuerdo acerca de lo justo y de lo injusto?, ¿no se acusarán los unos a los otros de injusticia? Y estos últimos ¿no les retrucarán afirmando lo contrario? Porque entre ellos, ni más menos que entre nosotros, no habrá uno solo que se atreva a sostener que el autor de una injusticia no deba recibir su merecido castigo.

(71) Sobre las ideas penológicas de Platón; LEVI, Alessandro: «Delitto e pena nel pensiero dei Greci», Torino, 1903, págs. 213 y ss.

—ANTÓN ONEGA, José: «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», discurso apertura curso Univ. Salamanca, curso 1944-1945, págs. 9-14.

—COSTA, Fausto: ob. cit., págs. 13 y ss.

Sobre algunas ideas jurídicas de Sócrates: TOVAR, Antonio: «Vida de Sócrates», Rev. de Occidente, Madrid, 1947, págs. 284 y ss.

(72) COSTA: ob. cit., pág. 14.

(73) LEVI, ob. cit., pág. 213.

tales delincuentes. En el otro caso, conveniencia y posibilidad de la pena ésta debe ser como medicina del alma. Castigar con razón, hacer justicia quiere decir salvar el alma del reo. Así como la economía libera al hogar de la indigencia y la medicina al cuerpo de la enfermedad, la justicia penal libera al alma de la intemperancia; liberación que en el caso de la pena, se produce mediante el proceso psíquico de la expiación, por el cual aprende el delincuente, mediante el dolor, a conocer la verdad y la justicia (74).

Aristóteles es más objetivo y severo en cuanto a la finalidad de la pena que Platón; expone sus ideas penológicas especialmente en la Política y en la Ética a Nicómaco. Para él la finalidad esencial de la pena es la defensa social. Las penas justas y las correcciones son actos de virtud y de necesidad social; la pena es justa porque es necesaria y Aristóteles supedita los intereses del delincuente, incluso su enmienda y readaptación, a los superiores de la república. El pueblo obedece más por miedo que por pudor o virtud; las multitudes, dominadas por los afectos, se limitan a seguir el placer, huir del dolor y no obedecer a la palabra sino a la fuerza; la pena se presenta como un medio necesario para conseguir el fin moral que la convivencia social se propone. El delincuente que huye del dolor con el dolor debe ser castigado y cuanto más se tome en cuenta esta norma tanto más eficaz será la pena (75).

Para Epicuro la justicia no existe por sí, inmutablemente, sino que depende del comercio social de los hombres y por tanto varía condicionada por las circunstancias de lugar y tiempo. La adecuación a estas circunstancias hará que las diversas concreciones de la norma, entre ellas

(74) COSTA: ob. cit., págs. 13-15.

(75) Idem., pág. 17.

Aristóteles trata en la «Política» de cuestiones relacionadas con nuestro tema en los siguientes pasajes:

Libro I, capítulo 1.

» II, » 1.

» III, » 11.

» IV, » 4.

» V, » 14.

» VI, » 1.

» VI, » 11.

» VI, » 13.

» VIII, » 7.

En Moral a Nicómaco:

Libro II, capítulo 3.

» V, » 1-8.

—Vid. ANTÓN ONECA: ob. cit., págs. 14-17.—LEVI: ob. cit., pág. 215.

la pena, tengan una finalidad utilitaria, basada esencialmente en la defensa de la sociedad. En cambio, el Estoicismo, introvertido siempre en el sujeto, aporta, al tratar de la pena, fundamentales valoraciones casuísticas de las acciones humanas (76).

Cicerón, ecléctico, aunque inclinado al estoicismo, tiene valoraciones objetivas, de normación imperiosa, al abordar la finalidad de la pena, cuyo fundamento encuentra en la justicia natural y divina, fijando el fundamento de la pena en la propia justicia: «Ergo item iustitia nihil expetit praemii nihil pretii: per se expeditur», pero, al mismo tiempo, hace valoraciones subjetivas de indudable raíz estoica, que Fausto Costa explica así: «...cuando escribe que en el castigo se debe conservar siempre una medida equitativa, o se pregunta si es preciso lograr que la pena sirva de ejemplo, no bastando provocar con ella el arrepentimiento del culpable, o recomienda que no se inflinja con cólera y resentimiento, o prohíbe ultrajar al reo, se siente en él al filósofo humanitario, dispuesto a reconocer la vía del progreso, más bien que al expositor de los sistemas vigentes entonces...» (77).

Séneca, evidentemente inserto en la línea platónica y en la estoica, supone una aportación de primer orden a la evolución histórica de la finalidad de la pena. Séneca hace un quiebro al delito y se adentra a fondo en el ánimo del delincuente, objeto absorbente de sus consideraciones. Ejemplaridad, protección de los intereses que el Estado representa, prevención general, no obstante, tienen también estimable consideración en la finalidad de la pena en Séneca, pero ocupa un primer plano la prevención específica, individual, que conduce a la corrección, incluso curación del delincuente. Stampa Braun ha estudiado (78) eficazmente las ideas penales de Lucio Anneo Séneca, cuyas ideas son consideradas decisivas para la penología universal (79).

(76) F. COSTA: ob. cit., págs. 20 y ss

(77) Idem, págs. 26 y ss.

(78) STAMPA BRAUN: ob. cit., pág. 82, establece las siguientes conclusiones sobre las ideas penales de Séneca:

A) La idea de pena surge en el hombre como sentimiento nacido ante cualquier ofensa que se le cause en su persona o bienes. Si ese sentimiento no es controlado con la reflexión, desembocará en la ira, y traerá consigo un ciego e inhumano deseo de venganza. Mas si aliende al dictado de la razón, se orientará telcológicamente.—B) En el orden político criminal, la existencia de la pena se justifica por la necesidad de proteger los intereses que el Estado representa. Su aplicación, sin embargo, tenderá a conseguir los fines que al varón justo y equilibrado le dicta su buen criterio.—C) Estos fines integran el llamado preventivismo penal, proveniente de la especulación platónica e interpretado por Séneca con originales puntos de vista. Dentro del preventivismo, la prevención general se obtendrá mediante la ejemplaridad, y la prevención especial, mediante la corrección del delincuente. Cuando ésta no pueda esperarse, se impondrá

El pensamiento de San Agustín supone una reminiscencia y una creación, al mismo tiempo, de índole religiosa sobre la finalidad de la pena. El delito en él todavía está en gran parte inserto en el pecado y la pena en cierto modo es penitencia y expiación. Para el delito, San Agustín seculariza las consecuencias del pecado y la pena es condena purgación y corrección, siempre justa y equivalente al delito (80).

En Santo Tomás hallamos una síntesis del pensamiento jurídico que le precede, aunque bandeado a la línea aristotélica, a la par que una concreción científica de las ideas dominantes en la Edad Media. La pena es esencialmente retribución, reintegración del orden jurídico quebrantado por el delito, especie dominante en el orden jurídico-divino universal que se concibe en la Edad Media; así, la pena está inserta en la justicia conmutativa. Para la sociedad la pena debe suponer intimidación, expansión colectiva del temor a ella. Y en el orden individual la pena lleva aneja la corrección del reo y la reparación del orden subjetivo de la razón. Como dice Guallart, «...la pena ha de ser referida, en la doctrina tomista, a aquellos tres órdenes a que la voluntad humana está sometida, el de la propia conciencia, el orden externo establecido por la autoridad social y el universal instituido por Dios... La pena ha de ser medicinal, proporcionada al mal que el delito causó, tanto en el juicio divino como en el humano; ha de significar reintegración de la justicia y reparación del escándalo; ha de tener carácter y alcance exclusivamente personales» (81).

---

la eliminación del malvado, para que este se beneficie con el mayor bien que se le puede otorgar, y los demás, intimidados por tan terrible castigo, se abstengan de cometer futuros delitos.

(79) Es unánime esta consideración por todos los tratadistas. Además de Stampa:

—ANTÓN ONECA: ob. cit., págs. 17-18.

—COSTA: ob. cit., págs. 30 y ss.

—SALDAÑA: ob. cit., pág. 129-138.

—GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 31 y ss.; etc., etc.

(80) COSTA: ob. cit., pág. 43.

(81) GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA: «La teología penal de Santo Tomás de Aquino», lección inaugural curso 1958-9, Universidad de Zaragoza, 1958, págs. 79 y ss.

—ANTÓN ONECA: ob. cit., págs. 19-24.

—COSTA: ob. cit., págs. 51 y ss.

