

periodísticas e informaciones comerciales y la perturbación de la paz pública en ocasiones de particular regocijo.

Las dificultades que sugiere el interesante estudio se solucionan a base de los principios capitales establecidos al comienzo, y a los que se enlaza un concepto individual como el de la buena fe y aun de la ignorancia de la ley penal, en el caso de los dos gobiernos existentes en el mismo territorio, y en otros casos a un concepto social, como el de la costumbre interpretativa o derogatoria en el caso de ruido en horas de reposo por el consentimiento tácito de la generalidad.

Federico CASTEJON
Magistrado del T. S.

ORLANDIS, José: "Las consecuencias del delito en el Derecho de la alta Edad Media".—Pubs. del "Anuario de Historia del Derecho Español", XVIII.—Madrid, 1947.

La presente monografía se suma con "El concepto del delito", publicado en el "Anuario de Historia del Derecho Español", XVI-1945, a la parte general del Derecho penal de un período histórico perfectamente caracterizado, como es el de la Edad Media, entre la ruina del Estado visigodo, que arrastró la inobservancia de legislación regia, y la recepción de Derecho común que juntamente con la labor legislativa de los reyes, a menudo inspirados en aquella misma legislación, constituyen una nueva etapa, de fisonomía muy diferente. En la alta Edad Media puede contemplarse la formación de un Derecho, en la que intervienen múltiples factores: la ausencia de un poder político unitario, el predominio de una mentalidad popular que a veces retorna a concepciones típicamente primitivas, la complejidad de tradiciones jurídicas y el acusado localismo del Derecho, impiden muchas veces la formulación de un sistema. Su historiador, sin perder de vista que es necesario exponer de un modo coherente y preciso el desenvolvimiento de las instituciones, tiene que respetar todas las peculiaridades que las mismas adoptan. Se encuentra además con unas fuentes de conocimiento lacónicas y confusas, y tiene que esforzarse por ir desde ellas a la viva realidad a que aluden.

El paso que significan estas dos monografías, puede apreciarse sólo con pensar en la casi absoluta carencia de estudio sobre la Historia de nuestro Derecho penal. El profesor Orlandis ha proseguido en ellas el camino marcado por don Eduardo de Hinojosa, en "El elemento germánico en el Derecho español", obra en que se tocaban brevemente, pero con el golpe certero de maestro, una serie de temas. El concretarse a algunos de ellos, ha permitido a su continuador utilizar una masa más considerable de fuentes, y ahondar en aspectos antes no atendidos. Una información sobre las modernas investigaciones de los germanistas—especialmente de Rudolf His—le ha orientado, como a Hinojosa, en la búsqueda sobre nuestras fuentes, pero no se ha interpuesto en su visión. En resumen, hay aquí una continuación científica digna en todo de la Escuela que proclama a Hinojosa como su renovador.

Quizá interese a los penalistas españoles la anticipación en una reseña del contenido de este trabajo de la especialidad histórica, que en nuestros días hace más aguda su atención hacia las ramas especiales del Derecho, sin abandonar la firme base de su Historia general. La ciencia del Derecho penal—quizá el ordenamiento más afectado por el movimiento y las convulsiones históricas—puede también encontrar en esta dimensión una experiencia y un enriquecimiento de perspectivas.

Se inicia el estudio con una ojeada sobre el precedente del Derecho regio visigodo, cuyas huellas se encuentran alguna vez en el Derecho de la época siguiente, aunque éste en sus principios fundamentales obedece a una concepción totalmente distinta. El sistema jurídico-penal visigodo se funda en una organización política vigorosa, al menos teóricamente, que no permite las actuaciones privadas de los individuos. Otro problema es si el Derecho realmente vivido se ajusta o no a esa concepción. En este lugar se situaba la tesis germanista de que el Derecho español de la alta Edad Media es el retorno a esas prácticas populares, que ahora podrían desarrollarse libres de la presión del Estado. Orlandis se hace eco de la corriente crítica que sobre el puro germanismo del Derecho alto medieval, envía una visión más completa y profunda de la Historia del Derecho romano, y admite el factor del Derecho romano vulgar (aún con las dificultades que su conocimiento positivo presenta) así como el de un movimiento regresivo en la cultura jurídica.

