

SOBRE EL CONCEPTO DEL DELITO EN EL DERECHO DE LA ALTA EDAD MEDIA

Pocos aspectos de la vida jurídica de la Alta Edad Media presentan para la investigación histórica mayores atractivos que su Derecho penal. Es quizá aquel en que la época deja más profundamente marcado su sello peculiar y sobre el que influyen con más vigor las condiciones sociales de los primeros siglos de la Reconquista. Asistimos en ellos al florecimiento de un sistema penal profundamente distinto del de la legislación visigótica, revelador de la influencia de principios impregnados por el más remoto arcaísmo y del cual encontramos en las fuentes huellas abundantísimas; preceptos penales son virtualmente los únicos de índole jurídica que se encuentran, de modo regular, en las más antiguas cartas de población y fueros breves, mientras que en época más tardía, los fueros extensos, al regular minuciosamente la vida municipal, siguen dedicando especial atención al establecimiento de un sistema, lo más completo posible, de ordenanzas de carácter penal. No menos interesante, aunque sí más raras que las de los fueros, son las noticias sobre nuestros viejos sistemas que se encuentran en los documentos de aplicación del derecho.

Muy amplia resulta, como puede verse, la base que para la labor investigadora ofrecen los datos suministrados por las fuentes y muchas son las posibilidades de desarrollo que aquella labor encuentra en nuestro campo. Mas con todo ello es forzoso reconocer que, pese a las valiosas aportaciones ya existentes, la historia de nuestro antiguo Derecho penal sigue siéndonos en buena parte prácticamente desconocida, y lar-

ga será todavía la tarea hasta llegar al momento de poder realizar una exposición de conjunto definitiva ¹.

Prescindiendo de considerar algunas exposiciones más o menos afortunadas de Historia del Derecho Penal, todas ellas con carácter de síntesis, y excluyendo, por tanto, una labor minuciosa y directa sobre las fuentes ², puede afirmarse que “El elemento germánico”, de HINOJOSA, es el único contributo notable con que contamos en nuestra materia ³.

Realiza el ilustre maestro un acertado estudio de dos de las más características instituciones del sistema penal del Alto Medioevo, la venganza de la sangre y la pérdida de la paz, que presenta como genuina muestra de la influencia germánica sobre nuestro Derecho. La obra de HINOJOSA, avalorada por una sólida base documental, encierra profundo interés y resulta para nosotros de fundamental importancia, si bien no pueda olvidarse su carácter parcial, limitado al examen de los dos puntos aludidos y que, aun en ellos, el estudio no pretende ser agotador.

Aportaciones valiosas, aunque de carácter muy concreto, son las de GALO SÁNCHEZ, “Datos jurídicos acerca de la venganza del honor” ⁴, y con interés más directo para nuestro estudio la de DÍAZ CANSECO con sus “Notas al Fuero de León” ⁵;

1 Félix Dahn, en la tercera parte de sus *Westgothische Studien*, Würzburg, 1874, págs. 141-242, estudia el Derecho Penal de la Lex Visigothorum. Establece, al efecto, una división entre parte general y parte especial, y en esta última separa a su vez el estudio de la pena del de los delitos en singular. La obra de Dahn, aun cuando no responda a todas las exigencias de la investigación moderna, es el único trabajo notable que existe sobre el sistema penal visigótico.

2 Basta recordar, entre otras, las obras de Du Boys, Gutiérrez Fernández, Mingujón, etc.

3 Eduardo de Hinojosa: *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915.

4 Galo Sánchez: *Datos jurídicos acerca de la venganza del honor*. *Revista de Filología*, 1917.

5 Laureano Díez Canseco y Pajares: *Sobre los fueros del valle de Fenar, Castrocalbón. Notas para el estudio del Fuero de León*. en

en un rápido examen de la "inimicitia", pone de manifiesto uno de sus más notables aspectos, al que no alude especialmente HINOJOSA: el de las excepciones a la regla del destierro, el "exeat de villa", del "inimicus", que aparecen en algunos fueros y, entre ellos, en el de León. CANSECO lo destaca particularmente y acierta, además, a descubrir su verdadero sentido: el de la prescripción de la pena pecuniaria, debida a la autoridad pública por el homicidio, que permite a su autor regresar a la villa si transcurren nueve días sin ser capturado, mientras siguen pesando sobre él todas las demás consecuencias de la "inimicitia": "et vigilet se de suis inimicis".

Escasa, en extremo, es, como puede verse, la bibliografía sobre nuestro Derecho penal de los siglos anteriores a la Recepción, aunque la abundancia de noticias que suministran las fuentes hace posible suplir este vacío. Nuestro intento será el realizar un bosquejo de exposición sistemática de los caracteres generales de aquel Derecho, y para ello fijaremos ahora especialmente la atención sobre el delito, su concepto y sus diversas manifestaciones; las consecuencias del delito y el estudio de algunos puntos fundamentales del sistema penal será el objeto de un segundo trabajo que, como lógica consecuencia, deberá seguir al presente.

I.—LA INFLUENCIA DE LOS ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO

El elemento objetivo, el daño, desempeña una función preponderante para la determinación del concepto del delito en los sistemas penales escasamente desarrollados. Delito será, en ellos toda producción antijurídica de un resultado dañoso; este elemento de hecho, el resultado, es el decisivo: "Le fait juge l'homme". "Die Tat töfet den Mann", rezan dos antiguos refranes jurídicos que expresan gráficamente este principio,

el *Anuario de Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1924, página 337 y ss.

y a ese mismo elemento de hecho externo va ligada la responsabilidad, que será, por tanto, una responsabilidad por el resultado; lo que no significa que se desatienda el elemento voluntad y pretenda sancionarse la falta de voluntad culpable, sino que ésta se presume tras el hecho y se considera el resultado dañoso como la expresión sensible de la voluntad criminal ⁶.

Muy raras son las huellas que se encuentran en nuestras fuentes de una aplicación directa de tal principio. Faltan testimonios de su vigencia en ordenamientos jurídicos locales, incluso los más remotos, y sólo a través de algunos raros documentos podemos encontrar noticias de su permanencia en la vida práctica. Tal es un diploma de San Millán en el cual cierto Johannes refiere que, existiendo un pozo en el huerto de su propiedad, "cecidit in eum unus puer et mortuus est, et tenebat me pro homicidio et non potui pectare tam grande calumniam". Otro caso de aplicación de aquel principio, en toda su crudeza, lo hallamos en una "fazaña" de D. Lope Díaz de Haro del Libro de los Fueros, donde en el supuesto de que un

6 En Derecho Germánico la primitiva concepción del delito aparece basada sobre la responsabilidad por el resultado. A este elemento de hecho se ligó la responsabilidad jurídico penal que, como afirma von Schwerin, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Zweite Auflage, 1941, pág. 28, se presenta inicialmente como "Erfolgshaftung" y no como "Verschuldungshaftung", responsabilidad por la culpa. Cfr. Heinrich Brunner: *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1906, pág. 212 y ss. De este resultado dañoso se deducía sin más la existencia de la voluntad nociva. Brunner: *Über absichtlose Missethat im altdentschen Strafrechte*, en sus *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, 1894, pág. 487 y ss. Rudolf His, *Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, München und Berlin, 1928, página 10: "...wie das altgermanische Recht überhaupt am ausserlich wahrnehmbaren haftet, so schliesst es aus dem schädlichen Erfolg ohne weiteres auf die schädliche Absicht und gelangt so zur sog. Erfolgshaftung..." Cfr. Pasquale dal Giudice: *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, en el vol. I de la *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, dirigida por Enrico Pessina, vol. I, Milano, 1905, pág. 459. Antonio Pertile: *Storia del Diritto italiano*, Vol. V: *Storia del Diritto Penale*, 1892, pág. 58 y ss.

hombre cayera de un árbol y muriese, se obliga al dueño de aquel árbol a pagar la pena pecuniaria, el "homicidio", correspondiente por aquella muerte⁷. Pero una segunda fazaña del mismo Libro de los Fueros, en que aparece de nuevo don Lope de H̄aro, procura una buena prueba del carácter excepcional y abusivo de la anterior: al pretender D. Lope, señor de aquella tierra, exigir a dos vecinos de Quintanilla de Cuerçedes, D. Diego y D. Pascual, el pago del "homicidio" por la muerte de un escudero que ocasionó fortuitamente la caída de un objeto de su propiedad, el Concejo se opuso: "mostraron sus cartas a D. Lope Dias de Faro que tenían del rey D. Alfonso que non deuia dar omisidio por tal razón", y D. Lope tuvo que renunciar a exigirlo; un caso análogo refiere una de las fazañas del Fuero de Castrogeriz en que la caída del muro ocasiona la muerte de un hombre⁸.

7 C. Luciano Serrano: *Cartulario de San Millán de la Cogolla*, Madrid, 1930, pág. 119, doc. de 7 de mayo de 1933: "Ego Johannes... habebam in ortu meo puteum aque, et cecidit in eum unus puer et mortuus est, et tenebat me pro homicidio, et non potui peccare tam grande calumniam, et pactavi pro me domna Oneca quatuor centos solidos et solvit me de isto pecto..." Galo Sánchez: *Libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona, 1924: 211. "Titulo de una fasannya de don Lope de Faro. Esto es por fasannya que juzgo don Lope Dias de Faro: que sy un omne cahe de nosedo o de otro arbol e fuesse leborado e muriesse e el meryno le testiguasse commo es derecho, deue pechar el omesidio el duenno del arbol e dela heredad..."

8 *Libro de los Fueros*. 214: "Titulo de una fasannya de don Diego de Cuerçedes e Pasquoal, su hermano. Esto es por fasannya: que don Diego de Quintanyella de Cuerçedes e don Pasqual, su hermano, auyan una asenna de moler pan en Quintaniella de Cuerçedes e uino y amoler un escudero nyeto de Roy Corniello de Sant Pedro del Monte et en aquella asenna auya un palombar. Et cayo el palombar e el asenna e mato al escudero. Et demando don Lope Dias de Faro, que tenía la tierra, el omesidio adon Diago e adon Pasqual su hermano cuya era la esenna e el palombar. Et el conceio mostraron sus cartas adon Lope Dias de Faro que tenian del Rey Don Alfonso que non deuia dar omesidio por tal razon. E don Lope Dias quitolos e non dieron omesidio nin pecharon nada." Tomás Muñoz Romero: *Colección de Fueros municipales y Cartas Pueblas*, Madrid, 1847,

Más numerosas son las noticias que, en supuestos de este género, excluyen expresamente la existencia de responsabilidad; las fuentes enumeran una serie de hipótesis consideradas típicamente fortuitas, y así van detallando que no corresponde pagar "homicidio" por la muerte del hombre ahogado en río, en pozo o de aquel sobre quien cayó árbol o muro⁹. Otras fuentes, sintetizando la idea, dicen que no debe pagarse por las muertes que no ocasionó mano de hombre, por las producidas "sine manuum injectione"¹⁰, para usar la frase del Fue-

página 39: Fuero de Castrogeriz "... In tempore illo cecidit unam parietem super unum hominem, et querebant illos merinos homicidio facere pectare a Nuño Diaz de Mercatello cuius fuerat pariete, et fuimus ad illo Rege Sanctio, et non iodicavit illo pectare pro foro illo de comite Sanctio..." En estos tres casos, como puede advertirse, por la muerte fortuita del hombre pretende exigirse una responsabilidad de tipo puramente pecuniario, sin que junto a ella aparezcan las demás consecuencias que de la muerte voluntaria se derivan para su autor y en primer término la "inimicitia" de los parientes de la víctima. Cabe suponer que consideraciones de tipo económico, especialmente el interés del señor jurisdiccional en percibir la multa por las muertes acaecidas en sus territorios, pesan decisivamente en los casos narrados por las tres "fazañas" y son el motivo determinante para exigir una responsabilidad basada puramente en el resultado; ello no obsta a que sea posible considerar estas noticias como últimas huellas de una aplicación de tal principio que pudo antes revestir mayor amplitud.

9 Muñoz, pág. 465, *Fuero de Calatayud*: "Et si casa caderat et mataverit homine, non sit homicidio pariato. Et si homine caderat in canale de molino vel lacia, et morirat, non sit homicidio pariato..." Américo de Castro y Federico de Onís: *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916. Ledesma, 232: "Delos sobre que cae parede. Todo omne que sobre quien cayr parede o lacia, o se cayr de arbor, o en poço o en rjo o en fuente, o en yncina omne matar, o molino, o de todo esto sobre escripto omne cayr o morjr, non peche omizio, o de parede o de tapia, nen alcalle nen ningun omne non demande omizio, njn nulla ren non peche." Miguel Sancho Izquierdo: *El Fuero de Molina de Aragón*, Madrid, 1916: "Si bestia matare. Si alguna bestia matare homne o casa o molino o pozo o aqua o pared, ninguna destas non haya homicidio ni calonna ninguna."

10 *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. XIV, 1889, página 342, Fidel Fita, *Fuero de Uclès* (antiguo) 23: "Nullus homo

ro de Balbás. La responsabilidad viene por tanto, excluida en los casos típicos en que debía fundarse únicamente sobre el resultado; pero el mismo detalle con que esta exclusión se realiza, si bien prueba la no subsistencia, al menos consagrada jurídicamente, de aquella responsabilidad, no deja de ser, al mismo tiempo, un evidente indicio de su efectividad pasada ¹¹.

homicidium non det per bestia qui occiderit hominem, aut per parietem aut per casa, aut si fuerit mortuus in aqua, aut in silo, aut in puteum, vel in fonte aut de aliquo ligno. Per istas totas vel alias, que fuerint similes istas, non dent homicidium, nisi fuerit occisus per manu hominis..." Muñoz, pag. 514, Balbás, 1135: "... Dono etiam vobis pro foro, quod omnes illi, qui in aqua, aut igne, aut sub tecto, vel parietes, vel puteo, vel fonte, peribunt, vel de arbore, vel de domibus cadentes, vel de aliquo casu, sine manuum injectione moriantur, absolute a vobis tumultentur; et nec homicidium, nec calumniam aliquam pro eis pectetis..."

11 La responsabilidad por el resultado se atenúa en los Derechos germánicos cuando comienza a tomarse en consideración, inicialmente de modo tipificador, el elemento voluntad; surge entonces frente al "Willenswerk", hecho querido, la figura de los "Ungefährwerke", hechos típicos, en que, de acuerdo con la conciencia popular, se excluía de antemano la existencia de la mala intención en el autor, sin que la constatación de esta falta de voluntariedad debiera realizarse en el caso concreto. Cfr. Brunner, D. R. G., I^o, pág. 214 y ss.; von Schwerin, ob. cit., pág. 28; His. *Strafrecht bis zur Karolina*, página 10. En el primitivo Derecho germánico falta, como hace notar Wilda, una teoría de la culpabilidad. Wilhelm Eduard Wilda: *Das Strafrecht der Germanen*, Italle, 1842, pág. 578. La consideración especial de los "Ungefährwerke" se reflejaba en las consecuencias que de ellos se derivaban: no originaban ruptura de la paz ni perseguía al autor la venganza de la parte ofendida, o era en todo caso redimible por una composición pecuniaria, cuya importancia varió según las épocas. El período Franco presencia una evolución en el tratamiento penal de los "Ungefährwerke": para evitar que bajo la forma de un hecho típicamente fortuito pudiera encubrirse la intención dolosa, se establece el requisito de la "Verklärung", por la cual debía probar el autor en el caso concreto el carácter casual del hecho y la ausencia de la mala intención. El momento subjetivo ha adquirido una importancia primordial. Cfr. Heinrich Brunner: *Deutsche Rechtsgeschichte*, II^o, Neu bearbeitet von Caudius Freiherrn von Schwerin, München und Leipzig, 1928, pág. 717 y ss.; von Schwerin, ob. cit., pág. 100; His. *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 12.

Pero nó son estas exclusiones de la responsabilidad en supuestos típicamente fortuitos la mejor prueba de que aquélla no se fundaba ya en el puro resultado. Las noticias de las fuentes de nuestra Alta Edad Media presentan, por lo general, la responsabilidad por el resultado como un estadio de la evolución jurídica superado ampliamente: el elemento subjetivo ha conseguido una importancia decisiva en el concepto del delito, y los textos reflejan claramente este fenómeno al dar una relevancia siempre mayor a la voluntad del autor, a los móviles que le han inducido a obrar en el caso concreto. La voluntariedad es decisiva en el Fuero de Escalona: quien "hominem interfecerit nolens" diferénciase agudamente del que "volente occiderit", mientras en Marmelar la muerte ocasionada "absque grato" está muy lejos de confundirse en calificación y sancionamiento con la que se causó "per iram aut per concilium"¹².

Estos elementos subjetivos dan lugar a una serie de matices de circunstancias agravantes y atenuantes. A las pri-

12 Muñoz, pág. 486, Escalona, 1130, "... Siquis hominem occiderit nolens infra civitatem, iudicium faciat; et si volente occiderit suspendatur in loco." *Portugaliae Monumenta historica, Leyes et Consuetudines*, vol. 1, Olisipone, MDCCCLVI, pág. 489, Marmelar, 1194: "... Siquis aliquem interfecerit absque grato, sanet illum sicut superius habetur. Si per iram aut per concilium non desaffar e o matar, sepeliant uium sub mortuo..." El Derecho visigótico atribuía importancia fundamental para la calificación del delito a la apreciación del elemento subjetivo, de los factores determinantes de la voluntariedad del acto. Cfr. *Mon. Ger. hist.*, Legum, Sectio I. Legum Nationum Germanicarum, Tomus I. *Leges Visigothorum*. Ed. Karolus Zeumer, Hannoverae et Lipsiae, 1902. *Lex Visigothorum* VI, 5, 1 (Recesvindiana): "Si quis nesciens occidat hominen", y VI, 5, 2 (Antiquas): "Si hominem dum quis non videt occiderit." En la nota 2 a la pág. 270 afirma Zeumer que la segunda ley tiene probablemente origen romano a juzgar por sus analogías con *Dig. XLVIII, 8, l. 1, § 3*; *Sent. Paulo, V, 23, § 3 y 12*; *Nov. Valent. III, 19*; *Collatio Legum Mos. et Rom., 1, 6-10*; *Recesvinto*, ampliando la aplicación de esta ley que se refería a un supuesto concreto de homicidio casual, establecería la regla con validez para todos los casos fortuitos. Cfr. Dahn, *ob. cit.*, página 143 y ss.

meras se debe el que adquieran la calificación de “traycion”, delito especialmente grave, buen número de los que originan pérdida general de la paz, como podrá verse más adelante, mientras en los casos de menor entidad su efecto será el agravar las penas, especialmente pecuniarias, que se impongan al autor ¹³. La falta de voluntad criminal, en sentido genérico, aparece en algunas fuentes como circunstancia atenuante: esa idea expresan al hablar de heridas causadas “absque voluntate”, de homicidios que no se ocasionaron “por sanna o por mala voluntad”; la “caloña” que por aquéllas debía pagarse era muy inferior a la normal, mientras que los homicidios involuntarios no acarreaban, por lo general, más sanción que la composición pecuniaria, sin el acostumbrado séquito de la “inimicitia” y la multa a la autoridad pública ¹⁴. Otras fuen-

13 Ledesma, 26: “Quien enpellar. Quien omne enpellar o en tierra derribar peche III morauis; e si fur niego e non podier firmar, iure si IIIº... Et quien dixiere “por conseyo fecho me firio” o “en bando me ueniste” o “por mal querencja que antes conmigo aujas antes de la buelta”, si fur niego jure si Vº con uizinos, e si non podier iurar peche XX morauis.” *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 399: *Fuero de Thomar*, de 1174, otorgado por Galdinus Belagius, Maestre de los Templarios: “...Siquis percusserit cum armis molutis de suo grado et per iram in cauto ville LX solidos petet, et si foras XXX solidos petet. Feridas consulendas istas sanet et non alias: qui querit amicos vel parentes vel arma vel troços cum quibus vadit ferire et percusserit per veram exquisitam LX solidos petet...”; cfr. en la página 402 el *Fuero de Castello da Foz do Zezere* de 1174 y en la página 404 el *Fuero de Pombal* de 1176, ambos otorgados por el mismo Maestre Galdinus.

14 Muñoz, pág. 365, *Fueros de Alfonso VII a Toledo*, de 1118: “...De cetero vero si aliquis homo ceciderit in homicidium, aut aliquem livorem absque voluntate, et probatum fuerit per veridicas testimonias, si fideiussorem dederit, non sit retrusus in carcerem, et si fideiussorem non habuerit, non feratur alicubi extra Toletum, sed tantum in Toletano carcere tradatur, scilicet de alfada, et non solvat nisi quintam partem calupnie non plus...” Eduardo de Hinojosa: *Documentos para la historia de los Instituciones de León y Castilla*, Madrid; 1919, pág. 85: *Fuero de Santa María de Cortes*, 1180-1182: “...Item si quis forte occiderit hominem et non sponte, pectet homicidio et non sit inimicus nec pectet coto...” Galo Sánchez: *Fue-*

tes presentan una serie de atenuantes y eximentes específicas, y en primer término la de obrar en legítima defensa, tanto de la persona como de los bienes, ya que, según dice el Fuero de Daroca, "omnibus vim vi repellere licet"; esta circunstancia de la defensa propia se considera por lo general como eximente¹⁵, si bien algunas fuentes señalan ciertas limitaciones en su ejercicio¹⁶.

Atenuantes o eximentes considéranse también ciertos casos concretos en que se dan tales circunstancias que no cabe presumir la acción como plenamente voluntaria¹⁷; así sucede con

ros castellanos de Soria y Alcalá de Henares, Madrid, 1919; Soria, 498: "Si algun omne coyere de paret o dotro lugar y otro lo empuxare y cayere sobre otro y matare a aquel sobre que cayere, ol ffziere danno, non aya pena njnguna; mas aquel que lo empuxo, si lo fizo por sanna e por mala voluntad, peche el omezillo y salga por enemigo. Et si non lo fizo por sanna o por mala voluntad, peche el omezillo y non aya otra pena..."

15 Soria, 494: "Maguer dicho es que qui matare a otro sobre tregua ssea traydor y muera por ello; pero si el matador sseyendo ferido primero y tornando sobressi matare al otro que ffirio sobre la tregua, non es traydor, nj aya por ello pena njnguna y sea luego saludado. Cayaquel es traydor y mereçe la pena qui quebranta la tregua. A. H. D. E., I, pág. 938, Constituciones de las Cortes de Huesca de 1188: 2.—"Quicumque miles hominem christianum occiderit ubi ab eo coram testibus fuerit diffidatus, uel nisi defendendo fecerit, habeatur pro proditore." B. R. A. H., t. 76, 1920, pág. 234: Víctor Fernández Vera, *Fuero de San Emeterio*, dado por Alfonso VIII en 11 de julio de 1187: "...Si aliquis homo homicidium uel liuores fecerit defendendo rem suam, nichil pro inde pectet..."

16 Muñoz, pág. 541, Daroca, 1142: "... Quoniam omnibus vim vi repellere licet, si quis percussus fuerit prius ab aliquo, et postea eadem hora, eodemque loco percussorem suum percusserit nullam calumpniam pectet, caveat tamen, ne percussorem interficiat; si enim interfecerit pectet homicidium, et exeat homicida..."

17 No siguen las fuentes un criterio unitario en la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad: aquellas mismas que unas fuentes califican de atenuantes son consideradas por otras como eximentes, sin que exista un verdadero motivo intrínseco de esta diferenciación. Por ello en éste, como en todos los aspectos de la complicada vida jurídica medieval, precisa evitar generalizaciones peligrosas y reproducir la realidad jurídica en su multiforme variedad.

las heridas causadas en juego y, especialmente, con las violencias contra las personas que se ocasionaron en reyerta¹⁸: la lucha, la "baraia", supone falta de frialdad en la decisión y de completa libertad en el proceder y constituye una circunstancia que se toma muy en cuenta en algunas fazañas del Libro de los Fueros¹⁹.

