# **Franz Von Listz**

# TRATADO DE DERECHO PENAL

TOMO I

BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

## INTRODUCCIÓN

### § I.—Concepto del Derecho penal y objeto de este Tratado a)

I.—El Derecho penal como poder público para castigar, jurídicamente limitado

Derecho penal (Strafrecht) b) es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, c) a la pena, como legítima consecuencia (1).

El crimen, como hecho perteneciente al Derecho penal, constituye una subespecie particular de lo injusto (del delito); es decir, la acción culpable e ilegal.

Conforme en un todo con Mommsen, 56 (el pensamiento capital de su libro es este: que el Derecho penal es, a través de la limitación legal, engendrado por el poder coercitivo de los magistrados, ilimitado en sí mismo).

Así como, ante todo, «el Derecho es la política del poder» (véase Ihering), así el Derecho público para castigar es el poder penal público, jurídicamente limitado (véase abajo § 2, III). Ahora bien, esta limitación está formada por el Derecho penal en su sentido objetivo.

<sup>(1)</sup> El Derecho penal, en sentido objetivo, se llama también Derecho criminal. En sentido subjetivo, Derecho penal significa el Derecho de castigar, el jus puniendi.

Es de notar que de un Derecho penal público, en sentido subjetivo, sólo se puede hablar bajo el supuesto de que el poder de castigar por parte del Estado, ilimitado en sí, haya fijado prudentemente, limitándose a sí mismo, el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena).

Y la pena, como legítima consecuencia propia del Derecho penal, se distingue de las otras consecuencias legítimas de lo injusto en que representa una peculiar intromisión del Estado contra el culpable en sus bienes jurídicos (Rechtsgüter) d).

El crimen y la pena son, pues, las dos ideas fundamentales del Derecho penal. De ahí resulta que el objeto inmediato de la Ciencia del Derecho penal es formular, desde un aspecto puramente técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales; desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios para formar un sistema cerrado; exponer en la Parte general del sistema el concepto del crimen y de la pena, en general; y, en la especial, la seriación de los crímenes en particular y de las penas legales.

Como ciencia eminentemente práctica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues solamente la ordenación de los conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo.

Este Tratado se limita a la exposición del Derecho penal vigente en Alemania; e), en primer término, del Derecho penal civil y del militar sólo en sus líneas generales.

El Derecho penal vigente fuera de Alemania y el Derecho penal de cada uno de los Estados alemanes quedan fuera de este estudio. En cuanto a la Historia del Derecho penal, sólo nos ocupamos de ella en cuanto sea necesaria para comprender el Derecho vigente, como acontecimiento histórico capaz de desarrollo ulterior. A la Historia dedicaremos el primer capítulo de la Introducción.

### II.—La política criminal f)

El conocimiento de la pena como uno de los medios para a lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos leva más allá del Derecho vigente.

Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundanento jurídico y de los fines del poder penal, así como del rigen y de la naturaleza del crimen. La solución científica le estas cuestiones es objeto de la POLÍTICA CRIMINAL, que striba en la criminología y la penología.

La Política criminal nos da el criterio para la apreciaión del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe egir g), pero también nos enseña a entender aquél, a la uz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares.

Por eso los principios directores de la Política criminai, isí como la Historia del Derecho, no pueden en este Traado ser pasados en silencio; pero deben, como la Historia, ser reservados para la Introducción, cuyo segundo capítulo es ha sido dedicado (1).

### III.-Las fuentes del Derecho penal

Pertenecen también a la Introducción, más bien que al sistema de Derecho penal, la teoría de las fuentes del Derecho penal y la eficacia o esfera de dominio (Herrschaftsgebiet), de los principios penales, que, en lo esencial, se apoyan no en fundamentos penales, sino políticos e internacionales.

El tercer capítulo de la Introducción trata, pues, del doninio legal y de las fuentes (2).

<sup>(1)</sup> Véase von Liszt, Z, XX, 165 (Aufsätze, II, 284). En contra, Lilienthal, que ha elevado la teoría de las causas del crimen a sistema.

<sup>(2)</sup> Esta doctrina ha sido tratada casi siempre como parte del sistema; así lo hicieron Binding, Birkmeller, Finger, Janka, von Lilienthal, Merkel. Con exactitud, Meyer.