La actuación de carácter privado es el signo característico de este Derecho penal, concretado en el precepto “nadie responda sin querelloso”, que dogmáticamente coincide con el “Wo kein Kläger ist, das ist kein Richter”. Numerosas fuentes españolas lo reproducen. Junto a él, podemos observar la tendencia del poder público a limitar las actuaciones privadas, que culminará en la sustitución de aquel principio por el de la persecución pública del delito. Entre esos dos extremos se desarrolla la evolución del Derecho penal en el período estudiado.

Por ello, la consecuencia principal del delito no es la pena, diversamente de nuestra mentalidad, que coloca en lógica sucesión ambos términos, sino la venganza, con múltiples manifestaciones. Esta idea y este sentimiento domina en la sociedad medieval, en términos que la literatura de raíz popular presenta con realismo. Pero la venganza no es el hecho simplemente arbitrario, sino que tiene una base jurídica, perfectamente modelada, la “inimicitia” o enemistad entre los parientes de la víctima y el autor del delito. Su iniciación tiene un carácter formal, diferente en el delito “infraganti” y en el delito ordinario. En el primero, a través del “apellido”, se inicia una persecución del delincuente al que, en algunos casos, se le puede matar seguidamente. En el segundo debè preceder el desafío y la declaración judicial de enemistad, que se efectúa con determinadas solemnidades y por personas llamadas a ello. Como efectos de la “inimicitia” considera Orlandis: la pena pecuniaria, el destierro y la venganza familiar, procediendo a un estudio detallado de las variantes que en cada uno de aquellos representan los fueros municipa-

les. El estado de indefensión jurídica es lo propio de la enemistad; sobre ella actúa la venganza, que al ejecutarse pone término a aquel estado. Pero esto también puede realizarse por otro medio: la reconciliación, voluntaria en los casos de enemistad perpetua, obligatoria en la forma atenuada de enemistad temporal.

Una enemistad más intensa es la pérdida de la paz que sigue a la comisión de delitos especialmente graves. Aquí el deber de venganza es ya de tipo público, distinguiéndose dos clases de pérdida de la paz: la del Concejo y la del Reino, con la figura especial de la "ira del Rey". ¿Qué relación histórica guarda esta consecuencia con la pena de muerte, ya que ambas suelen tener un mismo fin? Nuestras fuentes, concluye Orlan-dis, revelan las dos posiciones mantenidas por los autores a este respecto: por una parte la pena de muerte se configura desde más antiguo; por otra, se da el tránsito de una a otra consecuencia, y la progresiva sustitución de la pérdida de la paz por la pena de muerte.

Esta, se presenta también como subsidiaria de otras penas, y a su vez, cuando no es posible ejecutarla, por la autoridad se declara la enemistad general.

Las penas corporales de mutilación, azotes, talión, forman un nutrido grupo. A propósito de la segunda, se hace referencia a una aplicación de azotes, estudiada por Paulo Merêa, que no tiene carácter de pena, sino de "composición corporal". Son, en efecto, estas dos nociones, la de pena y composición, las que podrían servir de criterio dogmático, mejor que el contenido material de las mismas (pecuniario; corporal, etc.).

Entre penas restrictivas de libertad individual, figuran dos de abo-lengo visigodo: la reducción al estado servil y la "traditio in potestate". Junto a ellas, el arresto para obtener el pago de las penas pecuniarias, y la prisión, pública o privada, que comparativamente tiene muy poca importancia. El encerramiento en la propia casa significa también el acogerse a su especial.

Aparte de los efectos pecuniarios anejos a otras consecuencias del delito, se produce la pena independiente de esta índole, que los textos denominan caloña. Sobre este punto, los tratadistas de Derecho germánico han elaborado una serie de distinciones entre la satisfacción debida al lesionado y la que se entrega al poder público, la que se gradúa por el delito y la que por la categoría social de la víctima; la que es el precio de la paz y la que es el coto de su quebrantamiento. Estas nociones se entrecruzan en nuestros Derechos locales, que fijan la cuantía de las caloñas y la distribuyen con arreglo a los diversos criterios.

Finalmente, hay penas que no encajan en el cuadro dogmático de las anteriormente estudiadas, como la destrucción de la casa, el destierro, las infamantes, etc.

Han quedado pues, trazadas las líneas fundamentales de un capítulo de la Historia de nuestro Derecho que estaba casi en blanco. Ahora será posible ahondar más en ciertos aspectos, pero el adelanto ha sido considerable.