



# Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano

MIGUEL S. MACEDO





# CLÁSICOS DE LAS CIENCIAS PENALES



DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL  
DE CIENCIAS PENALES

ARTURO CHÁVEZ CHÁVEZ  
*Procurador General de la República*  
*y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

GERARDO LAVEAGA  
*Director General*  
*del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA  
*Secretario General Académico*

RAFAEL RUIZ MENA  
*Secretario General de Profesionalización y Extensión*

SANTIAGO CÓRDOBA GARCÍA  
*Director de Publicaciones*

DIRECTORIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA  
DEL DISTRITO FEDERAL

MAG. DR. EDGAR ELÍAS AZAR  
*Presidente del Tribunal Superior de Justicia*  
*y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal*

LIC. LUIS MANUEL MÁRQUEZ LUGO  
DR. ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ  
LIC. LUZ DEL CARMEN GUINEA RUVALCABA  
LIC. RAFAEL SANTA ANA SOLANO  
*Consejeros de la Judicatura*

LIC. RACIEL GARRIDO MALDONADO  
*Director General de Anales de Jurisprudencia*  
*y Boletín Judicial*

MIGUEL S. MACEDO

APUNTES PARA LA HISTORIA  
DEL DERECHO PENAL  
MEXICANO

Prólogo del  
MAG. DR. EDGAR ELÍAS AZAR

Seguido del discurso de  
“Inauguración de la Penitenciaría de México”



Primera edición de *Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano*, 1931

Primera edición de “Inauguración de la Penitenciaría de México”, 1900

Primera edición facsimilar, 2010

Portada: Pablo de Beaumont, *Crónica de Michoacán*, copia de 1792, vol. 17, f. 148, Archivo General de la Nación.

Edición y distribución a cargo del  
Instituto Nacional de Ciencias Penales  
[www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx)  
[publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx)

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

D. R. © 2010 Instituto Nacional de Ciencias Penales  
Magisterio Nacional 113, Tlalpan  
14000 México, D. F.

ISBN 978-607-7882-15-2

Diseño de portada: *Victor Garrido*

Impreso en México • *Printed in Mexico*

## PRÓLOGO

Dos mil diez es un año con especial significado para los mexicanos. Y no sólo por las celebraciones que tendrán lugar en todo el país, sino porque después de dos siglos de vida libre y soberana es momento propicio para reflexionar sobre el rumbo que nuestra nación ha tomado en materias como la consolidación de la democracia, el respeto a los derechos humanos y la manera de enfrentar las amenazas del crimen organizado.

Esta actitud reflexiva debe extenderse al campo del Derecho Penal y Procesal Penal, pues hace dos años el Constituyente Permanente aprobó una trascendente reforma de justicia y seguridad pública, quizá la más importante desde 1917. Gracias a ella se introdujo el sistema acusatorio oral, los principios de inocencia y de reinserción social, se ampliaron las garantías para la víctima y se establecieron reglas claras y precisas para combatir la delincuencia organizada.

Pero, ¿cuánta sucesos históricos hay detrás de dicha reforma constitucional?, ¿cómo podría delinearse el largo camino recorrido por la legislación penal de nuestro país?, ¿qué hemos aprendido de otras culturas y naciones, y qué hemos asimilado de ello en el ámbito de esta rama jurídica? Estas y otras cuestiones hallarán pronta y erudita respuesta en *Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano*, obra de Miguel S. Macedo y clásico de la bibliografía jurídica nacional, que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) se complacen en publicar como facsímil, para conmemorar el Bicentenario del inicio de nuestra Independencia y el Centenario de la Revolución mexicana.

La política editorial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en los últimos años se ha basado, principalmente, en rescatar títulos y autores nacionales y extranjeros catalogados como “clásicos”, que cimientan gran parte de la doctrina jurídica que es enseñada, estudiada y aplicada en México. A su vez, es ampliamente conocido el lugar que el INACIPE y su programa de producción editorial desempeñan para difundir y discutir las Ciencias Penales, labor que permite divulgar en Latinoamérica y algunos países europeos, como España y Alemania, las aportaciones de los penalistas, criminólogos y penitenciaristas de mayor renombre.

Por ello, no resulta extraño que algunos estudiosos consideren que las premisas editoriales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el INACIPE siguen caminos paralelos, aunque divergentes. En mi calidad de Magistrado Presidente debo recordar que esta Casa de la Justicia local realizó su primera coedición institucional en 2002, precisamente con el INACIPE, año en que salió a la luz *La presunción en la valoración de las pruebas*, obra del connotado abogado postulante Raúl González-Salas Campos que, por cierto, alcanzó gran éxito.

La publicación de *Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano* conlleva, también, dos significados: primero, es el primer fásimil que realiza el INACIPE, nuestra coeditora, y, segundo, el título inaugura en dicho Instituto su colección “Clásicos de las Ciencias Penales”. Esta aventura editorial incluye, para goce de nuestros lectores, el discurso que Miguel S. Macedo dictó —ni más ni menos— con motivo de la inauguración de la Penitenciaría del Distrito Federal en 1900, allá por los terrenos que conformaban la “Cuchilla de San Lázaro”, que fueron propiedad de un inmigrante español de apellido Lecumberri.

Por último, sólo me resta agradecer a Gerardo Laveaga y a Rafael Ruiz Mena, respectivamente Director General y Secretario General de Profesionalización y Extensión del INACIPE, su apoyo para llevar a buen puerto esta empresa; también agradezco al Ing. Rodrigo Amerlinck y Assereto, descendiente de Miguel S. Macedo, por autorizar la reimpresión de este clásico de la literatura jurídica nacional, y proporcionar el folleto original del citado discurso.

DR. EDGAR ELÍAS AZAR  
*Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia  
y Presidente del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal*





MIGUEL S. MACEDO

Apuntes para la Historia  
del  
Derecho Penal Mexicano

EDITORIAL "CVLTVRA"  
MEXICO, 1931

*Propiedad registrada por  
los herederos del autor.*

A la memoria de mis maestros don BLAS J. GUTIERREZ (m. 19 de diciembre de 1885) y don JACINTO PALLARES (m. 2 de diciembre de 1904), que tanto hicieron por el estudio del derecho patrio, cada uno en la medida de sus fuerzas y conforme a la índole de su intelecto, y a quienes, del mismo modo que en las bibliotecas se colocan juntas sus obras, a pesar de las rencillas que los separaron en vida, deben unir en un solo recuerdo la admiración y la gratitud de los juristas mexicanos.



*Colligite fragmenta . . .  
ne pereant.* Joan., VI, 12.

Contiene este volumen las páginas que a su muerte (acaecida el 14 de julio de 1929) tenía redactadas el señor licenciado don Miguel S. Macedo, de una Historia del Derecho Penal Mexicano en que desde hacía tiempo trabajaba. El autor no las dejó en disposición de imprimirse, y si las damos a luz es para evitar la pérdida del material acumulado en ellas, que sólo llega hasta la segunda Federación (1835).

Hay en el original mecanografiado de este libro algunas notas manuscritas brevísimas que no reproducimos por referirse todas a desarrollos proyectados y modificaciones por hacer y que, en consecuencia, sólo tenían importancia para su autor. Sin embargo, como las que se refieren a la historia del Fuero Juzgo aluden siempre a Zeumer, reproducimos, al final y por vía de apéndice, un fragmento del capítulo I del prefacio de sus *Leges Visigothorum (Hannoverae et Lipsiae, MDCCCII)*, en que narra *breviter* la historia de la legislación visigoda.

Hacemos constar nuestro reconocimiento por la gentileza del señor licenciado don Mardonio Rodríguez, quien nos prestó su ayuda para la revisión del original, y por la del señor licenciado don Francisco de P. Herrasti, autor de la traducción castellana del mencionado fragmento de la obra de Zeumer.

Pueda la presente publicación servir para excitar la atención de los amigos de los estudios históricos, en especial de los relativos a nuestro derecho, a los que el autor consagró los últimos años de su bien empleada vida.