## SEGUNDA PARTE

### I

#### EXPLICACION PREVIA

Al iniciar ahora el estudio de la finalidad de la pena en la Legislación de Partidas, son varias las dudas que acometen al expositor, tantas como influencias se advierten en la obra de Alfonso X. El criterio de sistematización no es de fácil hallazgo. La teoría de la pena en las Partidas no es uniforme ni obedece a una sola tendencia, antes bien su esquema penológico es complejo, heterogéneo, a veces contradictorio. Inciden en la teoría de la pena en Partidas influencias de derecho romano, germánico, canónico, tradicional; arriban a ellas hallazgos progresivos del derecho científico junto a normas de derecho ya entonces ampliamente superadas; hay frecuentes reminiscencias de derecho antiguo, de índole expiatoria, al lado de otra línea de contenido humanitario. La pena tan pronto obedece a principios de orientación social, con postergación y olvido del reo, como se atiene preferentemente al hombre, al sujeto del delito. Tan pronto se atisba una individualización, personalidad, benevolencia en la aplicación de la pena como reaparece el talión, la infamia, etc. y todo ello, al mismo tiempo, se inserta en la concepción de justicia divina, con su repercusión conmutativa en cuanto se proyecta sobre hombres, imperante en la Edad Media.



Todo ello explica ahora la oportunidad de las páginas que preceden a ésta, en las que hemos tratado de exponer el lento camino de la pena en la historia, bien en la mente de juristas, bien en la realidad social del derecho aplicado. Pudiera decirse que todas las tendencias penológicas precedentes al siglo XIII, normativas o científicas, tienen cabida en la Legislación de Partidas. A través de las esquemáticas páginas que preceden advertiremos con mayor claridad las normas e ideas influyentes en la finalidad de la pena en la Legislación de Partidas.

Antes de adentrarnos definitivamente en la finalidad de la pena en Partidas queremos dejar anotadas algunas consideraciones: escasez de bibliografía sobre la obra legislativa de Alfonso X (1), especialmente en

(1) Decía el Prof. GARCÍA GALLO en 1951: «Siendo las Partidas el cuerpo legal más famoso y característico de nuestro pasado, pa ee poco explicable que sea de los menos estudiados y de los que peor se conoce su propia historia... La investigación sobre las Partidas ha avanzado poco del estado en que la dejare, hace casi siglo y medio Martínez Marina... Como hace siglo y medio, ignoramos hoy cuanto se refiere al proceso de formación de las Partidas, sus autores, lugar de redacción...», en «El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio; del Espéculo a las Partidas»; A.H.D.E.; tomo XXI-XXII, Madrid, 1951-1952, págs. 345-528; las precedentes citas son de págs. 347-349.

En 1963 repite García Gallo: «Porque hoy, por desgracia y voy a referirme exclusivamente al aspecto histórico-jurídico—, es tan poco y tan inseguro, y aun erróneo, lo que sabemos de esta obra maestra, que no creo haber pecado de exageración al titular este discurso Los enigmas de las Partidas». (Conferencia publicada por el Instituto de España, con motivo del Séptimo Centenario de las Partidas del Rey Sabio, Madrid, 1963, pág. 32. Contiene otra conferencia de don Luis Redonet y López-Dóriga).

—En la obra primeramente citada de García Gallo, «Libro de las Leyes...», A. H. D. E., XXI-XXII, en notas a págs. 348 y 349 se da amplia bibliografía sobre Partidas.

—FONT RIUS, José María, en Nueva Enciclopedia jurídica, Seix, tomo IV, págs. 313-321, también nota bibliográfica.

—Recientemente y con miras a su séptimo centenario han aparecido diversos libros, estudios, comentarios, bien sobre Alfonso X o sobre Partidas. Entre los primeros, BALLESTEROS-BERETTA, Antonio, «Alfonso X el Sabio», C.S.I.C. y Academia Alfonso X el Sabio (Murcia), Salvat, S. A., Barcelona, 1963; en págs. 356 y ss. habla sobre Partidas, especialmente sobre sus redactores.

La mayoría de Universidades españolas está conmemorando este centenario con diversos estudios; por ejemplo, en la de Murcia se prepara un libro homenaje y ya se han publicado diversos estudios: «El estilo suasorio de las Leyes de Partidas», por MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, Anales XXI, Núm. 2-Derecho, 1962-1963.—«La cultura murciana en el reinado de Alfonso X», por JUAN TORRES FONTES, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1960, en págs. 9-13 estudio sobre los redactores de Partidas.

También discursos y conferencias: «Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas de Alfonso el Sabio», por JOAQUÍN CERRÁ RUIZ-FUNES, discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1963-4, publicaciones de la Universidad de Murcia, 1963.—Conferencias, además de las citadas, en la Universidad de Salamanca, noviembre, 1963, «La formación de las Partidas», A. GARCÍA GALLO, etc., etc. Nos referimos en esta nota solamente al aspecto jurídico de Partidas.



lo que se refiere a la Setena Partida (2); de otro lado, no limitaremos nuestro estudio a esa Partida Setena, tan poco estudiada, sino que hemos recorrido una a una las siete partes de la obra legislativa de Alfonso X en busca de un sentido teleológico que atribuir a la represión delictiva. Prescindiremos en lo posible de notas marginales; la referencia al texto de Partidas se contiene en el mismo pasaje extractado; nuestra labor es puramente sistematizadora y en cada enunciado o epígrafe establecido por nosotros se incluyen los textos de Partidas que los justifican, los menos posibles dentro de un afán de exposición completa. Haremos una primera referencia o análisis de principios generales penológicos, para adentrarnos finalmente en la propia y estricta finalidad de la pena en la obra de Alfonso X.

---

(2) Sobre el Derecho penal de Partidas:

—RIAZA, Román: «El Derecho penal de las Partidas», en Trabajos del Seminario de Derecho Penal, dirigidos por L. Jiménez de Asúa, I, curso 1916-1917, Madrid, Reus, MCMXXII, págs. 21-65.—En págs. 21-22, bibliografía sobre Derecho penal de Partidas. Además de las indicadas:

—MARCOS PELAYO, FRANCISCO: «El derecho judicial en las Partidas», Reus, Madrid, 1930.—En págs. 165-185 trata del procedimiento penal en Partidas.

—BENITO y de la LLAVE, Enrique de: «El Derecho penal de las Partidas», Zaragoza, 1920.

—DU BOYS, Albert: «Historia del Derecho penal de España», Trad. de José Vicente y Caravantes, Madrid, 1872; en págs. 202-307 contiene uno de los pocos estudios de conjunto sobre la Setena Partida; sobre la pena en págs. 220-230.

—GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: «Examen histórico del Derecho penal, Madrid, 1866; en págs. 163-205 un amplio extracto del contenido de la Setena Partida.

—Para la redacción de este trabajo hemos utilizado: «Los Códigos españoles concordados y anotados», IV, Código de las Siete Partidas, Madrid, Imprenta de la Publicidad, M. Rivadeneyra, 1848.

## II

## PRINCIPIOS GENERALES PENOLOGICOS DE PARTIDAS:

1. LA PENA ES UN MAL NECESARIO; así se desprende de que el Rey debe dolerse al aplicarla a sus súbditos:

«Amado deue ser mucho el Pueblo de su Rey, e señaladamente les deue mostrar amor en tres maneras:..., la segunda, auendoles piedad, doliendose dellos quando les ouiesse a dar alguna pena, ca pues el es cabeça de todos, dolerse debe del mal que rescibieren assi como de sus miembros» (II, 10, 2).

Es preferible dejar sin castigo un delito que dar pena a quien no la merece:

«...ca mas santa cosa es, e mas derecha, de quitar al ome de la pena, que mereciesse por yerro que ouiesse fecho, que darla al que la non mereciesse, nin ouiesse fecho alguna cosa por que» (VII, 31, 9).

2. CON LA APLICACIÓN DE LA PENA SE HACE JUSTICIA, SE RESTABLECE EL DERECHO INFRINGIDO, SE APLICA UNA DE LAS VIRTUDES DE LAS LEYES:

Son abundantísimos los fragmentos que apoyan esta afirmación:

«En la Septena Partida fablamos... de las penas, e de los escarmentos que merecen por razon dellos... E desta guisa se acaba la justicia complidamente» (prólogo general).

«Yerran los omes en muchas maneras, quando andan en guerra. E porque los yerros que y fazen son mas peligrosos, que los que son fechos en otros lugares, porque non se pueden bien emendar, pusieron los Antiguos, que ouiesse escarmiento. Ca de otra guisa non seria justicia derecha». (II, 28, preliminar).

«De como deuen ser recabdados los presos:..., porque si despues ellos entendiessen que el yerro les era prouado, con miedo de recibir daño... se esconderian de manera que los non podrian fallar, para cumplir en ellos la justicia que deuan auer» (VII, 29, preliminar).

«Como deuen ser recabdados los presos:..., e si por aventura se fuesse el malfechor de aquel lugar, despues que fuesse acusado... que lo recabden, e lo embien antel, para fazer derecho del yerro de que fuesse acusado» (VII, 29, 1).

