

## Fundamentos romanísticos del delito de traición en el Código Penal español de 1822

### *Romanistic foundations of the crime of betrayal in the spanish Criminal Code of 1822*

Juan Pérez Carrani

RDP

#### RESUMEN

El delito de traición, desde la perspectiva penal occidental, y en concreto española, encuentra su génesis dentro del ordenamiento jurídico romano. De esta forma, nuestro primer Código Penal, de 1822, dedica espacio para el delito de traición exponiendo cuáles serán sus diferentes supuestos: todos ellos nacen en un contexto de guerra con el enemigo, momento en que, por varias vías, un español puede adquirir el calificativo penal de traidor. Esta situación se reproduce en forma idéntica en los cuerpos normativos romanos, donde encontramos la fundamentación penal del crimen aplicado en el Código español. En ambos periodos, la traición supondrá que, o bien un romano, o bien un español, atente, en la forma que fuere, contra las estructuras del Estado constituido, poniendo así en grave riesgo la supervivencia de la comunidad ciudadana.

PALABRAS CLAVE: traición, enemigo, Digesto, Código Penal, ejecución.

#### ABSTRACT

The crime of treason, from the western criminal perspective, and specifically spanish, finds its genesis within the roman legal system. In this way, our first Criminal Code, of 1822, devotes space to the crime of

JUAN PÉREZ CARRANI

treason by explaining what its different assumptions will be: they are all born in a context of war with the enemy, at which point, in various ways, a spaniard can acquire the traitor criminal qualifier. This situation is reproduced in identical form in the roman normative bodies, where we find the criminal basis of the crime applied in the spanish Code. In both periods, the betrayal will mean that, either a roman or a spaniard, attempts, in whatever form, against the structures of the constituted State, thereby putting the survival of the citizen community at serious risk.

KEY WORDS: treason, enemy, Digest, Penal Code, execution.

## Sumario:

1. El delito de traición en Roma.
2. La ciencia penal española y el Código Penal de 1822.
3. La traición en el Código Penal de 1822 y en el derecho romano.
  - A. Pasar al bando enemigo.
  - B. Inducir al enemigo a la guerra.
  - C. Informar o aportar auxilio al enemigo.
  - D. Facilitar la entrada enemiga.
  - E. Deserción o su promoción y paso al bando enemigo.
  - F. Provocar al enemigo.
4. Bibliografía.

## 1. El delito de traición en Roma

La *perduellio*<sup>1</sup> se introduce en el primitivo<sup>2</sup> ordenamiento jurídico romano como delito de traición, y se erige en hito fundacional del derecho

<sup>1</sup> Para conocer las diferentes propuestas de definición para el término, véanse Cic., *Her.*, 4.10; Fest., *Epit.*, 58 L; Varr., *Epit. de ling. lat.*, 5.3-7.49; Car., *Arx*, 5.211.18; Cic., *Off.*, 1.37.

<sup>2</sup> Sus orígenes serían muy remotos, tan antiguos como la propia comunidad. La *perduellio* habría sido introducida en Roma por Rómulo buscando la defensa de la comunidad, según Mommsen (Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Bogotá, Temis, 1990, pp. 341 y 342). En la misma línea, Oldfather concreta que aparece junto a la *lex horrendi carminis* (Oldfather, William Abbot, "Livy I.26 and the Supplicium de More Maiorum", *TAPA*, núm. 39, 1908, p. 50). Sería tan antigua que, según Ogilvie, en el siglo I a. C. ya no estaría vigente, resultando obsoleta (Ogilvie, Robert Maxwell, *A Commentary of Livi (Books I-V)*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 114). Para Lear, la traición se convertiría en un crimen dirigido contra el Estado, principalmente desde un punto de vista

penal romano. Es en la etapa monárquica cuando el rey administra justicia y es fuente de derecho respecto de la *perduellio* y otros ilícitos. La traición está vigente al menos desde el reinado de Tulio Hostilio, implicando la comisión de actos de máxima hostilidad por parte de un ciudadano romano sobre el resto de conciudadanos constituidos en comunidad. De esta forma, la propia naturaleza del delito dificulta la cercanía a una mayor precisión terminológica, pues la casuística delictiva de la traición adquiere un carácter cambiante a través de su sucesiva materialización a lo largo del tiempo. Es, sin embargo, elemento vector entre los diferentes supuestos la acción de dañar gravemente la integridad del Estado como conjunto, situación que convierte al sujeto activo del delito en *reo perduellis*.