**LOS EDITORES.**



## ADVERTENCIA PRELIMINAR.

El presente estudio no presume de original ni de profundo: es solamente un humilde trabajo elemental comenzado a escribir para uso de los alumnos del primer curso de derecho penal y procedimientos penales, y que si durante su elaboración llegó a adquirir mayores proporciones, fué sólo por el deseo de dejar consignados los materiales reunidos y las apreciaciones y conclusiones particulares, para que puedan ser aprovechados en trabajos ulteriores y ahorren siquiera un poco de labor y de tiempo a los juristas que quieran ahondar la historia de nuestro derecho.

Nuestro trabajo, cuya reducción a los límites en que fué concebido nos proponemos realizar tan pronto como esté concluído, no contiene nada que ignore un abogado de mediana ilustración o que, por lo menos, no pueda saber en el momento que lo desee, con una fácil consulta de obras que se encuentran en cualquiera librería regular. A veces reproducimos casi literalmente pasajes de autores que consideramos respetables y cuyas apreciaciones no somos capaces de mejorar. En todo caso cuidamos de señalar las fuentes en que hemos bebido.

En general nos limitamos a noticias concernientes a los códigos y leyes positivas, indicando sus materias, fechas y autores, o, en otros términos, a formar breves anales de nuestra legislación, sin más que apuntar de vez en cuando lo más importante de la historia de las instituciones jurídicas, esto es, sin abordar el estudio en su plenitud, labor que sale de los estrechos límites de un trabajo elemental y es, por todos conceptos, superior a nuestras fuerzas.



## ORIGENES Y DIVISION.

1.—La conquista de México puso en contacto a dos razas, o, si mejor se quiere, a dos grupos de razas, tan distantes en grados de cultura y civilización que a nadie puede sorprender que haya sido imposible la fusión de ambos elementos, de los cuales el español tenía que imponer al indígena su lengua, sus ideas, sus creencias, sus costumbres y sus leyes, colocándolo en una condición social indudable, aunque no rigurosamente jurídica, de dominación e inferioridad próxima a la servidumbre, no obstante su espíritu religioso y protector. El español fué el amo y señor; el indio fué el siervo, por más que en la legislación escrita se le declarara hombre libre y se le dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

En la dominación de España por los romanos primero y en seguida por los godos, razas conquistadas y razas conquistadoras tendieron constantemente a fundirse en una sola, tanto por la unión material cuanto por la comunicación mutua de usos, idiomas, religión, costumbres y derecho. Ese fenómeno no se produjo en México.

El estado de semicivilización de los mexicanos (nahoas, mayas-quichés, etc.) hacía inevitable que sus ideas, así sociales como religiosas, y su incipiente y rudimental cultura jurídica, hubieran de ceder el puesto sin resistencia, al menos ostensible, a la cultura española, de indiscutible superioridad bajo todos aspectos.

En vano el emperador Carlos V ordenó (Rec. de Indias, lib. II, tít. I, ley 4) que se respetaran y conservaran las buenas leyes

y costumbres de los indios. Ninguna de ellas, tuvo sanción expresa en la legislación ni en la jurisprudencia de la Nueva España, y apenas si logramos acaso encontrar usos y tradiciones ancestrales escudriñando el fondo de la conciencia nacional, o rastreando los orígenes de ciertas instituciones, como el tributo pagado al monarca español, convertido después de la Independencia en impuesto personal o de capitación que en ciertas regiones del país ha subsistido hasta la época contemporánea, o la organización de la propiedad comunal de los pueblos. Aun descubiertas ciertas analogías entre las instituciones del pasado y las contemporáneas, habrá que investigar con no poca desconfianza si entre unas y otras hay verdadera filiación, o tan sólo la analogía que en las instituciones resulta por la uniformidad del espíritu humano, y por semejanza de las condiciones o estados sociales en que aquéllas se desenvuelven (1).

Hace pensar que los mexicanos, aun el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir, que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos, el hecho de que hasta hoy los títulos que los indios invocan para la posesión o la reivindicación de las tierras, son siempre y exclusivamente las mercedes reales. Aunque en la insurrección de 1810 el indio se revolvió airado contra el poder de la metrópoli y contra los españoles, a quienes saqueó y asesinó, respetó los títulos reales de las tierras, sin pensar siquiera en desconocerlos, ni invocar derecho alguno de dominio existente al consumarse la conquista; y en la revolución iniciada en 1910, en que también ha demostrado el indio, lo mismo que el mestizo, gran saña contra los españoles, tampoco ha atacado las mercedes reales de la época colonial, sino que, por el contrario, ellas han sido los títulos invocados como legítimos para recuperar las tierras ocupadas por las haciendas, desconociendo a veces los expedidos por los gobiernos nacionales desde 1856, inclusive, con lo que se ha pretendido desvirtuar el más grande y generoso de los movimientos políticos y jurídicos que

---

(1) En la cátedra de Historia de Derecho Patrio de la Escuela Libre de Derecho, regentada por el autor de estos apuntes, se han designado precisamente estas cuestiones como trabajos del curso de 1917. Allí se estudia si la capitación y la propiedad comunal de los pueblos tienen su origen exclusivamente en el derecho indio o si los antecedentes españoles bastan para explicarlas, ya que también en España ha existido la propiedad comunal, o bien si ambos derechos han concurrido para la producción de esas instituciones.

registra nuestra historia y que encarnó en la Constitución de 1857 y en las Leyes de Reforma, como feliz resultado de la revolución de Ayutla y de las guerras de tres años y contra la intervención.

Acaso se pudiera invocar como resultado de tradiciones seculares la incapacidad del indio para disfrutar de propiedad individual y completa sobre la tierra, que para serle útil necesita tener la forma de comunal e inalienable; mas para desechar esa idea como inexacta basta observar que tan pronto como el indio se ilustra un poco y se eleva sobre sus vecinos por la sobriedad, la dedicación al trabajo y el ahorro, llega muy pronto a ser terrateniente, y a veces en amplia escala, convirtiéndose en cacique de su pueblo o de su comarca, lo que demuestra que no son sus ideas étnicas o tradicionales las que determinan su manera ordinaria de ser, sino sólo su grado de cultura y de moralidad, o, al menos, que no son exclusivamente sus ideas las que informan su conducta, de preferencia regida por los demás factores sociales.

De ahí que en los orígenes de nuestro derecho patrio, en el escrito, sobre todo, no podamos señalar influencia clara ni precisa a las ideas y leyes consuetudinarias por las que se gobernaban los indios al realizarse la conquista, sino que debemos considerarlo de filiación española y, por lo mismo, europea, y con relaciones y vínculos de estrecha confraternidad con el derecho francés y el italiano, y no por completo extraño al inglés ni al alemán, puesto que los bárbaros fueron hondamente influenciados por el derecho y la cultura de Roma, que a su vez lo fueron también por las ideas, carácter y costumbres de los bárbaros, y que nuestro contacto con pueblos europeos y especialmente con los anglo-sajones, a quienes tenemos por vecinos al norte, no ha dejado de influir en nuestra cultura política y jurídica.

Claro es, sin embargo, que está muy lejos de nosotros el propósito de afirmar que la manera de ser del indio antes de la conquista haya carecido de influencia en la evolución del pueblo mexicano. Evidente es que la mentalidad del mestizo tiene como uno de sus principales elementos la del indio, que uno y otro grupo de nuestra actual población tienen características de origen ancestral, y que todos estos son elementos que necesaria-

mente han influido en la formación de nuestra masa social y en la marcha de nuestra historia, del mismo modo que el hecho de haber sido conquistada y poblada esta tierra por españoles y no por hombres de otra nación o de otra raza. Lo único que afirmamos es que la influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, sobre todo si se quiere precisar con alguna aproximación los hechos que de ella se deriven.

2.—En consecuencia, seguiremos en nuestro estudio un orden y división análogos a los aceptados comunmente por los historiadores del derecho europeo, en la siguiente forma:

- I. Derecho romano (como ley general hasta fines del siglo V, como ley personal hasta el siglo VII y después como doctrina de gran autoridad);
- II. Derecho canónico (especialmente desde fines del siglo XII hasta la separación del Estado y la Iglesia);
- III. Derecho español, distinguiendo sus diversos períodos:
  1. Derecho bárbaro (siglos V a VII);
  2. Derecho feudal (período de la Reconquista, siglos VIII a XV);
  3. Derecho real (legislación monárquica, siglo XVI a principios del XIX);
  4. Derecho contemporáneo (legislación constitucional, 1811 a 1821).