«Quales malfechores deuen ser recabdados sin mandamiento del Judgador:..., falsa moneda..., quando algun Cauallero fuesse puesto por guarda en frontera... si desamparasse la frontera... ladron conocido, o robador, o ome que quemasse casa de noche... forçasse o lleuasse robada alguna muger virgen, o muger Religiosa..., todo ome lo puede recabdar. e aduzir delante del judgador, do quier que lo fallare, porque se cumpla la justicia que mandan las leyes...» (VII, 29, 2).

«Las virtudes de las leyes son en siete maneras, ...la sentena, escarmentar...» (I, 1, 5).

### 3. LA PENA ES UNA CONSECUENCIA INMEDIATA Y JUSTA DEL DELITO:

La conexión lógica e inmediata entre delito y pena se suele establecer en el tipo penal de Partidas mediante el enunciado del hecho delictivo y la yuxtaposición de la pena con el término «porende»; los ejemplos en este sentido son abundantísimos (3) y aun pudiera decirse que es el modo normal de enunciado penal. Pero, además, hay algunos fragmentos más explícitos en esta correlación de la pena con el delito:

(3) Sin perjuicio de los muchos fragmentos que se recogen a lo largo de este estudio y por reunir la cita de algunos:

II, 16, 4; II, 17, 2; VII, 14, 22; VII, 16, preliminar; VII, 29, 4, etc., etc.

«Que poder ha el Emperador e como deue usar del Imperio:..., e aun ha poder de fazer justicia, e escarmiento en todas las tierras del Imperio, quando los omes fiziessen porque...» (II, 1, 2).

«Quales Juezes pueden fazer recabdar omes que fuessen Caualleros:... Mas si fiziesen otros yerros, de aquellos que son vedados a todos los omes comunalmente..., deuen ser reptados ante el Rey, o acusados, o recabdados antel Adelantado de la tierra, e recibir la pena que la ley manda, por el mal fecho que fizieron» (VII, 29, 3).

#### 4. LA PENA ES MANIFESTACIÓN DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA:

La justicia deriva de Dios; el rey la asume por delegación y la aplica adecuadamente otorgando galardón al que lo merece y castigo o pena al que yerra.

«Dios es comienzo, e medio, e acabamiento de todas las cosas...» (Prólogo general).

«ca mucho conuiene a los Reyes, e señaladamente a los desta tierra, conocer las cosas segund son, e estremar el derecho del tuer-to, e la mentira de la verdad: ca el que no supiere esto, no podra fazer la justicia bien e cumplidamente, que es dar a cada uno lo que le conuiene cumplidamente, e lo que meresce...» (Prólogo general).

«Del departimiento de las leyes:..., refrenar el mal, e tollerlo, e escarmentarlo en los tiempos... E con estas dos cosas se endereza el mundo haciendo bien a los que bien facen, e dando pena, e escarmiento a los que lo merescen...» (I, 1, 3).

«ca de otra guisa non seria justicia derecha ...si los malos non ouiesse escarmiento del mal que fiziessen, assi como los buenos gualdaron por bienes...» (II, 28, preliminar).

«Establescidos son los Adelantados, e los otros Juezes, sobre las tierras, e las gentes, para mantenerlas en paz e en justicia, honrrando e guardando los buenos, e penando, e escarmentando los malos...» (III, 4, 16).

«...cada uno reciba pena segun que meresce...» (VII, 9, 20).

5. LA PENA ES MERECEIMIENTO DEL CULPABLE POR SU YERRO. LA PENA TIENE SENTIDO DE RETRIBUCIÓN POR EL DELITO COMETIDO.

Es ésta la formulación general de la pena en Partidas: merecimiento. Todo delito merece como consecuencia una pena. El delito atrae a la pena como una correlación, como ineludible y justo corolario. «Qué pena merece el que...» es el enunciado penal típico en Partidas. Ello envuelve un sentido retributivo, de merecimiento u orden lógico en el universal orden de justicia, divina y humana, que se concibe en el medievo.

«Quantas maneras son de yerros, por que merecen los fazedores dellos resçebir pena» (VII, 31, 3).

«...guardar los presos, fasta que sean juzgados a la pena que merecen, o dados por quitos...» (II, 9, 20).

«...Oficiales de la Corte del Rey..., la deshonrra que les fuesse fecha non tañe a ellos tan solamente, mas al Rey, en cuyo seruicio e guarda estan, e merecen porende muy grand pena» (II, 16, 1).

«Que pena merece el que fuere rebelde en non venir al emplazamiento» (III, 7, 8).

«Que pena meresce quien jura mentira» (III, 2, 26).

«Que pena merecen los furtadores, de cualquier manera que fagan furto...» (VII, 14, preámbulo) ...etc., etc. (4).

6.—AUN CUANDO LA PENA ES INELUDIBLE CONSECUENCIA DEL DELITO, DEBE ESTAR INSPIRADA EN LA MISERICORDIA Y EL REY PRESTO A OTORGAR PERDÓN. IN DUBIO PRO REO.

«E aun dezimos, que los Judgadores todavia deuen estar mas inclinados, e aparejados, para quitar los omes de pena, que para condenarlos» (VII, 31, 9).

(4) También por reunir algunos ejemplos:

II, 16, 4; II, 17, 2; VII, 14, 22; VII, 16, preliminar; VII, 29, 4, etc., etc.

«Amado deus ser mucho el Pueblo de su Rey, e señaladamente les deus mostrar amor en tres maneras... La tercera, auíendoles misericordia, para perdonarles a las vegadas la pena, que mereciesen por algunos yerros que ouiesen fecho...» (III, 10, 2).

7. LA PENA DEBE SER APLICADA SOBRE PRUEBAS CIERTAS, INDUBITADAS; NUNCA LA CONDENA SE PUEDE BASAR EN PRESUNCIONES O SOSPECHAS.

«La persona del ome es la mas noble cosa del mundo; e porende dezimos, que todo Judgador que ouiere a conocer de tal pleyto sobre que pudiesse venir muerte, o perdimiento de miembro, que deus poner guarda muy afincadamente, que las pruebas que recibiere sobre tal pleyto, que sean leales, e verdaderas, e sin ninguna sospecha; e que los dichos, e las palabras que dixeren firmando, sean ciertas, e claras como la luz, de manera, que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna» (VII, 1, 26).

«A los fazedores de los yerros, de que son acusados ante los Judgadores, deuen dar pena despues que les fuere prouado, o despues que fuerè conocido dellos en juyzio: e non se deuen los Juzgadores rebatar, a dar pena a ninguno por sospechas nin por señales, nin por presunciones; como quier que por algunas destas razones los pueden tormentar, en las maneras que de suso diximos» (VII, 31, 7)

8. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

En la aplicación de la pena deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del delito: sujeto, tiempo, lugar; si el delito es de frecuente comisión; manera de perpetrarlo, clase de delito, gravedad, etc., hasta el punto de dejar en la sentencia un amplio margen de arbitrio judicial para la mejor adaptación de la pena a las circunstancias del caso delictivo. Esta individualización nos parece de evidente influencia canónica y científica

«Escarmentados deuen ser los omes por los yerros que fazen, assi como diximos en las leyes...: e porque los que yerran, non son todos egua'es, e los yerros que fazen, acaescen en departidos tiempos, por que por fuerça se han de crescer, o de menguar, las penas» (VII, 31, preliminar).

«...de manera, que las emiendas de las graues deshonnras sean

mayores, e de las mas ligeras sean menores; assi que cada uno reciba pena segun que mercesee, e segun fuere la deshonrra, o ligera, o graue...» (VII, 9, 20).

«...mas si alguno forçase alguna muger otra, que non fuesse ninguna destas sobredichas, deue auer pena porende segun aluedrio del Judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza e a la muger que forço e el tiempo, e el lugar...» (VII, 20, 3).

En ocasiones, el propio legislador se abstiene de establecer una pena cierta con objeto de que el juzgador la pueda acomodar con mejor acierto a cada caso. Esto ha llevado a Rosenberg, Bernaldo de Quirós, Rianza, Jiménez de Asúa, etc. (5) a calificar de indeterminada, en ocasiones, a la sentencia penal de Partidas o a encontrar en ellas precedente a la moderna sentencia indeterminada. A nuestro parecer es correcta la atribución de precedente, pero en Partidas más que una sentencia indeterminada lo que se da es una sentencia individualizada, adaptada a las circunstancias; la individualización hace incierta la pena en la ley pero no indeterminada en su aplicación:

«Cierta pena, nin cierta emienda, non podemos establecer en razon de las emiendas que deuen fazer los unos a los otros, por los tuertos, e las deshonrras que son fechas entre ellos; porque en una deshonrra mesma non puede venir yqual pena, nin yqual emienda, por razon de departimiento que diximos en la ley ante desta, que auian; porque las personas, e los fechos dellas, no son contados por yguales» (VII, 9, 21).