### ADICIONES

- a) Su título original es Lerhbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de Derecho penal alemán), siendo de advertir que lo germánico, aquí, se refiere, tanto como al contenido, a la técnica. Para entender este Derecho penal alemán, verdadera ciencia nacional por la técnica, es preciso conocer la lengua donde el tecnicismo se cristaliza. «La lengua no es un simple traje, es el verdadero cuerpo del Derecho» (Gierke, Das bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag -el Código civil y el Congreso del Imperio alemán.—Extracto del Tägliche Rundschau, Berlín, 1896, pág. 10). El lenguaje científico alemán está en evolución constante a través de síntesis o composiciones lingüísticas (Zusammensetzungen) a base latina o germánica, y de frases expresivas (Schlagwörte). En notas sucesivas explicaremos las empleadas por el autor, poniéndolas entre paréntesis en el texto. Que sirvan estas notas de suplemento a las obrasincompletas de Freusdorf, Recht und Rede (El Derecho y la palabra), en Historischen Aufsätzen dem Andenken an Georg Waitz gewidmet (Artículos históricos consagrados a la memoria de Jorge Waitz), Hannover, 1886; Günther, Rech und Sprache (El Derecho y el lenguaje), Berlín, Heimann, 1898; F. v. The dichum, Die Rechtssprache im Grimms Wörterbuch (El lenguaje jurídico en el Diccionario de Grimm), Stuttgart, 1898; Walter Gensel, Unsere Juristensprache (Nuestro lenguaje jurídico), en Sächsischen Archivs für bürgerliches Recht und Prozess (Archivos sajones de Derecho civil y procedimiento), VI, 145 y siguientes, cuadernos 3, 4; H. v. Lang, Moderne Schlagwörte (Frases modernas), Stuttgart, 1902.
- b) En los primeros trabajos de Jorge Bager, Carlos Wille, Gärtner y Juan Samuel Freiher von Böhmer, aparece invariablemente el nombre peinliches Recht (Derecho penal) para designar la ciencia de los delitos y las penas. Este nombre toma también la primera publicación periódica alemana sobre ciencias penales: Biblotek für die peinchiche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde (Biblioteca de ciencia penal y de la legislación), Hernborn, Hadamer 1797. S. Meister, Einleitung in die peinliche Rechtsregeln (Introducción a las reglas jurídicas de la penalidad, página 36 y Robert y Koch, Über civil und criminal-Strafen und Verbrechen (Sobre las penas y los delitos civiles y criminales), Giessen, 1785, página 23 y siguientes, hallaron que los peinliche Fällen (casos penales del Derecho alemán) tenían la misma significación que las causas criminales de los ro-

manos y crearon la palabra Criminalrecht (Derecho criminal). traducción del jus criminale, designando así el contenido del hasta entonces llamado peinliches Recht. Más tarde Stelzer, Lehrbuch des deutschen Criminal rechts (Tratado de Derecho criminal alemán), Halle, 1793, le da por título a su obra. La innovación tuvo contradictor enérgico en Tittmann, Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinliches Rechts (Ensayo de un estudio científico del Derecho penal), Leipzig, Kramer, 1798, §§ 3, 6, 7 y especialmente la página 8, nota. «En nuestro tiempo --dice-- no usamos la palabra de doble sentido Criminalrecht, decimos peinliches Recht, si bien esta palabra sea igualmente imprecisa» (obra citada, página 10, nota). Sin embargo, al año siguiente (1799) aparecía la segunda, pero única importante, revista penal alemana, con el título: Archiv des Criminalrechts (Archivo de Derecho criminal), fundada en Halle por Klein y Kleinschrod (después Neues Archiv des Criminalrechts, editada por Mittermaier hasta 1853), consagrando definitivamente la palabra, hoy anticuada, que prevalece en la técnica de las ciencias penales durante medio siglo. El término, hoy en uso, Strafrecht (Derecho penal), decididamente más castizo, es aún más antiguo y fué usado la primera vez por Engelhard, Versuch eines allgemeinen beinlichen Rechts (Ensayo de Derecho penal general), 1756, según Franck, Die Wöllffschen Strafrechtsphilosophie (La Filosofía del Derecho penal de Wolff), Gotinga, Vandenhoeck, 1887, página 22. Nosotros le hemos hallado también en Tittmann (obra citada, páginas 23, 102 y 165). En cuanto al sentido, el término Kriminalrecht expresa el crimen, así como el actual Strafrecht la pena. Stooss, Lehrbuch des österreichischen Strafrech (Tratado de Derecho penal austríaco), Viena y Leipzig; Franz Deuticke, 2.ª edición, 1913, página I, nota 1. Se engaña este autor juzgando al Kriminalrecht más antiguo que el Strafrecht (loc. cit.).

c) Traducimos simplemente por «hecho», «el hecho de autos» en lenguaje forense, la palabra alemana Tahtbestad, que literalmente significa «acto estado» y, en composición, «estado de causa» (Sachs-Villate, Enzyklopädisches Wörterbuch, gros. Aus., Berlín-Schöneberg, Langenschmidt, 1909, II, 1, 739, col. 3), donde va ya latente toda una definición psicológica del delito. En una obra como ésta, destinada a la enseñanza, no nos parece lícito dejar en la penumbra de un sentido oscuro y complejo palabras y giros conceptuosos que encarnan todo el gran genio filosófico de la lengua alemana. Por eso, sin sacrificar nunca la exactitud gramatical, hemos procurado siempre la claridad del estilo, no necesitando ponderar las dificultades

de este esfuerzo de adaptación a la objetividad del genio latino, cuando a la vez no se quiere perder nada de lo esencialmente germánico en las ideas. Para mayor exactitud, cuando puede haber duda en el sentido, va la palabra alemana entre paréntesis. Que valga, de una vez para siempre, esta advertencia necesaria.