Terminaremos esta parte con un resumen del estado del derecho hispano-mexicano al consumarse la Independencia.

- IV. Derecho mexicano, distinguiendo como sus períodos más importantes:
  1. Primeras tentativas de organización (1821 a 1823);
  2. Primera federación (1824 a 1835);
  3. Régimen central (1836 a 1846);
  4. Segunda época de la primera federación (1846 a 1853);
  5. Segunda época del centralismo (1853 a 1855);
  6. Segunda federación:  
Organización y Reforma (1856 a 1863);  
Restablecimiento de la República y paz porfiriana (1867 a 1910);
  7. Crisis revolucionaria.

## I.—DERECHO ROMANO.

3.—Es indudable que los jurisconsultos romanos no trataron lo concerniente al derecho penal con la misma superioridad de lógica ni con la autoridad científica que encontramos en sus escritos sobre derecho privado. Sin embargo, la legislación romana ejerció en Europa, sobre la materia penal lo mismo que sobre las demás, una influencia cuyas huellas encontramos en el derecho canónico y aun en las leyes bárbaras y el derecho feudal, pero que se hace más perceptible cuando el poder monárquico comienza a preponderar sobre el feudalismo.

4.—El procedimiento y las jurisdicciones penales se fundaron en Europa con un carácter nuevo y distinto, de manera que hubieron de separarse del derecho romano; pero en cuanto a la penalidad, los textos romanos, llamados a menudo ley escrita, fueron considerados como derecho común en todo lo que no estaba determinado en otro sentido por estatutos especiales o por la costumbre. Los jurisconsultos penalistas mostraron la misma habilidad que los civilistas para acomodar a los usos y a las cosas de su tiempo los textos hechos para una sociedad por completo distinta; recurrieron, en caso necesario, a las decisiones dadas para la materia civil y las extendieron a lo penal por analogía; por último, de manera continua y sistemática aplicaron al derecho penal propiamente dicho, lo que los jurisconsultos romanos habían escrito únicamente para las acciones nacidas de los delitos privados, que tomaban el nombre de penales, pero que en realidad no eran sino acciones civiles para exigir

obligaciones privadas. Así fué como se estableció y constituyó, con el frecuente auxilio del derecho romano interpretado según las necesidades de la época, la antigua jurisprudencia penal europea.

5.—Los textos del *Corpus iuris civilis* más especialmente relativos al derecho penal son los siguientes:

En las Institutas, lib. IV, títs. I a IV, que tratan de los delitos privados, y el tít. XVIII, *De publicis iudiciis*;

En el Digesto, los cuatro títulos del lib. IX, el tít. III del lib. XI y los veintitrés títulos del lib. XLVII, sobre los delitos privados, especialmente el tít. XI, *De extraordinariis criminibus*; más los veinticuatro títulos del lib. XLVIII consagrados a los delitos públicos, y principalmente el tít. XIX, *De poenis*;

En el Código, lib. III, títs. XXXV y XLI, y lib. VI, tít. II, sobre los delitos privados, más los cincuenta y un títulos del lib. IX, relativos a los delitos públicos, y principalmente el tít. XLVII, *De poenis* (1).

6.—El derecho romano fué ley vigente y obligatoria en el Imperio de Occidente hasta su derrumbamiento por la invasión de los bárbaros (fines del siglo V), y aun después quedó como ley personal de la población sometida, en tanto que los invasores se regían por sus propios usos para las relaciones entre ellos. Para las mixtas entre visigodos e hispano-romanos se aplicaba la ley de lo primeros, pero con modificaciones que la acercaban a la romana. “Al establecer los bárbaros su dominación sobre las ruinas del Imperio, no obstante suprimir las altas magistraturas y el sistema de administración, no destruyeron la legislación que encontraron establecida. Lejos de eso, los conquistadores que se sucedieron en las provincias romanas respetaron hasta el derecho de los que les habían precedido, y así se produjo el hecho interesante que se acostumbra caracterizar con el nombre de sistema de derecho personal, en virtud del que, en el mismo país

---

(1) Este párrafo y los dos anteriores son propiamente traducción de los núms. 61 y 62, con su nota, de los *Eléments de Droit Pénal*, de J. Ortolan, cuarta ed., obra que juzgo no ha sido aún superada como didáctica, a pesar de los años que tiene de escrita, si bien es necesario completarla con lo concerniente a la importante labor realizada en los últimos tiempos en el campo del derecho penal y de las ciencias y artes conexas con él. La misma apreciación acerca de la inferioridad del derecho penal romano con respecto al civil, se encuentra en *El Código Penal concordado y comentado*, de Joaquín Francisco Pacheco, Madrid, tercera ed., 1867, tomo I, págs. XXII y XXIII.

y aun en la misma ciudad, los romanos vivían conforme al derecho romano, los borgoñones conforme a sus costumbres y los extranjeros según las leyes de sus respectivas naciones" (1). "Las ideas peculiares de los Germanos respecto á la naturaleza del derecho, dan la clave de esta diversidad. No era el menosprecio del germano hacia los pueblos vencidos y subyugados quien le impulsaba á no imponerles su propia ley, sino la costumbre de las tribus germánicas, consecuencia necesaria de su vida nómada y errante, de considerar el derecho de cada pueblo como patrimonio exclusivo suyo, y respetarlo en este concepto. De aquí que en los reinos germánicos que se levantaron sobre las ruinas del imperio, la legislación romana, de territorial y general, se trocara en meramente personal como las leyes germánicas. Entre los Borgoñones y Visigodos, que se establecieron á título de confederados en el territorio del imperio, contribuyó también á que se respetara el derecho de los provinciales, el carácter de lugartenientes del Emperador en que los reyes germánicos fundaban su soberanía." (2). En España esa situación se prolongó hasta el siglo VII, en que después de haber aparecido y acentuándose gradualmente la tendencia a la unidad y a la fusión, se formó la *Lex Visigothorum*, que tuvo ya el carácter de ley territorial obligatoria tanto para los visigodos cuanto para los hispano-romanos.

El derecho romano aplicable a éstos se compiló a principios del siglo VI en la obra cuya formación ordenó el rey Alarico II por conducto del conde de palacio Goyarico, a una comisión de jurisconsultos, y que fué autorizada y refrendada por Aniano, canciller o referendario real. Esa compilación, concluída en 506 y publicada en 528, llamada generalmente *Lex romana visigothorum* o *Breviario de Aniano*, se conoce también con los nombres de *Lex theodosiana*, *Corpus theodosianum* y *Breviario* o *Autoridad de Alarico*. Contiene todo el derecho romano que debía ser aceptado respecto de los hispano-romanos, prohibiendo la aplicación de otros textos bajo pena de muerte y confiscación. Se forma de varios títulos del Código Teodosiano, de novelas de los emperadores, de un compendio de la *Instituta* de Gayo, de

(1) MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, quinta ed., tomo I, núm. 251.

(2) EDUARDO DE HINOJOSA, *Historia General del Derecho Español*, tomo I, pág. 354.

las *Sentencias* de Paulo, de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y de un corto pasaje de Papiniano (1), pudiendo, en consecuencia, clasificarse sus elementos en dos categorías: *leges*, un gran número de constituciones del Código de Teodosio y novelas de este emperador y sus sucesores, y *ius*, es decir, escritos de los jurisconsultos (2). No contiene los preceptos puros del derecho romano, sino que los presenta modificados en el sentido que la práctica había establecido con anterioridad a la época de la compilación, y que, en general, consiste en disolver la organización gentilicia indígena y desarrollar el individualismo. Aunque las materias que comprende son principalmente de derecho civil, no se limita a éste e incluye asuntos de derecho político (régimen municipal y funcionarios públicos provinciales), lo que demuestra que no sólo en el derecho civil tuvieron legislación especial los hispano-romanos, sino también en lo político (3).