De las noticias hasta aquí examinadas 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. Encuéntranse, 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 residuos 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.

18 B. R. A. H., t. 32, 1898; pág. 378: Fidel Fita, *Fuero de San Miguel de Escalada*, de 1173: 12.—"Quis vulnus fecerit in ioco sine ira, non pectet eam." Enrique Luño Peña: *Legislación foral de Don Rodrigo Jiménez de Rada*, Zaragoza, 1927; Brihuega, 32: "Tot omne de Briuega que matare a otro no pudiendo mas, si los parientes del muerto non ouieren recura, non peche nada; si no los VIII maravedis del arçobispo."

19 *Libro de los Fueros*, 225: "Titulo de una fasannya de Gunçalo Alfonso Ferrero et de su hermano. Esto es por fansannya de Gunçalo Alfonso el Ferrero: conbido a su yerno e ianto con el et cenó con el. Et a la cena boluyeron baraga e firio el yerno al suegro e matol. Et salio de casa el yerno, et fiyo de Gunçalo Alfonso enpues el. Et torno el yerno a mato al cunnado e mato a ambos, apadre e afijo. Et veno ante el rey don Ferrando. Et mando el rey que pues que sobre baraga los aya muertos, que non era traydor njn aleuoso; e mandol dexar"; 247: "Titulo de una fasannya de Martin Gunçales cauallero. ... Et jusgo el rey en la corte que pues que auya el cauallero ferido e a tuerto sin baraia e sin desaffiamiento, que eran alleuosos e quel salliesen del reyno al dia del plaso"; 258: "Titulo de una fasannya de Johan Cubiella e Roy Doarte. ... Et jusgo el rey que pues que la muger firio por la baraia del marido et mato al omne sin baraia, que era un traydor; e mandol el rey pregonar por traydor."

II.—LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITO

§ 1. LOS DELITOS QUE ORIGINAN RUPTURA DE LA PAZ.

Ha podido apreciarse hasta qué grado el elemento subjetivo fué factor fundamental para la determinación del concepto del delito; lógico era, pues, que tal influjo se hiciera sentir decisivamente en la diferenciación de sus varias especies²⁰.

Diversas son, en efecto, las categorías de delitos que aparecen claramente definidas en el Derecho de la Alta Edad Media y entre las cuales se encuentra, en primer término, la de aquellos que provocaban una ruptura de la paz.

Conocida es la importancia que la idea de la paz reviste

20 Los tratadistas alemanes establecen con todo detalle las diversas categorías de delitos que se daban en el antiguo Derecho Germánico. His, *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 2 y ss., después de evocar la distinción de Tácito entre “leviora delicta” y “scelera” o “flagitia”, recuerda cómo en la Edad Media aparecen también nelementos contrapuestos los “facta honesta” y los “turpia facta”, las “causae minores” y las “causae criminales”. La diferenciación del “Willenswerk”, hecho querido, con su agravante, el “Neidingswerk”, y de los hechos fortuitos que se consideraban como “Ungefährwerke” se refleja en la separación bien definida de las “Fehdesachen” y las “Bussachen”, objeto de venganza las primeras y redimibles las otras por composición. Aquéllas originan una pérdida de la paz para su autor, que puede ser general o parcial, según fuese mayor o menor la gravedad del hecho. Los delitos que no producían tal efecto motivaban el simple pago de una satisfacción pecuniaria al perjudicado. El círculo de estos delitos no permaneció siempre invariable, sino que osciló según los distintos períodos, alcanzando su mayor amplitud en la Epoca Franca. Cfr., Wilda, ob. cit., págs. 544 y ss. Brunner, *D. R. G.*, 1^o, especialmente págs. 211-214, 221 y ss. y 232 y ss.; II^o, págs. 704 y ss.; Rudolf His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I; *Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen*, Leipzig, 1920, págs. 40 y ss.; Richard Schröder und Eberhard Frh. v. Kunssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin und Leipzig, 1932, pág. 19, y ss.; von Schwerin, ob. cit., especialmente págs. 28-31 y 101 y ss.

en aquel ordenamiento jurídico; sobre ella descansa el entero sistema penal y, de modo particular, la protección del individuo, que se consigue colocándole bajo el amparo de una paz personal que le hace inviolable y convierte en delito los ataques que contra él se dirigieran.

Y es precisamente sobre esa paz que se hacen sentir las consecuencias del delito; a su autor se le priva de la inviolabilidad que aquélla le confería, y la mayor o menor gravedad del delito se traduce en el hecho de que fuera más o menos extenso el círculo de personas frente a las cuales venía a encontrarse en estado de indefensión jurídica. Los delitos especialmente graves originaban un estado de pérdida general de la paz, en virtud del cual quedaba su autor falto de protección frente a toda la comunidad política de que formaba parte, y su castigo era, no ya sólo una facultad, sino un deber de todos sus miembros ²¹. Equivalía esta situación a una pena de muerte cuya ejecución no se reservaba la autoridad pública ²². Más reducidos eran los efectos del segundo grupo de los delitos que causaban quebrantamiento de la paz; faltaba en ellos la circunstancia que les hiciera, como a los anteriores, particularmente odiosos, y por ello las consecuencias de aquella ruptura eran más limitadas; el estado de indefensión jurídica del autor dábese solamente frente a un determinado grupo de personas, las directamente ofendidas por el delito, que podían ejecutar legítimamente la llamada venganza de

21 Esta comunidad política podía ser, como afirma Hinojosa, *Elemento Germánico*, pág. 70, más o menos amplia, y de aquí el que se den en nuestras fuentes los dos grados de pérdida de la paz frente a la ciudad y frente al reino. Sobre el origen y fundamento jurídico de esta última, cfr. mi trabajo *Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media*; A. H. D. E., XV, págs. 644 y ss.

22 Las fuentes permiten apreciar claramente cómo la pena de muerte sustituye gradualmente a la pérdida general de la paz a medida que las facultades coactivas se concentran en el Poder público. El mismo fenómeno se presenta, con análogas características, en los Derechos Germánicos; Brunner, D. R. G., I, pág. 244.

la sangre, mientras el poder público y los demás miembros de la comunidad permanecían en una actitud puramente pasiva, absteniéndose tanto de participar en el castigo como de oponerse a él ²³.

A) *Los delitos de gravedad especial: el concepto de traycion.*

Procede ahora examinar por separado las distintas especies de delito que causaban quebrantamiento de la paz y, en primer término, la de los que originaban este resultado en su más amplia extensión: eran aquellos especialmente cualificados por su gravedad, a los cuales seguía la pérdida general de la paz para el autor.

Las fuentes individualizan con toda claridad la figura del delito de gravedad especial, al que designan incluso con una denominación propia: el término "traycion" aparece empleado con tal constancia que se revela como consagrado por el uso, hasta el punto de que no existe inconveniente en adoptarlo en nuestra terminología para expresar la figura de delito a que hacemos referencia. Ningún otro vocablo podría designarla con la precisión del que aparece en las fuentes con una generalidad significativa.

No es fácil fijar con exactitud cuáles eran los delitos que se hallaron comprendidos dentro del círculo de la "traycion". HINOJOSA, al referirse a las causas de que podía derivarse la pérdida de la paz, afirma que procedía ésta de ciertos delitos "in fraganti" y que "casi todos los demás delitos que la originaban pueden reunirse en dos grupos: infracción de un

23 Sobre los efectos del delito en nuestro antiguo Derecho no existe más trabajo que el ya citado *Elemento Germánico* de Hinojosa. en el que se estudian los que originaban los delitos a los cuales seguía quebrantamiento de la paz; el capítulo que consagra a la "inimicitia" es bastante más completo que el dedicado a la pérdida general de la paz, sin llegar por eso a agotar el problema; estos aspectos, en cuanto comprendidos dentro del marco general de las consecuencias del delito, serán examinados en un trabajo especial, según antes ha sido advertido.

deber determinado de fidelidad y desobediencia a la autoridad judicial”²⁴. No es posible compartir por entero la opinión de HINOJOSA. Ciertamente es que la calificación de gravedad especial en el delito y la pérdida de la paz consiguiente encuentra con frecuencia su origen en uno de estos dos motivos; pero sería inexacto presentarlos como casi exclusivos. Equivaldría, según se irá viendo a medida que examinemos los distintos supuestos, a prescindir de tomar en consideración los numerosos casos en que aquella gravedad responde a causas más íntimamente ligadas a la misma esencia del delito y, especialmente, a la apreciación del momento subjetivo, de los móviles que indujeron a obrar al autor.

La omisión de HINOJOSA es debida a no hacer referencia a algo de importancia fundamental para la comprensión del problema, esto es, al concepto de delito de gravedad especial. No hay que olvidar que, junto a los hechos delictivos ordinarios, figuraban otros que suponían en el autor la existencia de unos sentimientos especialmente reprobables y odiosos y que esta diferencia, acusada en las fuentes entre las dos figuras típicas, debía reflejarse también en los resultados; por ello, siendo la “inimicitia” la consecuencia de los primeros delitos, era lógico que fuera la pérdida de la paz la que siguiera a los que revestían especial gravedad. De aquí que la calificación de un delito como “traycion” pudiera derivarse, tanto de la concurrencia de ciertos factores externos de hecho como de la aparición en el mismo delito de circunstancias reveladoras de aquellos sentimientos particularmente malvados, que actuaban como agravantes en su calificación. El testimonio de las fuentes confirma estas afirmaciones.

Los casos más frecuentes de calificación de delito como “traycion”, fundamentada en circunstancias de índole preferentemente externa, son los de homicidios ocasionados violando treguas, fianza de salvo, una paz especial y la muerte del

24 Hinojosa, *Elemento Germánico*, págs. 71 y ss.

“inimicus” por la parte ofendida, después que la reconciliación hubiera puesto término al estado de enemistad.

Las treguas perseguían el fin de impedir las violencias contra ciertas personas durante un determinado período de tiempo, y dábanse para salvaguardar la seguridad de aquéllas hasta el momento de una comparecencia ante la autoridad judicial, en la que debía llegarse generalmente al esclarecimiento de algún hecho delictivo ²⁵. La paz especial, al reforzar la protección que la paz general otorgaba a todo individuo, daba lugar a que los delitos que implicaran su violación provocasen más graves resultados, y si era la “inimicitia”, como hemos dicho, la consecuencia del homicidio cometido en circunstancias normales, no es de extrañar que la pérdida de la paz lo fuera muchas veces del especialmente cua-

25 Zamora, 85: “De tregua. Otrossy todo omne que demandar tregua a otro omne de que se tema, delela luego fasta que uayan ante los iuyzes... Ese la dar non quisier, peche X mr. e despues, se sobrelo lo ferrir, sea aleyuoso por elo” Salamanca, 29: “Por treguas dar. Si las iusticias dixieren a algun omne: “atregua fulan”, enon quisier atregar lo, uenga a tercer dia a la tienda de Martin alfayate e de tales treguas quales mandaren las iusticias; e si no las diere peche X morauedis. E si en este tercer dia lo matar o lo ferir o elas treguas que diere quebrantar, peche C morauedis e ysca de la uila e de su termino por omiziero e por traydor”. Un extraño documento de época tardía habla de las treguas a largo plazo que se establecen entre dos Concejos, y califica de “traydor” al Concejo que las quebrantara: Ramón Menéndez Pidal, *Documentos lingüísticos de España*, I, Madrid, 1919; pág. 86: Treguas impuestas por D.^a Urraca Alfonso a los Concejos de Villanueva del Conde y de Santa María de Ribarredonda en el año 1244: “... vino y donna Urraca Alfonso... et puso treyguas... por LX annos. E ningun concejo que las crebantare por paramiento que pararon annos los concejos, que peche en coto CCCCC morauedis a donna Urraca Alfonso o qui della ujnier; el concejo que finque por traydor, et la tregua por esso que ande adelant, fasta los LX annos. E el peon que las crebantare de qual quier destos dos concejos, siquer de noche, siquer de dia, finque en donna Urraca Alfonso quanto el ouier, et xaquelle por traydor.”

lificado por el quebrantamiento de aquella particular garantía ²⁶.

Pero más frecuentes aún que estas noticias son las alusiones de las fuentes a los otros dos casos que originaban la calificación del delito como "traycion": la muerte sobre fianza o después del "saludamiento". Constituía la fianza de salvo, o la "salva fe", como la llaman otros textos ²⁷, el recurso típico para garantizar la seguridad del individuo que se considerase expuesto a una agresión contra su persona, "quis habuerit

26. En mi trabajo sobre *La paz de la casa*, § 3, A. H. D. E., XV, estudio especialmente los efectos que originaba sobre los delitos cometidos dentro de su ámbito. Así en los siguientes casos su influencia se traduce en el hecho de que incurriera en pérdida general de la paz el autor del homicidio de un morador: Muñoz, pág. 105, Decretos de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188: "Juravi etiam quod ego nec aliquis ad domum alicuius per vim vadat... Et si torte dominum vel dominane domus occiderit sit alevosus vel traditor..."; Madrid, XIV: "Qui entrare cum forza. Todo omne de Madrid que intrare con forza et cum uirto et con armas, de dia aut de nocte, per superbia in casa de uecino, et ibi matare el senor de la casa aut dona de la casa uel filio de casa aut alguno de suos parentes qui moran in sua casa ad suo ben fazer, pectet C morabetinos et efen suas casas in terra, et exeat inimico, et pectet el omizidio..."; cfr. Madrid, IX, donde el simple homicidio no se sanciona con la destrucción de la casa del autor, uno de los rasgos distintivos de la pérdida de la paz. Hay que advertir, sin embargo, que en el Fuero de Madrid las consecuencias de los delitos de sangre presentan tal gama de matices que es difícil distinguir netamente la pérdida de la paz de la inimicitia; cfr. Madrid, XII, en la nota 29, donde el supuesto de homicidio sobre fianza de salvo se sanciona en algunos extremos más severamente que el causado con violación de la paz doméstica.

27. Alba, 17: "De quien quebrantar salua fe. Qual que se quiere que la salua fe aya dada e despues lo firiere, aquel que dio la salua fe, olo messare, peche CCC morauedis; e si lo matare, peche DC morauedis, e sea traydor e aleuoso." *Port. Mon. hist., Leg. et Con*, I, pág. 865, Costumbres e foros de Castel Rodrigo, 1209: "... E despoys que dere salua fe si nigmiga fezere aquel que ho sobre si leuare peyte la caloña dublada a ho querellosou a seus parentes la caloña e se o matare e non o poderen auer peyte DC morabitinos medios a hos alcades e medios a hos querellosos e si lo ferir sobre salua fe peyte C morabitinos e yxca por aleuoso de concello e del querellosou."

metum de alio”, según la gráfica expresión del Fuero de Daroca²⁸. El medio para lograrlo era la formalización de un compromiso explícito por parte de aquellas personas de quienes se suponía pudiera proceder la amenaza, las cuales se obligaban solemnemente a no intentar nada en perjuicio del garantizado y presentaban fiadores responsables para asegurar el cumplimiento de su promesa. La prestación de esta fianza revestía, desde luego, carácter forzoso, y se sancionaba gravemente a los que rehusaban otorgarla. Los homicidios realizados quebrantando la fianza de salvo revestían especial gravedad: su autor era considerado “traydor” y le alcanzaban las consecuencias de la pérdida general de la paz²⁹, mientras para los fiadores se originaba una responsabilidad subsidiaria, aunque de índole puramente económica, en el caso de que el homicida no pudiera ser habido³⁰.

28. Muñoz, pág. 539; Daroca, 1142: “... Si quis habuerit metum de alio det illi fidancias de salvo arbitrio iudicis; et si dare noluerit, exeat de villa usque ad tertium diem, et de cetero sit totius concilii inimicus et diffidatur...”

29. Hayward Keniston: *Fuero de Guadalajara*, Princeton, U. S. A., 1924, 72: “Qui omne matare sobre fiadores de salvo, peche mill maravedis e muera por ello... e sy el cuerpo aver non pudieren... el vaya por traydor”; Madrid, XII: “Qui matare uezino. Toto homine qui matare a uezino uel filio de uezino super fianza aut super fiadores de saluo, pectet C et L morabetinos, et exeat per traditore et per aleuoso de Madrid et de suo termino, et eiecten suas casas in terra el conzeio, e los fiadores quod fuerint de saluo ipsos adugan el matador a directo; et si non potuerunt habere el matador, los fiadores pecten isto coto quod est superus in ista carta...”; CX-3: “... Qui hominem occiderit super fiaduram de saluo moriatur proinde.” Muñoz, pág. 436, Medinaceli: “Et qui ome matare, sobre fiadura, o sobre saludamiento de conceyo de dia de lunes, pierda el cuerpo et quanto oviere...”; B. R. A. H., 1889, pág. 310; Fidel Fita, Fuero de Uclés, 35. “Qui sobre salvo firiere, Totus homo, qui super salvo firieret, pectet CCC morabetinos, et si matare, peccet mille morabetinos; et si non potuerit complir abcidet ei sua manu...”; cfr., en la pág. 309, el art. 30, donde, por la simple muerte de hombre no desafiado, la multa es solamente de 500 morabetinos.

30 Salamanca, 24: “Por dar segurancia. Todo omne que fiadores dier por segurancia, de IIII fiadores que uean las iusticias que de-

La muerte del "inimicus" después de la reconciliación era el último supuesto de este género del que se derivaba la pérdida general de la paz. No es éste el lugar donde deban estudiarse especialmente las solemnidades que acompañaban a la reconciliación, al "saludamiento" del enemigo por la parte ofendida ³¹. Interesa solamente resaltar sus efectos: la muerte del "inimicus", que hasta aquel momento se consideraba como venganza legítima, conviértese en ilegal, y esto hasta el punto de constituir, no ya un homicidio ordinario, sino uno de los típicos delitos de gravedad especial. El enemigo "acogido", para usar la expresión de ciertos fueros, no debía temer ya nada por parte de los antiguos ofendidos, y la espe-

rechos son por tal fiadura fazer. E si matar o ferier o desornar, peche mil marauedis, ederriben le sus casas el conceyo, e ysa de Salamanca ede su termino por traydor e por aleuoso. E si el traydor non ouiren, pechen los fiadores quatrocientos marauedis; esi pudieren auer el traydor, den su cuerpo auisticiar e non pechen nada..."; *Colección de documentos para el estudio de la historia de Aragón*, t. II, Francisco Aznar y Navarro, *Forum Turjoli*, Zaragoza, 1905: 17.-- "De eo qui homine super fideiusuram de saluo percusserit aut occiderit. Item mando quod si super fideiussuram de saluo hominem percusserit aut salutatum aut affidiatum pectet C^m aureos alfonsinos et exeat pro traditore si probatum fuerit. Si uero occiderit suspendatur et fideiussores pectent homicidium de rebus dampnatoris si complere potuerit sin autem quod remanserit pectent ipsi sed tunc non exeant inimici. Sed si vero afflugerit et capi non potuerit ipse nadat pro traditore et fideiussores ut dictum est superius pro occisione et percussione calumpnias totas pectens..."; cfr. George H. Allen: *Forum Conche*, en los University Studies de la Universidad de Cincinatti, I, 1909, XI, 20, y Rafael de Ureña, *El Fuero de Zorita de los Canes*, Madrid, 1911, 240.

31. Molina: "Qui matare despues que aya saludado. Qui homne matare despues que saludado lo ouiere peche D morauedis et salga por traydor. Et las sus casas seyan de Ribadas." Madrid, CX-2: "Qui hominem occiderit postquam eum salutatum habuerit, moriatur proinde." Guadalajara, 70: "Aquel qui ome matar pues que lo saludare, muera por ello." Brihuega, 26: "Qui matare despues que saludado lo ouiere, si fuere alcanzado muera por ello, et si no peche CC et XVI marauedis." Es el duplo de la multa correspondiente por homicidio ordinario; cfr. art. 23.

cial garantía que le otorgan las fuentes refuerza su inviolabilidad nuevamente adquirida ³². Garantía ésta de que estaba particularmente necesitado en ciertos casos en que la reconciliación no era debida a la espontánea iniciativa de la parte contraria, sino a la intervención de la autoridad judicial, que podía obligar a ella a los antiguos ofendidos, siempre que el "inimicus" satisficiera por su delito con arreglo a derecho ³³.

Pero no son las expuestas hasta aquí las únicas causas que podían determinar la consideración de un delito como "traycion". Eran frecuentes, como hemos dicho, los casos en que fueron factores más intimamente unidos a la esencia del delito, reveladores de sentimientos particularmente reprobables, los que motivaron aquella calificación. Y entre ellos está, en primer término, lo que llama HINOJOSA "infracción de un determinado deber de fidelidad" ³⁴.

En efecto, muchas fuentes consideran como "traycion" ciertos delitos cometidos por el inferior contra el propio señor, tanto el señor natural como aquel al que presta servicio; es decir, para usar las mismas palabras del Fuero de Soria,

32 Alba, 52: "Fuero de enemigo. Todo omne de Alba o de su termino que enemigo ouiere, e despues que lo acogiere, si lo matare, sea aleuoso e traidor, e peche DC morauedis si ouiere de que; e si non ouiere de que pierda quanto ouiere..."; Salamanca, 6: "Por sacar su enemigo o matar otro en su lugar. Si algun omne, pos que sacar su henemigo, eotro matare por su enemigo, o quieie enemigo cogier e despues lo matare, sea deseredado por elo de quanto que ouiere."

33 *Port. Mon. Hist., Leg. et Con.*, I, pág. 751, Costumes e Foros de Castello Bon, 1188-1230: "... Et ille dando directo sicut mandaren alcaldes, affidiem lo; et quantos dies passare que non lo quesieren affidiar, tantos X (morabitanos) pectet illi inimico, si ei potuerint firmare eum III alcaldes que lo non quisieron affidiar." A. H. E. D., IV, pág. 419, Fuero de Estella; 47: "De omicidio. Quicumque homicidium perpetraverit, postquam suam querimoniam manifestaerit, qui omicidio fecerit, annum et diem unum debet fugere, quia infra annum et diem unum, parentes mortuis numquam capient directum si ipse nolunt. Sed postquam annus unus et dies unus transacti erunt, debent per forum directum accipere..."

34 Hinojosa, *Elemento germánico*, pág. 71.

“aquel cuyo pan comiere o cuyo mandado fiziere o de qui soldada rreçibiere” ³⁵.

Mas no es ésta a que alude *HINOJOSA* la única relación de tipo personal entre el autor y víctima del delito que puede revestirle de una gravedad cualificada. Paralelamente a esta relación de dependencia aparece en las fuentes la existencia de un vínculo de parentesco, y uno y otro supuesto están tan estrechamente ligados que los textos acostumbbran enunciarlos sucesivamente. Varía el criterio de las fuentes en la determinación del grado de parentesco que origina la calificación del delito como “traycion”: limitánlo unas a los padres ³⁶, mientras otras lo extienden tanto a los ascendientes en línea recta como a los colaterales, a los hermanos y aun a los primos hermanos ³⁷.

35 Soria, 492: “Traydor es qui mata su sennor natural o ffiere o lo prende o mete mano en el o lo manda o lo conseia ffazer o quier alguna destas cosas ffaze affijo de su sennor natural, aaquel que deve regnar demjentre que non salliere del mandado de su padre o que yaze con mugier de su sennor o que es en consejo que yaga otro con ella, o que desereda su rey o es en conseio de desheredarle, o qui trahe castiello o villa murada.” 493: “Otrossi ssea dado por traydor qui matare su padre o su madre odent arriba como a auuelo o visauuelo, o qui matare su hermano o su sennor cuyo pan comjere o cuyo mandado fiziere o de qui soldada rreçibiere, como todo aporrellado demjentre biuiere con su sennor...”; cfr. Cuenca, XI, 17, en la nota 42, Teruel, 31, en la nota siguiente, Zurita, 237.