Durante la Monarquía, la *perduellio* se nutre de un fuerte componente sacro, situación idéntica a la que vive el delito de *parricidium*.<sup>3</sup> Quien

---

militar, siendo conocido por los romanos éste como *perduellio*. El autor americano considera muy antiguo este delito, viendo imposible dilucidar si es más arcaico que el *parricidium*, si bien sostiene que es el progresivo desarrollo jurídico el que puede hacer colocar en el tiempo primero al *parricidium* y luego a la *perduellio* (Lear, Floyd Seyward, *Treason in Roman and Germanic Law: Collected Papers*, Austin, University of Texas Press, 1965, p. 4). Resulta interesante la teoría defendida por Lear, viendo en la violación de la relación cuasipaternal patrón-cliente una traición a los lazos familiares; en tales circunstancias, y he aquí la novedad de Lear, el homicidio se transformó de *parricidium* a traición, encontrándonos ante un asesinato agravado donde el homicida debía una lealtad especial a su víctima. Diferente es la idea de Tyrrell, quien cree que los juicios conocidos por *perduellio* pudieron pertenecer a los albores de la República y haber sido colocados luego artificialmente en una época anterior (Tyrrell, William Blake, "The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius", *ZS*, núm. 91, 1974, p. 106). Santalucía se limita a decir que, si damos total veracidad a las fuentes, hemos de fechar la *perduellio* en época de Tulio Hostilio (Santalucía, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milán, Giuffrè, 1989, p. 6), siguiendo la misma teoría Solidoro (Solidoro, Laura, *Profili storici del delitto político*, Nápoles, Jovene, 2002, p. 1). Finalmente, Cantarella sitúa el nacimiento del delito en el mismo momento en que se constituye la *ciuitas*, cuando ésta se hace responsable de ejecutar a los traidores públicos (Cantarella, Eva, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. de Marie-Pierre Bouysson Cheval, Madrid, Akal, 1996, p. 143).

<sup>3</sup> Costa recuerda que existen sanciones primitivas moderadas con relación a normas religiosas, como la preservación del *nomen* del difunto, la salvaguarda de un culto nacional con fuerza —véase en el sometimiento al año de luto por parte de la viuda—, o penas en torno a la mujer impúdica que se acuesta en el ara de Juno (Costa, Emilio, *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*, Bolonia, Analecta, 1921, pp. 17-20). Fruto de éstas, dice Santalucía, el transgresor ha de ofertar una expiación (*piaculum*) que se puede materializar en un sacrificio animal o en la entrega de una cantidad patrimonial para que se dedique a la

JUAN PÉREZ CARRANI

comete tan horribles crímenes compromete la *pax deorum*, esto es, el frágil equilibrio que a través de la religión los romanos intentan mantener con los dioses para contener su cólera. El reo *perduellis* es tratado como “maldito” (*homo sacer*), resultando suspendidas sobre su persona todas las garantías procesales, pues, luego de ser acreditada la traición por dos magistrados extraordinarios competentes en la materia, los *duumviri perduellionis*,<sup>4</sup> el reo será ajusticiado en forma sumaria bajo un suplicio ritualizado prescrito por la *lex horrendi carminis*.<sup>5</sup>

divinidad ofendida (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia”, *Le délit religieux dans la cité*, Roma, núm. 48, 1981, p. 40). Estamos ante infracciones menores (*scelus expiabile*). Pero existen otro tipo de sanciones de especial gravedad, como la negativa del ciudadano a contribuir al censo (*incensum*), que tendrían como resultado la sanción administrativa impuesta por el magistrado a cargo del mismo, o el atentado contra la seguridad del Estado por parte de un ciudadano en colaboración con enemigos externos (*patriam uinditare*). En esta categoría entrarían también el asesinato del jefe y representante de uno de los grupos familiares (*parricidium*), o los actos de hostilidad al orden fundamental del propio Estado (*perduellio*). A la comisión de los dos últimos delitos le sucede una sanción inmediata (Costa, Emilio, *op. cit.*, p. 20). Estamos ante penas más graves que no admiten expiación (*scelum inexpiabile*), en las que el transgresor ha de responder con su persona y, eventualmente, con sus bienes (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sulla repressione...”, *op. cit.*, p. 41).