«Porque los engaños, de que fablamos en las leyes deste titulo, non son yguales, nin los omes que los fazen, o los que los reciben, non son de una manera, porende non podemos poner pena cierta en los escarmientos, que deuen recebir los que los fazen. E porende mandamos, que todo Judgador que ouiere a dar sentencia de pena de escarmiento, sobre qualquier de los engaños sobredichos en las leyes deste titulo, o de otros semejantes destes, que sean apercebido en catar qual ome es el que fizo el engaño, e en que tiempo fue fecho; e todas estas cosas catadas, deue poner pena de escarmiento, o de pecho para la Camara del Rey, al engañador, qual entendiere que la meresce, segun su aluedrio» (VII, 16, 12).

(5) Vid. RIANZA, R.: ob. cit., pág. 29.

«Catar deuen los Judgadores, quando quieren dar juyzio de escarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan; si es sieruo, o libre... ca mas crudamente deuen escarmentar al sieruo, que al libre; el mancebo que al viejo, nin al moço...» (VII, 31, 8).

En otro pasaje, incluso se socializa, pormenoriza, mejor que indeterminar, la pena, atendiendo a factores sociales y de eficacia colectiva de la misma. Tal es el caso de cualquier delito que sea de muy frecuente comisión que en las legislaciones modernas provocaría más una ley especial que una subjetivación del tipo. Nos referimos a las siguientes palabras de la Partida Séptima:

«...E aun deue catar el tiempo e el logar en que fueron fechos los yerros. Ca, si el yerro que han de escarmentar es mucho usado de fazer en la tierra a aquella sazón, deuen estonce poner crudo escarmiento, porque los omes se recelen de lo fazer» (VII, 31, 8).

#### 9. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PENA.

La pena se extingue horizontal y verticalmente en la persona del delincuente; no alcanza a sus allegados vivos ni a sus herederos:

«...ca non es guisado, que por el mal que un ome feze, den escarmiento a otro; porque la pena deue apremiar, e constreñir a los malfechores tan solamente...» (VII, 31, 9).

#### 10. PARA LA IMPOSICIÓN DE PENA ES NECESARIA LA IMPUTABILIDAD DEL DELINCUENTE.

«...Otro si dezimos, que si algund ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuesse de edad de diez años e medio, matasse a otro, que non cae porende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que feze» (VII, 8, 3).

#### 11. COGITATIONES POENAM NEMO PATITUR.

Tanto como adecuación al principio enunciado, el texto que sigue es de política penal, en cuanto que si bien no castiga el puro pensamiento («Por que los primeros mouimientos que mueuen el corazon del ome non

son en su poder...» (VII, 2, 5), sin exteriorización actual, premia el descubrimiento de la conspiración contra el Rey.

«...porende, si en la voluntad de alguno entrasse de fazer traycion con otros de consuno e ante que fiziessen jura sobre el pleyto de la traycion, lo descubriese al Rey, dezimos, quel deue ser perdonado el yerro que fizo, de consentir de ser en tal fabla. E demas tenemos por bien, quel den aun gualardon por el bien que fizo, en descubrir el fecho» (VII, 2, 5).

## 12. LOS GRADOS INTERMEDIOS ENTRE PENSAMIENTO Y ACCIÓN CRIMINALES MERECEN PENA.

Es difícil precisar en Partidas estos momentos intermedios, tentativa y frustración, pero el epígrafe del fragmento que sigue («Como el ome non deue rescebir pena por mal pensamiento que aya en el corazon, solo que non lo meta en obra») confirma el principio de no punibilidad de la intención no exteriorizada:

«...Mas si despues que lo ouiesse pensado, se trabajasse de lo fazer, e delo cumplir, començandolo de meter en la obra, maguer non lo cumpliesse de todo, estonce seria en culpa, e meresceria escarmiento, segund el yerro que fizo, porque erro en aquello que era en su poder, de se guardar de lo fazer, si lo quisiera...» (VII, 31, 2).

## 13. ESTIMACIÓN DE LA INTENCIONALIDAD DEL SUJETO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA. DISTINCIÓN ENTRE DOLO, CULPA Y CASO:

«E los Judgadores deuen mucho catar, ante que den la pena a los acusados, e escodriñar muy minuciosamente el yerro sobre que la mandan dar; de manera que sea ante bien prouado e catado, en que guisa fue fecho el yerro; ca si el yerro fue fecho a sabiendas, deuese escarmentar assi como mandan las leyes deste libro. E si auiniere por culpa de aquel que lo fizo, deue rescebir menor escarmiento: e si fuere por ocasion, non deue recibir ninguna» (VII, 31, 1).

## 14. ENUNCIADO PERSUASORIO DE LA LEY, DIRIGIDO A LA COLECTIVIDAD Y DELINCUENTE EN POTENCIA, PARA EVITAR LA COMISIÓN DEL DELITO.

«...Onde quien quisiere parar mientes en todas las siete partes deste nuestro Libro, fallara y todas las razones bien y complidamente, que pertenescen, para ayuntar amor de ome con Dios, que

es por Fe, e por creencia, e otrosi de los omes, unos con otros, por justicia e verdad» (Prólogo general).

«Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, e castigo escripto que liga e apremia la vida del home, que no faga mal...» (1, 1, 4)

## III

## FINALIDAD ESTRICTA DE LA PENA EN PARTIDAS

También son varios los posibles criterios a seguir para una acertada clasificación del sentido teleológico en las normas penales de Partidas. Cabría hacer, en primer lugar, una referencia a tipos penales en los que se atiende preferentemente a una finalidad de índole social: prevención, defensa, ejemplaridad, política penal, etc. y, de otro lado, considerar aquellas normas que se detienen preferentemente en la estimación del reo, en el individuo: enmienda, corrección, penas espirituales, etc., si bien con esta sistematización hay enunciados penales en Partidas que participan de ambas finalidades; así, cuando se habla, caso muy generalizado, de «escarmentar», escarmiento que alcanza no sólo al delincuente, como justa retribución, y también con cierto matiz de enmienda sino a la expansión de la noticia de la pena a la colectividad, persiguiendo un efecto general de prevención o ejemplaridad. Así pues, habría que establecer un tercer enunciado o proposición: finalidad colectivo-individual de la pena.

Adyacente a esta clasificación, finalidad social e individual, habría que yuxtaponer otro grupo de normas cuya finalidad es imprecisa e implícita en el enunciado, y que suponen una perdurabilidad de formas primitivas de punición, superadas ya entonces, al menos en el derecho científico. Son normas cuya finalidad envuelve reminiscencias religiosas: expiación, o en las que se emplean medios de pena, lapidación. por ejemplo, que revelan tal reminiscencia; otras veces, dentro de este grupo, vemos preceptos en que se aplica el talión, despojado del matiz de venganza particular, pero cuyo fin preferente, junto al de prevención y ejemplaridad, parece ser el de satisfacer al perjudicado mediante venganza.



za, aunque sea de iniciativa estatal; otro tanto cabe decir de la infamia, cuya finalidad es sumamente compleja. Y, finalmente, cabe establecer otro grupo cuya finalidad atiende preferentemente a las consecuencias civiles del delito, reparándolas, con independencia de la responsabilidad civil general que todo delito engendra; es ésta la que pudiéramos llamar finalidad de resarcimiento jurídico o reparación de las consecuencias del delito, en la que el resarcimiento civil se impone como pena principal del delito. Aun así, algunos tipos de normas penales de Partidas quedarán sin sistematizar por su finalidad ambigua e imprecisa, o indebidamente sistematizados.

También es factible clasificar la finalidad de la pena en Partidas según que el apoyo teleológico sea meramente jurídico o de persuasión social y política penal. Caben otros criterios, más o menos progresivos, según se acojan en Partidas principios penológicos preexistentes o bien sus redactores lleguen más allá, introduciendo siquiera modificaciones, matices jurídicos nuevos. Por otra parte y aun cuando la finalidad de cada pena suele ser explícita, explicada en la norma, queda al margen un grupo de finalidad implícita, generalmente identificado con aquel de penas reminiscentes. Y aun más; más que por la finalidad propiamente, atendiendo a las penas en concreto, es posible sistematizar las normas penales de Partidas atendiendo a la influencia que en ellas se advierte, de derecho romano, germánico, canónico, tradicional, y aun científico; en la mayoría de penas, incluso en el modo de decir sobre su finalidad, es perceptible el influjo de uno u otro de dichos sistemas jurídico-penales.