36 Teruel, 31: “Qui patrem uel matrem occiderit. Similiter qui suum patrem siue matrem uel suum dominum cuius panem comederit et mandatum fecerit uel suum socium in uia in eo confidentem occiderit. uel aliquem hominem ad suam domum inuitauerit. ad cibum uel potum uel ad consilium uocauerit. et eum occiderit. pro omnibus his predictis. uiuus sub mortuo sepetiatur. uel mittant eum in manibus inimicorum suorum ad faciendum de eo quod sibi magis placuerit...”

37 B. R. R. H², t. XXXVII, 1900; Narciso Hergueta, Fueros de Viguera y Val de Funes, 169: “Todo home que matare su padre o su madre o su hermano o su primo cormano sea traydor manifesto, fueras sil matare en bataylla con su seygnor, o defendiendo su villa o su castiello o por otra ocasion manifesta: Cfr. Soria, 493, en la nota 35.

En fin, existe todavía un último grupo de noticias que, con mayor claridad, presentan la “traycion” motivada exclusivamente por las circunstancias especialmente graves que se dan en el delito, en cuanto reveladoras del momento subjetivo del autor, de los móviles singularmente odiosos que le indujeron a obrar. Se trata de los homicidios premeditados, que suponen fría decisión de cometer el hecho y preparación estudiada de las circunstancias en que deberá realizarse³⁸. Este supuesto preséntanlo muchas fuentes de modo genérico, abstraendo de dos casos singulares, y hablan así del matar “conseyeramiento”, de los homicidios cometidos “sobre conseio fecho”³⁹. La premeditación, la perversidad de sentimientos que revela el “conseio”, el “dolus”, determina la gravedad cualificada del delito⁴⁰.

38 No debe confundirse este “conseio”, premeditación o deliberación del autor en el obrar, con el “consilium” de los derechos populares, que significaba acuerdo o conjura entre varias personas para la preparación del delito, y que constituye no ya simple instigación, sino verdadera participación en el hecho. Cfr. Calisse, ob. cit., páginas 109 y ss. Esta apreciación del elemento intencional, en que se percibe la influencia romano-canónica, encuentra su precedente en la Lex Visigothorum, donde se distinguen las heridas y lesiones ocasionadas en lucha de las inferidas “ex priori dispositio”; cfr. His, *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 14.

39 Zamora, 17: “De quien mata omne. Omne que aotro matar consejera mientre, aquellos que hy acaescieren, priendanno e denno alos iuyzes e fagan de so cuerpo iusticia e pierda quanto que ouer...” Brihuega, 33: “Qui sobre conseio fecho matare omne o soure seguro... o dineros tomare por matalle, muera por ello si alcanzado fuere; et si alcanzado non fuere peche CC et XVI morabitiños.” Es la multa que se fija para los homicidios que constituyen “traycion”; cfr. la nota 31.

40 *Port. Mon. hist. Leg. et Con.*, II, pág. 7: Costumes e Foros da Guarda: “... e aquel enmiigo despoys que exyr da uilha seu enmiigo o quereloso ou seus parentes maten el et non peyten o omizyzo nen seian enmiigos e se salua que non conselhou sa morte neu consella de III de seus parentes quaes quiser o rancuroso e leuенno subre si que mays non conselhe este conselho neu mate el. e se el matar ou ferir saya el por trahedor e destruyan a el as sas cousas...” Salamanca, 14: “Qui conseyar morte dotro omne. Qui dixier a algun om-

El testimonio de algunos fueros leoneses es de precioso interés a este respecto. Al contraponer el delito ordinario al de gravedad especial hacen resaltar las causas que motivaban esta diferenciación, y aparece entonces con toda evidencia que es una precisa valorización del momento subjetivo, realizada con extraña finura psicológica, lo que constituye el factor determinante. Frente al delito premeditado, "por conseyo", figura el que se cometió "por baraya", esto es, a raíz de algún incidente surgido de modo ocasional, de disputa o lucha que llevaban consigo acaloramiento y pasión. Y así, el autor de un homicidio debía probar que el que fué su víctima "nolo mato por conseyo ne por traicion, mas por baraya que le auine enaquella hora" para que el delito no le reportara pérdida general de la paz, sino simple "inimicitia" ⁴¹.

ne: "mi muerte conseyeste o conseyas, enon era tu enemigo conocido ni tu desafiado por foro de Salamanca", iure la manquadra que sospecha ha enel que su muerte conseyo o conseya, econnobre. VIII. parientes daquel que ha sopecha, e iure con III delos... E si non iurare salga de Salamanca e de su termino por traydor e por su enemigo... E si se saluar que non conseyo su muerte ni conseya... si lo matar nelo ferir; salga por traidor ederriben le las casas..." Soria, 491: "Todo omne que matare a otro a traycion o a aless, ssea rrastrado y en fforcado por ello..." La diferenciación entre hecho doloso y voluntario se realiza en las legislaciones bárbaras bajo la influencia del Derecho romano-canónico; la finalidad que persigue es hacer la pena proporcionada a la gravedad del hecho y su prevalencia se afirma paulatinamente a medida que se atenúa el sistema de la responsabilidad por el resultado. Cfr. Calisse, ob. cit., págs. 242 y ss.

41 Salamanca, 1: "Plogo anos que si algun omne matar eu uilla o fuera de uilla, enon fuere desafiado por fuero de Salamanca, si se pudier saluar... que nolo mato por conseyo ne por traición, mas por baraya que le auino enaquella ora, e peche C morauedis e salga por enemigo; e si se non pudier saluar, salga de la uilla por traydor e peche X mil soldos." Ledesma, 4: "Incipit fueros de Ledesma. Progo anos que sse algun omne matar a otro en uilla o fuera de uilla, e non fuer deffiado por fuero de Ledesma, si se podier saluar... que lo non mato por conseyo, se por baraya que a ellos uieno aquella ora e peche CCC soldos e ixca por ennemigo; e si se non pudier saluar ixca de la uilla por traedor epeche CCC soldos..." Un testimo-

No es posible pretender una prueba más clara del influjo de los móviles del autor en la calificación del delito.

Muchas fuentes especifican los distintos casos de la vida real en que se concretaba regularmente aquel "conseio". Los más frecuentes son la muerte del invitado, del compañero de viaje, del que se llamó aparte para tenerlo a solas, y otros semejantes. En todos se trasluce la premeditación, el "conseio", que determina se consideren como "traycion" ⁴².

Para terminar el examen de los supuestos de "traycion" hay que aludir al hecho de que algunas fuentes consideran como tal, y sancionan con pérdida general de la paz, aquellos mismos delitos que ordinariamente sólo llevan consigo la "inimicitia" entre el autor y la parte ofendida. Las referencias más frecuentes son al homicidio del no desafiado ⁴³. Constitu-

nio semejante que encierra el más alto interés ofrecen las tres fazañas del Libro de los Fueros, insertadas en la nota 19.

42 Cuenca, XI, 17: "De eo qui inuitatum occiderit. Item quicumque ad domum suam invitaverit ad cibum vel poculum, vel ad consilium vocaverit, et eum occiderit, vivus sub mortuo sepeliatur. Hanc eadem penam habeat ille qui dominum suum, cuius panem comederit, et mandatum fecerit, interfecerit..."; XI, 18: "De eo qui socium suum occiderit. Similiter quicumque socium suum in via in eo confidentem occiderit, vivus sub mortuo sepeliatur..."; Brihuega, 46: "Tod omne que combidare a otro en su casa a comer, o beuer, o a conceio, si lo matare muera por ello; et si auer no lo pudieran uaya por traïdor et por enemigo de sus parientes por siempre, et peche CC et XVI morabetinos..."; Soria, 510: "Si alguno embiare a otro asu casa o lo leuare a conseio aparte y lo matare, muera por ello..."; cfr. Teruel, 31, en la nota 36, y Zorita, 237.

43 *Port. Mon. hist. Leg. et Con.*, II, pág. 9, Costumes e Foros da Guarda: "Todo ome que ome matar, que casa ouier en a Guarda e nou ouer desfyado a foro façam delle iustiça come de trahedor e se o ferir cum qual arma quer peyte L morauidis..."; pág. 15: "E quen ome matar se non é desfiado en concello morrer por el"; Salamanca, 282: "Qui matar omne. Todo omne que omne matare, si non es desafiado por conceyo, si manifesto fore que lo mato, peche C morauedis, eysca de Salamanca e de su termino por traydor. E si non ouier onde pechar los C morauedis, pongaño ena força..." Debe tenerse en cuenta que las dos fuentes mencionadas en esta nota están entre sí estrechamente relacionadas, Tomas González: *Colección*

ye éste un delito sin agravante particular, pues no lo es respecto del homicidio ordinario la falta del “desafiamiento”, solemnidad previa a la declaración de enemistad y que convertía en legítima la muerte del “inimicus”. Fueron seguramente circunstancias especiales o de tipo local las que determinaron este tratamiento más riguroso; no debe, pues, olvidarse el carácter excepcional que encierra y lo limitado de su alcance.

B. *Los delitos que originan pérdida parcial de la paz.*

Estudiados ya los delitos de gravedad especial, corresponde examinar ahora la segunda categoría de los que originaban pérdida de la paz, esto es, la de los que producían tal efecto con carácter limitado.

Quedó ya indicado antes que esta relativa pérdida de la paz, la “inimicitia”, alcanzaba al autor del delito con respecto únicamente a cierto grupo de personas, la parte ofendida, que podían efectuar, como legítimo derecho, la venganza de la sangre, mientras la autoridad y sus conciudadanos debían inhibirse, tanto de cooperar al castigo, según sucedía en el caso de “traycion”, como de oponerse a él.

No es éste el lugar de proceder al examen detallado de la “inimicitia”, que deberá realizarse cuando se estudien las consecuencias del delito. Interesa, en cambio, precisar cuáles eran los delitos que provocaban aquel estado, pues encerró, sin duda, notable relevancia, determinando la delimitación de una categoría bien definida.

Comprendíase en ella buen número de delitos de comisión, al parecer muy frecuente, que, reuniendo las características

de privilegios, franquezas, exenciones y fueros concedidos a varios pueblos y corporaciones de la Corona de Castilla. Madrid, 1833, V, pág. 68; Fuero de Llanes, de 1168: “... ningún vecino o non vecino non ose matar a otro nin homisiado non mate a su enemigo dentro de estos terminos. Et otrosi, algun vecino o non vecino, quier sea su enemigo quier non, lo ose matar dentro de estos terminos sea alevoso e traydor...”

de ser plenamente voluntarios y en sí de considerable importancia, no estaban, sin embargo, revestidos de una gravedad especial que determinara fueran calificados como casos de "traycion", ya que faltaba en ellos aquella característica de odiosidad que obligara a convertir a su autor en enemigo de toda la comunidad de que formaba parte. Eran, en fin, hechos graves por sus resultados, pero no agravados por una circunstancia cualificada, ni por denotar en el autor sentimientos particularmente reprobables. Un rápido examen de las principales manifestaciones de delitos de este género que presentan las fuentes podrá corroborar las anteriores afirmaciones.

Los delitos más genuinos que comprende esta categoría son el homicidio y las ofensas graves al honor. Dice HINOJOSA que en la Alta Edad Media el derecho de venganza se originaba, en principio, en todos los delitos de sangre y contra el honor, si bien en casos particulares podía derivarse de otros distintos ⁴⁴. Por delito de sangre debe entenderse el homicidio, ya que las heridas eran generalmente redimibles por composición, como luego se verá. El homicidio constituye el delito típico que engendraba la "inimicitia", según revela la misma terminología empleada por los textos: homicida, "homiziero", son expresiones que se usan frecuentemente para designar al "inimicus", aun en muchos de los casos en que el estado de enemistad halla su origen en delitos distintos de los de sangre ⁴⁵; "homicidium" suele también denominarse la pena pecuniaria que correspondía pagar por tales hechos ⁴⁶.

44 Hinojosa, *Elemento Germánico*, págs. 33 y ss. Sobre los casos de enemistad en Derecho Germánico, originados por delitos distintos del homicidio, cfr. Brunner, *D. R. G.*, I, pág. 228.

45 Cfr. la terminología de los textos que se insertan en las siguientes notas, referentes todos a casos de "inimicitia" originada por delitos distintos del homicidio.

46 Díez Canseco, *Notas al Fuero de León*, A. H. D. E., I, páginas 363 y ss., distingue en la responsabilidad por homicidio tres partes: pena pecuniaria, enemistad y destierro, que las fuentes ex-

Equiparados por sus efectos al homicidio aparecen también en muchas fuentes los delitos contra el honor y en especial los atentatorios a la honra de la mujer, como el rapto y la violación ⁴⁷. Son éstos, con los anteriores, los únicos de que puede afirmarse, como regla general, que llevaban consigo la "inimicitia". Todos los demás son casos particulares, que regularmente no la originan, y sólo acontece así en algún fuero o en determinada familia; la de Cuenca-Teruel es la que presenta mayor número de ellos: tales son los de "inimicitia" de la mujer por contraer matrimonio contra la voluntad familiar; de la nodriza, si en la lactancia transmitió al niño que criaba alguna enfermedad de cuyas resultas muriera, y la originada por ciertos delitos contra la propiedad, cometidos durante las expediciones militares ⁴⁸. En algunas otras fuentes

presan en tres expresiones consagradas: "pectet homicidium", "sit inimicus" y "exeat de villa".

47 *Port Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 368, *Numão*, 1130: "... Et qui in termino de Nomam filiam alienam rapuerit extra suam uoluntatem pectet CCC solidos medios ad palacio et medios ad suos parentes et exeat homiziam..."; pág. 393, *Evora*, 1162: "... Si aliquis homo filiam alienam rapere donet eam ad suos parentes et pectet illis CCC morabitos et VII^s ad palacium et insuper sedeat homicida..."; cfr. *Freixo*, 1152, en la pág. 379; *Abrantes*, 1179, en la página 419, y *Urros*, 1182, en la pág. 424. *Muñoz*, pág. 537, *Daroca*, 1142: "... Si quis per vim mulierem aliquam habuerit aut invitam subegerit, pectet homicidium, et exeat homicida..." La "inimicitia" se originó también por algunos otros agravios al honor; *Cuenca*, XII, 18: "De eo qui barbam depilaverit. Item quicumque alicui barbam depilaverit, pectet ducentos aureos, et exeat inimicus, si querelosus firmare potuerit..."; cfr. *Zorita*, 290.

48 *Cuenca*, XIII, 11: "De ea que parentibus invitis nupserit. Item mulier que parentibus invitis nupserit, sit exheredata, atque parentum suorum inimica". Cfr. *Zorita*, 315. *Cuenca*, XI, 56: "De nutrice que lactente suo lac infirmum dederit. Si nutrix lactente suo lac infirmum dederit, paccatis calumpniis exeat inimica, si ea occasione puer obierit". Cfr. *Teruel*, 39. *Cuenca*, XXX, 62: "De eo qui absconsam expeditorum rapuerit. Quicumque absconsam cavalgatorum rapuerit, pectet ducentos aureos, et exeat inimicus in perpetuum, si confessus fuerit..."; XXXI, 7: "De eo qui in campestri bellum campo expoliaverit. Si concilium aut cavalgatoris sive apellitarii pugnam

aparecen otros casos de pérdida relativa de la paz por distintas causas: por heridas, en el Fuero de Medinaceli; por insultos, que pueden considerarse una manifestación de los delitos contra el honor, en el de Lara, y pocos más; pero todos ellos hay que considerarlos de carácter excepcional, y su aplicación debe circunscribirse a las fuentes en que figuran, sin proceder a interpretaciones extensivas que no se basen en el testimonio expreso de los textos ⁴⁹.

§ 2. LOS DELITOS CON SANCIÓN MERAMENTE PECUNIARIA.

Han quedado ya expuestos los delitos que originaban pérdida de la paz. Como se ha visto tratábase siempre de supuestos de considerable gravedad, cuyo mayor o menor grado determinaba la amplitud y el alcance de aquella pérdida. Mas esta ruptura de la paz resultó ser en muchos casos una sanción de excesiva trascendencia. Existían en el Derecho penal de la Alta Edad Media buen número de delitos en que no estaba justificada, y para ellos se recurrió a la aplicación de penas de menor entidad y, especialmente, de carácter pecuniario; su estudio, lo mismo que el de las penas corporales, aplicadas muchas veces, ya como subsidiarias de las económicas, ya en lugar suyo durante épocas de mayor rigorismo, no corresponde verificarlo aquí; son problemas a tratar conjuntamente con las demás consecuencias del delito. Precisa,

campestrum confecerit, et antequam vexillum revertatur ab iure cutione aliquis campum expoliaverit, aut furtum fecerit, pectet centum aureos et sit exul in perpetuum..."; Cfr. Zorita, 671 y 678.

49 Muñoz, pág. 437, Medinaceli: "... Qui naufragare miembro dotro peche XXX et VII mencales et medio al rencuroso, et LX sueldos a los alcaldes, et exeat inimicus..."; P. Luciano Serrano, *Cartulario de la Abadía de San Pedro de Arlanza*, Madrid, 1925; página 177, Fueros de Lara de 1135: "... Qui dixerit ad alterum hominem leprosum aut cornutum aut sodometicus, si non potuerit se salvare quia non dixit, pectet septuagiuta et V solidos, et fiat omiciero..."; *Port. Mon. hist., Leg. et Con.*, I, pág. 362: "... El quicumque portaticum celauerit incurrat inimiciam..."

en cambio, considerar ahora las figuras de delito comprendidas en esta categoría, examinando los aspectos que más interés y relevancia pueden encerrar para el objeto de nuestro estudio: el análisis de los caracteres que presentan y, especialmente, la fijación del criterio seguido por aquel sistema jurídico al determinar la escala de gravedad de los varios supuestos.

No procede realizar una enumeración exhaustiva de los distintos delitos que se sancionan con penas inferiores a la ruptura de la paz, sino destacar aquellos que pueden considerarse como más representativos y en los cuales es posible apreciar distintamente los aspectos que interesa examinar. Y de igual modo que el homicidio era la causa más frecuente y regular de la "inimicitia", fueron las lesiones y heridas los delitos por los que con más constancia se aplican en las fuentes, penas inferiores y, especialmente, económicas ⁵⁰.

50 Hinojosa, *Elemento germánico*, pág. 26, resalta el paralelismo entre la gradación de lesiones y heridas de nuestra Alta Edad Media y las que establecen los derechos populares. Los "Ungefährweke", hechos en que típicamente se excluía la mala intención, constituyen en los Derechos germánicos la categoría más numerosa de delitos sancionados con simple composición pecuniaria. Cfr. Brunner, D. R. G., I², págs. 216 y ss.; II², pág. 718; Schwerin, ob. cit., páginas 31 y 101. Los documentos de aplicación del derecho presentan huellas de la vigencia del sistema de composiciones por los delitos de heridas, ofreciendo buena prueba de su efectividad en la vida real: *Portugaliae Monumenta historica, Diplomata et Chartae*, I, Olisipone, MDCCCLXVII; pág. 324, doc. núm. DXXVIII, A. 1075: "In dei nomine ego didago olidici in domino deo eterna salute Amen. Ideo plaguit mici bone pacis et uoluntas ut damus ad uobis tructesindo gutierrici et uxor uestra guntrode nostra rratione de ecclesia uogabulo sancta marina... damus ad uobis illa pro plagas et feridas malas que fecemus ad uestros mallados et non habruimus unde illas peitare..."; pág. 376, doc. núm. DCXXIX, A. 1084: "In Dei nomine ego donam gumzaluici et uxor sua maria in domine Deo salute eterna Amen. Ideo plaguit nobis bone pacis et uoluntas ut faceremus ad uobis gumzaluio gutierrici et uxor uestra geluira sigul et facimus karça firmitatis... damus ad uobis de ereditate quos fuit de mater

La gradación de la importancia de estos delitos realizase con criterio fundamentado, esencialmente sobre el elemento objetivo; es éste, sin duda, uno de los aspectos de nuestro sistema penal de la Alta Edad Media en que más tenazmente influyen los principios de la responsabilidad por el resultado. Las circunstancias externas del hecho son el factor determinante de su mayor o menor gravedad y para fijarlas acuden las fuentes a las más variadas distinciones; considérase a veces el modo como se cometió el delito o las armas empleadas: se distingue la lesión "cum pugno clauso" de la que se infirió "manu aperta", calificada de más leve, y en otros textos la escala de gravedad la constituyen las heridas "con punno o con coces", "con palo o con fuste" y "con cochiello"⁵¹; otras fuentes siguen distintos criterios: medida de gravedad de la lesión era en algunas el que ocasionara o no derramamiento de sangre, y a veces que ésta llegara al suelo, "sangre que estieyllen en tierra"⁵²; en otras, que el agredido hubiera caído

mea teodilo IIII integra... pro illo peito de illas feritas que fecimus ad aluito fafilaci et non abemus unde illas peitare..."

51 *Port. Mon. hist. Leg. et. Con.*, I, pág. 352, Constantim de Panoias, 1096: "... Et qui percusserit hominem eum pugno clauso pectet XIII^{um} denarios. Et de manu aperta V solidos..."; cfr. pág. 350; Guimaraes, pág. 381; *Mesao Frio*, 1152; *Ledesma*, 401: "Quien firir aiugero o amancebo, con punno o con coces, o messar, peche III morauis; o si lo ferir con palo o con fuste, peche LX soldos; e si lo firir con cochiello firida de que omne non muerra, peche C soldos". Muñoz, pág. 437, *Medinaceli*: "Qui feriere con armas vedadas, si pasare, peche XX mencales, et LX sueldos a los alcaldes; et si non parare XV mencales..."

52 Muñoz, pág. 10, *Escritura de fundación del Monasterio de Santa María de Obona por Aldegastro, hijo del Rey Silo, 780*: " Et si forte aliquis ex istis socium fratrem percusserit pugno, vel manu, aut virga, vel aliquo ligno, aut ferro ita ut non effundat sanguinem, solvat quinque solidos, et tres flagellas accipiat. Si autem eum percusserit, aut sanguinem effundat, reddat decem solidos, et quindecim flagellas accipiat. Si forte in ipsis, brachium vel aliquod ex membris fregerit, reddat triginta solidos, et viginti flagellas accipiat..."; pág. 331, *Arguedas, 1092*: "... Et mando por colonia de cada ferida, sin sangre, que peyte 5 sueldos; et de ferida con sangre, que

o no ⁵³, y nuevos criterios son todavía el número de huesos cuya ruptura se hubiese originado, las “pulgadas de cardeno” producidas ⁵⁴, que el arma hubiera o no atravesado el cuerpo del herido ⁵⁵ y aun la parte del cuerpo que hubiera sufrido la lesión, siendo más grave la recibida en miembros que no

estieyllle en tierra, diez sueldos...”; pág. 336, Logroño, 1095: “... Et in super de hanc populates de ibi percusserit alium qui faciat sanguinem, pectet decem solidos, medios in terra; et si percusserit eum et non fecerit sainguinem V solidos, medios in terra”. *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 403, Arganil, 1175: “... Ferida qui fuerit grande de capite et exierit sanguine per suo pecto et per terra I^o morabatinum si fuerit de rascadura aut minor nichil...” Menéndez Pidal, *Doc. lings.*, pág. 276; Fuero de San Leonardo, dado por el Abad de San Pedro de Arlanza (A. 1220: “... hy si firiere de piedra hode palo hont sangre isiere, pedie V^o morabedis; hy si sangre non ysiere, peche un morabedi”.