<sup>4</sup> Mommsen los denomina *duoviri perduellionis iudicandae* (Mommsen, Theodor, *op. cit.*, p. 342); Costa se dirige a ellos por dicho nombre (Costa, Emilio, *op. cit.*, p. 22), y lo mismo Grosso (Grosso, Giuseppe, “Provocatio per la perduellio. Provocatio, sacramento e ordalía”, *BIDR*, núm. 63, 1960, p. 214). Ogilvie se refiere a *luiri* (Ogilvie, Robert Maxwell, *op. cit.*, p. 114); Tyrrell afirma que la expresión *duoviri* (o *duumviri*) es común en el tratamiento moderno, pero en las fuentes antiguas sólo se encuentra el simple nombre de *duumviri*, por lo que opina que lo más acertado es no asumir ninguna designación técnica, aunque haya podido existir (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 106). Será Bauman quien afirme que estos jueces extraordinarios no eran conocidos como *duoviri perduellionis* o *duoviri perduellionis iudicandae*, sino simplemente como *duumviri* (Bauman, Richard, “The Duumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend”, *AC*, núm. 39, 1969, p. 1). Sobre esta cuestión, véase González Romanillos, José Antonio, “La represión penal en época arcaica”, *E-legal History Review*, núm. 25, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>5</sup> El rigor de la *lex*, según Livio (1.26.6), es el que sigue: *Lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris prouocarit, prouocatione certato; si uincant, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; uerberato uel intra pomerium uel extra pomerium*. Grosso cree que su desarrollo es dudoso en la etapa regia, pues presenta una perfección que no resulta propia de dicho periodo (Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 214). En la misma línea, Ogilvie, pese a reconocer que es irreprochable en su redacción, dice que no presenta un lenguaje propio de un documento arcaico (Ogilvie, Robert Maxwell, *op. cit.*, p. 114). Magdelain va más allá, y llega a afirmar que podemos estar ante una falsificación que imita con cierta habilidad el estilo decenviral (Magdelain, André, “Remarques

Será a través del cambio de régimen, con la llegada de la República, cuando la introducción de nuevas estructuras de Estado favorezca el desarrollo de un progresivo laicismo en el ámbito del derecho, también