La *Lex romana visigothorum* fué la más importante entre las de su especie; pero se debe mencionar además la *Lex romana burgundionum* designada también en el siglo XVI con los nombres de *Papiani responsa* o solamente *el Papiano*, y en Italia, para los ostrogodos (4), el *Edictum Theodorici*. Los francos y los lombardos no tuvieron necesidad de compilar las leyes romanas porque en los territorios que conquistaron estaban ya en vigor las colecciones de Alarico y de Justiniano, lo que explica la existencia de la escuela de derecho de Ravena, probablemente continuación de la de Roma, y la aparición de otra en Pavia, a mediados del siglo X, para la enseñanza del derecho romano y del lombardo (5).

La abolición definitiva del derecho romano como ley vigente en España se hizo por el rey Chindasvinto en el séptimo concilio de Toledo, a mediados del siglo VII. Aunque después los reyes se empeñaron en sostener en la ley escrita el principio de que to-

---

(1) El maestro PALLARES, *Curso completo de Derecho Mexicano*, tomo I, pág. 519, núm. 346, y tomo II, núms. 328 y 329.—ORTOLAN, *Explication Historique des Instituts*, tomo I, *Historia*, núms. 529 a 532.

(2) MAYNZ, *Op. cit.*, tomo I, núm. 252.

(3) ALTAMIRA, *Cuestiones de Historia del Derecho*, págs. 95, 96, 101 y 102.

(4) Los godos se dividieron en dos ramas, denominadas según su posición en las márgenes del Vístula, antes de descender al sur de Europa: ostrogodos o godos de oriente, y visigodos o godos de occidente, que ocuparon la península española y la Galia meridional.

(5) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 254.

dos los pleitos debían ser decididos por la legislación indígena, con exclusión de toda ley extranjera, que no debería ser considerada sino como opinión de sus autores, por sabios que éstos fueran, en lo que aludían al derecho romano, éste fué ganando terreno, en la opinión de los juristas especialmente, y llegó a sobreponerse a las leyes vigentes, haciendo que con preferencia a ellas se aplicaran las Partidas, que representaban la tendencia romanista y estaban declaradas ley supletoria aplicable sólo en último lugar (núm. 85).

7.—Así, pues, el derecho romano no desapareció por la invasión de los bárbaros y sobrevivió al Imperio, practicándose como ley personal de los vencidos y sostenido además por el clero y la corte pontificia, que por su mayor ilustración y como más favorable a sus intereses, procuraron que sus negocios fueran juzgados por la ley romana, cuando no hubieran de serlo por el derecho canónico. Aun durante la obscuridad y los desgarramientos que producía la gestación del régimen feudal, el derecho romano subsistió, si no como ciencia, al menos como práctica, dejando pruebas de su autoridad en las decisiones, documentos y formularios de esos tiempos, así como en los escritos de los raros espíritus que brillaron en medio de aquellas tinieblas.

La pérdida y el consiguiente olvido del derecho romano durante los primeros siglos de la edad media, opinión que prevaleció por largo tiempo, es ya insostenible, sobre todo después de los brillantes trabajos del ilustre Savigny. Lo único cierto es que desde el siglo VI hasta el XI, el estudio del derecho cayó en un prolongado marasmo, sin que hubiera trabajo alguno de interés (1).

8.—Hacia el año 1100, es decir, a fines del siglo XI o principios del XII, apareció en Italia una brillante escuela de jurisconsultos, la llamada de Bolonia, cuyo ascendiente intelectual acabó por someter la mayor parte de la Europa al dominio del derecho romano, produciéndose un verdadero renacimiento que tuvo por causa el rápido desarrollo de las repúblicas itálicas. Durante siglos, ese desgraciado país había sufrido las funestas consecuencias de las invasiones extranjeras; hacia fines del si-

---

(1) — ORTOLAN, *Op. cit.*, núms. 600 a 606; MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 255.

glo X se irguió; el comercio hizo progresos admirables, y bien pronto apareció en Italia una prosperidad de que la historia presenta pocos ejemplos. Ese progreso material debió necesariamente provocar el desenvolvimiento de la ciencia que de manera íntima se liga a las operaciones diarias de la vida social (1).

El verdadero fundador de la escuela de Bolonia, pues fué quien le dió crédito y llamó la atención sobre ella, fué Irnerio (Irnerius) *lucerna iuris*, faro del derecho, natural de esa ciudad, que atrajo numerosos discípulos y dió origen a la escuela llamada de los glosadores, por el método que seguían en sus trabajos exegéticos y que consistía en agregar al texto del *Corpus iuris* explicaciones relativas a una palabra o a toda una frase. Esas notas, *glossæ* (2), estaban intercaladas en el texto, *glossæ interlineares*, o escritas al margen del libro, *glossæ marginales*.

Además de la glosa, que fué su trabajo principal y característico, los glosadores escribieron también los trabajos que designaban con los siguientes nombres: *apparatus*, glosas extensas y encadenadas que formaban el comentario de todo un título o parte del Cuerpo de derecho; *summæ*, sumarios o resúmenes apropiados a la enseñanza de determinada materia o asunto; *casus*, estudios consagrados particularmente a presentar los hechos a que se refieren las leyes un poco difíciles de comprender, y *brocarda*, máximas o reglas de derecho sacadas de los textos y generalizadas (3).

Los trabajos de los glosadores tuvieron por objeto exclusivo el *Corpus iuris* de Justiniano; pero comprendieron esta colección en toda su integridad, extendiendo su labor a la Instituta, al Digesto, al Código y a las Novelas. Depuraron el texto del *Corpus*, relacionaron y confrontaron sus diversos pasajes relativos al mismo asunto, haciendo notar sus concordancias o antinomias y tratando de explicar y conciliar éstas. Su obra fué realizada con un calor y un entusiasmo de propaganda notables; su penetración para apoderarse del espíritu de las disposiciones legales era extraordinaria y admirable la sagacidad con que sa-

---

(1) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 255.

(2) La significación primitiva de la voz *glossa* es la de palabra obscura y difícil que necesita interpretación; pero por los trabajos de los glosadores, su sentido se trasladó a las notas mismas en que se hacen la explicación, la interpretación o el comentario, siendo ésta la acepción en que hoy usamos dicha voz.

(3) ORTOLAN, *Op. cit.*, núm. 617.

bían combinarlas y explicarlas unas por otras, sin perder de vista el verdadero punto de cada cuestión (1).

Otro de sus trabajos meritorios fué la depuración y fijación del texto del Digesto, que hicieron por medio de la comparación de los diversos manuscritos que lograron tener a la vista, hasta formar el llamado texto boloñés (*littera bononiensis*) o *Vulgata*, texto acreditado, generalmente recibido (2), si bien carecieron de ilustración científica e històrica y aun literaria, sobre todo Acursio y los últimos representantes de la escuela, lo que no es de sorprender para aquella época (3).

La escuela de los glosadores comprende un período de ciento sesenta años, más o menos (1100 a 1260), y termina con el célebre Acursio (muerto 1260), florentino, que compiló la *Gran Glosa*, *Glosa ordinaria* o *Glosa acursiana*, en que reunió todo lo que con relación a cada texto del *Corpus* se había escrito, agregando sus propias observaciones. “¡De qué utilidad práctica para los tribunales y para los abogados iba a ser en todos los negocios este libro en que se condensaba bajo una forma breve y cómoda el saber nuevo de los ciento sesenta años que habían transcurrido desde el renacimiento de los estudios del derecho romano! Pero si este libro resumió a los glosadores, también los absorbió; aquellas de sus glosas en que Acursio conservó el nombre o la sigla de su autor, nos hacen conocer algunos fragmentos de sus obras. Cuanto a las obras mismas, desde entonces fueron descuidadas, sus manuscritos se perdieron en su mayor parte, y siguieron cerca de ochenta años de jurisprudencia servil” (4).

Los trabajos de los glosadores llegaron a preponderar aun sobre los textos romanos, que carecían de autoridad si no estaban glosados, por lo que se estableció la máxima *Quod non agnoscit glossa, id nec agnoscit curia*.