De entre tales criterios, nos inclinamos por el primeramente expuesto, finalidad de la pena según la índole social, individual o ecléctica de sus orientaciones, con anotación somera de los esquemas anejos, de perduración de penas, reparación civil y los otros afines; no obstante, insertaremos en él a los restantes criterios, con referencia especial, en lo posible, a los principios influyentes, romano, germánico, canónico, tradicional o científico, cuando sean perceptibles.

De un modo u otro, la finalidad de la pena en Partidas es explícita, explicada en el texto penal, generalmente; de ahí la singularidad que nos ha movido a redactar estas páginas. La finalidad de la pena ocupa lugar en la norma, que en Partidas deja de ser esquemática, delito-pena, para convertirse en explicativa, doctrinal, persuasoria y docente: delito-pena-finalidad pena. Como dice el Prof. García Gallo (6), en Partidas se coordina, se yuxtapone diríamos nosotros, lo doctrinal a lo normativo.

(6) GARCÍA GALLO, A.: «El Libro de las Leyes...»; ob. cit., pág. 346.

## A) Finalidad preferentemente social de la pena

### 1. EJEMPLARIDAD

Los tipos penales de Partidas cuya finalidad es ejemplarizar colectivamente son abundantes y están expresados con toda evidencia. Junto a éstos de finalidad ejemplificadora explícita, podríamos situar todos aquellos en que se aplican penas humillantes o infamantes, en los que si bien dicha finalidad no es manifiesta sino implícita en el tipo, parece también obvio que envuelven entre sus fines el de servir de ejemplo a quienes no participaron en el delito.

#### a) *Ejemplaridad explícita:*

«Pena es emienda de pecho, o escarmiento, que es dado segun ley a algunos, por los yerros que fizieron. E dan esta pena los Judgadores a los omes por dos razones. La una es porque resciban escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es, porque todos los que lo oyeren, e vieren tomen exemplo e apercebimiento, para guardarse que non yerren por miedo de las penas» (VII, 31, 1).

«...porque los fazedores resciban la pena que merecen, e los que lo oyeren, se espanten, e tomen ende escarmiento, porque se guarden de fazer cosa, por que non resciban otro tal» (Prólogo Setena Partida).

«...Mas si entendiere [el Rey] que aquel que dixo mal del, se mouio tortizeramente por malquerencia, deuel fazer tanto escarmiento que los otros que lo oyeren, ayan miedo, e se recelen de dezir mal de su señor» (VII, 2, 6).

«...qualquier ome que encubriere al sieruo fuydo... deue ser castigado de feridas paladinamente, de manera que resciba ende verguenza, e se guarden los otros de lo fazer...» (VII, 14, 25)

Estimamos que la influencia en los casos anotados es más doctrinal que de derecho normativo; no obstante, estos casos nos parecen pertenecer a la línea de derecho romano-canónico.

b) *Ejemplaridad implícita:*

Es muy compleja la finalidad que pueda tener infligir al delincuente una pena humillante; tal vez se puedan percibir matices de retribución, expiación, talión, etc., pero en todo caso también parece relevante la finalidad de ejemplificación, sobre todo en aquellos casos en que se indica que la pena se ejecute públicamente. Todos los sistemas de derecho antiguo admiten y aplican estas penas irrisorias, pero la influencia nos parece particularmente de derecho ibérico, de derecho tradicional, una de las penas más características del derecho español, antes y después de Partidas. Con frecuencia la pena infamante se aplica en Partidas sólo a hombres viles, lo que supone ya un cierto avance, al excluir a otros sujetos, sobre la mayoría de textos españoles precedentes:

«Que pena merecen los que encubren los Hereges..., que lo açoten publicamente por toda la Villa en el lugar do acaeciere, pregonando el pregonero, ante del por que razon le açotan» (VII, 26, 5).

«De los que denuestan a Dios, e a Santa Maria, e a los otros santos... E si fuere otro omne de los menores que non aya nada, por la primera vez denle cinquenta açotes, por la segunda señalenle con fierro caliente en los beços, que sea fecho a semejanza de B E, por la tercera vegada que lo faga, cortenle la lengua» (VII, 28, 4) (7).

«Como los Judios deuen andar señalados, porque los conozcan: ...E si algund Judio non leuare aquella señal, mandamos que peche, por cada vegada que fuere fallado sin ella, diez maravedis de oro; e si non ouiere de que los pechar, resciba diez açotes publicamente por ello» (VII, 24, 11).

«...otrosi deuen los Judgadores, quando les fuere demandado en juyzio, escarmentar los furtadores publicamente con feridas de açotes, o de otra guisa, de manera que sufran pena, e verguença» (VII, 14, 18).

«Que pena meresce el padre que matare al fijo, o el fijo que matare a su padre, o alguna de los otros parientes:..., que sea açotado publicamente ante todos...» (VII, 8, 12).

(7) En contradicción con el precepto contenido en VII, 31, 6, a que aludiremos más adelante.

«...mas la muger que fiziesse el adulterio... deue ser castigada, e ferida publicamente con açotes» (VII, 17, 15).

etc., etc. (8).

## 2. PREVENCIÓN

No es fácil distinguir en la finalidad de la pena los matices de prevención general y ejemplaridad. Prevención parece referirse a un momento anterior a la aplicación de la pena, con efectos precedentes a la comisión del delito y ejemplaridad a un eco posterior de la pena ya aplicada. Sea como quiera, ambos criterios están fundados en el principio de la repercusión social de la pena. Cabe hablar, en ocasiones, de prevención específica, dirigida a determinados sujetos, únicos que, por sus circunstancias, pueden cometer un determinado delito.

### a) *Prevención general:*

«Que pro viene de la Justicia: ... E otrosi los malos por ella han de ser buenos, recelándose de la pena, que les manda dar por sus maldades» (III, 1, 2)

«E esto que diximos en esta ley, fue defendido, porque ninguno non se atreuiesse de infamar a otro, a furto, nin en otra manera» (VII, 9, 3).

«...por miedo que han de la pena, trabajándose de fazer auenencias con sus aduersarios» (VII, 1, 22).

«...con miedo, o con verguença de la pena, que espera recibir porrende» (VII, 27, 1).

«...si el que se mato por miedo de la pena que esperaua recibir por aquel yerro que fizo, o por verguença que ouo...» (VII, 1, 24).

### b) *Prevención específica:*

«Que pena merescen los guardadores de los presos, si se fuera alguno dellos..., deuen ser tollidos del officio los guardadores, e castigados de feridas..., porque los otros que pusieren en su lugar, sean

---

(8) Castigan también con azotes, infligidos públicamente, en caso de incesto: VII, 18, 3; VII, 19, 2.

escarmentados por ende, e metan mayor acucia en guardar los otros presos, que tuuieren en guarda» (VII, 29, 12).

### 3. DEFENSA SOCIAL

Incluimos en este grupo, además de los enunciados generales en que se percibe la finalidad de exterminar el delito por cualquier medio, aquellos casos en los que la colisión entre delincuente y sociedad se resuelve con penas extremas de muerte (9) o destierro perpetuo (10).

«Del departimiento de las leyes:..., refrenar el mal, e tollerlo, e escarmentarlo en los tiempos» (I, 1, 3).

«...los Judgadores deuen punar de saber los malos fechos, para estrañarlos» (Preámbulo Setena Partida).

«Que deuen fazer los Adelantados:... Otrosi deuen andar por la tierra, por tres razones. La primera, por escarmentar los malfechos» (II, 9, 22).

### 4. POLÍTICA PENAL

Insertamos en este grupo aquellos casos en que la finalidad de la pena, la pena misma, sufre una desviación con respecto a su aplicación normal en aras a la conveniencia colectiva, bien sea aplicando la pena más cruelmente o, al contrario, eximiendo de ella. Tales son los casos de relevar de pena al acusador que no demuestra el delito que imputa, al objeto de que nadie se guarde de acusar la falsificación de moneda; o bien al castigar más severamente al que denuncia a converso que si denostara o deshonorara a hombre cuyo linaje es de cristianos. Indudablemente, la finalidad de la pena, o exención de ésta en su caso, está supeditada, modificada, por razones de conveniencia social. La finalidad de esta normación es más colectiva que individual, más afín al grupo de penas establecidas con miras sociales que individuales.

«Como non cae en pena aquel que acusasse a otro, que falsasse la

(9) En caso de «calahuetería»: VII, 22, 2.

Caso de yacer un moro, por segunda vez, con mujer cristiana; aunque sea «baldonada»: VII, 26, 10.

En caso de violación: VII, 20, 3.

(10) El que blasfemare por cuarta vez, «sea echado de la tierra», VII, 28, 4.

—En caso de incesto: «desterrado para siempre en alguna isla», VII, 18, 3.

moneda del Rey, maguer non lo pudiesse prouar, dezimos que non deue auer pena porende. E esto mandamos porque los omes, por miedo de pena, non dexen de acusar de tal yerro como este» (VII, 1, 20).