sur la «perduellio», *Historia*, núm. 22, 1973, p. 507). Pese a estas reticencias, parece ir primando la tesis de Tyrrell, quien asegura que la *lex horrendi carminis* es ampliamente aceptada como ley verdadera, con matices, para el procedimiento duunviral de principios de la República. El autor cree que los *duumviri* son nombrados por decreto, debiendo regirse por un estatuto. En cuanto a la redacción de la *lex*, Tyrrell también coincide en que sus formas gramaticales pueden parecer posteriores, incluso clásicas, pero cree que ello es fruto de la modernización de un antiguo derecho. No tiene duda de que las expresiones son arcaicas: los imperativos personales son del tipo encontrado en las XII Tablas. Recordaría también al código decenviral la omisión del sujeto (*si... prouocarit*). Tyrrell justifica esto último con la siguiente tesis: de ser una frase posterior, donde la tercera persona del singular ya no se utilizaría en la mayoría de los casos de manera impersonal, habría requerido *si quis* (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 110). Tales afinidades con las XII Tablas han llevado a creer en algún caso que éstas serían la fuente de la *lex* (Von Lübtow, Ulrich, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Fráncfort, Vittorio Klostermann, 1955, p. 251). Otra referencia que, para Tyrrell, concede veracidad y arcaísmo a la *lex* es el significado de *uel intra pomerium uel extra pomerium*, del que dice que haría remontarnos a un periodo en el que el *imperium domi* era, de alguna manera, limitado. Las mayores incógnitas acerca de su autenticidad giran, para el autor, en torno a que no se dice cómo fueron nombrados los *duumviri* ni cómo se convocaba la asamblea. Concluye Tyrrell que la *lex horrendi carminis* no puede ser una legislación procesal de principios de la República. La primera parte, relativa a la *prouocatio* (*si a duumviris prouocauit, prouocatione certato*), habría sido añadida posteriormente a su redacción fundacional. Respecto a la segunda parte, relativa al castigo, debe, por el contrario, ser tenida como auténtica desde el mismo momento de la redacción de la *lex*. No toda la *lex* tiene que ser genuina (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 121). Sería en todo caso arriesgado calificarla de falsa, y, al leer que es demasiado concisa, Guarino se pregunta si las XII Tablas no son toda una falsificación. El italiano también coincide con Tyrrell en que *uel intra uel extra pomerium* corresponde a una época arcaica, y en este caso Guarino dice que anterior al proceso a Horacio —primer juicio conocido por *perduellio*—, porque retorna a la época etrusca, cuando la Roma serviana, la de las tribus urbanas y rústicas, era más extensa que el *pomerium* quirritario (Guarino, Antonio, “La perduellio e la plebe”, *Labeo*, núm. 21, 1975, p. 75). El texto de Livio se ve confirmado por un discurso de Cicerón (*Rab. perd.*, 13), y no hay ninguna razón para ver en esta ley una falsificación tardía (Briquel, Dominique, “Sur le mode d’exécution en cas de parricide et de perduellio”, *MEFRA*, núm. 93, 1980, p. 97). Latte mantuvo la teoría de que *uel intra pomerium* fue un añadido posterior de la *lex*, desarrollando así la idea de que el derecho punitivo de los magistrados ya se había limitado a la *urbs*, pero esto es algo que rechaza totalmente Briquel (Latte, Karl, “Todesstrafe”, *RE*, núm. 7, 1940, p. 1614; Briquel, Dominique, *op. cit.*, p. 97). Santalucia manifiesta que la *lex horrendi carminis* no es legendaria, y de ella deriva Livio el sistema procesal de su narración. Su núcleo esencial es auténtico y nos da conclusiones precisas en cuanto a la praxis del juicio duunviral (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sui duumviri perduellionis e sul procedimento duumvirale”, *EFR*, núm. 79, 1981, p. 441).

JUAN PÉREZ CARRANI

en materia penal. En dicho contexto, la *perduellio* perdurará aún, si bien se va desprendiendo del fuerte componente religioso y experimenta un cambio importante a nivel procesal: de causas sumarias llevadas ante magistraturas especiales pasaremos a juicios constituidos por un tribunal popular (*iudicia populi*). Así todo, en casos de *perduellio* especialmente flagrante se seguirá empleando en contadas ocasiones el procedimiento arcaico.

Sin embargo, el delito de *perduellio* y los diferentes sistemas procesales en torno a él configurados terminan desapareciendo por, entre otros factores, la puesta en escena de un nuevo concepto: la *maiestas*,<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> La *maiestas* es un concepto diferente al de *imperium*, *potestas*, *dignitas* o *autoritas* (Kübler, Bernardus, “Maiestas”, *RE*, núm. 14, 1928, pp. 542-544). Para saber más al respecto, véase Kübler, Bernardus, “Auspicio, imperio, ductu felicitate”, *RIL*, núm. 71, 1938. Para Dumézil, designa cierta forma de superioridad dentro de varias categorías de seres que están jerarquizadas. El no saber a qué nos estamos refiriendo cuando decimos “majesté”, esa propia dificultad es la que le da al concepto un mayor valor expresivo. Pero pese a ser una palabra vaga e imprecisa para nosotros, para los romanos sí tendría un sentido preciso, designando cierta forma de superioridad. El término no se aplicaría a un individuo, sino a una categoría del mismo, definida ya sea por su extensión —grupo, colectividad—, ya sea por su comprensión —tipo—. Así, no estaríamos ante una cualidad absoluta, sino ante una relación que se establece entre varias categorías de seres que, en cambio, tienen consciencia de constituir una homogeneidad, a pesar de que dentro de ésta se establezca una jerarquización. En este contexto, la *maiestas* actúa designando el rango superior que ocupa determinada categoría con respecto a otra u otras. Dicha jerarquización tiene su fundamento en la naturaleza y la razón (Dumézil, Georges, “Maiestas et gravitas: de quelques différences entre les romains et les austronésiens”, *RPh*, núm. 26, 1952, p. 8). En la misma línea, Gaudemet sostiene que estamos ante un vocabulario típicamente romano, desarrollado por una ciudad que tuvo un sentido de la grandeza mayor que ninguna otra. Precisa que es un sentido de grandeza incluso mayor que el del *pater familias*, el pueblo, los magistrados o el Senado. El concepto tiene un fuerte componente ideológico, explicable en el devenir de la política romana. También habrá un componente jurídico. Es una noción política tanto por su origen como por sus consecuencias, y se prolonga sobre el ámbito jurídico para fijar las relaciones entre pueblos y para asegurar la protección del Estado (Gaudemet, Jean, “Maiestas populi romani”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Nápoles, 1964, pp. 700-702). Gruen define la *maiestas* como un concepto vago y políticamente útil; quien atenta contra la *maiestas* está dañando el prestigio del Estado (Gruen, Enric Stephen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 a. C.*, Harvard, Harvard University Press, 1968, p. 167). Sbriccoli ve difícil poner sobre la mesa cualquier definición, si acaso decir que la *maiestas* entraría en el ámbito de la *potestas*; se tenderá a hacer del *crimen maiestatis* un instrumento para perseguir todo atentado al sistema de poder. La creación de la *maiestas* no será sino la concreción y la consecuencia jurídica de un estado de desigualdad entre varias fuerzas sociales operantes dentro del Estado. Éste es un planteamiento interesante en el que Sbriccoli cree que la *maiestas*