Entre los glosadores merecen especial mención los llamados Cuatro Doctores, esto es, Bulgaro, apodado *Os aureum* (muerto 1166), Martino Gosia (muerto 1165), Jacobo de Porta Ravenate (muerto 1194) y Ugo de Alberico (muerto entre 1168 y

---

(1) ORTOLAN, *Op. cit.*, núm. 616; MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 259.

(2) ORTOLAN, *Op. cit.*, núm. 622.

(3) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 259; PALLARES, *Op. cit.*, tomo I, núm. 348.

(4) ORTOLAN, *Op. cit.*, núm. 628.

1171), todos discípulos directos de Irnerio; Placentino (muerto 1192) y Vacario (muerto 1194), que respectivamente llevaron el estudio del derecho romano a Francia e Inglaterra, y Azón (muerto 1230), distinguido jurisconsulto a cuyas opiniones se daba tal crédito que se decía: *Chi non ha Azzo non vada a Palazzo*.

La enseñanza de los glosadores dió origen a la fundación de muchas universidades en Italia y Francia en los siglos XIII a XV, y en Alemania en los siglos XIV y XV. En España la universidad de Palencia se fundó en 1212 ó 1214, la de Salamanca en 1200, según unos, o hacia 1215, según otros, y después las de Valladolid, Sevilla, Alcalá (1293), Lérida (1300) y acaso Valencia (1). "La de Salamanca fué desde sus principios la escuela de mayor reputacion en España, y en una carta que expidió el año 1465 á favor de Salamanca el rei don Enrique IV de Castilla, concediéndole singulares mercedes y privilegios, dice que lo hace *por consideracion del estúdio general que está en la dicha ciudad, que es uno de los cuatro estúdios principales del mundo, é una de las cosas singulares que hai en mis réinos*" (2).

9.—Después de los glosadores, cuyo período se cierra con Acursio, el estudio del derecho romano decayó considerablemente; durante ochenta años continuaron los acursianos rumiando y repitiendo los trabajos del maestro, hasta el comienzo de la era que se ha llamado de los doctores en derecho o de los comentadores, y durante la cual se distinguieron especialmente Cino, Bártulo o Bartolo (*Bartholus de Sassoferrato*, muerto 1357), el más célebre de su época, discípulo de Cino y maestro, a su vez, de Baldo (*Petrus Baldus de Ubaldis*, muerto 1400), otro de los más célebres. La fama de Bártulo fué tan grande que se establecieron cátedras especiales para la enseñanza de sus obras y se llegó a decir: *nemo bonus iurista nisi sit Bartulista*. Esta escuela introdujo en el estudio del derecho la dialéctica escolástica, creando la multitud de distinciones, divisiones, amplia-

---

(1) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 253; GOMEZ DE LA SERNA, Introducción histórica a las Partidas, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, edición llamada vulgarmente de *La Publicidad*, Madrid, 1848, tomo II, XII; Drs. ASSO y MANUEL, también en *Los Códigos Españoles*, tomo I, pág. 464, nota 1; y don RAFAEL ALTAMIRA, *Historia de España y de la Civilización española*, núms. 348, 472 y 521.

(2) CLEMENCIN, nota al cap. XVIII, de la segunda parte del *Quijote*. (pág. 340 del tomo IV de la ed. de Madrid de 1833-1836)

ciones y limitaciones de que aun no ha logrado librarse la ciencia por completo.

Bártulo y Baldo tuvieron tan grande autoridad en España que los Reyes Católicos concedieron fuerza de ley a sus opiniones y a las de Juan Andrés y el Abad, por real ordenanza de 1499, si bien esa disposición fué derogada por la primera de las Leyes de Toro, publicadas en 1505 en nombre de Juana la Loca (núm. 142).

La era de los comentadores se considera comprender ciento setenta años, de 1340 a 1510.

10.—Vino en seguida la escuela de los humanistas, llamada también Escuela elegante, que fué caracterizada por el estudio literario e histórico del derecho romano y que preparó los estudios contemporáneos. Los jurisconsultos más distinguidos de esta era son, sin duda, Alciato, milanés (muerto 1550) y los franceses Cuyacio (*Jacques Cujas*, muerto 1590) y Donelo (*Hugues Doneau*, muerto 1591); Menochio (muerto 1607), italiano muy consultado en nuestro viejo foro; el belga Arnaldo Vinnio (muerto 1657), (1) considerado generalmente como holandés y autor de un comentario a la Instituta muy acreditado en los viejos colegios de México; y entre los españoles, Covarrubias (muerto 1577); Antonio Agustín (*Augustinus*, muerto 1585), discípulo de Alciato y arzobispo de Tarragona; Mendoza (muerto 1595); Antonio Pérez (muerto 1672), que enseñó en Lovaina; Fernández de Retes (muerto 1678); Ramos del Manzano (muerto 1683); José Finestres (muerto 1770) y Gregorio Mayans (muerto 1781). Se debe mencionar también a Dionisio Gothofredo (*Denis Godefroi*, 1549-1622), que publicó en Lyon y Ginebra, en 1589, una edición del *Corpus iuris* con notas exegéticas bastante extensas, que después adquirió gran crédito, ha merecido numerosas reimpressiones y es la más reputada y consultada por los juristas mexicanos (2).

---

(1) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 264, nota 7.

(2) MAYNZ, *Op. cit.*, núm. 264, nota 8, y núm. 265, nota 10.—Acerca de las demás ediciones del *Corpus iuris civilis*, consúltense en la misma obra las notas de las págs. 21 y siguientes. Como traducciones castellanas se deben mencionar la del Digesto por BARTOLOME AGUSTIN RODRIGUEZ DE FONSECA, publicada en Madrid, de 1775 en adelante, bajo el título de *Digesto Teórico Práctico o Recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico*, y la del *Corpus* completo por ILDEFONSO L. GARCIA DEL CORRAL, en seis tomos, Barcelona, 1889-1898.

11.—Savigny da noticia de cuarenta y siete jurisconsultos de renombre en los siglos XII y XIII y de más de cien en los siglos XIV y XV, casi en su totalidad italianos, pues sólo se cuentan entre ellos cuatro franceses y seis alemanes.

El estudio del derecho romano, desde que renació, tuvo su asiento en Italia cuatro siglos (XII a XV), pasó a Francia el XVI y a Alemania a principios del XIX (1).

---

(1) ORTOLAN, *Op. cit.*, núm. 632.

## II.—DERECHO CANONICO.

12.—Durante todo el tiempo que México permaneció bajo el imperio de la legislación española, el derecho canónico fué entre nosotros ley positiva y obligatoria, parte muy principal de la legislación político-religiosa, y bajo este aspecto bien podríamos reservar su estudio para un capítulo del derecho español; pero como a la par que el romano, ejerció influencia capital en el desenvolvimiento del derecho feudal y del derecho real de España, nos vemos en la necesidad de anticipar su estudio, considerándolo como una de las fuentes jurídicas y legislativas de la madre patria. “Además si no por necesidad, á lo menos por decoro profesional, —dice el maestro Pallares,— no debe un abogado medianamente ilustrado ignorar el tecnicismo, la literatura jurídica, la marcha histórica de una tan vasta y secular institución como es la Iglesia, que ha dominado en toda la Europa, que domina hoy mismo en casi todas las naciones de la raza latina y que ha dado un contingente innegable á la formación de nuestra conciencia moral y jurídica” (1).