«Que pena merescen los que baldonan a los conversos:..., que reciba pena de escarmiento porende, a bien vista de los Judgadores del lugar; e degenla mas crudamente, que si lo fiziesse a otro ome, o muger, que todo su linaje de auelos, o de visauelos, ouiessem seydo christianos (VII, 25, 3).

## **B) Finalidad colectivo-individual de la pena**

Formamos este grupo con aquellos casos en los que se formula el tipo penal, la aplicación y finalidad de la pena, con la expresión «escarmientar». Es tal vez el verbo más empleado en Partidas para enunciar la imposición de la pena (11). Ahora bien, ocurre que este «escarmiento» tiene unos perfiles imprecisos, ya que analizado individualmente y cuando dice que se aplica la pena para que el reo escarmiente, esta formulación, a nuestro parecer, envuelve un matiz de retribución, de merecimiento del delito, al mismo tiempo que un afán de enmienda, en el sentido de que el reo, escarmientado, no vuelva a delinquir. Por otra parte, socialmente, este escarmiento también engloba a nuestro parecer, una finalidad más amplia, más extensa que la individual dicha y encierra un matiz de trascendencia colectiva, de ejemplaridad implícita. Podríamos, pues, fijar en este «escarmiento» de la pena tres grupos: uno impersonal, en que se habla simplemente de escarmiento sin miras individuales ni sociales, más bien con un sentido de retribución o merecimiento del delito; y junto a este grupo, situar otros dos, según que el matiz finalista sea preferentemente social o individual.

### **1. ESCARMIENTO IMPERSONAL O COMO RETRIBUCIÓN**

«De las cosas que fazen los omes, por que valen menos:... queremos dezir... e que escarmiento deue ser fecho, despues que fuere prouado...» (VII, 5, introducción).

(11) Sin perjuicio de los casos que siguen en el texto, y sólo por reunir algunos:

I, 1, 3.—I, 1, 15.—II, 1, 2.—II, 9, 22.—III, 4, 16.—Prólogo a la Setena Partida.—VII, 1, 11.—VII, 1, 28.—VII, 2, 6.—VII, 5, introducción.—VII, 25, 3.—VII, 29, 12.—VII, 31, 1, etc., etc.

«Que pena merescen los Judios, o los Moros, que denuestan a Dios..., escarmentargelo yamos en el cuerpo, o en el auer, segund entendieremos que merece por el yerro que fiziesse» (VII, 28, 6).

«Que pena merescen los que amparan los Hereges en sus castillos, o en sus tierras:..., el cuerpo e quanto ouiere, este a la merced del Rey, quel faga tal escarmiento, qual entendiere que merece por tal yerro como este» (VII, 27, 6).

«Los furtadores pueden ser escarmentados en dos maneras..., con escarmiento que les fazen en los cuerpos, por el furto, o por el mal que fazen» (VII, 14, 18).

## 2. ESCARMIENTO PREFERENTEMENTE SOCIAL

«E porque tales fechos como estos, que se fazen con soberuia, deuen ser escarmentados erudamente, porque los fazedores resciban la pena que merescen, e los que lo oyeren, se espanten, e tomen ende escarmiento, porque se guarden de fazer cosa, por que non resciban otro tal» (Introducción Setena Partida).

## 3. ESCARMIENTO PREFERENTEMENTE INDIVIDUAL: ENMIENDA

«Como deuen fazer los Judios e los Moros quando se encontraren con el Corpus Domini:..., e qualquier que asi lo non fiziere, desque le fuere prouado, deue el Juzgador de aquel lugar do acaesciere, meterlo en la carcel, e que este y fasta tercero dia, e si la otra ves fiziesse contra esto, mandamos que le doblen la pena, e que yaga y seis dias: et si por esso non se escarmentare, e fiziere contra esto la tercera, mandamos quel prendan...» (I, 4, 63).

### C) Finalidad individual de la pena

Son todos aquellos casos de manifiesta orientación de la pena hacia el delincuente, persiguiendo bien su enmienda, arrepentimiento, corrección, o bien los mismos fines mediante la imposición de penas más espirituales que corporales. En líneas generales, esta normación nos parece de influencia canónica; en algún caso se atisba el influjo doctrinal.

1. ARREPENTIMIENTO:

«Quien puede acusar a los Hereges, e ante quien, e que pena merecen despues que les fuere prouada la heregia, e quien puede heredar los bienes dellos:... E si non fuere creyente en la creencia dellos, mas lo metiere en la obra, yendose al sacrificio dellos, mandamos que sea echado de nuestro Señorío para siempre, o metido en carcel, fasta que se arrepienta, e se torne a la Fe» (VII, 26, 2)

«...la muger que fiziesse el adulterio..., e puesta, e encerrada en algun Monasterio de dueñas... E si por auentura non la quisiessse perdonar, o si muriesse en ante de los dos años, estonce deue ella recibir el abito del Monesterio, e seruir en el a Dios para siempre, assi como las otras Monjas...» (VII, 17, 15).

2. ENMIENDA:

«Por quales razones puede ser acusado el sieruo:..., ca todo lo que ha, es de su señor... pueden castigar al sieruo en el cuerpo, dan dole feridas, de manera que lo non lisien, nin lo maten; porque dendo en adelante non sea atreuido de fazer otro yerro» (VII, 1, 10).

3. CORRECCIÓN MEDIANTE LA ACRAVACIÓN PROGRESIVA DE LA PENA:

«De los que denuestan a Dios, e a Santa Maria, e a los otros santos:..., por la primera vez pierda la quarta parte de todo lo que ouiere, por la segunda vez, la tercia parte..., por la tercera, la meytad y si una mas sea echado de la tierra» (VII, 28, 4) (12).

4. IMPOSICIÓN DE PENAS PREFERENTEMENTE ESPIRITUALES:

«Dignidad, nin officio publico non deue auer, el que fuere judgado por Herege. E porende non puede ser Papa, nin Cardenal, nin Patriarcha, nin Arçobispo, nin Obispo; nin puede auer ninguna de las honrras, e dignidades, que pertenecen a Santa Eglesia. Otrosi dezimos, que el que atal fuesse non puede ser Emperador, nin Rey, nin Duque, nin Conde; nin deue auer ningun officio, nin logar honrrado, de aquellos que pertenecen a Señorío seglar. E aun dezimos, que si fuere prouado contra alguno, que es Herege, que deue perder porende la dignidad que ante auia, e demas, es defendido por las

(12) Otros casos: I, 4, 63.—VII, 26, 10, etc.

leyes antiguas, que non pueda fazer testamento, fueras ende, si quisiere dexar sus bienes a sus hijos Catholicos» (VII, 26, 4).

«De los que yazen con sus parientas, o con sus cuñadas:..., e si por aventura, algunos casasse a sabiendas con su parienta, quel perteneciese fasta el grado sobre dicho, e se ayuntasse a ella carnalmente, si fuere ome honrrado deue perder la honrra, e el lugar que tenia...» (VII, 18, 3).

«Que pena meresce el Christiano que se tornare Moro..., Ca la vida deshonrrada le sera peor que muerte, non pudiendo usar de los honrras, e de las ganancias, que vee usar comunmente a los otros» (VII, 25, 5).

#### D) Finalidad reparadora de las consecuencias del delito

No nos referimos con este epígrafe a la responsabilidad civil del delincuente por todo delito, que se aplica en Partidas a los más variados casos y se califica de «enmienda», sino a aquellos casos de pena en que ésta misma procura reparar las consecuencias del delito y cuyo principal objetivo es la disminución de los efectos dañosos causados a la víctima. No se produce aquí una responsabilidad civil equivalente al daño, una vez producido éste y según su alcance, sino una reparación civil como pena principal preestablecida; son los casos en que se impone dotar a la ofendida. buscarle matrimonio honesto o perder todos los bienes en favor de la víctima, etc. No hay en estos casos plena coincidencia con los delitos que hoy se llaman de persecución privada, puesto que la acción es «más» pública y la pena «más» irremisible, además de establecerse subsidiaria o conjuntamente otras penas, pero sí evidente analogía; pudiera decirse que son éstos, delitos públicos con consecuencias también privadas. La finalidad principal de la pena, más «penal» que civil, es reparar las consecuencias del delito, además de otras de índole pública.

«E si fueren otras mujeres libres, aquellas que assi criaron, e tomanen precio de la puteria que assi les fizieron fazer, deuenlas casar, e darles dote, tanto de lo suyo, aquel que las metio en fazer tal yerro, de que puedan biuir; e si non quisieren, o non ouieren de que lo fazer, deuen morir porende» (VII, 22, 2).