⁵³ *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 381, Mesão-Frio, 1152: “... De ferida per quem cadat VII solidos et medium”; Cuenca, XII, 5: “De eo qui alium violenter impulerit. Item quicumque alium indignanter impulerit pectet duos aureos; si forte ex vi impulsionis ceciderit, pectet decem aureos; si autem livores inde evenerint pectet triginta aureos...”; cfr. Zorita, 276.

⁵⁴ Zamora, 67: “De cabaneros... E se ferida le dieren que paresca osso, pechele XXX ss., e cada osso quell sacaren dos ss. e quatro d. a escogeta del ferido...”; Muñoz, pág. 248, Alquezar, 1069: “... Et de ferida calonia V solidos; et si tale fuerit ipsa ferita, quod osos inde habeant atrahere per primum osum peitet V solidos, et per alios quantos fuerint pro unoquoque peitet XII denarios...”; pág. 437, Medinaceli: “... Qui firiere a otro con palo o con piedra et non ficie-re libores et ficie-re cardeno, peche X mencales et LX sueldos a los alcaldes, et cada pulgada de cardeno peche I mescal...”

⁵⁵ *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 391: “...Et qui dedit lanzada uel cuitellada et exierit de una parte ad alia pectel CCC solidos ad rancuroso et si non pasar de alia lato pectet LX^a solidos a rancuroso...”; Muñoz, pág. 473, Encisa, 1129: “Et calonia de plaga qui fuerit passata de parte in partem X solidos. Et de plaga, unde sanguinem exierit, V solidos”. Menéndez Pidal, *Docs. lings.*, pág. 276; San Leonardo, 1220: “... hy todo achel homne che de fierro firiere hy passared de part en part, che peche X morabedis. El qui firiere de fierro hy non passare de part en part, peche V^o morabedis...”

cubría el vestido, "in discoperto", que la herida "in coperto"⁵⁶.

Al objeto de fijar, con arreglo a tales criterios, la gravedad del delito en el caso concreto, establecen algunas fuentes una formalidad especial, el "apreciar" o "aprobar" la herida o lesión. Realizase mediante la presentación del agredido ante las personas determinadas por la ley, el alcalde en el Libro de los Fueros, los "apreciadores de conceio" en el Fuero de Lara⁵⁷, que señalaban la cuantía de la multa o composición a pagar en aquel caso. Algún texto aclara expresamente que no podía exigirse la pena pecuniaria por lesiones que no hubieran sido objeto de esta solemnidad⁵⁸.

56 Zamora, 13: "De quien fier a otro enna cara. Omne que ferir a otro ena cara, pechele XXX ss. e un mr... E se lo ferir en todo so cuerpo o en sua cabeça, peche de cada ferida V ss."; 15: "De quien amensasa a otro con armas. Eselo ferir con armas en sua uestidura que lioures parescan, peche XXX ss.; e selo ferir con armas enso cuerpo que lioures parescan de sangre, peche XXXI mbr. ..."; Muñoz, pág. 437, Medinaceli: "Qui libores feciere en cara de otro pechelas dobladas..."; pág. 577, Peralta, 1144: "... Et si vicino ad vicino maliaret, è fecerit livorem in discoperto pectet X argenteos de quaque una libore, et si fuerit in coperto VIII argenteos..."

57 *Libro de los Fueros*, 37: "Titulo de las feridas de asta o de fierro. Esto es por fuero: que omne que se apreciare al alcalle dela pertigua del aguiada o del asta dela lança o del astil del ascoua o del dardo e non del fierro o de otro qual quier fuste quier, de cada golpe peche cinco sueldos. Et de fierro veynte sueldos. Et en la cara pena doblada..."; 50: "Titulo de omne que se viene apreciar al alcalle, Esto es por fuero: que sy omne que se viene apreciar et dise el alcalle: "¿quién te firio", et el dise: "un omne", e demandal el alcalle commo le disen, et el responde: "non se", deuel luego el alcalle conjurar; quel omne que vinie luego ante el alcalle luego deue nombrar quien lo ferio et mostrar gelo al alcalle quel vea en aquel logar..."; P. Luciano Serrano, Arlanza, pág. 176, Fueros de Lara, 1135: "... Hominem qui fuerit verberato vel placato, videant illum apreciadores de conceio; et quale calumpnia mandaverint illos apreciadores pectare, pectet quarta parte et illas tres in terra cadant..."

58 *Fuentes para la Historia de Castilla, por los PP. Benedictinos de Silos*; I. P. Luciano Serrano, *Colección diplomática de San Salvador de el Moral*, Madrid, 1906; pág. 24, Fueros de Palenzuela de 1074: "... Si homo de Palenciola fecerit livores et apreciati fuerint pectet el quarto; et si apreciati non fuerint, nichil det..."

Hay que advertir, finalmente, que las heridas y lesiones se consideraban delitos de composición siempre que no provocaran la muerte de la víctima; si ésta llegaba a producirse, el efecto inmediato era convertir el hecho en uno de los delitos sancionados con la "inimicitia". Un texto del Libro de los Fueros es particularmente significativo: si el que fué herido viniera más tarde a enfermar y muriese, debe el alcalde que apreció la herida examinarla de nuevo, pues si no estuviera aún cicatrizada, "sy por uentura non fuere la llaga çerrada nin encorada", sobre el autor de aquélla recae la responsabilidad de la muerte y le alcanzan todas las consecuencias que ordinariamente se derivan de la enemistad⁵⁹.

Lugar relevante entre dos delitos con sanción pecuniaria ocupan también aquellos que se dirigen contra la propiedad privada. Precuentísimas son las disposiciones de las fuentes en que aparecen penados con multa los daños causados en bienes y heredades ajenas⁶⁰. Respecto al robo y hurto no se sigue un criterio uniforme, pues mientras se encuentran testimonios de su sancionamiento con penas meramente económi-

59 *Libro de los Fueros*, 27: "Titulo de los feridos de muerte. Esto es por fuero: que todo omne ferido et sy vinier apreciar se al alcalle, et despues viene a tiempo que es meiorado, et syl prisiere otra malutia e muriere dello, quel vaya el merino las calonnias demandar. Et los parientes del muerto quel demanden la enemistad. Et deue ir el alcalle quelo apreçio veer la llaga; et sy por ventura fuere la llaga cerrada encorada non deue pechar omesidio nin seer enemigo. Et si por ventura non fuere la llaga cerrada nin encorada, deue pechar el omesidio e seer enemigo". Hinojosa, *Documentos*, página 66. Fuero de Pozuelo de Campo, 16: "Et si non morierit pectet livores quas fecit..." Estos textos revelan claramente que las heridas se sancionaban como tales, pecuniariamente, siempre que no llegaran a originar la muerte del que las sufrió.

60 Como ejemplos del sancionamiento por medio de multas de los daños causados en propiedades ajenas, pueden confrontarse, entre muchos otros, los casos referidos en los siguientes textos: Cuenca, II, 7, 8, 28; III, 20, 21; IV, 14; V, 15, 18; VIII, 15; Zorita, 22, 23, 66, 67, 109, 165; Usagre, 3, etc.

cas⁶¹, otras noticias presentan estos delitos como de máxima gravedad y los equiparan a muchos efectos con la "traycion"⁶².

61 Muñoz, pág. 537, Daroca, 1142: "... Si quis vicinum suum de furto sibi facto suspecta habuerit... si voluerit actor escrutetur dominus rei, praenominata tamen re, quam perdiderat coram iudice, aut vicinis; et si invenerit ibi rem praedictam dominus domus pectet illa eum novenis..." Juan Antonio Llorente, *Noticias históricas de las Provincias Vascongadas*, III, Madrid, 1807; pág. 426. Fuero de Sepúlveda, de Alfonso VI, de 1.º de noviembre de 1076: "... Qui escondriñare voluerit pro furto, vadat ad iudicem, et petat ei sayon de conceyo, et escondrinet; et si illo ibi fallaret, vel audiverit, solbat arenzaticum pro furto et novenas ad palacio..." En los casos de "furtum", a que hacen referencia los documentos insertados a continuación, la pena que correspondía por el delito era también de carácter netamente pecuniario: Fray Romualdo Escalona, *Historia del Real Monasterio de Sahagún*, Madrid, MDCCLXXII; pág. 434, documento del año 898: "Ego Ranimirus abitante in Villas quas vocitant kaskarella et levavi me exinde et furtavi kavallo ad Fratres Estevano abitante in Sancta Eugenia valente 2X^a solidos et fugi cum illo ad alia potestate et adprenderunt me frates de Domnos Sanctos et fecerunt iudicium contra me et fecit manifestum quia furtavi ipsum kavballo valente 2X^a solidos et non habui unde pectare ipsum quia furtum erat gravissimum et per omnes bono que rogaverunt pro me habuerunt supra me pietatem fratres de Domnos Santos..."; *Port. Mon. hist.*, Diplom. et Ch., I, pág. 471, doc. núm. DCCLXXXIV, del año 1093: "In dei nomine. Ego iudacino placui mici per bone pacis et uoluntas que de a uobis gunzaluo luci et uxori uestre donna unisco ereditate mea propria que abeo de auiorum et parentum meorum de ipsa ereditate viii^a et abet iacentia ipsa ereditate in uilla apetratos subtus mons condoua discurrante ribulo auizella territorio portugalense. do a uobis ipsa ereditate pro furtu que ego feci in uestra terra et peitastes uos pro mi XXX solidos..."

62 B. R. A. H., t. 76, A. 1920; pág. 231, Víctor Fernández Llera, Fuero de San Emeterio, dado por Alfonso VIII en 11 de julio de 1187: "... Traditor probatus et fur cognitus sit in iudicio merini et Concilii et omnia bona illorum sint abbatis..."; Ledesma, 114: "De ladron. Ladron o traydor no se anpare en yglisia". Como consecuencia de esta equiparación, el ladrón era tratado con el mayor rigor y llegó a ser sancionado con la muerte: Manuel Albareda Herrera, *Fuero de Alfambra*, Madrid, 1926, 13: "De furto de X solidos en susso... Si un uecino aura sospecha de otro quel aya furtado alguna cosa uaya con el iudez a su casa et escondrinnela et si tro-

Para terminar el examen de los tipos más revelantes de delitos con sanción pecuniaria, deben mencionarse aquellos que, produciendo de ordinario el quebrantamiento de la paz, se hallasen afectados por algunas atenuantes que determinaran una modificación de tales efectos; pudo ya observarse cómo eran tomadas en consideración por numerosos textos las circunstancias que revelaban falta de voluntad criminal en el autor. La consecuencia de esta apreciación se manifestó en la calificación del hecho, y fué causa suficiente para convertir en delitos de composición aquellos mismos que normalmente originaban enemistad⁶³.

III.—RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO POR LOS DAÑOS QUE CAUSARAN SUS ANIMALES Y COSAS

Es principio peculiar de los sistemas penales rudimentarios el de que por los daños que causaran animales y cosas alcanzase a su dueño una responsabilidad. Considéranse unos y otras como prolongación en cierto modo de la misma persona del propietario, y ello motiva que sobre éste recaigan, aunque mitigadas generalmente en su alcance, las consecuencias que se derivaban de aquellos daños. Nuestras fuentes medievales encierran preciosas noticias sobre esta responsabilidad, y permiten apreciar el desarrollo que experimenta, paralelo a la

baran el furto sea iusticiado como ladron..."; Libro de los Fueros, 273: "Titulo de una fasannya en commo entro Pero, fijo Johan grande, afurtar en casa de dona Maria, muger de Pero Johan. Esto es por fasannya: que Pero fijo de Johan grande, alcalde, hermano de don Franco, entro afurtar en casa de dona Maria, muger que fue de don Pero Johan, e quiso furtar unas maletas a unos alemannes. Et los alemannes trauaron del e fisieron apellido e llegaron y muchos omnes dela villa; et era de noche e prisieron le a otro dia e leuaron le ante los alcalles et los omnes buenos et iusgaron quel enforcassen por eso e porque auya mal testimonio del; et enforcol su padre et sus parientes, et ellos trauaron la sogá fasta que fue muerto".

63 Cfr. los textos insertados en la nota 14.

evolución general del pensamiento jurídico. Procede aquí examinar separadamente los dos aspectos enunciados para mejor apreciar sus propias características.

§ 1. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE ANIMALES.

Los daños causados por el animal fundamentaron, según las más remotas concepciones jurídicas, una responsabilidad que, en su origen, debió recaer directamente sobre él mismo⁶⁴. Buena prueba de ello es la idea de venganza hacia el animal, consecuencia de su relativa personificación, de la que se encuentran abundantes huellas en los derechos germánicos, y que corresponde, según von Amira, a un estado cultural en que la lucha contra él se sentía como algo todavía vivo⁶⁵. El testimonio de nuestras fuentes parece confirmar estas aseeraciones; en efecto, ideas de venganza hacia los animales y de atribución de una responsabilidad por sus propios hechos, revelanse en alguna de ellas y, especialmente, en viejos textos aragoneses y navarros que figuran entre aquellos de nuestra Alta Edad Media, que acusan un fondo más arcaico⁶⁶. Una compilación privada de Derecho aragonés refiere minuciosamente los detalles de la venganza ejecutada contra el "cane

64 Según Planitz, el animal podía responder de sus hechos, no sólo bajo el aspecto penal, de ser objeto de la venganza, sino también, y especialmente en momentos posteriores, bajo un aspecto económico, de procurar satisfacción al perjudicado por los daños que le ocasionó; esta idea constituye el fundamento de la "Schüttung", prenda del animal, por daños que causó en los campos, radicalmente distinta de la prenda por deuda. Cfr. Hans Planitz, *Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht*, 1912, pág. 370.

65 Von Amira, *Thierstrafen und Thierprozesse*, en las *Mitteilungen der Instituts für österreichische Gerichtsforschung*, XII, 1891, página 583; Planitz, ob. cit., pág. 350.

66 Acerca del primitivo fondo común del Derecho navarro-aragonés, consúltense en el A. H. D. E. los trabajos de Ernesto Mayer, *El origen de los Fueros de Sobrarbe y las Cortes de Huarte*, III, 1926, págs. 156 y ss., y de Konrad Haebler, *Los Fueros de Sobrarbe*, XIII, 1936-41, págs. 5 y ss.

que momorderit ad hominem”⁶⁷; el Fuero General de Navarra habla de que si un animal da muerte a otro, “la bestia que mata es homiziera desta bestia muerta”⁶⁸; y la Recopilación de Fueros de Aragón llega a establecer una eximente para el perro que matara a otro, y era la de que le hubiera dado muerte a propósito de alguna perra con la que estuviera emparentado, “super perram que sit sua consors, que est cuasi uxor, aut sua germana”⁶⁹.

Mas el criterio ordinario de nuestras fuentes medievales era establecer una responsabilidad que recaía sobre el dueño del animal. No le alcanzaban las consecuencias de índole puramente penal que se derivarían de la acción si la hubiera cometido personalmente y, ante todo, la pérdida de la paz o los castigos corporales, ya que dábese por sentado la presunción de su involuntariedad; pero debía sufrir los efectos de tipo económico, abonando las multas y composiciones que por los daños originados correspondieran⁷⁰. El sistema más difundido

67 A. H. D. E., I, pág. 401, *Compilación privada de Derecho aragonés*, 10: “De cane qui momorderit ad hominem que est sua calonia. Quod ligent illum canem ad una estacha cum una soga de duas braças in loco amplo, et ad nouem passadas, que sint contiunales, que non sint grandes, que tiret el clamant cum lancea uel cum axquona, et si lo potest ferire uadat por ferido; sin autem que se partat de illo; et tribus uicibus quod tiret”.

68 Ilarregui y Lapuerta, *Fuero General de Navarra*, Pamplona, 1869. Lib. V, tit. IV, cap. XIV: “Si una bestia a otra matare, la bestia que mata es homiziera desta bestia muerta”. B. R. A. H., tomo XXXVII, 1900; pág. 371, Narciso Hergueta, Fueros de Viguera y Val de Funes, 22: “Otrossi, si alguna bestia matare buey dalguno o si quiere diez bueyes nol deben dar sino es la bestia que fizo el daynno. Si el buey matare al ome daran al mesmo el buey homiciero”.

69 A. H. D. E., II, pág. 505, *Recopilación de Fueros de Aragón*, 62: “De morte canis.—De morte canis. Si occidit unus canis alium super perram que sit sua consors, que est quasi uxor, aut sua germana, non habet caloniam; sed si interficiat super aliam perram habet caloniam aut oportebit dare illum homicidam”.

70 También los Derechos germánicos, al calificar la responsabilidad del señor por los daños que causaron sus animales, establecen la presunción de la involuntariedad; considéranse por ello

do fué el de conceder al propietario un derecho de opción ante el abandono del animal causante del daño y el pago de la multa que como sanción pecuniaria se le impusiere ⁷¹. Otros textos, en cambio, imponen, con carácter obligatorio, la entrega del animal ⁷². La peligrosidad de éste, reconocida y declarada con anterioridad, podía originar la agravación de la pena económica que se imponía al dueño ⁷³.

como uno de los supuestos típicos del "Ungefährwerk", y la sanción que se le impone es de índole puramente económica. Cfr. Wílda, ob. cit., págs. 588 y ss.; Brunner, D. R. G., 1^o, pág. 217, y II^o, págs. 728-29; His., *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 18..

71 Muñoz, pág. 442, Medinaceli: "... de can qui ombre matare, si el can podiere dar, non peche por ende nada, si el can non diere peche al rey omicidio plano, cuya vestia, qual quisiere buey, o vaca, ombre matare, si el danador diere, non peche nada; si nol diere peche LX sueldos..."; Teruel, 40: "De bestia que hominem occiderit. Item sciendum est quod si aliqua bestia alicuius hominis hominem occiderit et probatum fuerit dominus bestie pectet calumpnias homicidii aut det dampnatorem et hoc sit in electione domini bestie illius aut dare pectum uel dampnatorem tam pro morte quam pro alio dampno"; cfr. Cuenca, XI, 5; Zorita, 352; Soria, 509: "Si ganado o bestia de alguno, como thoro o vacca o otro ganado o cauallo o otra bestia, matare a alguno, quier sea suelto quier non, el sennor de la bestia o del ganado de al dannador o peche el precio que ualiere"; Alcalá, 16: "Bestia o todo ganado qui a otra matare pechela, o den el dannador..."; *Port. Mons. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 408, Santarem, 1179: "... Si equus alicuius aliquem occiderit dominus equi pectet aut equum aut homicidium quod horum domino equi placuerit..."; cfr. pág. 413; Lisboa, 1179, pág. 417; Coimbra, 1179.

72 Muñoz, pág. 539, Daroca, 1142: "... Si bestia alicuius, vel canis, vel quodlibet animal occiderit aliquem, dominus eius non pectet homicidium, nec aliam calumpniam, sed perdat bestiam, si inquisitum fuerit dum illa habuerit..."; Alba, 104: "Boi o uaca o porco, quilo ouiere e acriazon de su casa matare, non peche omizilo ninguno, nin pierda su ganado. E si a omne o amuler de fuera de su casa matare, pierda el ganado, e non peche homezilo ninguno".

73 Ledesma, 229: "De can que omne morder. Can que omne morder, peche su duenno XXX soldos; e se su duenno dixier: non quiero pechar por ella, meta el can en mano del rancuroso bien preso, e faga delle su voluntad. E si el can fuer testado en conceyo, e despues omne morder, peche su dueno LX soldos..."; alusiones a la pe-

Llena de curiosidad está, por fin, la distinción que establecen algunos textos entre el animal, en sentido genérico la "bestia muda", y el perro⁷⁴; suponen en éste una inteligencia y un discernimiento de que aquélla carece, y ello les lleva a señalar una sensible diferencia en el tratamiento penal; y así, mientras ninguna responsabilidad se derivaba para el propietario por los daños que causara la "bestia", el trato dispensado al perro era mucho más severo y se daban con todo su alcance aquellas obligaciones de entregarle o satisfacer por él, que las fuentes más arriba aludidas establecían para todos los animales que causaran daños⁷⁵.

§ 2. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS QUE ORIGINARAN OBJETOS INANIMADOS.

La consideración como delito de los daños producidos por cosas u objetos inanimados, responde a una estructuración jurídica de aquel que toma como base la idea de la responsabilidad por el resultado. El daño se juzga, según ella, como el

ligrosidad del animal como agravante de la responsabilidad del propietario encuéntranse también en Derecho germánico; cfr. *His, Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 19.

74 La denominación "bestia muda", aplicada al animal en cuanto es un sujeto privado de discurso, se encuentra difundida en varios derechos: "muta res" le llama el Derecho longobardo; "beste mue" un antiguo jurista francés, y como de "ein stummes Ding" llega a hablar de él una fuente flamenca del siglo XIII. Cfr. Brunner, *D. R. G., F.*, pág. 217.

75 Molina: "De bestia. Ninguna bestia muda non aya omicidio nin calonna, sacado el can". La diferencia de trato aparece también con evidencia en el Fuero de Alfambra; 61: "De perro que matare a omne. Si perro ninguno matara a omne, el sennor del perro done el perro por omiciero el perro viuo estando o si non quisiere dar el perro, pague el omicidio, et si el perro non es non responda por el..."; 62: "De mordedura: Si perro mordra a omne et mora el omne et sea prouado el sennor del perro peche el sanar de las plagas o de el perro al clamant"; 69: "De bestia que matare a omne. Ninguna bestia que matare a omne non peche omicidio nin pierda la bestia su sennor".

factor de máxima relevancia, mientras no se aprecian aún, al menos en todo su alcance, los elementos subjetivos determinantes de la voluntariedad del hecho.

De acuerdo con esta concepción, era preciso, ante la existencia de un daño real, de un delito, derivar las consecuencias que el hecho en sí originara, y a nadie podían alcanzar con más razón que al propietario, a quien la cosa estaba ligada del modo más íntimo. Que aquél fuera o no culpable del daño era circunstancia hasta cierto punto indiferente para que le correspondiera una responsabilidad.

Interesantes son las noticias que acerca de los daños producidos por las cosas se encuentran en el Derecho de nuestra Alta Edad Media. Las que acusan fondo más primitivo hacen nacer, por el hecho fortuito, una responsabilidad para el dueño de tipo puramente económico, ya que, con más fuerza aún que en el caso de daños de animales, estaba aquí fundada la presunción de la involuntariedad ⁷⁶. A estas ideas responden las "fazañas" estudiadas cuando se trató la responsabilidad por el resultado en el capítulo consagrado a la influencia de los elementos objetivo y subjetivo en el delito; imponiase allí al señor de la cosa el pago de la sanción pecuniaria que por el hecho en sí correspondía, el homicidio en caso de muerte ⁷⁷. Uno de los "juicios" de Sancho Nuno, que complementan los Fueros de Figuera y Val de Funes, concreta, en cambio, aquellos efectos económicos en la obligación por parte del propietario de entregar la cosa que hubiera originado el delito: "Toda cosa que mate a hombre debe homicidio"; y este principio

⁷⁶ Los daños originados por las cosas de modo casual constituyeron desde antiguo en los Derechos Germánicos supuestos típicos de "Ungefährwerke". No se consideraba culpable al propietario, pero debía satisfacer la sanción pecuniaria que correspondiera por aquellos daños. De esta obligación pudo librarse generalmente mediante la entrega del objeto al perjudicado o a sus parientes en caso de muerte. Cfr. Brunner, *D. R. G.*, I², págs. 217-19; II², pág. 730; *His. Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 19-20.