13.—El derecho romano no presentaba a la Iglesia el conjunto de reglas del orden moral que ella necesitaba por su carácter, y de ahí la necesidad de elaborar un nuevo sistema. Además, constituida la Iglesia en oposición al poder temporal y proclamado el principio de existir dos sociedades por completo independientes, la una regida por Dios, la otra por el César, es claro que necesitaba sus propios funcionarios jerárquicamente

---

(1) PALLARES, *Op. cit.*, tomo II, núm. 254.

constituídos, lo que exigía un conjunto de leyes que determinaran los derechos y deberes de los fieles y de los superiores. Esa necesidad creó el derecho canónico: *Collectio canonum sive legum fidem, mores et disciplinam spectantium quas ecclesiastici Primi Pastores auctoritate divina sancierunt.*

Desde un principio los cristianos procuraron tomar por jueces para dirimir sus diferencias a personas de la Iglesia, lo que el emperador Constantino convirtió en ley del Imperio; en 452 Valentiniano III concedió a los obispos la facultad de fallar los litigios que les fueran sometidos por vía de arbitraje, y Justiniano no sólo conservó esa jurisdicción arbitral, sino que sustrajo de la jurisdicción laical a los eclesiásticos y los sometió a los tribunales episcopales (Cód., *De episc. audient.*, I, IV. y Nov. 123, caps. 21 y 23). La Iglesia, dispensadora de los sacramentos, presidía al nacimiento, al matrimonio y a la defunción de los hombres, y a título de conexidad absorbió el conocimiento de todas las cuestiones relacionadas con esas tres grandes fases del estado civil de las personas, y aun intervenía como juez en las causas en que la conciencia aparecía interesada (contratos, juramentos, etc.). Además, concediendo al que se lo pedía el privilegio de la clericalidad y combinando esa concesión con la regla *actor sequitur forum rei*, atrajo a sus tribunales casi todos los procesos, de lo que los litigantes estaban muy lejos de quejarse, pues encontraban en ellos imparcialidad, ciencia y un procedimiento regular, en tanto que las justicias señoriales estaban desempeñadas por hombres ignorantes y corrompidos. Todo esto, unido a que el clero adquirió dominios muy considerables sobre los cuales le correspondía ejercer la justicia territorial, explica por qué la Iglesia no se limitó a juzgar sus asuntos interiores, relativos a su organización y disciplina, sino que se extendió a conocer de los litigios de la vida civil, lo que la llevó a erigirse en legisladora para todos los órdenes de la actividad humana (1). En la monarquía visigoda, los concilios deliberaron y legislaron no sólo sobre las materias religiosas, sino también sobre las civiles y las políticas; los obispos y el clero en general ejercieron influencia grandísima sobre los reyes y el carácter de ese gobierno fué el de monarquía teocrática, lo que dió en España una importancia excepcional al derecho canónico.

(1) PALLARES, *Op. cit.*, tomo II, núms. 256 y 257.

14.—Desde el punto de vista científico, el derecho canónico es muy inferior al romano, así en el fondo cuanto en la forma, pues carece de la potencia de razonamiento y del rigor de las ideas que caracterizan a aquél, lo mismo que de energía, concisión y delicadeza en el estilo, cualidades en que tanto sobresalieron los jurisconsultos de Roma (1).

15.—La escisión religiosa ocurrida en el siglo IX y que dió nacimiento a la Iglesia griega por una parte y por otra a la romana, hizo que el derecho canónico se dividiera también en dos ramas que deben ser estudiadas por separado. Comenzaremos por la de la Iglesia griega.

Bajo Constantino, el emperador conservó el carácter de jefe de la religión y las disposiciones de la Iglesia sólo fueron obligatorias mediante la sanción imperial; pero bajo Justiniano, las decisiones de los concilios o cánones (2) fueron elevadas al rango de leyes: . . . , *sacros autem canones non minus, quam leges valere, etiam nostræ volunt leges, . . . Quod enim sacri canones prohibent, id etiam et nos per nostras vetamus leges* (Cód., *De episc.* I, III, 45).

De esta manera las constituciones imperiales y los cánones de los concilios fueron la doble fuente del derecho canónico griego, debiéndose agregar los escritos de los Santos Padres. Posteriormente las sentencias de los sínodos y las cartas de los patriarcas constituyeron su complemento.

16.—Respecto de la Iglesia romana, los primeros cánones fueron los emanados de las comunidades de los fieles, quienes se reunían para establecer las reglas de su disciplina. Formada después la jerarquía clerical y erigida en clase distinta de los legos o laicos, se celebraron concilios o sínodos en que sólo el clero tenía representación y decidía soberanamente las cuestiones de dogma y de moral; sus cánones constituyeron una copiosa fuente de derecho.

En el siglo VIII, la forma monárquica preponderó en la Iglesia: el obispo de Roma, bajo el nombre de Papa, se declaró independiente del Imperio de Oriente y fué proclamado jefe supremo de la Iglesia en Occidente y único representante visible

(1) PALLARES, *Op. cit.*, tomo II, núm. 259.

(2) *Canon*, del latín, que a su vez lo tomó del griego: regla, norma, ley. De ahí el nombre de derecho canónico.

de Jesucristo sobre la tierra; desde entonces *quod Papæ placuit, legis habuit vigorem* y sus decretales (distinguidas según su forma en bulas, breves y rescriptos) constituyeron la fuente más abundante del derecho canónico romano, que fué compilado en el *Corpus iuris canonici*, cuyo texto declaró cerrado Gregorio XIII en 1580, por lo cual se le llama *clausum*, y que se compone de lo siguiente:

I. *Decretum Gratiani*.—Compilación de fragmentos de la Biblia, cánones de concilios, decretales, entre las que figuran falsas (las del Pseudo-Isidoro), trozos de derecho romano y de los Santos Padres, y observaciones personales del compilador (*dicta Gratiani*). Fué hecha por un monje camandulense llamado Graciano y publicada en 1151, bajo el título de *Concordantia discordantium canonum*, designada después con el nombre de *Corpus decretorum* y por último con el de *Decretum Gratiani*. Esta obra es la que sirvió de base al *Corpus iuris canonici*; en su formación influyeron sin duda alguna los trabajos de la escuela de Bolonia, o sea, de los glosadores, habiéndose comunicado al derecho canónico el impulso que esa escuela dió al estudio del romano.

La compilación de Graciano está dividida en tres partes: *Distinctiones*, *Causæ* y *Tractatus de consecratione*: las *Causæ* se subdividen en *quæstiones* y el *Tractatus* en *distinctiones*.

La imperfección, errores y falsedades de la obra determinaron que distinguidos canonistas emprendieran su corrección en trabajos muy importantes, y aun oficialmente los papas Pío IV y Pío V nombraron, para el mismo fin, a cierto número de doctores, llamados *correctores romanos*, cuya obra fué publicada en 1580. Ni aun después de esas correcciones el *Decretum* quedó perfecto. Nunca ha tenido carácter oficial ni fuerza obligatoria; sus textos no tienen más valor jurídico que el que les corresponde por su verdadero origen.

II. *Decretales de Gregorio IX*, o *Extra* (*Extra decretales Gratiani*). Colección formada por San Raimundo de Peñafort, dominico español, auditor del tribunal de la Rota, por mandato de Gregorio IX; concluída en 1234. Antes se formaron otras colecciones que se derogaron. Se divide en cinco libros, cuya materia expresa el verso: *Iudex, iudicium, clerus, sponsalia, cri-*

men. Los libros se dividen en 185 títulos y éstos en 2982 capítulos, que a su vez se subdividen en párrafos.

III. *Liber sextus decretalium*. En 1298 Bonifacio VIII hizo reunir las decretales posteriores a la compilación de Gregorio IX. En ese trabajo se siguió el mismo orden de materias y la misma división de aquélla, por lo cual, aunque impropriamente, se le llamó *Libro sexto* (1).

IV. *Constituciones extravagantes*. Equivalen a las novelas del derecho romano y se les llama extravagantes *quia vagantur extra collectiones tunc confectas*. Se dividen en dos grupos: el de las *Joaninas*, de Juan XXII, y el de las *extravagantes comunes*, que comprenden hasta el papa Sixto IV.

17.—Posteriormente, como apéndice al *Corpus iuris canonici clausum*, cuyas secciones acabamos de enumerar, se agregaron los *Canones penitenciales*, extraídos de la *Summa* de Enrique Zuze, los llamados *Canones Apostolorum*, las decretales expedidas hasta 1245 o sea el *Séptimo*, coleccionadas por Pedro Mateo, jurisconsulto de Lyon, agregadas en 1661, y las *Institutas de derecho canónico*, redactadas en 1563 por Juan Pablo Lancelot, profesor en Perusa.