d) Al considerar la infracción jurídica en general, desde el punto de vista del Derecho subjetivo, se dió en la flor de tomar el contenido (un bien) por el continente (una norma, un Derecho). Esta bella figura retórica la hizo por primera vez Birmbaum, Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens (Sobre la necesidad de una lesión jurídica para el concepto del delito), 1834, diciendo que si se considera al delito como lesión, este concepto debe ser referido por naturaleza, no a un derecho, sino a un bien (páginas 149 y siguientes y 175 y siguientes). Birmbaum tenía razón.

La verdadera metáfora se da ya cuando se habla de la lesión de un derecho. Los derechos no pueden ser lesionados porque no son seres reales. Lo que se lesiona son intereses, es decir, bienes. Nosotros hemos hallado esta sensata posición en otro autor más antiguo, en Tittmann (op. cit., 2.ª edición, 1823) al definir el contenido del delito como la «lesión de un bien de los particulares..., o de un bien del Estado». El concepto ético-jurídico de bien fué dado por Ahrens (1), Na-

<sup>(1)</sup> Tal vez antes por Krause (1781-1832), pero a este autor no se le cita nunca en Alemania. Inútilmente se buscará su nombre en los Manuales de la Historia de la Filosofía y sólo en Bindelband, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie (Tratado de Historia de la Filosofía, 4.ª, Tubinga, Mohr, 1907, página 512), aparece como discípulo de Schelling. «Apenas tiene otra originalidad —dice Bindelband— que la muy considerable de haber expuesto las ideas generales del proceso idealista en una incomprensible terminología inventada por él y explicada en alemán primitivo.»

Sus obras filosóficas: Entwurf des Systemes der Philosophie (Proyecto de un sistema de Filosofía), 1804; Urbild der Menschenheit (Arquetipo de la Humanidad), Dresde, 1812, trad. esp. de Sanz del Río (El ideal de la Humanidad para la vida), Madrid, 1860; Abriss des Systems der Philosophie (Compendio del sistema de Filosofía), Gottinga, 1825, Análisis de Sanz del Río, Madrid, 1860; Vorlesungen über das System der Philosophie, Gottinga, 1828. Extracto de Sanz del Río (Lecciones sophie, Gottinga, 1828. Extracto de Sanz del Río (Lecciones sophie, Gottinga, 1828.

turrecht (Derecho natural) I. Vorrede, páginas VI, VII; véase también página 338, «considerado como fundamento contenido y fin de toda la vida pública», así que «todo Derecho
será comprendido como Derecho de bienes» (Gütterrecht).
Danh, en Kritische Vierteljahrs schrift (Revista crítica trimestral), XII, 368 y siguientes, se ha burlado de este juego de
palabras.

Ihering, Zweck im Recht (El fin en el Derecho), I, 492, al señalar como contenido y objeto del delito las «condiciones de la vida social» las llama «bienes sociales» (Sozialen Güter). Merkel, Abhandlangen (Trabajos), I, 101, Juristische Encyklopädie (Enciclopedia jurídica), 3.ª edición, por R. Merkel, 1904, señala como posible objeto de la lesión jurídica «todos los interescs y bienes», y Halschner, Preussisches Strafrecht (Derecho penal prusiano), I, 1 y 3, «un bien jurídico» (rechtliches Gut) que está bajo la protección de las leyes». Schaper, en 1871, Begriff und all gemeiner Thatbestand des Verbrechens (Concepto y hecho general del delito), en Handbuch des deutschen Strafrechts (Manual...), de Holtzendorff, II, 89, dice que «en cada disposición penal se desarrolla el fin de protección de bienes» (Gütterschutz).

Al fin Binding, en 1873, Die Normen und ihre Ubertretung (Las normas y su transgresión), I, 1872; II, 1877, 2. I, 1890. § 50, Das Rechtsgut, páginas 338-353, desarrolla la teoría y crea la palabra, hoy universalmente aceptadas, una y otra, en la práctica y en la teoría. Posteriormente aquélla ha sufrido modificaciones y ésta ha dado lugar a nuevas combinaciones lingüísticas que renunciamos a exponer por no hacer interminable esta nota.

e) Todas las obras maestras de Derecho penal que circulan por Alemania, lo mismo en forma de «Tratado» (Lehrbuch) que de «Manual» (Handbuch), están escritas con vista del Derecho positivo vigente en su país y para facilitar su inteligencia.