⁷⁷ Cfr. las notas 7 y 8.

no sufre excepción alguna, cualquiera que sea la especie de aquélla: "Si la paylla lo mata al ome, la paylla por homizidio" ⁷⁸.

Mas, como ya se vió, son muy raros en nuestras fuentes los testimonios de una aplicación estricta de los principios de la responsabilidad por el resultado y, concretamente, en los supuestos de daños originados por cosas. Sus huellas nos llegan principalmente a través de noticias que, al excluir la existencia de aquella responsabilidad, atestiguan su vigencia en momentos anteriores ⁷⁹. El criterio más difundido y que corresponde a un ulterior estadio de la evolución jurídica fué el de exigir en el propietario de la cosa un determinado grado de culpa o negligencia para que pudieran imputársele los daños por ella ocasionados. Así, quien debiera derribar árbol o pared estaba obligado a dar aviso a los que se hallaran en las cercanías para que se pusieran a seguro, y de no hacerlo

78 B. R. A. H., t. XXXVII, 1900, pág. 451, Hergueta, Adición a los Fueros de Viguera y Val de Funes: Juicios de Sancho Munio, 25: "Toda cosa que mate a hombre debe homicidio, si la mueylla mata al ome, la mueylla por omizidio; si la bestia mata al ome, la bestia por homicidio. Si el buey mata al ome, al buey por homizidio. Si el puerco mata al ñome, el puerco por homizidio. Si la paylla lo mata al ome, la paylla por homizidio, et assi de las otras cosas".

79 Alba, 104: "Casa ni pozo ni azena de molino ni filo ni pared ni cuba ni madera ni perga de uiga que omne matare, non peche omezilo su dueno ni lo pierda..."; Menéndez Pidal, *Docs, lings.*, pág. 215, Fuero de las Quintanillas, A. 1219: "... Que ningun omne que mojra so parede o agua, o quel mate bestia ol queme fuego, o que sea echado en termino, o padre o hermano quel mate por ocazion, e dotras ocaziones que jazen j mochas, que non sean pechados, j el uezino quil matar peche C sueldos..."; pág. 217, donación de la Abadesa de las Huelgas de heredades en Terradillos a Juan de Villafarret y otros, A. 1220: "E por esta fazendera sobrescripta que fagades uos a nos cadanno, que seades quitos de fonsado et de todos los otros pechos que a nos pertenecen, fuera de moneda quando acaciere et omeçillo callonado; si acayere de fuego o de agua o de pared que cae en tierra o omne muerto liorado que eche en nuestro termino, que tales omeçillos como estos que non los pechedes..."; cfr. los textos insertados en las notas 9 y 10.

convertiase en responsable de las lesiones o muertes que se pudieran originar ⁸⁰. Otros textos conceden a todo vecino el derecho de dirigir una solemne amonestación al dueño de la casa o muro que amenazara ruina para que pusiera el oportuno remedio e hiciese desaparecer aquel peligro público. La advertencia debía hacerse en forma notoria, con las solemnidades prescritas, que eran en unos fueros la presencia de testigos y en otros la de los funcionarios públicos del municipio, el juez y los alcaldes ⁸¹. Una vez efectuada, hacíase al propietario remiso plenamente responsable de los daños que pudieran acaecer; y esa responsabilidad no se limitaba al aspecto económico, sino que revestía los mismos caracteres que la derivada de los actos netamente voluntarios: los perjuicios y lesiones que, "post ammonitionem", provocara la cosa debían abonarse doblados, y por las muertes incurría el dueño en todas las sanciones propias de la "inimicitia" ⁸². Mas pue-

80 Soria, 500: "Quien arbol taiare oparet derribare o otra cosa semeiable, ssea tenido delo decir a los que estan aderedor que se guarden; y si gelo dixiere y se non quisieren guardar y el arbol o la paret cayare y matare offziere otra lision, non ssea tenjdo de la lision njn de la muerte njn del danno que por end uino. E si lo non dixo ante que lo taiasse o lo derribasse, ssea tenjdo de la muerte o de la lision."

81 Muñoz, pág. 540, Daroca, 1142: "... Si quis metum habuerit, quod domus vel paries alterius corruat, et damnum illi faciat, ostendat illam domino domum coram testibus, et si postea damnum aliquod illi fecerit, restituat ei totum damnum: si hominem occiderit pectet homicidium..." Alcalá, 283: "Ome o bestia o ganado qui caiere en pozo. Ome o bestia o ganado qui caiere en pozo o en canal de molino o de açenna e hy muriere, o la matare pared, non peche dueno del pozo ni de molino ni de açenna ni en font ni de pared nada, e non responda por elo. Pared o casa que mas alta soviere que el otro su aledana, e soviere malamiente por caer, faganle testigos e abaxela tanto que non faga nemiga; e si... non la quisiere adobar como non faga mal e caiere e nemiga fiziere, pechelo so duenno."

82 Cuenca, VI, 9: "De eo qui ruinam alicuius rei temuerit. Item quicumque ruinam parietis, aut domus, aut trabis, aut incendium vicinae domus timuerit, moneat dominum parietis, vel domi, vel trabis cum iudice et alcaldibus sive in concilio, ut parietem eiciat, aut tra-

de bien advertirse que es la apreciación del momento subjetivo y no la pura materialidad del daño lo que inspira fundamentalmente estas disposiciones.

IV.—RESPONSABILIDAD POR DELITOS AJENOS

La sociedad medieval presenta ante nuestros ojos una estructuración basada sobre dos grupos naturales, cuya personalidad acusa en ella rasgos de robustez extraordinaria: la familia y el municipio. Lejos aún el momento de formación de los modernos Estados, la idea y el sentimiento de la nación, como suprema comunidad política, no ha llegado todavía a una concreción definitiva; el territorio se encuentra dividido en múltiples círculos jurídicos, entre los cuales las condiciones de la época imponían un alto grado de aislamiento e independencia, y en tales circunstancias fué lógico que las comunidades menores, la familiar y la vecinal, en cuyo ámbito se desarrollaba la vida del individuo, alcanzaran una relevancia decisiva en el campo del Derecho.

Carácter distintivo de ambas comunidades fué su cohesión y el notable desarrollo que en ellas alcanzó la idea de la soli-

bem aut suffulciat, aut custodiat. Et post ammonitionem si paries vel illud, de quo monitus fuerit, aliquod dampnum fecerit, pectet illud dupplatam. Si forte hominem occiderit post ammonitionem, pectet calumpniam dupplatam, et exeat inimicus in perpetuum...". Soria, 501: "Quien de caymiento de paret o de casa o de viga, o de encendido de casa de alguno se temjere, digagelo al sennor dela casa o de la paret o dela viga con omnes buenos que la adobe y que la guarde porque non uenga ende danno. Et si despues del amonestamiento la paret o la casa o aquella cosa de que fue amonestado algun danno ffiziere, pechelo todo doblado; y si por auentura omne matare, quier aquel que gelo amonesto, quier otro, peche el omezillo y salga por enemjgo. Ca ante del amonestamiento nninguno non ha de pechar calonna por omne nj por bestia que la paret ola casa o el madero ola otra cosa ffiziere o matare, o en pozo o en ffoyó cayere o en otra casa semeiable..."; cfr. Teruel, 279; Zorita, 121,

daridad existente entre sus miembros⁸³. HINOJOSA, en sus "Estudios", examina las manifestaciones más significativas que aquella originaba entre los vecinos de un mismo municipio⁸⁴, y en "La comunidad doméstica" traza un bosquejo de la constitución familiar basada sobre tales principios; llena de interés está también, en lo que se refiere al segundo punto, la reciente obra de BRAGA DA CRUZ "O direito de Troncalidade", que constituye una valiosa aportación para el estudio de nuestra sociedad doméstica en la Alta Edad Media⁸⁵.

Notorias son las diversas formas en que se manifiesta la solidaridad familiar y la vecinal; la primera ejerce una influencia marcadísima en el sistema penal de la época y constituye la base del procedimiento punitivo por medio de pérdida parcial de la paz que concedía a los parientes de la víctima, como colectividad, el derecho de venganza contra el autor del delito. La solidaridad entre los miembros de un concejo originaba, ante todo, el deber de ayuda mutua en favor del necesitado de auxilio, que encuentra su manifestación clásica en el "apellido".

Mas es otro aspecto de la solidaridad doméstica y municipal el que interesa especialmente al objeto de nuestro estudio: las noticias de las fuentes revelan que el delito de uno de los miembros de tales comunidades originó con mucha frecuencia el nacimiento de una responsabilidad que alcanzaba subsidiariamente a los demás componentes de ellas. El principio de responsabilidad por delitos ajenos aparece am-

83 Esta misma idea de solidaridad existe ya viva entre los habitantes de un mismo territorio o aldea, aun antes de la aparición, en el siglo XI, del régimen municipal y de la delimitación plena de aquellos círculos jurídicos como consecuencia de la atribución al concejo de una jurisdicción propia. Acerca del régimen anterior al municipio, cfr. Eduardo de Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903, págs. 14 y ss.

84 Hinojosa, *Estudios*, pág. 43.

85 Hinojosa, *La comunidad doméstica*. Guillermo Braga da Cruz, *O direito de troncalidade*. Coimbra, 1941.

pliamente reconocido, aunque a través de los textos puedan seguirse las alternativas que sufrió en su aplicación, y la diversidad de criterios imperantes en los distintos ordenamientos jurídicos locales. Pero debe advertirse que las consecuencias de aquella responsabilidad que afectaban a familiares y vecinos ceñíanse, por lo general, a un campo simplemente económico. HINOJOSA aporta algunos testimonios en que también la venganza se extiende a los parientes del autor de un delito de sangre, del "inimicus" ⁸⁶; mas son noticias muy raras, reveladoras, sobre todo, de una aplicación práctica excepcional, quizá más frecuente en momentos anteriores, pero que no llega a constituir elemento de relevancia en el conjunto del sistema penal de la época, tal como aparece a través de las fuentes llegadas hasta nosotros. Coinciden éstas, de modo casi unánime, en fijar la índole económica de aquella responsabilidad, como podrá verse seguidamente.

Vamos ahora a examinar por separado los efectos de aquel principio de responsabilidad por delitos ajenos en la comunidad familiar y vecinal para mejor apreciar el influjo y la trascendencia que alcanzó en nuestro campo.

§ 1. RESPONSABILIDAD ENTRE LOS MIEMBROS DE UNA FAMILIA.

La idea de la comunidad doméstica constituye el fundamento de la responsabilidad colectiva que existía entre los miembros de la familia. Aparece integrada aquella sociedad por la coexistencia de una serie de factores y especialmente por la comunidad de vida, de habitación y de bienes que se daba entre sus miembros y que originó su consideración como entidad jurídicamente significativa. Y este hecho es el punto de arranque del principio de la responsabilidad solidaria: la identificación de vida en todos los aspectos, sintetizada en el Fuero de Uclés con términos precisos que abarcan los varios supuestos posibles: "qui remanserint in una casa, qui in uno

⁸⁶ Hinojosa, *Elemento Germánico*, pág. 64.

sederint”, ya fuesen los padres, hijos o esposa, eran los afectados por el delito de su familiar⁸⁷. Mas en la práctica, aquella comunidad de vida dábese, según los casos, con unos u otros miembros de la familia, y ello motiva el que acostumbren los textos a enunciar por separado las situaciones de hecho en que podía acontecer la aplicación de tal principio.

Dos supuestos diferencian las fuentes al tratar la responsabilidad solidaria por delitos de uno de los miembros de la familia: que el autor hubiera contraído matrimonio o que continuara aún viviendo con los padres y bajo su dependencia, en condición de “fijo emparentado”, según la expresión ampliamente difundida en los textos. En este caso habitaba en la casa paterna, formaba parte todavía de aquella comunidad familiar, que tenía al padre por cabeza, y estaba con ello sometido plenamente a su autoridad; el matrimonio señalaba, por el contrario, el momento de adquisición de la autonomía individual y la constitución a su vez de un nuevo grupo familiar con propia personalidad y trascendencia jurídica. No es, pues, de extrañar que esta distinción alcanzase marcada relevancia para la determinación de las personas a quienes afectaba la responsabilidad del delito cometido por su pariente⁸⁸.

87 B. R. A. H., t. XIV, 1889, pág. 314, Fidel Fita, Fuero de Uclés. 59: “Qui hominem occiderit, et desent se fuerit. Totus homo qui hominem de ucles occiderit, parent o filio, o mulier, et desinde se foret, illos qui remanserint in illa casa, qui in uno sederint, pectent illos.” Sobre las dos principales manifestaciones de esta responsabilidad familiar están llenas de interés las páginas dedicadas por Hinojosa en su *Elemento Germánico*, págs. 45-49; cfr. también Calisse, obra cit., *Enciclopedia Pessina*, II, págs. 60 y ss.

88 El poder paterno, el *Munt*, constituye en los Derechos Germánicos el fundamento de la responsabilidad del jefe de la familia por los delitos de los demás miembros; His., *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 20: “Das Wesen der germanischen Hausgervalt (Munt) brachte es mit sich, das der Hausherr für die Täten seiner Hausgenossen einzustehen hatte.” Teruel, 316: “Filiis sint in potestate parentum, donec ordinentur qui fuerint clerici et alii contrahant matrimonium...”

Por el delito de hijo "emparentado" establecen las fuentes una responsabilidad económica subsidiaria que afectaba a los padres en cuya dependencia vivía ⁸⁹. Tratábase, como ya dijimos, de una responsabilidad de carácter meramente pecuniario, circunstancia ésta que destacan algunos textos al excluir de modo expreso las demás consecuencias del delito, y concretamente la "inimicitia", que sólo podía recaer sobre el autor material del hecho ⁹⁰. Razona algún fuero la causa de aquella responsabilidad, y el de Soria la fundamenta en la identidad de intereses económicos de los padres y los hijos no emancipados: disfrutaban aquéllos de sus ganancias que pasaban al patrimonio familiar y debían por ello sufrir también los perjuicios que sus acciones pudieran ocasionarles ⁹¹. Mas junto a estas razones de índole económica, figuraba como causa primordial la existencia del poder y la autoridad del cabeza de familia; por ello responde éste en el Fuero de Madrid, no sólo de los hijos, sino de cualquier pariente que morase en la casa, "ad suo bene fazer"; incumbíale la obligación de hacerle satisfacer por el delito con arreglo a dere-

89 B. R. A. H., t. XIV, 1889, pág. 314, Fuero de Uclés, 60: "De filio emparentado. Filio emparentado, qui male fecerit ad alium hominem, suos parentes peccent totum qui fecerit, nisi fuerit casado."

90 Cuenca, X, 5: "Parentes respondeant pro malefactis filiorum. Parentes itaque respondeant pro malefactis filiorum suorum, sive sit sani, sive furiosi... Tamen si filius homicidium perpetraverit, licet sit mercenarius, nullus pro eo respondeat nisi soli parentes, quia ipsi debent solvere calumpnias, non tamen exeant inimici, nisi de homicidio fuerint accusati..."; cfr. Teruel, 317, Zorita, 189.

91 Soria, 505: "Como quier que... las ganancias que fiziere el fijo emparentado, dont quier que venga, todo deue seer del padre y de la madre, si el fijo fiziere alguna cosa mala fecha, quier muerte de omne, quier otra cosa que sea de calonna en que el sennor aya parte, y el padre y la madre pechen las calonnas; y si non ouieren de que, pierdan quanto ouieren a la sazón que la mal fecha fue fecha, y non ayan ellos otra penna... Otrósi por toda malfecha que fiziere el marido que ssea de calonna en que el sennor aya parte, si non ouieren de que pagar las calonnas, pierdan quanto ouieren el y su mugier..."

cho, y el incumplimiento de ese deber motivaba que le alcanzaran las sanciones pecuniarias que el hecho llevara consigo⁹².

Pero en este punto, como en la mayoría de los aspectos de la vida jurídica medieval, el criterio de las varias legislaciones locales dista mucho de ser unánime: el principio de la responsabilidad paterna aparece en ciertas fuentes notablemente limitado y algunas llegan a negarlo abiertamente; condicionan las primeras su aplicación en distintas formas: así el jefe familiar responderá, según unas, sólo en el caso de que haya recibido al hijo en su casa después de cometido el delito, supuesto en que podía considerársele como encubridor⁹³, mientras otras retardan la realización efectiva de aquella responsabilidad hasta después de la muerte de los padres, a quienes la autoridad pública no imponía en vida la obligación apremiante de satisfacer las penas económicas debidas⁹⁴. El último grupo de fuentes desconoce totalmente la responsabili-

92. Madrid, XXV: "Qui filio tuieret in sua casa. Toto homine de Madrid uel de suo termino qui filio touieret in sua casa ad suo bene fazer, uel sobrino uel primo aut alio parente, si nemiga fecerit, adducat illum ad directum, et si ita non fecerit, la calumpnia pectet..."

93 Feliciano Callejas, *Fuero de Sepúlveda*, Madrid, 1857. Título XXXV: "De todo fijo emparentado que omne matare. Otrosí, todo fijo emparentado que omne matare, é en casa del padre entrare fasta que sea dado por emmigo, el padre peche el omecilio..."; cfr. el capítulo consagrado al estudio del encubrimiento. V. también Hinojosa, *ob. cit.*, pág. 20, n. 3, donde cita un texto del *Fuero de Daroca* de 1142, según el cual podía el padre librarse de la responsabilidad por los delitos del hijo si le había privado previamente de los derechos que como hijo le correspondían.

94 B. R. A. H., t. 80, 1922, pág. 288, Antonio Cuadrado, Fuero dado a Toro por Alfonso IX de León en 1194. "...Quod si forte filius homicidium fecerit et potueritis illum prendere faciatis de illo iustitiam et pater et mater eius non perdant por illo suum haberem nin sua vita; et vendant et comparent. Et si composuerunt se cum Rege aut cum Rico homine aut cum Mayorino sint quiti pater et mater et filius. Et si se non compuserint cum voce regis pater et mater, post mortem patris et matris intret ille qui tenuerit vocem regis bonam suam pro parte forfeitosi..."

dad paterna: los efectos del delito que cometiera el hijo "emparentado" recaían exclusivamente sobre él⁹⁵, y aun cuando se reconoce la posibilidad de que el padre le obligue a satisfacer, considérase ello una facultad más bien que un propio deber, y ningún perjuicio podía derivársele por no ejercitarla⁹⁶. Este criterio, como puede advertirse, lo siguen en particular fuentes de origen extremeño-leonés, mientras la responsabilidad solidaria está reconocida, entre otros fueros, por los que integran la familia Cuenca-Teruel.

El segundo supuesto de responsabilidad solidaria familiar era la derivada de los delitos cometidos por quien, libre ya de la potestad paterna, ha constituido, mediante el matrimonio, una nueva sociedad doméstica, en la cual desempeña la función de cabeza y jefe; la responsabilidad debía recaer sin duda sobre los demás componentes de aquel grupo, esto es, la mujer y los hijos; mas también aquí reflejan las fuentes una neta disparidad de criterios. Desde un punto de vista geográfico puede afirmarse que, como en el caso anterior, la vigencia de tal responsabilidad es desconocida por la mayor parte de los fueros leoneses, portugueses y extremeños. Dispónese en ellos que las consecuencias económicas del delito alcanzaran tan sólo al autor, mientras ningún perjuicio directo debía derivarse para los intereses de la mujer y los hijos⁹⁷. Establecía

95 Zamora, 18: "De los fijos que fazen omizio. Omne que ouier fillo que fezier omezio, elos juyzes lelo demanden e fagan del sua iusticia. E se ellos juyzes non lo axaren, el padre ola madre non pierdan por el su auer, nen responda por el." Usagre, 361: "Qui ouier fijo o sobrino. Tod omne que fijo o sobrino ouiere, et a otro omme matare, non pectet por el su auer sus parientes, nin so padre, nia la mugier su meatad, si so marido occiderit ad alium."

96 Alba, 9: "De filio enparentado. Todo filio enparentado que con padre o con madre morare, si omne matare, adugalo el padre si se quisiere, e si non lo quisiere adozir, sea el fijo enemigo de los parientes del muerto; e por esto el padre ni la madre non pierdan de su auer nada..."

97 *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 391: "Homo qui cum sua mulier sederit et fecerit omicidio aut callupnia pectet ille ad ran-

por ello el grupo de textos estudiado, que las sanciones pecuniarias afectasen solamente a la mitad del patrimonio familiar, la considerada propia del marido, mientras la otra parte permanecía del todo libre para la mujer y los hijos: "stet sua mulier cum sua medietate salua", es frase que figura repetidamente y sintetiza el criterio de estos textos ⁹⁸. Y el Fuero de Alba precisa todavía que aquella mitad debe entenderse de los bienes poseídos en común, "del auer que ouieren de su uno", pues los particulares de la esposa no podían sufrir lesión alguna: "e la muler non pierda lo de su patrimonio" ⁹⁹.

Frente a este grupo de fuentes figura otro que mantiene un criterio del todo opuesto, como vimos acontecía ya en el caso de la responsabilidad paterna por los delitos de los hijos. El Libro de los Fueros refleja claramente esta tendencia: en una fazaña acerca del homicidio cometido por cierto Gar-

curoso et septima a paazo et mulier stet in pace cum suos filios..." Salamanca, 63: "Qui omne matar si non es desafiado. Qui omne matar, si non es desafiado en conceyo, morir por el... E toda sua bona sea en pro del conceyo; ela tercia parte ayan los parientes del muerto; e ela muler elos fijos non pierdan lo suyo."

98 A. H. D. E., I, pág. 304, Fuero de Pajares de los Oteros: "Et si ille qui fecerit homicidium, si captus vel calumpniatus fuerit per illo et uoluerit dare fiadores por suo pecto, non prendant suam casam nec suum ganatum. Et si ante potuerit fugire uadat iste concilio ad sua casa et prenam medietatem de suo habere et alia medietatem remaneat a sua mulier et a suos filios..." P. Luciano Serrano, *Cartulario del Monasterio de Vega con escrituras de San Pelayo y Vega de Oviedo*, Madrid, 1927; pág. 114. Fueros del Concejo de Monasterio, 1217; "... Si quis fecerit homicidium, pectet ducentos solidos; et si non habuerit unde reddat, sua mulier vel sui filii levent medietatem de quantum habent, et alia medietas remanet nobis..."; *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 362, Cernancelhe, 1124: "... et ille homo qui homicidium fecerit et fugerit stet sua mulier cum sua medietate salua..."; pág. 538, Sabadelhe, 1220: "... Et homo qui fecerit homicidium et fugerit, stet sua mulier cum sua medietate in saluo..."