«Robando algun ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con algunas dellas por fuerza,

si le fuere prouado en juyzio, deue morir porende; e demas, deuen ser todos sus bienes de la mujer que assi ouiesse robada o forçada» (VII, 20, 3).

«...mas la mujer que fiziesse el adulterio..., deue perder la dote. e las arras que le fueron dadas por razon del casamiento, e deuen ser del marido» (VII, 17, 15).

## E) Finalidad implícita. Perdurabilidad en Partidas de formas primitivas de punición.

### 1. TALIÓN

La iniciativa en la pena de talión se ha sustraído al particular y pertenece al poder sancionador oficial. En ocasiones (VII, 29, 14) el talión es de pena, recibiendo el delincuente la pena que evita a otro; también se persigue en estos casos la finalidad de imposibilitar nueva comisión del delito y la de ejemplarizar.

«...E si Escriuano de alguno Concejo fiziere carta falsa, cortenle la mano, con que la escriuio, e finque enfamado para siempre» (VII, 7, 6).

«Que pena merescce aquel que fiziere de fecho alguna cosa en denuesto de Dios:..., e si el que lo fiziere fuere de los menores, que non aya nada, mandamos que le corten la mano porende» (VII, 28, 5).

«Que pena merescen aquellos que por fuerça sacan algund preso de la carcel, o de la prisión:... deue recibir tal pena, qual deuia recibir aquel que fue ende sacado por fuerça (VII, 29, 14).

### 2. EXPIACIÓN. ANULACIÓN DE LA MEMORIA DEL DELITO. LAPIDACIÓN. «INTRARE IN MANU».

La influencia más frecuente en estas modalidades es de índole religiosa; en el primer caso de los que citamos a continuación se advierte un influjo de derecho tradicional, con reminiscencia de derecho romano; el segundo, pena del «saco», es indudablemente romano; la lapidación parece de resonancias orientales y el «intrare in manu», aun cuando el caso que consideramos no sea típico de esta modalidad de pena, de derecho germánico.

«...que lo metan en un saco de cuero, e que encierren con el un can, e un gallo, e una culebra, e un ximio; e despues que fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan la boca del saco e lancenlos en la mar, o en el rio...» (VII, 8, 12).

«Si el Moro yoguiere con la Christiana virgen, mandamos que lo apedreen por ello... E si yoguiere con Christiana casada, sea apedreado por ello; e ella sea puesta en poder de su marido, que la queme, o la suelte, o faga della lo que quisiere...» (VII, 26, 10).

Existen, además de los casos anotados, que son de verdadera perduración de penas primitivas, otros en los que la apariencia normativa mueve a pensar en la misma subsistencia, tal cuando en ley de Partidas se habla de venganza; pero la venganza de Partidas es equivalente a reparación, satisfacción al ofendido:

«Propiamente es dicha acusación, profaçamiento que un ome faze a otro ante del Judgador, afrontandolo de algun yerro, que dize que fizo el acusado, e pidiendol, que le faga vengança del» (VII, 1, 1).

«Pero guardador de huerfanos bien puede acusar a otro en nome de aquei que ouiesse en guarda, en razon de vengança de yerro que tanxiesse al huerfano...» (VII, 1, 6).

Finalmente, existe otro grupo, independiente de la infamia de por vida, contrario a aquel principio general que enunciamos de personalidad de la pena, en el que las consecuencias del delito perduran contra el delincuente, mejor sus herederos, aun después de su muerte, incluso con acusación posterior a ésta. ¿Qué finalidad persiguen estas modalidades, en qué signo están inspiradas? Parece una razón castigar el delito a todo trance, en casos graves; amortiguar la memoria del mal, aun cuando en este caso el efecto sería contraproducente; prevención, ejemplaridad, etc. también parecen dejar sentir su influencia. Pero, en todo caso, son penas que, a nuestro parecer, no tienen otra razón que el afán exhaustivo de Partidas de recoger por escrito cuanto existiera antes de ellas; una finalidad, por otra parte, compleja y resultados penales totalmente regresivos.

«E la razon, por que pueden acusar a todos los que diximos en esta ley, e en la que es ante della, despues que son muertos, es esta; porque ellos son enfamados de tan guisados males que fizie-

ron, e pues que en los cuerpos non les pudieron dar pena por ende que la den en los sus bienes, segun dize de cada uno destes yerros en las leyes desta setena Partida, que fablan en esta razon» (VII, 1, 8)

«Renegando algund ome la Fe de nuestro Señor Jesuchristo, e tornandose despues a ella, segund de suso diximos, si acaesciese que en su vida non fuesse acusado de tal yerro como este, tenemos por bien, e mandamos, que todo ome pueda acusar su fama, desque sea muerto, fasta cinco años. E si en ante deste plazo lo acusare alguno, e fuere prouado que fizo tal yerro, deuen fazer de sus bienes, assi como diximos en las leyes ante desta. E si por aventura non fuesse acusado en su vida, nin despues de su muerte fasta cinco años, dende en adelante non lo puede ninguno acusar» (VII, 25, 7).

## IV

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS O RELACIONADAS  
CON LA FINALIDAD DE LA PENA EN PARTIDAS

Aun cuando la finalidad propiamente de la pena en Partidas queda explicada y ultimada en las páginas que preceden, queremos ahora, muy brevemente, completar el esquema de la pena en Partidas con la anotación de medios complementarios o relacionados con la misma. Como medio complementario para la explicación de la finalidad de la pena, estimamos conveniente anotar a alguna referencia, simple ejemplo, a aquella motivación de la pena de que hablábamos al principio, al hacer mención de la singularidad explicativa de la pena en Partidas a través de su amplio esquema: delito-pena-motivo-finalidad de la pena.

Como cuestiones relacionadas más que con la finalidad de la pena con su misma aplicación, en cuanto que tienden unas a que el delito se descubra y sancione y otras a que la pena se dicte adecuadamente, anotaremos algunos ejemplos, en el primer caso, de tormento y, en el segundo, de arbitrio judicial en la sentencia. Finalmente, aun cuando hemos recogido ya múltiples modalidades de pena, queremos también anotar otras penas en concreto, que, aun siendo de finalidad implícita, generalmente ejemplos de perduración y aun transcripción del derecho romano, nos proporcionan una más acabada idea del sistema penológico de Partidas.

1. MEDIO COMPLEMENTARIO PARA LA EXPLICACIÓN DE LA FINALIDAD  
DE LA PENA: MOTIVACIÓN DE LA MISMA.

«Que pena merecen aquellos que a sabiendas se casan dos veces:... E porque de tales casamientos nacen muchos deservicios a

Dios, e daños, e menoscabos, e deshonorras grandes a aquellos que reciben tal engaño, cuydando casar bien, e lealmente, segun manda Santa Egleſia, e casan con tales con quien biuen despues en pecado ; e quando cuydan estar asosegados en sus casamientos, e han sus hijos de so uno, viene la muger primera, o el marido, e faze departir el casamiento, e fincan por esta razon muchas mugeres escarnejadas, e deshonorradas, e malandantes para siempre, e los omes perdidosos en muchas maneras... Porende mandamos, que qualquier que fiziere a sabiendas tal casamiento, en alguna destas maneras que diximos en esta ley, que sea porende desterrado en alguna isla por cinco años» (VII, 17, 16).

«Forçar, o robar muger virgen, o casada, o religiosa, o biuda que biua honestamente en su casa, es yerro, e maldad muy grande, por dos razones. La primera, porque la fuerça es fecha sobre personas que biuen honestamente, e a seruicio de Dios, e a buena estança del mundo. La segunda es, que fazen muy gran deshonorra a los parientes de la muger forçada, e muy gran atreuimiento contra el Señor, forçandola en desprecio del Señor de la tierra do es fecho. Onde, pues que segun derecho deuen ser escarmentados los que fazen fuerça en las cosas, mucho lo deuen ser los que fuerçan las personas, e mayormente los que lo fazen contra aquellos que de suso diximos...» (VII, 20, 1).

«Que pena merescen el Judio que yaze con Christiana: ..., ca si los Christianos que fazen adulterio con las mugeres casadas, merescen porende muerte, mucho mas la merescen los Judios que yazen con las Christianas, que son cspiritualmente esposas de nuestro Señor Jesu Christo, por razon de la Fe, e del Baptismo, que rescibieron en nome de'» (VII, 24, 9).

## 2. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN Y FINALIDAD DE LA PENA:

a) *Tormento*: Es de notar que el tormento nunca es en Partidas una pena sino instrumento para conseguir un medio de prueba («saber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin prouados por otra manera...») y medio para aplicar la justicia penal («E tiene muy gran pro para cumplir la justicia...»).