A esos trabajos se deben agregar, para completar el derecho canónico en su estado actual, las decisiones del concilio de Trento o tridentino (1545-1563), las del concilio vaticano ... (1870), las decretales de los últimos papas, los concordatos o tratados pontificios con los gobiernos de Estados, y las decisiones de las Congregaciones romanas de la Inquisición, del Índice, del Concilio, de Obispos y Regulares, de Ritos, de *Propaganda fide*, de Indulgencias y de las Fábricas de San Pedro. Estos últimos materiales no han sido recopilados.

Los canonistas llaman derecho antiguo a las compilaciones anteriores al Decreto de Graciano, derecho nuevo a ese decreto y a lo demás comprendido en el *Corpus iuris*, y derecho novísimo a los documentos posteriores (2). Otros, probablemente con más

---

(1) Los autores de esta compilación fueron Guillermo Mandogotto, arzobispo de Ambrun; Berenguer Fredoni, obispo de Beciers, y Ricardo Seni, vicescanciller de la iglesia romana. MIGUEL GARCIA DE LA MADRID, *Historia de los Tres Derechos*, Madrid, 1831, pág. 117.

(2) Sobre las materias de este número y los dos anteriores, se pueden consultar con provecho los núms. 260 a 277, tomo II, de la obra citada del maestro Pallares.

acuerdo, entienden por antiguo el derecho canónico hasta Graciano; nuevo, aunque para nosotros es ya antiquísimo, el posterior a Graciano hasta el concilio de Trento, y novísimo el posterior (1).

18.—Admitido en las universidades de la cristiandad sobre el mismo pie que el derecho romano, con el que tiene numerosos puntos de contacto, y comprendido en los estudios de los legistas que se hacían graduar en uno y otro derecho (*in utroque iure*), el canónico entró como un elemento en la formación de las nuevas sociedades y de las legislaciones europeas, por lo cual se le debe contar entre las fuentes históricas del derecho español, en cuyos códigos llegaron a figurar, según después veremos (núms. 28, 29, 91 y 94), decisiones de concilios y multitud de cánones y leyes de la Iglesia, encontrándose a veces confundidas materias puramente dogmáticas y morales con las propiamente jurídicas, lo cual dió al derecho español un carácter propio y por completo distinto del de las otras naciones, especialmente del francés.

19.—En particular como elemento del antiguo derecho penal, el canónico y las instituciones de la Iglesia influyeron así en lo relativo a la penalidad, como en lo tocante a las jurisdicciones y al procedimiento.

Cuanto a la penalidad, figuran por su influencia sobre la apreciación de los diversos casos, de los grados de culpabilidad y de los principios relativos a las penas, materias acerca de las cuales los libros canónicos contienen decisiones que la legislación y la jurisprudencia laicales se apresuraron a seguir en más de un punto.

Aunque algunos textos de derecho canónico formulan expresamente la pena de muerte para ciertos crímenes (2), la Iglesia profesó una marcada aversión a las penas corporales, sobre todo a las de sangre (3); pero entregaba a los culpables al brazo secular (4). Sin embargo, diversos documentos nos muestran su frecuente intervención para librar del suplicio ca-

(1) Card. GASPARRI, en el prefacio del nuevo *Codex iuris Canonici*.

(2) Por ej., Decretales, V, XII, cap. 1, y V, XVIII, cap. 1.

(3) Los eclesiásticos, al querellarse de un crimen cometido contra ellos, según los cánones deben protestar formalmente: *Quod ad vindictam seu poenam sanguinis non intendunt* (El Sexto, V, IV, cap. 2, Bonifacio VIII, año 1298).

(4) Por ej., Decretales, V, VII, cap. 9; XVII, cap. 4. El Sexto V, II, cap. 4. En las sentencias pronunciadas por el Santo Oficio era muy frecuente la propo-

pital a los culpables, para hacer transigir o celebrar composiciones a las partes, y para moderar las penas. Tal fué principalmente el derecho de asilo concedido a las iglesias y otros lugares piadosos por las constituciones de los emperadores romanos, por diversas leyes bárbaras, por ordenanzas reales y por usos posteriores.

20.—Cuanto a las jurisdicciones penales, la Iglesia y el derecho canónico se encuentran íntimamente ligadas a ellas y por la constitución de los tribunales eclesiásticos al lado de los seculares, con atribuciones privilegiadas respecto de ciertos delitos o respecto de los clérigos u otras personas asimiladas a ellos. Las cuestiones de competencia o relativas a relaciones entre las dos jurisdicciones de diferente naturaleza, y cada una celosa de su autoridad, formaron en el viejo derecho penal una materia difícil e importante. En el derecho español, fué del mayor interés el recurso de fuerza, que consistía en recurrir al juez secular reclamando su protección contra el juez eclesiástico por conocer de causa no sujeta a su jurisdicción, por violar el procedimiento prescrito en las leyes y cánones o por denegar apelaciones procedentes; de esta manera los jueces eclesiásticos quedaban en cierto modo sujetos a la jurisdicción secular y dependientes de ella. La importancia del recurso de fuerza en la administración de justicia de la época monárquica, se demuestra por el número y extensión de los tratados que sobre él se escribieron, y entre cuyos autores figuran los más reputados jurisconsultos, como Ramos del Manzano, Francisco Salgado, José Covarrubias, el Conde de la Cañada y José Bernardo Quiróz, cuyas obras gozaban de grande autoridad.

Además, el ejemplo de los oficios eclesiásticos no careció de influencia en la transformación de las antiguas asambleas temporales en juzgados fijos y permanentes.

21.—En fin, cuanto al procedimiento penal, el derecho canónico fué el que primero y reiteradamente reprobó las ordalías y los juicios de Dios, y el que imaginó y desarrolló el procedimiento inquisitivo, introducido después en las jurisdicciones represivas seculares. La antigua *Costumbre de Normandía* dice

---

sición relativa a la entrega del reo al brazo secular, lo que equivalía a la condenación a la pena capital. *Brazo secular* significa autoridad temporal que se ejercía por los tribunales o funcionarios reales, en contraposición a los eclesiásticos (Diccionario de la Academia).

expresamente que la autoridad eclesiástica y el ejemplo de sus tribunales fueron los determinantes de ese movimiento: *Et pour ce que sainte Eglise a osté ces choses, nous usons souvent de l'enquête* (1).

Los textos en que los papas empezaron a reprobar las ordalías y el duelo judicial remontan a los siglos VI y IX; desde fines del XII y principios del XIII, esa reprobación canónica, reiterada varias veces, porque generalmente era ineficaz, fué constante y bien conocida de todos (2).

Las pruebas bárbaras, llamadas judiciales, que comprendían las del agua hirviente, del hierro candente y del fuego, fueron decididamente condenadas en España por el concilio de León en 1288 y por el de Valladolid en 1322, subsistiendo en las leyes generales sólo el duelo judicial, llamado *riepto* (3).

La encuesta, inquisición o audición de testigos hecha por separado y redactada por escrito, que se convirtió en el procedimiento usual a consecuencia de la supresión de las ordalías y de los torneos, es un procedimiento letrado y por lo mismo clerical, pues en esa época letrado y clérigo eran sinónimos. También de fines del siglo XII y de principios del XIII son los textos canónicos que prueban que las declaraciones de los testigos eran redactadas por escrito (*et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, . . . cuncta plene conscribas*), cerradas (*cum attestaciones ipsæ sint clausæ*), y después, en determinado período, leídas públicamente a las partes y al auditorio (*solemniter publicatæ*) (4); y aun la redacción de esos textos hace ver

---

(1) *Coutume de Normandie*, cap. LXXVI, *de suyte de femmes*, en el *Coutumier général*, de Richebourg.

(2) Ateniéndonos a los textos del *Corpus iuris canonici*, la encontramos de los papas San Gregorio (m. 604) y Esteban V (m. 891) (Decreto de Graciano, segunda parte, causa 2, quaest. 5, caps. 7 y 20); y después, de los papas Celestino III, en 1195; Inocencio III, en 1212, y Honorio III, en 1225 (Decretales, V, XXXV, *De purgatione vulgari*). Hubo también la prohibición de los torneos por el concilio de Letrán, en 1179, y las constituciones de Alejandro III, en 1172, y de Celestino III, en 1195, contra los eclesiásticos que propusieran o aceptaran un duelo judicial, aun por campeón, *Secundum pravam terrae consuetudinem* (Decretales, V, XIII, *De torneamentis*, y XIV, *De clericis pugnantibus in duello*). Esta última constitución pontificia del siglo XII dice que tales combates son verdaderos homicidios (*. . . tales pugiles homicidae existunt*).