99 Alba, 3: "Qui ouiere desafiar. ... Et por la nemiga que el marido feziere, la mulier non pierda la meetat del auer que ouieren de su uno; e la muler non pierda lo de su patrimonio..."

cia Molinero establécese que la responsabilidad económica afecta solidariamente a su mujer, Juliana; se fija un orden de los bienes sobre los cuales debía hacerse efectiva sucesivamente aquella responsabilidad, que comienza por los muebles del patrimonio familiar y puede llegar, en caso de insuficiencia, no ya a la mitad de los poseídos en común, sino a los propios de la mujer e incluso a los que le pertenecieran antes del matrimonio ¹⁰⁰. Mas donde esta responsabilidad solidaria se afirma con mayor resolución es en los Fueros de la familia Cuenca-Teruel; hacen éstos referencia al sistema del anterior grupo de fuentes, de dejar a la mujer la mitad de los bienes, como el vigente en otros territorios y ordenamientos locales, y no sólo no lo adoptan, sino que se oponen a él con toda energía: “ad consuetudinem istam extirpaudam”, disponen que todos los bienes, ya fueran del marido o de la mujer, muebles o inmuebles, quedaban afectados por el delito y eran susceptibles de incautación y destino por la autoridad pública a hacer frente a las resultancias económicas de aquél. La justificación que de estos preceptos dan las mismas fuentes está impregnada de un leve dejo de fina ironía: la mujer se beneficia y llena de gozo con las ganancias que le lleva el marido; es justo, pues, que deba también sufrir los perjuicios que aquél pudiera ocasionarle: “Dignum utique est ut qui solent

100 Libro de los Fueros, 23: “Titulo delos omesidios. Esto es por fuero: que todo omne que matare a otro e fuere apresiado qui deue dar omesidio o calonnia, que se entergue el meryno en mueble del omesidio sy fallare en que. Et sy no fallare en que se entergue, entergue se en la heredat de omne en la que ouyere ganada con su muger. Et sy en esto non ouyere enterga, que se entergue en el matrimonio de su muger, en el heredamiento que ella auya de ante que con ella casasse. Esto fué juzgado por Garçia Molinero, marido de Juliana, que mato a Joham Cortes.” Hinojosa, *Documentos*, página 83, Fuero de Villarrauz de Rioseco de 18 de agosto de 1181: “...Et si aliquis homicidium fecerit, pariat dominus eius cum uxore toto suo movibile.”

simul gaudere participantur tristitiam eum aduenerit inter illos" ¹⁰¹.

Conviene aludir, por último, a una manifestación de la responsabilidad solidaria que se presenta estrechamente ligada con las estudiadas hasta aquí y que, al menos cuando no se trataba de siervos, cabría calificar de cuasi familiar: es la que incumbe al cabeza de familia, al señor de la casa, por los delitos que cometieran las personas sometidas a su potestad, y concretamente siervos o dependientes de varias especies ¹⁰². Como la responsabilidad familiar, se limita también ésta a las consecuencias económicas del hecho. Distínguese en la aplicación si el delito fué cometido por el siervo o por personas

101 Cuenca, XV, 11: "Quod omnes res tam scelerosi quam sue uxoris capiantur pro calumpniis. Quia sunt loca et sunt gentes, quibus est consuetudo utique forum, cum maritus homicidium perpetraverit, aut latrocinium, aut tale scelus, pro quo omnia bona habeat perdere, tunc uxor prius extrahat omnem medietatem totius substantie, que contigit eam, et alia medietas capitur pro calumpnia, unde ad consuetudinem istam extirpandam mandamus, quod quicumque hominem occiderit, aut vendiderit, vel aliud scelus huiusmodi perpetraverit et aufugerit, quod iudex interet omnia bona tam viri quam uxoris pro calumpnia quam fecerit, quamvis radix seu mobile sit uxoris, et non mariti; uxor enim, que multociens gaudere solet cum lucro, quod vir sibi asportat, non erit mirum si aliquando doleat de rerum ammissione occasione mariti. Dignum utique est, ut que unum gaudium solent participare, tristitiam cum venerit participant. Illud vero quod remanserit, calumpnia completa, de mobile aut de radice aut de peccunia, reddatur uxori, seu illis qui bona sua habere debuerint." Cfr. Teruel, 22, y en la nota 91, Soria, 505.

102 Los tratadistas de Derecho Germánico acostumbra estudiar la responsabilidad del dueño por los delitos de esclavos o siervos, juntamente con la responsabilidad que corresponde por daños de animales y cosas, mientras a los criados o dependientes libres y retribuidos se les da igual consideración que a los demás habitantes de la casa, como ellos sometidos a la potestad del señor. Cfr. Brunner. D. R. G., I², pág. 217, y II², págs. 723 y ss.; His, *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, págs. 103 y ss., y *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 16 y ss. y 21; del Giudice, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, Enciclopedia Pessina, I, págs. 490 y ss., y Calise, II, pág. 41.

libres que prestaran a su señor un servicio retribuido, como criados o mancebos. Por el primero, el dueño debe responder siempre ¹⁰³ en forma semejante a la estudiada en los casos de daños de animales; la responsabilidad por criados y demás dependientes está, en cambio, muy limitada y redúcese a la hipótesis de que aquéllos, cometido el delito, continuaran habitando en la casa del señor y prestándole servicio ¹⁰⁴.

§ 2. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE CONVECINOS.

Como la sociedad familiar, la comunidad vecinal constituye en muchas fuentes el fundamento de una responsabilidad subsidiaria y colectiva de todos sus miembros por el delito que uno de ellos hubiera cometido ¹⁰⁵. Hemos hablado ya del profundo arraigo adquirido por la idea de la solidaridad

103 Cuenca, XIII, 5: "De servo qui christianum occiderit vel percusserit. Item si quis servus aut Maurus alicuius hominem percusserit, vel occiderit, dominus eius pectet quamcumque calumpniam fecerit, vel mittat dampnatorem in manu quelerosi dominus servi eligendo quod magis voluerit." Esta disposición presenta marcado paralelismo con las concernientes a los daños de animales en las que, como se vió, dejábase también al dueño la opción entre sufragarlos o abandonar el dañador.

104 *Port. Mon. hist., Leg. et Con.*, I, pág. 392. Evora, 1162: "... Mancebo qui matare hominem foras uille e fugerit suo amo non pectet homicidio..."; cfr. en la pág. 419, Abrantes, 1179; Muñoz, página 465, Calatayud: "... Et si mancipio qui estat ad soldada mataverit homine, et quandiu steterit cum suo amo demandarent silli faciat directo, et postea qui exierit de suo amo, suo amo non respondeat..."; B. R. A. H., XXXVII, 1898, pág. 378, Fuero de San Miguel de Escalada, 1173, 15; "Si quis habuerit filium aut famulum et fecerit calumpniam et inde discesserit et ad domum parentis vel senioris non redierit, de eo non respondeat; sed si redierit, de eo respondeat..."; cfr. Hinojosa; *Elemento Germánico*, pág. 50.

105 Sobre este tipo de responsabilidad en Derecho germánico, vel el apartado que dedica His a la *Haftung der Gemeindegossen* en su *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 21 y ss.; cfr. también *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, § 7, págs. 103 y ss., y por lo que se refiere al derecho de Italia, posterior a las invasiones, Calisse, obra citada, *Enciclopedia Pessina*, II, págs. 85 y ss.

existente entre los habitantes de una misma villa, antes aún del florecimiento del régimen municipal. Difundido éste a partir de la mitad del siglo XI, la diferenciación profunda de los distintos círculos jurídicos, originada por la multiplicación de núcleos dotados de jurisdicción propia, fortalece todavía más los vínculos existentes entre vecinos de un mismo municipio. Y ello determina la aparición de todo un sistema de responsabilidades colectivas basadas en aquel principio de solidaridad vecinal, que han sido ya objeto de algunos estudios parciales y cuyos aspectos de mayor interés, desde un punto de vista penal, deben ser ahora examinados ¹⁰⁶.

Con más razón aún que la familiar, la responsabilidad vecinal era de carácter esencialmente pecuniario: las consecuencias económicas del delito fueron también las únicas que afectaron a los vecinos, y esta circunstancia debió ejercer un decisivo influjo en la persistencia de esta responsabilidad solidaria; beneficiábase la autoridad pública con las multas y sanciones que se imponían por el delito, ya que le correspondía percibir su importe, bien en toda su integridad, bien parcialmente, repartida con los agraviados ¹⁰⁷; y este interés, que se adivina a través de numerosos textos, explica también los excesos e ilegalidades, sin duda frecuentes, cometidos al exigir en la práctica aquella responsabilidad, y de los que nos conservan noticia algunos documentos.

La responsabilidad del concejo por el delito dábese ordinariamente cuando se desconocía el autor material del hecho: las fuentes hablan, por lo general, del hombre que aparece

106 Alusiones a la solidaridad vecinal bajo varios aspectos se encuentran en Hinojosa, *Estudios*, pág. 43, y *Elemento Germánico*, página 50; Díez Canseco, *Notas al Fuero de León*, A. H. D. E., I, página 364, y en el capítulo III de mi estudio sobre la *Prenda*.

107 No procede verificar aquí un estudio detallado de la repartición y destino de las penas pecuniarias y concretamente del "homicidio"; son éstas cuestiones que deben ser tratadas al examinar las consecuencias del delito y los diversos sistemas de "inimicitia" que existieron en nuestro Derecho.

muerto dentro de los términos de una villa, sin que pudiera identificarse la personalidad del homicida; por ello algunas otorgan al concejo un determinado plazo, siete días en Nájera ¹⁰⁸, durante el cual puede realizar pesquisas dirigidas a la captura del autor del delito; transcurrido este período, si el delincuente había sido individualizado, sobre él recaía la responsabilidad, mientras en caso contrario era todo el concejo que debía afrontar las consecuencias económicas del hecho ¹⁰⁹. La responsabilidad subsidiaria parece aquí dirigida, tanto a estimular a los vecinos en la persecución y captura del delincuente como a garantizar a los agraviados de otras villas la seguridad de un resarcimiento por el daño sufrido ¹¹⁰. Un se-

108 Serrano, *San Millán*, pág. 233, Fueros de Nájera otorgados por Alfonso VI en 1076, en que restaura los antiguos: "... Erat tunc mos ut pro omicidio centum solidi persolverentur et non reddatur saonia. Et si aliquis fuerit interfectus, et omicida usque ad septimum dies fuerit inventus et redditus, omicidio non requiratur..."; Muñoz, pág. 288, Nájera: "... Si aliquis homo occiderit hominem, et illum homicidam potuerint habere, vel accipere, usque in septem dies, ipsum dent ad iudicem, id est, ad vicarium regis, quia non debent amplius homicidium..."; cfr. el Fuero primitivo en B. R. A. H., XIX, 1891, pág. 57, donde se encuentra ya un precepto análogo. En el Fuero de Nájera se llega a fundamentar una responsabilidad solidaria de los vecinos por los daños que causara el objeto inanimado dentro de los términos de la villa; Muñoz, pág. 294: "... Et quecumque res occiderit hominem, si plebs de Nagara potuerit illam rem habere usque in septem dies dando illam rem cum sua delinda, non debent alium homicidium..."

109 A. H. D. E., V, pág. 396. Recopilación de Fueros de Aragón, 22: "Si homo uel femina ocase fuerint in uilla uel castello at aliquibus uel in terminis eorum, nisi homines de illo loco ubi fuerint occisi et sepulti ceperint homicidam et deliberauerint illum ad baiulum regis infra decem dies, de cetero tenentur domino regi dare homicidium."; X, pág. 263, Tafalla, 1057: "... Si euenerit homicidium intus las corseras et si non poterimus dare homicidam laboratores et infançones pectare ad fuegos L^a Kaficia tritici et L^a Kaficia de ordeo..."

110 Muñoz, pág. 348, Fuero de Miranda de Ebro, 1099: "... Non pectent homicidium pro homine mortuo qui sit inventus intra terminos, et in sua villa, nisi populatores uel aliquis eorum inde occi-

gundo caso, aunque menos frecuente, de responsabilidad solidaria, fué, no ya del delito de autor desconocido, sino el cometido colectivamente por todos los vecinos ¹¹¹.

La extensión de la responsabilidad vecinal estaba delimitada con precisión: dábase sólo por los delitos cometidos dentro de los términos de la villa, no en despoblado ¹¹², y las fuentes que particularizan más sobre ella, especialmente el Fuero de Nájera, deteniéndose a establecer una serie de hipótesis que limitaban su esfera de aplicación: que la muerte hubiera acontecido por accidente, en día de mercado, al intentar algún robo, etc. ¹¹³. La medida del alcance de esa responsabilidad ve-

derit, vel alius homo; et si petierit homicidium ab omnibus populatoribus, probet hoc cum quinque hominibus villae vel aliarum villarum regalium et pectent omnes populatores homicidium; et si non potuerint probare, jurent quinque populatores quod non interfecerunt eum, et sit concilium quitum..."

111 Serrano, *San Millán*, pág. 253, documento de 1082: "... Ego igitur abbas S. Emiliani Garsias una cum consensu totius conventus S. Emiliani, concedimus atque roboramus tibi dompno Gomesano, priori S. Michaelis de Petroso, illas villas quas vocitant Refoio, Sargrero Terrazas, Radizella cum suis hereditatibus et cum omnibus illarum pertinentiis eo quod tu redemisti eas pro ducentis solidis pro homicidio cuiusdam iudei, que suspenderant illi homines de Sargrero..."

112 Muñoz, pág. 288, Nájera: "... Si homo fuerit occissus in illo campo pro qualibet causa, pro inde plebs Naiara nullum debet homicidium"; pág. 505, Fuero de Asin de Alfonso I, 1132: "... et non pectetis ullo homicidio qui extra vestro burgo erit facto..."

113 Fuero de Nájera en Muñoz, pág. 288: "... Si in die iovis, qui est mercati dies in Naiara fuerit homo occissus vel inventus mortuus, pro inde non debet dare homicidium..."; pág. 289: "Si aliquis homo inventus fuerit mortuus in furto, et mortem acceperit, proinde non debent homicidium. Si aliquis homo se despennaverit de penna, aut de ponte, aut si in aqua mortuus inventus fuerit, proinde non debent pectare homicidium. Si homo inventus fuerit mortuus in hereditate de infancione, aut de monasterio, non debent proinde homicidium..."; pág. 294: "... Pro homine qui infectum ceciderit et inde mortuus fuerit non debent plebs de Nagara homicidium. Si homo occiderit hominem, et in Sanctam Mariam se misserit, proinde non debet ples de Nagara homicidium. Si homo de illo senmorio quod te-

nía dada por los términos del municipio; el testimonio de un documento de San Millán está lleno de interés a este respecto: aludiendo a cierto homicidio cometido en el término de Matute refiere que con este motivo planteóse la cuestión de si cierto caserío de Colia, o villa Cogga, debía o no participar de la responsabilidad solidaria. La conclusión fué que, habiéndose demostrado que Colia no constituía sino un barrio de la villa, consideróse jurídicamente identificado con ésta y se la obligó a contribuir al pago de la multa correspondiente por aquel hecho ¹¹⁴.

Algún texto establece expresamente que el concejo responde del pago de la pena pecuniaria a la parte ofendida ¹¹⁵, pero, como ya indicábamos, era por lo general la autoridad pública quien debía en todo o en parte percibirla y que, considerándola como una fuente regular de ingresos, apelaba a to-

nuerit Nagaram occiderit hominem, proinde plebs de Nagara non debet homicidium..."

114 Serrano, *San Millán*, pág. 277, documento de 1089: "... mandastes vos prescrutare in villa Cogga si debeat dare homicidium cum Matute e Tubia pro illo homine qui fuit mortuus in termino de Matute... Isti omnes probaverunt et testificarunt quod Colia varrio erat de Tubia et in solo homicidio debeant dare cum illis..." Entre los concejos llegan a establecerse convenios de ayuda mutua para socorrerse en el pago de la multa que correspondiere por el homicidio acontecido en los términos de alguno de ellos: Serrano, *Arlanza*, página 172; Acuerdo entre los concejos de Pinilla y Renero y el de Santa María de Retortillo en 14 de abril de 1122: "... Tamen si, quod absit, homicidium contigerit in illo termino, vel hominem mortuum ibi inventum fuerit, ut nos adiuvetis in illo homicidio vos et nos per fumos omnes de Sancta Maria et de Peniella et de Raueto..."

115 *Port. Moñ. hist., Leg. et Con., I*, pág. 435, Troncoso: "... Et homines de Troncoso qui fiadores parat, pro qua calumpnia ille pecierint ed el fiador otorgar cum duos uicinos et ille non quesierit colligere fiador, et super ipsum occiderit, nos totum concilium peccabimus ipsum homicidium..."; pág. 510, Guarda, 1199: "... Et homo de Aguarda qui fideiussores dare noluerit pro intentione de qua eum inquietauerint et dederit II^{os} homines fideiussores et ipse sit tertius, si ille qui eum inquietauerit noluerit, recipere fideiussores et eum postea mactauerit, totum concilium peccet homicidium suis parentibus..."; cfr. Moreira en la pág. 438, y Marialva en la pág. 441.

dos sus recursos para hacerla efectiva; de ello se hacen eco los documentos ¹¹⁶ y en especial el decreto de Alfonso VI dirigido concretamente a cortar los abusos que cometían los funcionarios reales en el cobro de aquellas penas. Alude el rey a la costumbre de que por el homicidio de autor desconocido exigieran los sayones que los habitantes de las villas cercanas probasen su inocencia mediante el juramento y la ordalia del agua hirviente. Mas los excesos que el rey pretende impedir no es la exigencia de la responsabilidad solidaria a la villa que resultara culpable, sino sólo el que tal responsabilidad pretendiera hacerse efectiva sobre todas las villas en caso de que no se demostrara la culpabilidad de ninguna de ellas, pues, como dice el documento, era justo que "sint salvi et liberati quos Deus salvare et liberare voluerit" ¹¹⁷. La responsabili-

116 En las villas pertenecientes a territorios señoriales, el señor exige de aquéllas el pago de la pena pecuniaria por los homicidios cometidos dentro de sus términos: *Post. Mon. hist., Diplom. et Ch.*; pág. 229, documento núm. CCCLXXVI de 1050: "Karta agnitio de villa matamála. Intemporibus Fredenandus rex et Sancía regína. Orta fuit intentio inter frater Fagildus et Suario Exemeniz pro homicidio que uolebat sacare suario exemeniz in villa matamála quod fecerat ipse homicidio malado de nuno pelagii et querebant illo cedere super illos homines de matamála et pro rauso quod fecit citi didaz; et dicebant suario exemeniz quia erat sua ueritas et de suos auos ipsa villa de matamála et dicebat frater fagildus quia erat ueritas de casa de vimaranes..."

117 Risco, *España Sagrada*, XXXVI, Ap., Madrid, MDCCLXXXVII; página LVI, documento de Alfonso VI de 1072: "Fuit consuetudo usque ad hanc diem Sagionibus nostri Regni, quod propter homicidia non palam, sed occultatione, et latrocinando perpetrata, depredabant, et devastabant villas circumquaque positas, et cum cogerent ipsas villas eliminare per juramentum, et per penam aque calide, faciebant solvere legem homicidii in ea villa, qua deprehensa fuisset, et hoc quasi iustum videbatur. Sed aliud injuste operabantur, cum enim nulla deprehensa fuisset, et omnes Ville quasi dane et eliminate per illas penis exisent et dine culpa, tum faciebant in commune cunctis illis Villes exolvere legem homicidii, et non solum legem, sed duplicatum accipiebant violenter illum homicidium. Hoc Ego Aldefonsus Rex precipio irritum esse, et nunquam amplius fieri; sed ita constituo

dad colectiva continúa, por tanto, mantenida plenamente en la época de Alfonso VI, sin que pretenda éste otra cosa que el impedir las extramilitaciones habituales en que incurrían los funcionarios reales al exigirla.

Mas también frente a la responsabilidad vecinal ofrecen las fuentes aquella diversidad de principios que ya pudo observarse en la familiar. Tan numeroso como el grupo que la establece es el de las que no le reconocen efectividad alguna ¹¹⁸, criterio éste que prevalece a medida que se multiplican las exenciones de lo que el mismo Alfonso VIII llama "malo foro de homicidio", pero que no llegó a conseguir un predominio completo dentro de los límites de la Alta Edad Media ¹¹⁹. Según tal criterio, la responsabilidad debía recaer exclusivamente sobre el autor del delito, cuyos bienes eran los destinados a afrontar las resultancias económicas de aquella ¹²⁰; y

et decerno pro Dei amore, et pro salute anime mee, ut cum tale homicidium perpetratum fuerit, cuius auctor non invenitur, cogant Villas de quibus suspicio est, per juramentum et per penam aque calide. Et quecumque deprehensa fuerit, ipsa sola exolvat legem homicidii, relique Villae calumpniam non sustineant. Et cum omnes Ville eliminate fuerint, et innocentes apparuerint, non judicentur sicut nocentes, nec cogantur aliquid exolvere a Sajonibus sicut antea consuetudo erat, sed sint salvi et liberati quos Deus salvare et liberare voluerit..."

118 González, *Colección de Privilegios*, V, pág. 2, Valpuesta, 804: "Si vero infra hos terminos aliquis fuerit interfectus, nec Clerici Ecclesiae, nec Laici qui ibi fuerint populati, respondeant pro ipso homicidio..."; Muñoz, pág. 519, Lara, 1135: "Et si fuerint homines occisi in Lara et in suos terminos, non respondet concilium pro eum, nec pectet homicidium."

119 Muñoz, pág. 268: "...facio cartam donationis pro bono et fidei servitio quod mihi fecistis, et facitis de illo malo foro de illo homicidio, quod usque habuistis in Burgis, et modo aufero vobis eum, et dono vobis pro bono et directo foro, ut omnis homo qui in Burgis, vel in suo termino aliquem hominem interfecerit, ipsemet pectet homicidium, et non respondeat concilium pro eum, nec pectet ipsum homicidium. Et merinus Imperatoris querat suum homicidium super ipsum qui hominem interfecit."

120 Serrano, *San Salvador de el Moral*, pág. 25, Palenzuela, 1074: "...Si in termino de Palenciola hominem mortuum inve-

ninguna circunstancia, que el delincuente fuera o no capturado o no capturado, o que su patrimonio resultare o no suficiente, podía determinar perjuicio alguno para los intereses de sus convecinos ¹²¹.

V.—CONCURSO DE DIVERSAS PERSONAS EN UN MISMO DELITO

Los testimonios de las fuentes de nuestra Alta Edad Media nos revelan que el Derecho de esta época diferenciaba ya netamente las varias formas según las cuales distintas personas podían participar en un mismo delito: concurso de auto-

nerit, non pectent pro illo homicidium set ille ad quem suspectam habuerit, delindet se cum suo foró et alter cum eo..." Muñoz, pág. 254. Fuero de Burgo Nuevo de Alquezar, por Alfonso el Batallador en febrero de 1114: "...Et populatores qui ibi estis vel in antea veniant, non habeant homicidium, si non ille qui faciet..."; pág. 336, Fuero de Logroño de 1095: "Non pectent homicidium pro homo mortuus qui fuerit inventus infra terminum vel in villa. Nisi ipsi populatores, si alicuius de eis occiderit alius populator, vel aliquem homo, et scierint vicinos suos quare ipse occiderit, pectet suo homicidio ipsum quod fecerit..."; Hinojosa, *Documentos*, pág. 87, Fuero de Cornudilla de 1187, 2: "Quicumque homicidium fecerit, pectet de suo et alii non pectent..."; A. H. D. E., V, *Recopilación de Fueros de Aragón*, 6: "Siquis occiderit aliquem uel aliquam infra terminos Osce et captus fuerit tenetur dare Regi Mil solidos pro homicidio et caueat sibi a parentibus et ab amicis mortui; et si forte capi non potuerit si qua bona habuerit confiscentur. Alii non tenentur dare ipsum homicidium nisi quid fecerit illud." Como puede observarse, esta exclusión de la responsabilidad colectiva está en contraposición con lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Recopilación, insertado en la nota 109.

121 A. H. D. E., X, pág. 256: "... Si forte euaserit homicida imparet dominus ville suas res pro suo homicidio si aliquis non eset qui daret pro eo fidanciam de homicidio. Et si suas res non abundarent ad homicidium que non possit demandare aliquid ad vicinos de Arguedas."; Hinojosa, *Documentos*, pág. 91, Fuero a los collazos de Oña de 17 de septiembre de 1190, 8: "Si aliquis ex vicinis Honie homicidium fecerit, ipsemet homicidium et alii vecini non pectent illud homicidium, si forte fugerit homicida sive non fugerit..."

res, complicidad e instigación ¹²². El carácter moral de esta última explica que su separación de las demás no ofreciera dificultades. Mayores eran las que presentaba el diferenciar las otras dos formas de participación material, y si esto se logró en la práctica debióse sin duda a que, por lo regular, una y otra dábanse respectivamente en dos distintas figuras de delito, típicas de aquel sistema jurídico: los delitos en lucha y los llamados delitos de banda. Quienes intervinieron en los primeros consideráronse por lo general como coautores del hecho originado en la refriega, y las fuentes determinan cuáles debían ser entre todos los participantes en la lucha los que recibieran aquella consideración. Los delitos de banda, o “bando”, como suelen llamarles los textos, constituyeron el punto de partida para la elaboración del concepto de complicidad.