término en origen empleado para señalar la grandeza y superioridad del pueblo romano sobre las diferentes naciones que éste va sometiendo a lo largo de su expansión militar. Y son precisamente los problemas que van surgiendo en el transcurso de la empresa imperialista los que comienzan a lesionar el originario concepto político de la *maiestas*, un hecho que termina propiciando que se otorgue al término un fuerte componente jurídico para protegerlo y, por extensión, se incida en la cobertura legal sobre la seguridad y prosperidad del Estado romano. El cambio tendrá lugar entre finales del siglo II a. C. y el segundo tercio del siglo I a. C., e implicará no sólo la recepción de los nuevos casos referidos, sino también la integración bajo el nombre de *maiestas* de los delitos que antes se disponían bajo el paraguas de la *perduellio*: la *maiestas* sustituye en sus funciones a la *perduellio*, al tiempo que amplía el campo de los supuestos del antiguo delito.

---

se erige como un agente estabilizador de dicha desigualdad: la *maiestas* es símbolo y reflejo del poder (Sbriccoli, Mario, *Crimen laesae maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 201). En contra de Bauman sobre todo, Frézouls habla de cualidad de una entidad o persona, considerada como superior al interlocutor o al socio eventual. La actividad del interlocutor o socio es de respeto expresado habitualmente por los términos *reuerentia*, *honor*, *obsequium* (Frézouls, Edmond, “De la *maiestas populi romani* à la majesté impériale”, en Jackson, R. A. (coord.), *European Monarchy: Its Evolution and Practice from Roman Antiquity to Modern Times*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, p. 17). Levi utiliza la etimología de la palabra para afirmar que esta deriva de *maior*, comparativo que aplicado a *maiestas* no nos hablaría de la misma como cualidad absoluta, sino relativa, especial en relación con otra (Levi, Mario Attilio, “*Maiestas* e crimen *maiestatis*”, *PP*, núm. 24, 1969, p. 81). Bauman, en el mismo sentido, sostiene que *maior* no expresa un valor absoluto, sino un grado comparativo. La *maiestas* no es una cualidad absoluta, sino una relación. Estaríamos ante una relación desigual con un componente ocupando la posición de *maior* y otro la de *minor*. Pero esto sólo denotaría una relación y en ningún caso una cualidad o atributo (Bauman, Richard, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*, Johannesburgo, Witwatersrand University Press, 1970, p. 1); opinión secundada por Thomas (Thomas, Yet, “L’institution de la majesté”, *RS*, núm. 4, 1991, p. 331). Ferrary propone la formación de la palabra a partir de la raíz “mag”, con el mismo sufijo —yes— que también se encuentra en el comparativo *maior*: los romanos tuvieron clara conciencia del vínculo que conecta *maiestas* con *magnus* o *magnitudo* (*maiestas a magnitudine dicta*) (Fest., p. 126 L.), lo que facilita ver la relación con *maior* (Ferrary, Jean-Louis, “Les origines de la loi de majesté à Rome”, *AIBL*, núm. 127, 1983, p. 562). Sherwin-White critica, sin embargo, la idea comúnmente aceptada de que *maiestas* y *maior* tengan un valor esencialmente comparativo (Sherwin-White, A. N., “*The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, by Richard A. Bauman”, *Gnomon*, núm. 41, 1969, p. 289).