Recuérdense, entre los más antiguos, los tratados de Stelzer

bre el sistema de la Filosofía analítica), Madrid, Andrés y Díaz, 1850; Zur Kunstlehre o System der Aestetik, traducción Giner de los Ríos (Compendio de Estética), 2.\*, Madrid, 1888..., desconocidas o relegadas al olvido en todas partes, menos en España, han sido publicadas de nuevo en Leipzig (1882-1894), bajo la dirección de P. Hohlfeld y A. Wünsche.

R. Euken, Zur Erinnerung an Krause (En recuerdo de Krause), Leipzig, 1881, puso de actualidad por un momento su memoria. También eso pasó.

(Lehrbuch des Deutschen Kriminalrechts, 1793), Stübel (Lehrbuch, 1795), el clásico de Feuerbach (Lehrbuch des gemeines in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1.4, 1801; 14.4, de Mittermaier, 1847; 15.ª edición, con comentario crítico de Morstadt y Osenbrügen, 1855), los de Salchow (Lehrb. des gemeines positiven peinlichen Rechts, 1. 1807; 3. 1823), Dachelow (Lehrb. de gemeines Deutschen peinlichen Rechts. 1807), Henke (Lehrbuch, 1815), Martin (Lehrb. des Deutschen gemeines Kriminalrechts, 1.ª edición, 1820-25, 2.ª, 1823), Rosshirt (Lehrb. des Kriminalrechts nach der Quellendes deutschen gemeinen, Recht, etc., 1821), Waechter (Lehrb. des Römis-Teusche Strafrecht, Stuttgart, 1. parte, 1825; 2. 1826), Bauer (Lehrbuch, 1.4, 1827; 2.4, 1833), Kleuze (Lehrb. des gemeines Strafrechts, 1833, Heffer (Lehrb. des gemeines Deutschen Kriminalrechts, 1.\*, 1833; 6.\*, 1857), Geib (Lehrb. des Deutschen Strafrechts, 1.4, I, Leipzig, 1861; II, 1862, 2.4, Leipzig, 1864), Schütze (2.4, 1874), Temme (Lehrb., 1776), que apenas merece mencionarse, y entre los más conocidos y modernos, los de Berner (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1.4, 1857; 18.4, Leipzig, 1898; hay traducción italiana de Bertola, con prólogo de Lucchini, 2.4, Milán, Valladari, 1892), Meyer (Ibid., 1.\*, 1875; 6.\*, refundida por Alfeld, 1907, Merkel (Id. 1889, traducción española de Dorado, Madrid, «La España Moderna»), Von Listz (16.a, 17.a, 1908; 18.a, 1911); la presente traducción se hace sobre los pliegos que nos envía. el editor de Berdín, J. Guttentag, a cuya deferencia estamos agradecidos), y entre los más célebres manuales, los de Tittmann, Handbuch, 1.a, 1806, 10; 2.a, 1822-24), Schöter (Handbuch des peinlichens Rechs, 1818), Wirth (Handbuch, 1822), Henke (Handb, des Kriminalrechts, 4 partes, I, 1823; II, 1826; III, 1830), Jarke (Handb. des gem. Deutsch. Strafr., I, 1897; II, 1828; III, 1830), Luden (Handb. des Deutsch. particularen Strafr., I, 1847), Wachter (Handb., 1857), Hottzendorf (Handb., en colaboración, I, II, III, Berlín, 1871-74, IV, 1877), Bar (Handb., I, Geschichte, 1882), Binding (I, Leipzig, 1885; 2.\*, 1902; II, 1904), Finger (I, 1904).

Los italianos, que han seguido a Alemania en la reforma de la enseñanza, vieron bien pronto la sinrazón de aquel divorcio existente entre la teoría y la práctica, y, a imitación de los alemanes, tienen, al lado de los Tratados teórico-prácticos de Derecho civil (Gianturco, Sistema di Diritto civile italiano, I, Nápoles, 1894; Chironi e Abello, Trattato de Diritto italiano, I, Turín, 1904, sus tratados de Derecho penal italiano, como los de Lanza (Trattato teorico-prattico, 1896). Tuozi (Corso di Diritto penale, 2.º, 1899, 4 volúmenes, y los más conocidos de

Pessina, Trattato di Diritto penale, Nápoles, 1882-1886, 4 volúmenes. Hay traducción española del 1er volumen por G. del Castillo, con Notas de Aramburu, 1.º, Madrid, Revista de Legislación, 1892, 2.º, con nuevas notas de Calón, Ibid., 1913; de Manzini, Trattato di Diritto penale italiano, Turín, Bocca, I y II, 1908; III, 1910; IV, 1911; V, 1913). Florián, Pezzolini, Zerboglio, Viazzi, Puglia y Shighele (Trattato di Diritto penale, desde 1906, 8 volúmenes); Civoli (Lezioni di Diritto penale italiano, Milán, 1900), y aun Alimena (Principii di Diritto penale, Nápoles, Pierro, I, 1910; II, 1912); además de la gran Enciclopedia di Diritto penale italiano, que dirige Pessina (Milán, Società editrice libraria, 1901-8, 12 volúmenes), más completa y metódica que la de Cogliolo (Completo Trattato teorico e prattico di Diritto penale, secondo il Codice unico del Regno d'Italia, Milán, 1892).