(3) ALTAMIRA, *Historia de España y de la Civilización española*, núm. 446, *in fine*.

(4) Decretales, II, XX, *De testibus et attestacionibus*, cap. 25, Urbano III, en 1186; caps. 35 y 37, Inocencio III, en 1208 y 1210, de donde están tomadas las expresiones citadas; cap. 31, Inocencio III, en 1208.

que esa forma estaba ya perfectamente establecida en la práctica eclesiástica y no era de reciente introducción.

También deben su origen a los usos de las jurisdicciones eclesiásticas la denuncia sustituida a la acusación, la información secreta previa y el procedimiento de oficio por el juez, tres puntos que, aunque diferentes del anterior, se relacionan con él y constituyen en su conjunto el procedimiento inquisitivo. La época de su reglamentación en las leyes canónicas es siempre la misma: fin del siglo XII y principio del XIII, pero con indicios de un origen más remoto. Organizadas en las decretales por las constituciones de Inocencio III, de 1212, 1213 y 1216, tanto como inquisición particular sobre hechos precisos, cuanto como inquisición general e indeterminada contra toda una diócesis o localidad (1), esas prácticas estaban en vigor en la Iglesia, como modo especial de procedimiento, aun antes de ser reglamentadas por Inocencio III. Una constitución de Lucio III, de 1181, las contiene ya en germen como procedimiento para los hereéticos (2), y particularmente contra los que más tarde fueron llamados albigenses, a quienes se aplicó con tal energía que se dió origen a una lucha encarnizada y a verdaderas matanzas, de 1208 en adelante. De ahí resultó para la cristiandad la constitución del tribunal especial de la Inquisición, erigido en institución permanente contra los crímenes de herejía y otros semejantes, instalado en varios Estados cristianos, que tuvo su apogeo en España, y que en todas partes influyó grandemente sobre el sistema del procedimiento penal (3).

22.—El castigo de los herejes se hizo en España primitivamente por los tribunales seculares y conforme a las leyes reales.

En 1197, Pedro II, rey de Aragón y conde de Cataluña, decretó la expulsión de los herejes y su castigo en la hoguera.

En Cataluña, el establecimiento del tribunal de la Inqui-

---

(1) Decretales, V, I, *De accusationibus, inquisitionibus et denunciacionibus*, cap. 16 y siguientes y cap. 25.

(2) Decretales, V, VII, *De haereticis*, cap. 9, que ordenaba a todo arzobispo u obispo que recorriera su diócesis dos veces o por lo menos una cada año, por sí mismo o por medio de su vicario u otras personas honradas y competentes, cuando fuera fama que había en ella herejes, e informarse para reconocer a los culpables, que debían ser castigados con las penas eclesiásticas y entregados al brazo secular para la aplicación de las penas seculares.

(3) Hasta aquí, esta sección, así como el núm. 23 siguiente, está tomada casi totalmente de los núms. 65 a 73 de los *Eléments de Droit Pénal* de Ortolan.

sición conforme a la bula de Gregorio IX contra los valdenses (1231), fué confiado a mediados del siglo XIII a los dominicos. El obispo de Tarragona publicó en 1235 la primera instrucción de inquisidores, redactada por San Raimundo de Peñafort, y en un concilio celebrado en la misma ciudad se determinó el procedimiento en las causas contra herejes.

Alfonso X, el Sabio, en el Fuero Real (4, 1, 1 y 2) y en las Partidas (7, 26, 2), declaró ser de jurisdicción privativa de los obispos las causas de herejía, con lo que en Castilla se estableció un tribunal ordinario distinto del de la Inquisición, ya existente en Cataluña. Las penas asignadas a los herejes consistían en destierro, confiscación, infamia, inhabilitación absoluta y muerte en la hoguera. A mediados del siglo XV, el Papa nombró inquisidores para Castilla, a petición del rey Juan II; pero no se llegó a establecer el tribunal, seguramente porque en ese reino las herejías no habían alcanzado el carácter de gravedad que en la región catalana.

Hasta los Reyes Católicos, las cosas continuaron como las estableció Alfonso el Sabio. A fines del siglo XV adquirió extraordinaria importancia política la cuestión de los judíos y de los conversos, esto es, de los judíos convertidos al cristianismo, por lo que en 1492 se llegó al extremo de decretar la expulsión de los primeros, después de haberse obtenido en 1478 bula de Sixto IV en que se permitió a los reyes elegir y diputar dos o tres "obispos o arzobispos u otros varones pródidos y honestos," para que fuesen inquisidores, usando respecto de toda clase de herejes "todo el poderío y jurisdicción de que usan y pueden usar, así de derecho como de uso y costumbre los jueces eclesiásticos ordinarios". Con estos caracteres de especialidad y dependencia del poder secular, y excluyendo la jurisdicción ordinaria de los obispos, comenzó en 1480, en Sevilla, la Inquisición castellana, que bajo el célebre cardenal Cisneros se hizo extensiva a América, y que tanto poder ejerció y tantas víctimas causó durante siglos.

Poco después de su establecimiento, se modificó la constitución de la Inquisición, reservándose el papa el nombramiento de los inquisidores. La primitiva organización consistió en un centro, en Sevilla, y delegados temporales en las poblaciones a que se iba extendiendo la acción inquisitorial. Después se constituyó

un consejo supremo presidido por el inquisidor general, y las delegaciones se convirtieron en tribunales provinciales permanentes.

El procedimiento tenía por base las prácticas consagradas por la tradición; pero ofrecía particularidades que es preciso mencionar. Usábase el tormento (conforme a la legislación civil de la época), como medio de obtener la confesión del acusado. Una vez preso éste, se le comunicaba en lo absoluto, prohibiéndose dar noticias a su familia, que no volvía a saber de él hasta su liberación o hasta su aparición en el auto de fe. Los términos de la acusación se daban a conocer al procesado; pero callando el nombre del acusador, lo mismo que los de los testigos, y en general, todas las actuaciones eran secretas; aun a los absueltos se les imponía la obligación de no revelar cosa alguna relativa al proceso. La declaración de dos testigos de cargo hacía fe contra toda negativa del acusado. La confesión de éste no era bastante para la *reconciliación*, es decir, para dar por concluida la causa; debía denunciar a los cómplices, sin excluir a las personas más allegadas de la familia, las que, por la misma relación de parentesco, eran consideradas especialmente sospechosas. Las conferencias entre el procesado y su defensor se habían de celebrar siempre en presencia de un inquisidor.

Aunque la jurisdicción primitiva de la Inquisición se limitó a los judíos conversos, muy pronto se extendió a los musulmanes conversos, a los cristianos y a toda clase de personas en general (1).

23.—Los textos del *Corpus iuris canonici* que más especialmente se refieren al derecho penal son los siguientes:

En el Decreto de Graciano, segunda parte, causas 2 a 6, en que se tratan numerosas cuestiones relativas a las acusaciones, y más indirectamente las causas 22, 24, 26, 32 y 35 para ciertos delitos;

En las Decretales de Gregorio, todo el libro V, que trata primero de las acusaciones, inquisiciones y denuncias, y después, de varios delitos (tít. I a XXXIII);

En el Sexto, el mismo lib. V, en igual orden (tít. I a XI);

---

(1) ALTAMIRA, *Op. cit.*, núms. 327, 434, 446, 461, 572 y 584.

En las Clementinas, también el lib. V, en el mismo orden (tít. I a X) ;

En las Extravagantes, tít. VIII a X, XII, *De poenis*, y XIII;

En las Extravagantes comunes, lib. V, tít. I a VI;

En el Séptimo, el lib. V, tít. I a XVIII;

En las Institutas, todo el lib. IV.