La banda, cuya relevancia jurídica se inicia en las violaciones de la paz doméstica, figura después como elemento que podía darse en otras especies de delito, y su misma composición origina el que llegue a establecerse una profunda diferencia entre los individuos que, como componentes de ella, participaban en la comisión del hecho.

La figura del jefe del “bando” se destaca entonces como la del verdadero autor del delito sobre quien recaen plenamente las consecuencias de éste; muy distinta era la condición de los demás miembros; simples “auxiliares”, como se les denomina, aparecían en segundo término y se diferenciaban notablemente del autor en calificación penal y sancionamiento; la complicidad está ya aquí delineada con todos sus rasgos distintivos. Al estudiar a continuación cada uno de los supuestos podrán

122 Según His, *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 22, los antiguos derechos germánicos distinguen claramente entre las diversas formas de participación en el delito: “Zwischen Täterschaft und Teilnahme i. e. S. (Austiftung und Beihilfe) und zwischen den verschiedenen Arten der Teilnahme hat das ältere Recht im allgemeinen deutlich unterschieden.” En época posterior, sin embargo, prodúcese a veces cierta confusión entre algunos de estos conceptos.

apreciarse mejor sus modalidades y características propias y la peculiar regulación que en los varios casos establecen los diversos grupos de fuentes.

§ 1. PLURALIDAD DE AUTORES EN UN DELITO: LOS DELITOS EN LUCHA.

Dos casos presenta el Derecho de la Alta Edad Media en los cuales se testimonia la coexistencia de varios autores en un mismo delito: el primero es el de que dos o más personas tuvieran parte principal y directa en la ejecución misma del hecho; el segundo se daba en los delitos producidos durante lucha o refriega en la que participaran un cierto número de individuos ¹²³.

Escasas son las referencias de los textos al primer supuesto. La pluralidad de autores depende en él de la forma material de comisión del delito, haciendo abstracción de que el hecho se produjera o no en lucha y diferenciándose también del delito de banda al darse una igualdad de participación entre todos los que cooperan en él. El Fuero de Guadalajara presenta el testimonio más interesante: en caso de homicidio, todos los que hirieran el cuerpo de la víctima, “quantos en él firieren”, se consideraban igualmente autores, incurrían en “inimicitia” y debían abonar por separado la totalidad de la pena pecuniaria que se imponía a los homicidas. Algunos otros textos nos transmiten disposiciones del mismo género, aunque con algunas variantes ¹²⁴.

123. Sobre “Mittäterschaft”, concurso de autores, en los Derechos Germánicos, cfr. Brunner, *D. R. G.*, II², págs. 739-41; His, *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, págs. 115 y ss., y *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 23 y ss. Pueden también consultarse los artículos ya citados de del Giudice y Calisse en la *Enciclopedia de Diritto Penale-Italiano*, de Pessina, I, pág. 476, y II, pág. 131, respectivamente.

124. Guadalajara, 67: “Tod ome que a otro matare peche trezientos maravedis, e quantos en el firieren cada uno peche trezientos maravedis e exean enemigos; e si non óvieren de que pechar el coto, pierdan las manos diestras e quanto ovieren...”; *Port. Mon. hist.*,

Mayor interés ofrecen las noticias, mucho más copiosas, que hacen referencia a los delitos originados en lucha, en "buelta" o "bolta", según las expresiones de los textos. Suponía ésta una refriega o combate en la que lucharan buen número de contendientes por una y otra parte, a veces los vecinos de una villa, reunidos al grito del "apelido", para atacar a los de otra ¹²⁵. La identificación de los autores materiales de las muertes que en aquella ocasión se produjeran resultaba muy difícil por las mismas circunstancias que habían acompañado a los hechos; ello motiva que algunas fuentes recurran al sistema de considerar como autores a cierto número de los individuos que lucharon en el bando contrario al de las víctimas y hagan recaer sobre ellos la responsabilidad por tales delitos. Los criterios respecto el número de personas que se elegían en concepto de coautores fueron muy diversos: en Zamora la proporción era de tres "homizianes" por cada hombre muerto ¹²⁶; en Salamanca, a menos que alguno declarará ser el autor material de la muerte, la responsabilidad recaía ple-

Leg. et Con., I, pág. 345, S. João da Pesqueira, Penella, Paredes, Linhares, Anciães, 1055-1065: "... Et si duo homines uel tres uel plures alium hominen ferierint et in terra iactauerint et disiuiderint, XXX solidos..."

125 Muñoz, pág. 440, Medinaceli: "... E si por aventura oviere apelido de una villa a otra sonando apelido de cada partida e se plegasen é feciesen hacienda e moriesen ombres, et demandase señor omizidio, non responda sinos clamant, et si por aventura oviere clamant, que se clame el mas cercano parient del muerto e venga al conceyo o sont los malefactores... et ponga mano el clamant... V omnes del conceylo qui es mal factor, et iure con si otro en ombre daquelos V, uno de su nombre es mato mio parient, et peche lo homicidio, et exeat por enemigo..." Cfr. en la nota siguiente, Zamora, 19, donde se requiere que en la "buelta" participen al menos cinco hombres por cada bando.

126 Zamora, 19: "De buelta conocida, de V omnes duna parte e V dotra o desi ariba, hu omnes fueren muertos, xamen elos parientes del muerto, e uayan a la alarde a los IX días hu fazen el conceyo... E daqueles que exiren al alarde, tomen por cada un muerto III omezianes, e pechen el omezio..."

namente sobre dos de los que intervinieron en la lucha, elegidos por los parientes del muerto, mientras subsistía una responsabilidad sin consecuencias económicas, que se traduce sólo en la "inimicitia" para aquellos otros que, habiendo luchado, no pudieran probar su inculpabilidad mediante juramento purgatorio prestado en unión de doce cojuradores¹²⁷. El Fuero de Uclés acude a un último criterio, inspirado en el principio de la responsabilidad por el resultado¹²⁸; el número de autores se hace depender de la cantidad de heridas recibidas por la víctima: si presenta una, uno sólo será también el individuo que podrá hacerse como enemigo; mientras serán éstos dos si fuere superior el número de aquéllas¹²⁹.

127 Salamanca, 1: "... E onde el omne muerto fuere, parientes del muerto cognonbren, IIII delos dela lide o dela buelta, o de quatro ayuso quantos quesieren. E si todos fueren manifiestos que ena buelta o enaquela lide furon da quela parte onde el omne mataron, tomen ende parientes del muerto dos enemigos quales quesieren; e si uno fuere manifiesto, esse tomen por enemigo. E de aquellos que fueren niegos, tomen otros e lidien; ellos otros saluen se cada uno con XII omnes aiura. E si todos niegos fueren, saluent se por lide o por iura, qual quesieren parientes del morto. E si dos ende fueren arrancados, pechen C morauedis e salgan enemigos; ellos otros saluent se por iura de XII omnes. E si uno fuere arrancado, peche C morauedis esalga enemigo. E parientes del muerto despues que ovieren sacados sus enemigos, saluent se todos los otros de buelta, cada uno con XII omnes aiura; equi non pudier iurar, salga enemigo enon peche el omezio."

128 B. R. A. H., f. XIV, 1889, pág. 315, Fidel Fita, Fuero de Uclés, 64: "Qui rancura habuerit per suo parente quod aliquis eum occidit. Totus homo qui habuerit rancura per suum parentem quod aliquis eum occiderit, iuret que in illis est qui suo parente occidit. Et si illa volta octo, aut de octo arriba se accertaverint, cognominet octo; et si de octo ayuso fuerint, cognominet illos que ibi se accertaron et qui dixerit "ferid", aut petra iactarit aut ferivit; et per una ferida prenda uno inimico; et de una ferida arriba prenda II inimicos uno per auno et alio per semper..."

129 En el Derecho sajón existió un criterio análogo para la determinación de los autores; His., *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 23: "Die sächsischen Quellen stehen auf dem Standpunkt, dass man bei Körperverletzung so viele Personen als Täter verklagen darf wie Wunden vorhan den sind."

No todas las fuentes establecen semejante pluralidad de autores por los delitos cometidos en lucha. Buen número de ellas disponen que sólo uno de los contendientes podía ser considerado como responsable del hecho. Su determinación se deja a los parientes de la víctima, y los textos descienden a las formalidades según las cuales debían éstos proceder: primero "cognominare" a cierto número de los que lucharon y luego elegir entre éstos aquel a quien consideraban autor material, que se convertía entonces en "inimicus" ¹³⁰, mientras los demás veíanse libres de toda responsabilidad y, en señal de paz, eran saludados por los ofendidos ¹³¹. Paralelas en todo a estas solemnidades eran las prescritas por los textos antes mencionados, que permitían la designación de varios autores en delitos de este género.

130 Teruel, 18: "De homine qui in bolta fuerit mortuus. Et pro homine qui in bolta mortuus fuerit parentes mortui cognominent V° de illis qui fuerunt in illa bolta pro tres dies dominicos in concilio. Et in tertia dominica ueniant illi quinque cognominati in concilio et erecti stantes parent se in acie ut est forum... Et si forte V° de illa bolta habere non potuerit solus blasphematus respondeat suo pari..."; 19: "De illo qui dixerit ego occidi eum. Et si forte aliquis fuerit de illis V° qui erunt in acie et dicat ego occidi illum det fidancias et debitores homicidii et exeat inimicus..."; 20: "Quod propinquiores mortui accipiant homicidam. Si uero non fuerit in acie qui hoc dicat ille qui proximus parens mortui fuerit accipiat per manum suam homicidam de illis V° qui in acie fuerint constituti et salutet alios in concilio..."; Escalona, *Historia de Sahagún*, pág. 536, Fueros dados a los Burgueses de Sahagún por el Emperador y el Abad: "... Pro morte illius qui in seditione mortuus fuerit, proximiores parentes eligant pro homicida unum illorum, qui eum percusserunt per rectam inquisitionem, et si interfectorem non invenerint, salvet se per semedipsum solum per iuramentum quem suspectum haburint et ibi non sit torna..."

131 Alcalá, 16: "Todo omne de Alcalá que fore morto in volta. Todo ome de Alcalá que fore morto in volta e parientes demandaren sua morte, desafien a V... e si oviere hi uno malfiesto que lo mato, exeat enemigo, et peche C e VIII moravedis por homezilio...; e si non oviere manifesto, firme a II o a III, e a los que firmare, aquellos peche C e VIII moravedis; e parensse en az, e de ellos prenda qual quisiere por enemigo... e foras ad aquel que prende por enemigo, salute a todos los otros..."; Cfr. Teruel, 20, en la nota anterior.

§ 2. LA COMPLICIDAD Y SUS ORÍGENES: LOS DELITOS DE BANDA.

La relevancia penal de la complicidad tuvo su origen en los llamados delitos de banda. Constituían éstos una categoría bien definida, cuya difusión atestiguan las fuentes, y tuvieron, como rasgo distintivo a la par que esencial, el de no poder ser cometidos por una sola persona, sino requerir para su existencia del concurso de varias ¹³². La causa de ello residía en la propia índole de estos delitos; tratábase de actuaciones violentas, de actos de fuerza, que era imposible fueran ejecutados por un solo individuo, y suponían siempre que el autor contaba con la ayuda de un grupo que secundara sus órdenes y le ayudase a poner en práctica lo que por sí solo no podría realizar; la banda se convierte en elemento fundamental a la propia esencia del delito y llega a determinar la formación de una categoría netamente diferenciada.

Las violaciones de la paz doméstica deben considerarse como el grupo más característico de los delitos de banda ¹³³, aunque no faltan fuentes que, atendiendo preferentemente a razones de índole teórica, establecen que los delitos contra la paz de la casa eran susceptibles de comisión por un solo individuo, ya que podía éste provocar con su actuación el que-

132 Brunner, D. R. G., II?, pág. 745: "Die Strafbarkeit der Beihilfe entwickelte sich zunächst für die Teilnahme an gewissen Bandenverbrechen, d. h. an Missetaten bei welchen es zum verbrecherischen Tatbestande gehörte, dass sie von einer Bande, contubernium, manus collecta, trustis, ags. hlód, oder von einem Heere, exercitus, einem Heerschilde, hariscild, begangen worden waren". His, *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, pág. 118: "Die Bestrafung der Beihilfe ist ausgegangen von den Bandenvergehen, Vergehen bei denen die Beteiligung eines Gefolges zum Tatbestande gehört"; cfr. también *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 25, y Del Giudice, ob. cit., *Enciclopedia Pessina*, I, pág. 480.

133 His, *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 177: "Zum Tatbestand der Heimsuche gehört ursprünglich die Beteiligung eines Gefolges; die Heimsuche ist der Hauptfall der sog. Bandenverbrechen."

brantamiento de aquella paz, concepto esencialmente inmaterial ¹³⁴; es también numeroso el grupo de las que, respondiendo más bien a un criterio de orden práctico, requerían para la existencia de este género de delitos el que concurrieran en su realización un determinado grupo de personas ¹³⁵; “un omne non puede faser ençerramiento”, dice el Libro de los Fueros refiriéndose al “encerramiento” en la casa, una de las violaciones clásicas de la paz ¹³⁶, y otras fuentes exigen la cooperación de un número variable de individuos, dos o tres como mínimo, por lo general ¹³⁷.

Algunos textos consideran, al parecer, los delitos de banda como una manifestación del concurso de autores, pues, según ellos, todos los miembros de la cuadrilla participaban en el hecho bajo un mismo concepto, e idéntico era también el grado de responsabilidad en que incurrían ¹³⁸. Pero la gran mayoría nos presentan la banda como un grupo esencialmente des-

134 Cfr. en mi estudio sobre *Paz de la casa*, los documentos insertados en las notas 92-100 y las características del delito de “quebrantamiento” en el § 10 (a).

135 Ver, en *Paz de la casa*, las notas 101, 102, 103, 112 y 113, y el apartado b) del § 10, referente al “encerramiento” en la casa como violación de la paz.

136 Libro de los Fueros, pág. 60: “Titulo del omne que se querella de otro quelo ençerro ensu casa. Esto es por fuero de omne que dise que es ençerrado en su casa e se querella de otro omne quel ençerro: aquella querella non valla; que un omne non puede faser ençerramiento. Mas sy se querella de dos omnes o dende arriba le ençerraron, deue mostrar con alcale e con çinco omnes derechos quel vieron ençerrar en su casa...”

137 Hinojosa, *Documentos*, pág. 192. Palencia, 20: “De inclusura. Si tres homines aut plures faciunt inclusuram... qui talem inclusuram fecerint, tot trecentum solidos pectent.” Julián García San Miguel, *Avilés. Noticias históricas*, pág. 389. Fuero de Avilés, transcrito por Aureliano Fernández Guerra, 42: “... Duo homines cum armas derumpent Kasa...”

138 Libro de los Fueros, 60: “... Et seyendo prouado commo derecho es, deuen pechar aquellos que fisieron el ençerramiento por cada omne e por cada muger tresientos sueldos.” Cfr. Palencia, 20, en la nota anterior.

igual con propia jerarquía interna a la que correspondía una paralela jerarquía de responsabilidades. La figura del jefe del "bando" se destaca claramente sobre los demás que constituyen su séquito y adquiere también una peculiar relevancia penal; la terminología empleada por las fuentes al referirse a las violaciones de la paz doméstica nos ofrece buen testimonio. Hablan aquéllas unas veces de que el violador de la paz ejecuta el delito, "cum tribus"¹³⁹; otras, "aliis duobus aut plus se comitantibus"¹⁴⁰, o todavía, sin aludir a número, de que lo realizó "cum bando"¹⁴¹; el jefe de la cuadrilla aparece en todos esos casos como el único y verdadero autor de la ruptura de la paz; un texto le denomina "dominus de facto"¹⁴², mientras sus acompañantes figuran en lugar secundario y distan mucho de equipararsele en consideración penal y sancionamiento; las penas impuestas a estos últimos variaron según las fuentes, y entre ellas se encuentran multas de menor entidad que las del cabecilla¹⁴³ e incluso, con carácter subsidiario, la sanción pecuniaria correspondiente al jefe de

139 *Port. Mon. hist., Leg. et Con., I*, pág. 583. Sabadelhe, 1220: "Si uicinus contra suum uicinum cum apellido ad suam casam uenerit cum tribus et intus intrauerit per malam uoluntatem pectet LX modios, medietatem ad seniore[m] et aliam medietatem ad illum ad quem iuerit..."

140 *Port. Mon. hist., Leg. et Con., I*, pág. 384. Cintra, 1154: "... Qui domum alicuius diruperit LX^a solidos pectet medium regi medium domini intencionis si disruptor aliis duobus aut plus se comitantibus fecerit sim autem minus..."

141 Muñoz, pág. 547. Peralta, 1144: "... Qui cum bando uenerit et clauserit ad suo uicino in sua casa, pectet LX solidos, medios ad seniore, medios ad illo inserrato cum duas testimonias legales"; Menéndez Pidal, *Docs. Lings.*, pág. 52, doc. de 1187: "... El ueno el conceio de Cordouila armado confre Juuan de Carauero a Santa Ouenia, et dio Migael el Crespo dos lanzadas a don Johanes, et ouemos nos a encloir dentro en la casa..."

142 Cfr., las Posturas de Alfonso III de Portugal en la nota 144.

143 Guadalajara, 83: "Tod ome que casas ajenas quebrantare, peche las calonnas dupladas e tod el danno que hi ficiere al sennor de las casas; e sy jnnieren en ayuda con vando, peche cada uno diez maravedis..."

banda en el caso de que no pudiera éste satisfacerla ¹⁴⁴. Pero la significación jurídica de la banda se extiende más allá del círculo de los atentados contra la paz doméstica ¹⁴⁵; las fuentes medievales se refieren a ella, abstrayendo de aquel supuesto particular; y la consideran como agravante del delito en cuya comisión haya intervenido ¹⁴⁶, a la par que señalan una responsabilidad para todos sus componentes ¹⁴⁷. Y esa responsabilidad para los cooperadores del malhechor aparece finalmente en algunos textos con independencia de la idea del “bando”; “auxiliatores” se les denomina en los Fueros de la familia de Cuenca, donde ofrecen ya los rasgos característicos

144 *Post. Mon. hist., Leg. et Con., I*, pág. 190, Posturas de Alfonso III; *Decretum Domini Regis* de 24 de enero de 1251: “... Quicumque fuerit ad domum filii de algo ut faciat ei malum pectet Domino Regi OCC morabitanos et sanet malum quod fecerit illi super quem fuerit ad domum, et hoc encautum pectet ille qui fuerit dominus de facto si habuerit per quod et si non habuerit per quod pectetur istud encautum domino Regi per omnes illos qui ibi cum eo fuerint...”

145 Según la opinión de Wilda, *ob. cit.*, pág. 613, “die Gefolgschaft macht auch eine eigene Art der Beihülfe aus”; cfr. las páginas siguientes hasta la 625.

146. *Post. Mon. hist., Leg. et Con., I*, pág. 900, Costumes e Foros de Castello-Melhor de 1209: “... A esto fue el conceio auenido: que ningund ome de Castiel meior que fecier bando o bando llamar afuera el cuerpo del rey sea echado por aleuoso del rey e del conseio e deriben le las casas e pierda todo quanto ha”; en Zamora, 70, la ayuda que pudieran prestar individuos ligados entre sí por vínculos de parentesco o servicio no determinaba la constitución del “bando”: “... E fillo que ajudar apadre, nonno saquen por bando, nen padre contra fillo, nen muger, nen omne que touier en sua casa, nen iugero nen cabanero; mas cada uno peche lo que fezier por so fuero.”

147 Cuenca, XI, 13: “De eo qui in bando venerit. Quicumque in bando venerit, et arma extraxerit, aut percusserit, aut livores fecerit, pectet calumpniam quamcumque fecerit dupplatam...”; XI, 16: “De eo qui in urbe bandum fecerit. Item quicumque in urbe bandum ad consilium fecerit pectet calumpnias quascumque perpetraverit duplatas, tam ipse quam omnes sui auxiliatores...”

de los cómplices ¹⁴⁸, mientras otros textos, en lugar de usar expresiones genéricas, sancionan casos específicos de ayuda, como el albergar al autor durante la preparación del delito ¹⁴⁹. De todo ello puede concluirse que la idea de complicidad, fuera incluso del supuesto de la banda, llega a definirse con relativa precisión dentro de los límites de la Alta Edad Media, aun cuando las variantes de las fuentes y el perdurar de ciertas confusiones, relativas en especial a la penalidad de la ayuda, demuestren también que los conceptos no habían todavía llegado a afirmarse generalmente con fijeza definitiva.

§ 3. CONCURSO MORAL: LA INSTIGACIÓN.

El concurso moral, instigación, constituye la última forma de participación en el delito que resta aquí por examinar. La misma naturaleza inmaterial de que está revestida explica que la instigación tarde en ser recogida por los sistemas jurídicos bastante más que las formas antes estudiadas. Para

148 Cuenca, XXI, 28: "De eo qui mulierem si oppresserit vel rapuerit. Item quicumque mulierem vi oppresserit, aut eam rapuerit, parentibus invitis, pectet trecentos solidos et exeat inimicus: adiutores similiter pectent trecentos solidos et exeant inimici..."; XI, 30: "Item mulier que de oppressione conquesta fuerit... si ipse oppressor negaverit, iuret illi cum duodecim vicinis, aut respondeat suo pari, quod magis quereloso placuerit. Quod si ceciderit, exeat inimicus in perpetuum, et auxiliares per annum, pectando calumpnias trecentorum solidorum quilibet per se."

149 B. R. A. H., t. XIV, 1889; pág. 309, Fidel Fita, Fuero de Uclés: "Totus homo, qui vicino non fuerit de ucles et ad ucles uenerit et hominem de ucles mataret, a quien suspecta habuerint que de sua casa exiuit, saluet se cum XIII, iuren todos, et ille in cabo, quod non fuit sciens nec consilator de illo homine matar; et si se non salvaret pectet quinientos morabetinos, ut supra diximus, et suo homizilio qual foro habeat palacio et exeat homiziero."; Salamanca, 22: "Qui cogier enemigo o omne estranio. Todo omne que uezino fuere, non coya omne estranio en su casa, de tierra ayena, que mal quesier aomne de Salamanca o que sea su enemigo. E si lo cogier, e auezino de Salamanca ferier, peche D soldos; e si lo matar, peche X mil soldos esalga enemigo..."

ello debió llegarse a una estructuración del delito que, superando los criterios de la responsabilidad por el resultado, atribuyera una relevancia fundamental a los elementos subjetivos y se estructurase sobre la base de la voluntad del autor, hasta el punto de sancionar actos puramente intelectuales que no habían sido seguidos por inmediatos resultados externos ¹⁵⁰.