También en parte, continúa esta corriente en Francia a través de las obras de V. Molinier, Programme de Cours de Droit criminel fait a la Faculté de Toulouse, Toulouse, 1851; 2.ª Traité theorique et pratique de Droit pénal, annoté et mis au courant, par G. Vidal), I, París, 1893, Garrand (Traité theorique et pratique de droit pénal français, 2.ª, 6 volúmenes, 1898-902; 3.ª, I, 1913), Vidal (Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1.², 1901, 3.ª, París Rousseau, 1906, 4.ª, 1er fascículo, páginas 1-528, ibíd., 1910); y en Bélgica, desde Haus (Cours de droit pénal belge, 1869) a Thiry (Cours de droit criminel, 3.ª, Lieja, Desoer, 1909).

En Austria, los de Janka, Das österreichische Strafrecht (El Derecho penal austriaco). 4.°, dirigida por von Kallina, Viena, 1902; Lammasch, Grundiss des Strafrechts, 4.°, Leip zig, 1911; A. Finger, Das Strafrecht systematisch dargestellt; Compendien des österreichischen Rechtes (El Derecho penal, expuesto sistemáticamente, compendio de Derecho penal austriaco), I, 3.°, 1912; II, 1910; Stooss, Lehrbuch des österreischischen strafrechts (Tratado de Derecho penal austriaco), Viena y Leipzig, Franz Deutikce, 1.° edición, 1910; 2.°, refundida, 1913; está más extensa que intensa.

La censura dirigida en España contra el autor, acusándole de leguleyo, no tiene, pues, fundamento alguno. Derecho penal es, nada más, una parte del Derecho «que se vive» o que «se ha de vivir»; pero no como creación más o menos utópica, elaborada en teoría, sino como pronóstico de una continuidad natural, evolutiva, que la razón descubre, pero no crea, y a cuyo advenimiento la voluntad culta contribuye desde la Cátedra o desde las Cámaras por el consejo o por el poder, acelerando o retardando su curso.

La ciencia de esta contribución consciente de la voluntad y de la razón a la evolución histórica del Derecho penal es la Política criminal, una ciencia cuya técnica, en el actual sentido, se debe principalmente a Listz y significa hoy la más alta expresión teórica de las ciencias penales. Así que Liszt, contra lo que se suele creer, es el más teórico (pero no utópico) de todos los penalistas de Alemania.

Nuestra labor de adaptación a la legislación española consiste en anotar, en cada caso concreto, el sentido y los preceptos de la ley penal vigente en España, y así la legislación penal española, pasando por el molde orgánico del Tratado de Derecho penal de Listz, quedará científicamente sistematizada.

De este modo tendremos «un sistema de legislación penal española», de que carecemos, a la vez que, indirectamente, unos comentarios al Código penal y a las leyes penales espe-

ciales, según la doctrina del profesor von Listz.

No omitiremos, generalmente, las consideraciones críticas que nos sugiera la comparación de la legislación penal alemana y la española, a través de la doctrina jurídica de Listz; por eso, en la modesta medida en que puede esto prometerse, será el nuestro un trabajo de legislación penal comparada.

Sirven de preparación estas notas para un Tratado de De-

recho penal español.

f) No nos ha sido posible precisar quién inventó y usó por primera vez esta palabra. Desde luego no fué Feuerbach, como aseguran todos, en su Lehrbuch, cuya primera edición data de-1801; v menos aún Henke, en su Handhbuch de 1823, a quien presenta como padre de la Política criminal el mismo Listz: (Aufsätze und Vorträge, II). Antes que ellos en 1793, fecha del Prólogo, aparece usada por Kleinsrod en su Sytematische Entwinckelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts (Desarrollo sistemático de los conceptos y verdades fundamentales del Derecho penal) 3.ª, Erlangen, 1805, 3.º parte, § 131, III, 254. Un recensor de la obra en una revista jurídica de entonces, la Staatswissenchaftliche und juritische Literatur (Bibliografía de ciencias políticas y jurídicas), marzo de 1795, página 347, emplea en su lugar otra expresión, sin duda de más uso: "Política del Derecho criminal" (Politik des criminalrechts). Todo hace suponer que así se designase primitivamente esta ciencia, y que el genio sintético de la lengua, por mano de Kleinsrod o de otro, hiciese de las dos palabras una: Kriminalpolitik. Oriunda de pura técnica alemana, no se encuentra su equivalente ni en los antiguos escritores italianos, que crearon esta ciencia (V. Kleinsrod, Von den italiänischen Schriftstellern über dans peinliche Recht und die