«...E para saber verdad, de qual dellos nacio primeramente este

engaño, deuen poner al sieruo a tormento, de manera que lo diga...» (VII, 14, 26)

«Cometen los omes a fazer grandes yerros, e males, encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos, nin prouados. E porende touieron por bien los Sabios antiguos, que fiziessen tormentar a los omes, porque pudiessen saber la verdad ende dellos» (VII, 30, preliminar).

«Tormento es una manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar, e saber la verdad por el, de los malos fechos... Ca por los tormentos los Judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos, que non se podrian saber de otra guisa» (VII, 30, 1).

«Quando alguno de los Judgadores ouiere de atormentar a muchos, por razon de algunos malos fechos, que sospechasse que fizieran, primeramente deue començar a atormentar al menor de dias, o al que fuese criado mas viciosamente; porque mas ayna puede saber la verdad por esta atal que por los otros» (VII, 30, 5).

«...Pero si los sieruos, o los siruentes, que morauan con aquel que fue assi muerto, fueren menores de catorce años, estonce non los deuen atormentar cruelmente, mas deuenlos espantar, amenazando les de los ferir con algunas correas, e firriendolos un poquillo, porque puedan saber la verdad dellos» (VII, 30, 7).

b) *Arbitrio judicial:*

«...e si non fuere tan grande por que meresca esta pena, estonce el Judgador deuelo escarmentar en el cuerpo, segun su aluedrio, en la manera que entendiere que merece, según el daño que fizo, e el tiempo, o el lugar, do fuere fecho» (VII, 15, 28).

«...E si por auentura, el que afeytasse fuesse en culpa del daño, o de la muerte, seyendo embriagado quando afeytasse, o sangrassse alguno, o non lo sabiendo fazer se metiesse a ello, estonce deue ser escarmentado segun aluedrio del Judgador» (VII, 15, 27).

«...Pero si el ome que muriessse por culpa del Físico, o del çirujano,

fuesse libre, estonce, aquel por cuya culpa muriesso, deue auer pena segund aluedrio del Judgador» (VII, 15, 9).

«...o darle otra pena segun su aluedrio, en la manera que lo deue fazer, asmando qual es la cosa que assi tomo. E si fuere otro ome que non sea fijodalgo, deue judgar que vaya a labrar a las lauores del Rey por tiempo cierto segun entendiere que merescœ» (VII, 14, 21)

### 3) OTRAS PENAS EN CONCRETO. INFLUENCIAS OBSERVADAS .

#### EN LA PENA DE PARTIDAS :

No se trata aquí de sistematizar las diversas penas que ofrece la Legislación de Partidas (13) sino de transcribir algún fragmento al objeto de ampliar y ultimar su esquema penológico. Ni siquiera nos detendremos en la ley que explica las «siete maneras que son de pena: muerte, «estar en fierros para siempre», con trabajos forzados o sin ellos; destierro perpetuo en alguna isla, con pérdida de bienes o conservándolos; infamia, inhabilitación perpetua, picota, etc., la mayoría de evidente origen romano, ley ésta (VII, 31, 4) muy conocida y de la que tan sólo nos interesa ahora el siguiente pasaje: «...ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean judgados», precepto también enunciado en otra ley anterior (VII, 29, 7).

En general, en todas las penas de Partidas se advierten las influencias de que hemos hablado: romana, germánica, canónica o tradicional, de tal modo que la influencia romana es directa, textual, mera transcripción, en muchos preceptos de Partidas; la influencia germánica se deja sentir generalmente en forma de pena pecuniaria; la tradicional se advierte en las penas humillantes y la canónica se entremezcla, a veces, en algunos tipos penales en la forma vista, de marcado sabor individual en la finalidad de la pena.

Tan sólo recogemos a continuación la ley que se refiere a muerte civil y destierro, evidentemente romana, y aquella otra en que se prohíbe estigmatizar en el rostro, en abierta oposición, por cierto, con otros preceptos.

---

(13) RIAZA: ob. cit., págs. 26-28, contiene un esquema de la pena en Partidas.—Vid. Du Boys, mencionado en nota (2).

como ya advirtió Martínez Marina (14). En el segundo de los textos que recogemos, de nuevo aparece en el tipo la motivación de la pena y la ejemplaridad de su fin.

«Ciuil muerte es dicha, una manera que y ha de una pena, que fue establecida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, por que merecen ser judgados, o dañados, para auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras. La una dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey, assi como lauores de sus Castillos, o para cauar arena, o traerla a sus cuestras, o cauar en las minas de sus metales, o a servir para siempre a los que han de cauar, o de traer, o en otras cosas semejantes destas: e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es, quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas yslas, o en algund otro lugar cierto, onde nunca salga, e le toman demas todos los bienes: e este atal es llamado en latin deportatus» (IV, 18, 2).

«...Pero algunas maneras son de penas, que las non deuen dar a ningun ome, por yerro que aya fecho; assi como señalar a alguno en la cara quemandole con fuego caliente, o cortandole las narices, nin sacandole los ojos, nin dandole otra manera de pena en ella, de que finque señalado: Esto es, porque la cara del ome fizo Dios a sus semejança; e porende, ningund Juez non deue penar en la cara, ante defendemos que lo non fagan. Ca, pues Dios tanto lo quiso honrrar, e ennoblecer, faziendolo a su semejança, non es guisado, que por yerro, e por maldad de los malos, sea desfeada, nin destorpada la figura del Señor..., que gela manden dar en las otras partes del cuerpo, e non en la cara; ca assaz ay lugares en que los puedan penar, de manera, que quien los viere, e lo oyere, pueda ende recibir miedo, e escarmiento» (VII, 31, 6).

(14) MARTÍNEZ MARINA: «Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación...», Madrid, 1808, en pág. 344, parágrafo 407, dice: «El primer objeto del Sabio rey en la compilación de este libro fue desterrar de la sociedad la crueldad de los suplicios, corregir el desorden de los procedimientos criminales, y suavizar y templar el rigor del antiguo código penal, a cuyo propósito decía: «Algunas maneras son de penas que las non deben dar a ningund home por yerro que haya fecho, asi como señalar a alguno en la cara...». Pero los compiladores de esta Partida no siempre respondieron a las intenciones del monarca ni fueron consigüentes en sus principios: seguidores ciegos del derecho romano, sofocando aquellas semillas, y olvidando tan bellas máximas, alguna vez fulminaron penas bárbaras y tan irregulares, que difficilmente se podría hallar o entrever su proporción con los delitos y con los intereses de la sociedad...».

Este precepto de no señalar en la cara se halla en contradicción, como sabemos, con el contenido del VII, 28, 4.—Vid nota 7, 2.ª parte, de este trabajo.

## V

## CONCLUSION

La índole de este trabajo, breve, sintético, no requiere formulación de conclusiones; si acaso, admite alguna consideración final.

Queremos referirnos de nuevo al que ha sido motivo de estas páginas: finalidad explícita de la pena en la Legislación de Partidas. Esta peculiaridad explicativa de la obra de Alfonso X al tratar de la pena, ha sido vista por varios autores con motivo de estudio de otras instituciones jurídicas de Partidas. Acertadamente, Du Boys, al decir que «su estilo es de enseñanza, o dogmático, más bien que legal o jurídico» (15); Batlle, con su feliz expresión de «estilo suasorio de las Leyes de Partidas» y García Gallo al reparar en «la coordinación de lo doctrinal y normativo», captan adecuadamente el hecho. Pero este hecho tiene, además, una gran trascendencia, que ha sido vista por <sup>Angel</sup> ~~Latraverse~~ Ferrari: «Todo el proceso de secularización de la teoría del Estado, hasta constituirse éste en creencia propia, se da mediante el tránsito de lo teológico a lo secular-moral, político, económico, jurídico, pasando por lo metafísico...; el factor metafísico como grado transitorio de la secularización, como elemento que participa por su procedencia y efectividad de caracteres teológicos y seculares...» (16). A nuestro parecer, las Partidas representan en la finalidad de la pena este estadio metafísico, es decir, el tránsito de lo teológico a lo secular, la coordinación de lo teológico-moral con lo jurídico, precisamente mediante el método explicativo de los fines de la pena. Las Partidas combinan, por una sola vez en la Historia de nuestro Derecho, las ideas científicas y el derecho aplicado. Del binomio delito-pena de antes y después, las Partidas, con su esquema múltiple: delito-pena-motivación-finalidad, constituyen una síntesis de ideas y normas precedentes y una eficaz base de partida de las ideas penológicas modernas.

(15) Du Boys: ob. cit., pág. 202.

(16) ~~Latraverse~~ FERRARI, Angel: «La secularización de la teoría del Estado en las Partidas», A.H.D.E., XI, págs. 440-456. Cita de pág. 449.

Este trabajo ha sido realizado con la subvención de una ayuda de la Comisaría General de Protección Escolar a doctores, concedida para investigación y preparación de cátedras.