Escasísimas son las referencias a la instigación en nuestras fuentes de la Alta Edad Media, que acostumbran, por lo general, a denominarla con el término "consilium"; las pocas noticias que aquéllas transmiten no permiten apreciaciones detalladas, si bien son suficientes para juzgar respecto a su consideración penal dentro de los límites de la época. Parece probable que esa consideración del "consilium" se limitara a un número reducido y bien determinado de delitos, especialmente delitos de sangre, a los cuales las fuentes aluden de ordinario ¹⁵¹. A ello se debía el que en los *Fucros* Cuenca-Teruel se estableciera el principio "nemo pro consilio respondeat", cuya aplicación sufría excepciones en algunos casos de mayor gra-

150 Acerca de la instigación en los Derechos populares Germánicos y en el Medieval, cfr. Wilda, ob. cit., págs. 627 y ss., que considera como sus manifestaciones principales el "consilium" propiamente dicho, "Rath", el pago a otra persona para la comisión de un delito y la ejecución de éste en virtud de orden recibida, especialmente el siervo por mandato del señor; cfr. también Brunner, D. R. G., II^o, págs. 742-44, His, *Strafrecht bis zur Karolina*, páginas 24 y ss., y *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, págs. 115 y ss.; Pertile, ob. cit., V, págs. 84 y ss., que distingue el "consiglio a delinquere" del "mandato a delinquere", Del Giudice, y Calisse, obs. cits., *Enciclopedia Pessina*, I, pág. 478, y II, págs. 106 y ss., respectivamente.

151 En Derecho Germánico se parte de la impunidad originaria de la instigación, a la cual se van haciendo una serie de excepciones en determinados casos; esta era la situación en el Derecho Medieval; en él, según afirma His, *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, pág. 117, "in der Regel wird die Strafbarkeit der Anstiftung nur für einzelne Vergehen ausgesprochen, etwa bei Tötung, Entführung, Diebstahl und falsches Zeugniß". Cfr. también *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 24.

vedad y particularmente en los delitos de sangre ya mencionados ¹⁵². La instigación al homicidio fué la que con más frecuencia consideran los textos ¹⁵³; ya un documento de 1032 se refiere a ella: cierto Rademiro instiga a su hermano Sisnando la comisión de un homicidio, y al exigir la condesa doña Sancha, señora de aquella tierra, la multa correspondiente por el delito, Rademiro se confiesa culpable, declara "que por meo consilio et per mea immissione fecit ipse homicidio", y se hace cargo de la responsabilidad económica, que satisface haciendo entrega a la condesa de una viña de su propiedad ¹⁵⁴. El concurso moral aparece aquí considerado como factor de la mayor importancia para la producción del delito. Los escasos testimonios con que contamos no revelan alguna uniformidad de criterio en el sancionamiento del instigador. Pénasele en unos textos con el pago de cierta multa ¹⁵⁵, mientras

152 Cuenca, XIII, 1: "Quod nemo pro consilio respondeat. Mando itaque quod nemo pro consilio respondeat. Respondeat tamen ille qui consilium Cristianum vendendi dederit..."

153 Cuenca, 16: "De vicino qui inimicum sui vicini in domo sua receperit. Similiter si aliquis vicinus inimicum sui vicini in domo sua receperit, vel consilium vel auxilium ei prebuerit, pectet centum aureos". Cfr. Uclés, en la nota 149; Teruel, 29; Zorita, 11.

154 Risco, *España Sagrada*, XXXVI, Ap., Madrid MDCCXXXVII; pág. XXXIX, *Conventio inter Santiam Comitissam et Rademirum super quodam homicidio in Villa Frexeno perpetrato*. A. 1932: "Orta fuit intentio inter illa Comitisa Domna Sancia et Rademiro, et venit diabolo, et deceptit ad suo germano Sesnando, et fecit homicidio de illa Comitissa Domna Sancia in loco predicto que nuncupant Valle de Frexeno. Et mandavit illa Comitissa, et contestaron ipso Sesnando ad suo germano Rademiro, et per suo Concilio fecit ipse Sesnando ad Rademiro pror pariare ad illa Comitissa Domna Sancia et non habuit ille unde pariare ipso homicidio. Et venit cum rogo, et prostrat cum homines bonos a pedibus de illa Comitissa Domna Sancia: Manifestum facio, quoniam negare non valeo que per meo consilio et per mea immissione fecit ipse homicidio. Et rogarunt ipsos homines, et ipso Rademiro cum una vinea ad illa Comitissa..."

155 Cfr. Cuenca, 16, en la nota 153.

otros fueros, y entre ellos el de Soria, exponente de fuentes locales tardías, le equiparan al autor en todos los aspectos ¹⁵⁶.

VI.—EL ENCUBRIMIENTO

El sistema de sancionamiento por medio de la “inimicitia” presentaba como uno de sus aspectos fundamentales el destierro del delincuente fuera de los confines de la propia villa; sin detenernos en este punto, conviene recordar que aquella prohibición de regreso a la villa podía prolongarse por un período de tiempo más o menos largo: junto al destierro por un año figura en las fuentes el de duración ilimitada, al que solamente ponía término la reconciliación con la parte ofendida, y, por otra parte, existen testimonios de sistemas de “inimicitia” en los cuales la proscripción no llega a aparecer en calidad de elemento indispensable. Son éstos particulares que deben tenerse ahora presentes, aun cuando su estudio detallado corresponda verificarlo con el de las demás resultancias del delito, ya que el encubrimiento aparece por lo regular en íntima conexión con la ley del destierro del delincuente que haya incurrido en enemistad legítimamente declarada ¹⁵⁷.

En efecto, escasas son las huellas de encubrimiento que figuran en las fuentes con independencia del supuesto mencionado. Aparte de algunas noticias aisladas ¹⁵⁸, únicamente se

156 Soria, 492: “Traydor es qui mata su sennor natural o mete mano en el o lo manda o lo conseia ffazer, o quier alguna destas cosas ffaze affijo de su sennor natural...”; cfr. Uclés, en la nota 149.

157 Respecto al precepto del destierro en los sistemas de “inimicitia” de nuestro Derecho Medieval y las excepciones que a él se dieron, cfr. Hinojosa, *Elemento Germánico*, págs. 55 y ss., y Díez Canseco, *Notas al Fuero de León*, A. H. D. E., I, págs. 363 y 365.

158 Entre ellos pueden presentarse las contenidas en los Fueros otorgados por el Obispo Gelmírez, que revelan de ordinario las nuevas influencias romano-canónicas; Muñoz, pág. 405, Fueros otorgados a los pueblos del Obispado de Compostela por D. Diego Gelmírez en 1113: “De proditoribus et latronibus. Proditores vel latrones nemo

considera con alguna constancia como encubridor al señor de la casa de donde salió el malhechor para la comisión del delito, en el caso de que, habiendo regresado a ella una vez cometido, le hubiese dado acogida en lugar de entregarle, como debiera, a la autoridad pública¹⁵⁹. Pero el caso más extendido, y de cuya difusión son buen testimonio las alusiones de los textos, estuvo constituido por la prestación de ayuda al "inimicus"¹⁶⁰. Pudo consistir esa ayuda en el alimentar o favorecer de otro modo al proscrito¹⁶¹; mas la forma ordinaria fué el acogerlo y ocultarlo en la propia casa. Desde el momento

protegere, nemo deffendere praesumat. Sane eorum protectores danna vel calumnias quae illi sustinuere meruerant, sustineant".

159 Muñoz, pág. 536, Daroca, 1142: "... Si servus alicuius vicini, vel quilibet estraneus exierit de domo alicuius vicini de illa, scilicet domo ubi ipse habitat cum uxore, et filiis et fecerit aliquod malum, et postea reversus fuerit in domum illam, dominus domus, aut respondeat cum malefactore, aut restituat malefactum..."; Alba, 13: "Fuero de omne o muler acoyer. Todo omne o muler de Alba o de su termino que omne de fuera de termino en su casa acoxiere, e omne o muler de Alba o de su termino matare, e a su casa tornare, delo aderecho. E si non lo aduxiere aderecho, peche CCC morauedis..."

160 En Derecho Germánico se distinguieron dos formas de encubrimiento: la ocultación de la persona del malhechor y de los frutos del delito, y dentro de la primera se diferencia aún entre el delincuente condenado públicamente y el que todavía no lo había sido. His, *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 28-31, y *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, págs. 152-167. De igual forma que acontecía con la instigación, el encubrimiento se penaba solamente en determinados delitos, los que se juzgaban particularmente graves. El encubrimiento del "Friedlose" y del ladrón, y especialmente el libertarles o facilitarles la fuga se consideraron como los casos de mayor gravedad; Wilda, ob. cit., págs. 365 y ss.; cfr. también Brunner, D. R. G. II^o, págs 751 y ss. del Giudice, ob. cit. *Encyclopedie Pessina*, I, pág. 483.

161 Salamanca, 70: "E alos enemigos si los parientes del muerto les firmaren, a todo omne que los acogiere en su casa o los amparar o pan les diere, peche D soldos aparientes del muerto..."; *Port. Mon. hist.*, Leg. et Con., II, pág. 8: "Costumes e Foros da Guard: ... e os enmiigos se seus párentes do morto se lhes firmaren. E todo ome que os coler en sua casa ou lhos emparar a seus enmiigos ou pan lhes der peyte D soldos ao parente do morto..."

en que por la declaración solemne de la enemistad el delincuente se convertía en "inimicus manifestus", entraba en vigor la prohibición para sus vecinos de prestarle auxilio alguno y, por consiguiente, la de recibirle en su casa burlando el destierro impuesto¹⁶². La ignorancia por parte del dueño de la presencia del "inimicus" en su casa pudo librarle de la responsabilidad; pero le obligaba a no suministrarle ayuda de ninguna especie a partir del momento en que tuvo noticia¹⁶³. La sanción que se imponía al encubridor fué, por lo general, el pago de una multa en concepto de pena, que, según ciertos

162 Cuenca, XV, 9: "De inimico manifesto qui ad urbem redderit aut salutationem vel in aliqua domo testificatus fuerit. Omnis etiam inimicus postquam manifestus ab urbe exierit, si iterum in civitate aut in suis aldeis ab inimicis suis testificatus fuerit, pectet centum aureos dominus in cuius domo testificatus fuerit..."; Teruel, 21: "Postquam uero inimicus siue homicida de uilla eictus fuerit si postea in uilla aut in suo termino inuentus fuerit capiat illum pro calumpnia C^m aureorum. Et totidem pectet dominus domus in qua fuerit testificatus..."; Molina: "Qui testiguare encartado. Qui testiguare encartado de aquellos que agora son encartados o fueron antes con dos alcaldes o con dos pesquisidores, peche C maravedis aquel en cuya casa fuere testiguado el encartado"; Usagre, 61: "Qui enemigo ageno cogier. Tod omme que enemigo ageno cogier en uilla o en aldea que sea uezino de Osagre a nuestro fuero sacado por enemigo, pectet C morauetis al quereloso si en casa ge lo pudier testiguar con bonos omnes, assi commo es fuero, et a los alcaldes IIII^{or} morauetis, sin saluese con IIII^{or} et el V^o. Et si dixerit: "in domo tua est meo inimico, aperi mi tuam portam", et noluerit ei aperire, firmelo et pectet ei assi calumpnia super scripta, sicut in sua cassa lo testiguasse..."; *Port. Mont. hist.*, I, pág. 821, Costumes e Foros de Alfaiates, 1188-1230: "Toto homine qui inimico alieno coiera in aldea aut in uilla, qui sit uicino de Alfaates et sacado por inimico ad nostro foro pectet C morabetinos in sua casa potuerint testificare con bonos homines..."; cfr. en la pág. 751, Costumes e Foros de Castello Bom.

163 Molina: "Qui saliere por enemigo. Qui saliere de Molina por enemigo o fata agora sallo por muerte de homne. Si fuese testiguado en casa de alguno asi commo es dicho de suso, peche C maravedis aquel en cuya casa fuere testiguado. Et si aquel sennor de la casa o fuere testiguado el encartado o el enemigo dixere que non lo sabie que era en su casa, nol de aiuda ninguna..."

textos, se distribuía entre la autoridad y la parte ofendida ¹⁶⁴.

Hay que recordar, por último, cómo las pesquisas tras del “inimicus” constituyen uno de los casos en que se autorizaba aquella investigación y registro de las casas que denominan las fuentes con el término “escondrinamiento” ¹⁶⁵. La sospecha de que pudiera el delincuente ocultarse en la habitación de un vecino justificaba que el “querrelloso” y los representantes de la autoridad solicitaran al señor que permitiese la inspección de su casa, y la negativa de éste se juzgaba una confesión tácita de la razón de aquella sospecha, hasta el punto que, sin necesidad de otras pruebas, se le imponían automáticamente las penas propias de los encubridores ¹⁶⁶.

VII.—LA TENTATIVA

Los sistemas jurídicos que fundamentan el concepto del delito sobre los resultados externos que siguieran a éste, prescindiendo de valorizar el elemento subjetivo, debían, en bue-

164 Madrid, IX: “... Todo omne qui exierit per enemigo de Madrid el uicino de Madrid o de su termino qui lo acogiere in sua casa pectet X morabitanos...”; Muñoz, pág. 437, Medinaceli: “Qui enparare a otró so enemigo, e si firmar ge lo podiere, peche X mencales al rencuroso, et LX sueldos a los alcaldes...”; cfr. también los documentos insertados en la nota 162.

165 El “escondrinamiento” tuvo otra manifestación muy difundida y fué el registro de la casa en busca de objetos robados que se sospechare pudieran hallarse ocultos en ella; cfr. el § 6 de mi trabajo *La paz de la casa*.

166 Molina: “Qui cogiese homicida. Qui cogiere homicida en su casa peche C marauedis et vaya su adversario con alcaldes et con sus parientes con armas a demandallo aquel sin calonna. Et den a el aquellas casas a escondrinar. Et si non ge las quisieren dar a escondrinar, peche C marauedis...”; “De casas estondrigar. Qui non quisiere dar sus casas a escondrigiar ad aquestos homes sobre escriptos por encartados o por enemigos peche en coto C marauedis.” *Alfambra*, 16: “Qui codra enemigo. Tot omne que colira enemigo de su uezino et sera prouado peche CC soldos et si non dexara escondrinar su casa el iudez peche C morabetinos si sera sabido de todo concello que sea enemigo prouado e desafiado.”

na lógica, pasar por alto aquellas actuaciones del autor dirigidas a la comisión del hecho, pero que no se manifestaran todavía en la producción real, y exteriormente apreciable, de un daño ¹⁶⁷. La tentativa no era tomada por ellos en consideración, pues no podía sancionarse lo que no se había traducido todavía en un resultado nocivo.

La evolución jurídica señaló pronto ulteriores progresos, y comenzó a apreciar en ciertos casos los hechos constitutivos de la tentativa, no en concepto de delito imperfecto que no había alcanzado su consumación, sino como propios y verdaderos delitos ya completos en sí y consumados por los actos constitutivos de la tentativa de aquel otro delito previsto que no llegó a producirse ¹⁶⁸. Al concepto de la tentativa de delito en sentido moderno se antepone el del que ha venido a llamarse "delito de tentativa", integrado por los hechos externos realmente ejecutados por el autor con independencia del fin último que se proponía conseguir ¹⁶⁹.

167 Son justísimas las apreciaciones de Brunner respecto a la situación de la tentativa dentro de un sistema penal fundamentado exclusivamente sobre el resultado; afirma en su D. R. G., II, pág. 558: "Die Strafbarkeit ungewollter Missethat entspricht die grundsätzliche Straflosigkeit des Versuches. Eine Rechtsordnung, die in dem zugefügten Übel den Ausdruck des verbrecherischen Willens zu sehen pflegte, musste weit davon entfernt sein, die unvollendete oder misslungene Missethat nach Analogie des vollendeten und gelungenen Verbrechens zu strafen."

168 Según Calisse, ob. cit., *Enciclopedia Pessina*, II, pág. 471, el concepto de tentativa se encuentra en un mismo grado de desarrollo en las leyes germánicas y en el Derecho romano de la época imperial. Ambos establecen una serie de figuras de tentativa que consideran como delitos independientes, sin referirlos para su calificación al fin perseguido.

169 La tentativa en cuanto considerada como propio delito *per se*, nuestro *delito de tentativa*, se denomina por los tratadistas alemanes de historia del Derecho Penal, con la expresión *Versuchverbrechen*; sobre la evolución del concepto de tentativa en el Derecho Germánico, cfr. Wilda, ob. cit., págs. 598 y ss.; Brunner, D. R. G., II^o, págs. 732 y ss.; His, *Strafrecht bis zur Karolina*, págs. 31-34, y *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, págs. 167-68.

En el Derecho de la Alta Edad Media son frecuentes las noticias según las cuales las actuaciones preparatorias de ciertos delitos vienen consideradas como propios delitos "sui generis"; el caso ordinario es el de sacar las armas contra otra persona, que encuentra ya precedentes en el Derecho visigótico¹⁷⁰. Prescinden las fuentes de analizar los ulteriores propósitos del individuo, y fijan exclusivamente la atención en que su actitud envuelva una amenaza para otra persona: por ello hablan de "arma extensa per iram"¹⁷¹, de lanza o espada empuñada "pro commocione"¹⁷²; y otros textos aclaran que la pena se imponía por la sola actitud, aun cuando no pasara ésta de simple amenaza ni llegaran a emplearse las armas en cuestión¹⁷³. La sanción era siempre de carácter pe-

170 Tal es una ley de Chindasvinto en que el delito de tentativa aparece con las mismas características que se dan más tarde en las fuentes de la Reconquista: *Mon. Ger. hist.*, Legum Sectio, I. Legum Nationum Germanicarum, Tomus I. Leges Visigothorum, Ed. Karolus Zeumer, Hannoverae et Lipsiae, 1902. *Lex Visigothorum*, VI, 4, 6: "Ille sane, qui prior contra quemlibet iratus eduxerit gladium, quamlibet non percusserit, X tamen solidos ei quem percutere voluit pro presumptione sola dare cogendus et." Zeumer, en la n. 1 a esta ley, en la pág. 268, deduce de su comparación con otra semejante de la *Lex Burgundiorum* que debió derivarse de una anterior Euriciana, para nosotros desconocida: En efecto, Burg., 37, dice: "Quicumque spatam... eduxerit ad percutiendum alterum et non percusserit, inferat multae nomine solidos XII."

171 *Port. Mont. hist.*, Leg. et Con., I, pág. 381, Mesão-Frio, 1152: "... De arma extensa per iram fora de casa LX solidos..."

172 Ferotini, *Silos*, pág. 64, Fueros de Silos dado por Alfonso VII en 26 de mayo de 1135: "... Si vicinus contra suum vicinum pro commocione aliquam lanceam aut gladium seu quodlibet ferrum eduxerit et in vando exierit, pectet sexaginta solidos ad abbatem Sancti Dominici..."

173 Cuenca, XI, 11: "De eo que hominem cum armis prohibitis percusserit. Et quicumque homini cum armis prohibitis livores fecerit, pectet tringinta aureos; et si os fregerit, sexaginta aureos pectet, si autem cum armis prohibitis percusserit, et livores non fecerit, pectet viginti aureos. Si vero arma extraxerit licet cum ei non percutiat, pectet decem aureos."

cuniaro y consistía en el pago de una determinada multa; la "caloña" de sesenta sueldos aparece en estos casos bastante difundida ¹⁷⁴. Como puede apreciarse, el fin perseguido por el autor déjase aquí del todo descuidado, y la atención de los textos se concentra por completo en los hechos externos realmente producidos.

Aun cuando este sea el tratamiento habitual de la tentativa en las fuentes de la época que estudiamos, algunas noticias ofrecen indicios de una consideración más próxima al delito consumado ¹⁷⁵. Acontece esto especialmente en el supuesto del denominado "consilium mortis", que se manifiesta ya en algunos de los Derechos populares germánicos y de modo particular en el longobardo ¹⁷⁶. Constituía el "consilium" la conjura o acuerdo entre diversas personas que se confabulan para atentar contra la vida de otra, sin que hubieran todavía llevado a la práctica sus proyectos. Según el criterio anterior, deberían los textos limitarse a sancionar como delito independiente los hechos externos en que se hubiera manifestado aquella conjura y que fuesen preparatorios para la comisión del delito proyectado. Mas las fuentes, que establecen la figura del "consilium mortis" se apartan de tal criterio y califican el "consilium" no en atención a los actos realizados, sino al fin realmente perseguido. Algunos documentos reales nos dan noticias llenas de interés a este respecto.

Alude Alfonso V en una donación a la Iglesia de Oviedo, en el año 1000, a la conjura tramada contra su vida en tiempo de su padre Bermudo, y habla de que por aquel entonces

174 Muñoz, pág. 460, Calatayud, 1131: "Et vicino qui sacaverit armas super suo vicino intro civitate, pectet LX solidos tertia pars ad regem, tertia ad concilium, tertia ad quereloso." Cfr. notas 171 y 172.

175 Muñoz, pág. 348, Miranda de Ebro de 1099: "... Et si aliquis homo extraxerit gladium contra aliud, redimat praecium pro homicidio..."

176 Calisse, ob. cit., *Enciclopedia Pessina*, págs. 109 y siguientes; His, *Strafrecht bis zur Karolina*, pág. 32.

“complures in Asturias, inter quos fuit proditor Analsus... consiliati sunt necem filii eius Aldephosum tunc temporis parvuli”; preso el traidor y su mujer y sometidos a juicio, fueron condenados a muerte en Oviedo, pues de tal pena eran dignos “qui praelatam traditionem in Dominum suum consiliati fuerunt”¹⁷⁷. Igual apreciación del “consilium”, en un documento de Alfonso III, que se remonta al siglo IX: privó el rey de sus bienes a un vasallo traidor, y la razón aducida era ya la misma: “caruit ipse per suam infidelitatem dum de nostra nece et tradicionem consiliatus est”¹⁷⁸. El Fuero de Soria, finalmente, recoge, mucho más desarrollada, la figura del “consilium”; extiende éste a delitos distintos de la muerte y lo equipara en consideración al hecho ya consumado.¹⁷⁹; la apreciación del fin realmente perseguido por el autor ha logrado aquí un neto predominio sobre los anteriores criterios.

177 Risco, *España Sagrada*, XXXVIII, Madrid, MDCCXCIII, Ap., página 283; donación de Alfonso V a la Iglesia de Oviedo, a. 1000: “... Fuere complures in Asturias, inter quos fuit proditor Analsus cognomento Garvixo, qui in tempore Veremundi Regis consiliati sunt necem filii eius Aldephonsi, tunc temporis parvuli, quo audito pater ejus Veremundus Rex fecit inquiri, si istud esset verum, an non, per veridicos homines, qui postquam verum esse cognovit, ligavit, eum et uxoris eius Guligeva catenis deinde misit eos in carcerem; interim vero dum essent in carcerem mortuus est Veremundus Rex, et successit ei Aldephonsus praedictus filius ejus puer in Regnum. Postea jam ipse ordinatus Rex cum matre sua praefata Geloira Regina fecerunt Concilium in Oveto, quo Concilio elegerunt judices, qui judicarent, qui digne mali recepturi essent, qui praefatam traditionem in Dominum suum consiliati fuerunt, illi vero morte dignos merito illos censuerunt...”

178 Antonio López Ferreiro, *Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago*, II, Santiago, 1899; Ap., pág. 32, donación de Alfonso III a la Iglesia de Santiago, a. 885: “... et in suburbio de sublancio de senara ad semenaturam XXX modiorum, que fuit de Hanmu, qua caruit ipse per suam infidelitatem dum de nostra nece et tradicionem consiliatus est...”

179 Soria, 942: “Traydor es qui... yaze con mugier de su sennor o que es en consejo de que yaga otro con ella o que desereda su rey o es en conseio de desheredarle...”

Significa ello que la idea del “delito de tentativa” ha sido ya netamente superada, y no es aventurado afirmar que el “consilium” contribuyó sobremanera a lograrlo y que su influjo se hizo sentir eficazmente en la elaboración del moderno concepto de tentativa.

JOSÉ ORLANDIS.