Criminal politik).—De los escritores italianos, sobre Derecho penal y política criminal en Archiv des criminalrechts, I (Halle, 1799, 164), ni en la moderna literatura penal italiana, que la rechaza (Ferri, Sociologie criminelle, París, 1893, páginas 584 y siguientes), o la aplica al contenido de la Política social, confundiéndola. (Lanza, Sui criterii per commisurare le pene. Saggio di una veduta metodologica, en Rivista penale, LV (1902), 502-509. Nicéforo, Guía para el estudio y la enseñanza de la Criminología, en Scuola positiva, 1903, fascículos. En ab.; traducción especial de Quirós, Madrid, Serra, 1903, páginas 39-57. Impalomeni, Instituzioni di diritto penale (ópera póstuma), Turín, Unione tipografico-editrice. 1908, páginas 7-12. Definela con exactitud únicamente Manzini, Trattato di diritto penale italiano, I (Turín, Bocca, 1908), 26 y aproximadamente Alimena, Principii di diritto penale, Introducción, I (1910), 16-18. Entre aquéllos y éstos aparece, como excepción, el Saggio di politica criminale, Florencia, 1852 (Véase especialmente, páginas 173-138), atribuído a Romagnosi (ópera póstuma), que aceptó el nombre alemán. A fines del pasado siglo «comienza apenas a extenderse en lengua francesa». (Maillard, Etude historique sur la Politique criminelle; l'Utilitarisme, París, Larose, 1899, página 11. Esta obra carece de todo valor y documentación, como la mayoría de los libros franceses sobre ciencias penales), como sinónima de «ciencia penitenciaria... penología... criminalística» (Vidal, Cours, primer fascículo, 4.ª, 1910, Préface, página VI).

g) A este sentido responde su primitivo nombre en alemán : Gesetzgebungkunde (ciencia o conocimiento de la legislación). que algunos autores de principios del siglo XIX, como Meister, el joven, Ueber die Grenzlinien richterlicher Gelindigkeit in beinliche Fällen (sobre los límites de la indulgencia judicial en casos penales), Zullichan, Inder Darmmanschen Buchhandlung, 1812, usan continuamente (por ejemplo, páginas 35, 36, 37 y otras), prefiriéndole al entonces neologismo: Kriminalpolitik. El pequeño libro de Meister es, según Bohemero, Literatur des criminalrechts mit bessonderer Rucksicht auf Criminalpolitik (Bibliografía del Derecho criminal, y especialmente de la Política criminal), Gottinga, 1816, página 181, un modelo de tratado de Política criminal, como «ideal de una perfecta legislación». Este nombre tuvo también en Italia con Filangieri (Scienza della legislazione, Venecia, 1782; 2.º, Milán, 1824, 3.º, Capolago, 1835); Carmignani (Teoria delle leggi), Carrara (Prattica legislativa, Turín, 1874) y otros.

Ese mismo sentido reflejan también sus definiciones; desde

la más antigua «saber legislativo del Estado» o «ciencia política de legislar» (gesetzbende Staatsweisheit), dada por Fenerbach, Revision der Gründsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (Revisión de los principios y conceptos fundamentales del Derecho penal positivo), I, Erfurt, 1799, hasta la última: «política de legislar» (Gesetzgebungspolitik), dada recientemente por Stooss, Lehrbuch (1910), § 4.º, página 18.

Al fin el neologismo Kriminalpolitik, triunfa definitivamente en Alemania, consagrado por Kleinsrod (ob. cit., 3.ª edición, III, 254, 255); Feuerbach (ob. cit., 12.ª edición, §§ 6 y 18, páginas 10, 28). (Handbuch des criminolrachts und der criminalpolitik, 3 volúmenes, Henke Berlín, Stettin, 1823, I, 146 y siguientes); Mittermaier (Anmerkungen und Zusatzparagraphen (notas y parrafos adicionales) al Lehrbuch de Feuerbach, 12.\*, Giessen, 1836, §§ 2 y 6 d., páginas 2, 12), y Holzendorff, Handbuch, I, 55. Como consecuencia del triunfo del Criminalrecht sobre el viejo peinliches Recht, con diverso sentido, confundido a veces -a través de una lucha curiosa, cuyos rastros pueden verse en Tittmann (obra citada, §§ 3, 6, 7) y otros-La Política criminal viene a renovar, en parte, el sentido del Criminalrecht, en cuanto se ocupa, como aquél, de investigar «qué acciones deben definirse como delitos» (Stooss, Lehrbuch, página 18, nota 1), a diferencia de la Política penal (Strafpolitik), que considera «cómo deben ser castigados los delitos» (Ibid.).



# INDICE

Pá	ginas
Introducción	
\$ 1.—Concepto del Derecho penal y objeto de este Tratado 1.—El Derecho penal como poder público para castigar, jurídicamente limitado  II.—La política criminal  III.—Las fuentes del Derecho penal	5 7 7
Adiciones:	
I HISTORIA DEL DERECHO PENAL	
§ 2.—Introducción general histórica	
I.—El Derecho comparado y la Política criminal	18
II.—Carácter general de las penas primitivas	19
III.—La pena pública	20
IV.—El fin de la pena	21
Adiciones:	
IHISTORIA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL	*
§ 2.—Los origenes del Derecho penal español	
A. Raza, lengua, cronología	29
B. Psicología, delineuencia	36
C. Penalidad	65
D. Procedimiento	72
§ 3.—El Derecho penal romano	
I.—Hasta el siglo VII de la ciudad	79
II.—La época de las «quaestiones»	81
III.—Tercera época: El Imperio	84.

	Laginas
Adiciones:	
§ 3.—El Derecho penal de la España romuna	
Leyes municipales	92.
Edictos de los Emperadores	
Senado-Consultos	
Criminología	
Penología	
Derecho científico	
§ 4.—El Derecho penal alemán en la Edad Media	
I.—La primera Edad Media. Hasta el siglo XIII	156
Adiciones:	
§ 4.—El Derecho penal en la Edad Media	
Derecho canónico	III 249
§ 5.—La ordenanza criminal de Carlos V	253
Adiciones:	
§ 4.—El Derecho penal español en la Edad Media (Continuación)	•
II.—España cristiana	260
Problema y fuentes	
Los fueros municipales	
Fueros generales	
Jurisprudencia criminal (fazañas)	291
Fuero Viejo (siglo XII)	291
Fuero Real (Alfonso X, 1254)	
Leyes del estilo (Alfonso X, Sancho IV y Ferna	
do IV, siglo XIII)	
Las siete Partidas (1256-1265)	
Ordenamiento de las Tafurerías (Alfonso X, 127	76) 297
Leyes nuevas (Alfonso X)	297
El Espéculo (¿siglo XIV?)	297
Ordenamiento de Alcalá (28 de febrero de 1348)	

	INDICE	62.
	ı	Páginas
	-	
	Derecho consuetudinario	299
	Leyes del denuesto	300
•	Derecho canónico	301
	Poemas, romances, leyendas, folkloore	301
	La degeneración de las familias reinantes	302
	Historia de las Comunidades	303
	Rollos y picotas	304
	Otras fuentes	805
	Derecho penal musulmán	305
	Las Universidades	305
	Las Hermandades	30 <b>6</b>
	Documentos	307
•	§ 6.—El Derecho penal común alemán	
I.—La	legislación hasta mediar el siglo XVIII	309
	ciencia	313
	práctica jurídica	316
	legislación desde 1750	319
, , , , , , , , , , , , , , , , , , ,	regulation desire from	010
	Adiciones:	
	Authories:	
	§ 6.—Derecho penal español	
	oderna, primera época: Las recopilaciones (siglos 1 XVIII):	
I I a		
	: leves penales españolas	<b>421</b>
11/0	s leyes penales españolas	321
1.—170.	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña	
1.—174	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322
1.—1.70.	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323
•	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325
•	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 326
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329 329
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329 329 331
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329 329 331 382
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329 329 331 382 382
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 326 329 329 331 382 382 333
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 826 329 829 331 882 382 338 338
	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 323 325 826 329 329 331 382 382 338 334
II.—La	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 326 329 329 331 382 382 338 334 834 835
II.—La III.—La	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 826 329 331 382 382 338 334 835 349
II.—La III.—La	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 326 329 329 331 382 382 338 334 834 835
II.—La III.—La	Ordenanzas reales de Castilla (Don Fernando y Doña Isabel, 1485)	322 328 325 826 329 331 382 382 338 334 835 349

Pág	inas
b) Los hechos	354
IV.—I.a Inquisición española (1748-1808)	357
a) El procedimiento	361
b) Las penas	372.
c) El perdón	381
§ 7.—La época de las luces	387
g 1.—Lu epocu ue sus suces	00,
A 71.	
Adiciones:	
§ 7.—El Derecho penal de la Revolución	
A. Las ideas	393
La piedad	395
La utilidad	39Š-
El tormento	401
La pena de muerte	407
Penas corporales	410
La infamia	411
Las prisiones	412
Los vagos	416
B. Los hechos	419
§ 8.—La ciencia y la legislación hasta el año 1870  I.—La ciencia del Derecho penal	427
Primera parte: Los Códigos penales alemanes anteriores	
a 1851	433
Segunda parte: El Código penal prusiano de 1851	435
Tercera parte: La legislación penal de los Estados desde 1851.	439
Adiciones:	
§ 8.—La ciencia y la legislación penales españolas anteriores al Código penal	
Segunda época: Las codificaciones (siglo XIX)	
I.—La ciencia penal española (eclecticismo y correcciona-	
lismo)	442
1.º El Derecha penal: a) Tratados	442
b) Monografías	451
c) Historia	453
2.º El procedimiento criminal	454
3.º Antropología y Sociología jurídicas	457

	Páginas
4.º Sociología criminal	460
5.º Antropología criminal	461
II.—La legislación penal española	464
Servicio militar obligatorio	465
Educación forzosa de niños moralmente abandonado	s. 465
Cláusula de retención	466
Anteproyecto Lardizábal (1777)	
Legislación penitenciaria	467
Constituciones y Códigos	468
Cortes de Cádiz (1810-1813)	468
Decreto fernandino (1819)	470
Cortes de Madrid (1820)	471
Ley de sospechosos (1820)	472
Libertad de imprenta	472
Primera estadística criminal y penitenciaria	472
Ley marcial (1821)	.: 473
Código de 1822	473
Proyecto fernandino (1829-1834)	476
Proyecto Sáinz de Andino (31 de mayo de 1831)	477
Estatuto real (10 de abril de 1834)	479
Reforma penitenciaria (1834-35)	479
Constitución de 1837	480
Primera estadística criminal (1888)	481
Proyecto nuevo (1839-1840)	
Delitos de imprenta (1844-1846)	481
Reforma constitucional de 1845	482
Ley de vagos (9 de mayo de 1845)	482
§ 9.—Origen y desenvolvimiento del Código penal imperial	l. 484
Adiciones:	
§ 9.—La evolución del Código penal español	
Comisión legislativa (1848)	. 495
Código penal de 1848	. 496
Legislación penitenciaria	. 498
Reformas de 1850	. 498
Informes de los Colegios de Abogados (1851)	. 499
Nuevas reformas constitucionales (1852-1864)	. 499
Trabajos de la Comisión (1856-1869)	. 500
La Estadística criminal española (1859-1862)	. 501
Sistema penitenciario (1869)	. 503

* * * * * * * * * * * * * * * * * * *		Pági
Constitu	ción de 1869	5
	penal de 1870	
	odificativas	
-	ción de 1876	
§ 10.—L	as restantes leyes penales del Imperio	5
	Adiciones:	
	§ 10.—Leyes penales especiales de España	
l —Lev	es penales especiales	5
	.º Derecho penal especial común	
-	.º Derecho penal militar	
	A. Derecho penal del Ejército	
	B. Derecho penal de la Marina de Gu	
3	.º Derecho penal colonial	
. 4	.º Derecho penal internacional	
H.—Leve	es comunes con sanción penal	
-	.º Leves administrativas con saución penal	
2	.º Leyes civiles con sanción penal	5
3	.º Leyes gubernativas con sanción penal	., · .
4	.º Leyes judiciales con sanción penal	, 5
-	6.º Leyes políticas eon sanción penal	
§ 11.—B	ibliografía del Derecho penal imperial y de sus	
. 1	cias auxiliares	5
	Adiciones:	
§ 1	1.—Bio-Bibliografía del Derecho penal español.	
	y Ciencias penales	
0		8
Contemp	oráneos	
§ 12	–La legislación penal extranjera en el siglo XI	X
I.—A	Austría-Hungría	
II.—I	Holanda	!
III.—I	Il Norte escandinavo	{
IV.—F	tusia	}
	Il Sudoeste de Europa	
	aiza	
	rancia, Bélgica, Luxemburgo, Mónaco	
	a Península ibérica	
TV T	a Peninsula italiana	

	Pág	inas
X.—Los Estados de Derecho angloamericano		596
XILos Estados Centro y Sudamericanos		597
XII.—Turquía		598
XIII.—Los Estados post-asiáticos		599
XIV.—Estado del Congo		600
§ 13.—El Anteproyecto de Código penal alemán		601
o		
Adiciones:		
§ 13.—Los Proyectos de un Código penal español		
Reforma política		607
Proyecto Estrada y Danvila (1877)		607
Proyecto de la Comisión (1879)		608
Proyecto de Bugallal (17 de junio de 1880)		608
Reforma científica		609
Primer Proyecto Alonso Martínez (1882)		609
Proyecto Silvela (1884)		610
Segundo Proyecto Alonso Martínez (1886)		612
Proyecto Villaverde (1891)		618
Proyecto Maura (1895)		613
Proyecto Montilla (1902)		614
Proyecto Ugarte (1906)		614
La reforma penal en el Congreso Penitenciario de Val		JI T
cia (1909)	en-	615

FIN DEL ÍNDICE