JUAN PÉREZ CARRANI

Las novedades a nivel procesal llegan a través de la promoción de tribunales especiales<sup>7</sup> que juzgan las deslealtades, en muchos casos colectivas, que se practican contra el Estado. Hablamos de tribunales provisionales (*quaestiones extraordinariae*),<sup>8</sup> y aquí es pionera la *quaestio Mamilia*, constituida para procesar al grupo de notables romanos implicados en la connivencia con el enemigo africano en el contexto de la guerra contra Yugurta. Será bajo la dictadura de Sila cuando este tipo de tribunales especiales se conviertan en permanentes (*quaestiones perpetuae*),<sup>9</sup> compuestos siempre por en torno a sesenta senadores que deliberan y emiten sentencia a través del voto por mayoría simple.

Es nuestra intención llevar a cabo un estudio comparado del delito de traición en las legislaciones romana y española a través del específico derecho al respecto. Para ello nos acercaremos al primer Código Penal de España, el de 1822, para inmediatamente tornar a lo dispuesto en la compilación legal romana. Este estudio comparativo permitirá mostrar cómo la traición española encuentra su fundamento de manera clara en el derecho romano. Pero antes hablaremos del propio Código español y el contexto penal en que se inserta.

## 2. La ciencia penal española y el Código Penal de 1822

Durante el siglo XIX tiene lugar la redacción de diferentes cuerpos legales a lo largo y ancho de Europa, un hecho explicable dentro del contexto político que vive por entonces el continente. En el caso español, será fundamental en este sentido la entrada en vigor de la Constitución de

---

<sup>7</sup> La represión de las bacanales en el 186 a. C., la persecución de diferentes casos de envenenamiento (184, 180, 132 a. C.) o el castigo por el asesinato de Sila (138 a. C.) tuvieron lugar a través de estos nuevos tribunales extraordinarios.

<sup>8</sup> Santalucía, Bernardo, *Studi di diritto penale romano*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1994, p. 181; González Romanillos, José Antonio, *Teoría y práctica judicial en época republicana*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 19-55; González Romanillos, José Antonio, "La potestad jurisdiccional penal del senado republicano", *SCDR*, núm. 28, 2015, pp. 461 y ss.

<sup>9</sup> Sobre el origen de las *quaestiones perpetuae*, véase González Romanillos, José Antonio, *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 17-55.



Cádiz de 1812, pues es al albor de la redacción de nuestro primer texto constitucional cuando terminará introduciéndose el primer Código Penal español en 1822.<sup>10</sup> Sin embargo, una vez expuesto el agente impulsor, conviene mostrar el sustrato intelectual del que bebe la nueva legislación criminal, y en este sentido hemos querido recoger en su literalidad un extracto del debate de la comisión de las Cortes creada para redactar el Código, que trabajaría entre el 23 de noviembre de 1821 y el 13 de febrero de 1822: “Desconociendo de hallar grandes auxilios en nuestras obras legales, después de haber confeccionado sobre los códigos de mayor crédito y reputación en Europa y tenido presente los varios sistemas propuestos por los demás autores...”<sup>11</sup>

Es precisamente en el corazón de Europa donde a finales del siglo XVIII se desarrolla en torno a una corriente filosófica penal un nuevo enfoque netamente científico y sistematizado del propio derecho penal, y será en territorio itálico y luego germánico donde nazca y después se exporte este nuevo planteamiento. En Italia destaca el trabajo de Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, publicado en 1791, mientras que en Alemania citaremos a Feuerbach y su *Lehrbuch des gemeinem in Deutschland gilttügen peinlichen Rechts*, 1801.<sup>12</sup> Con todo, para el ámbito penal español hay un autor cuya influencia trasciende a cualquier otra. Hablamos del inglés Jeremías Bentham, cuyo utilitarismo será ampliamente valorado entre los legisladores españoles.<sup>13</sup>

Encontrándonos ante una ciencia jurídico-penal naciente, Antón Oneca<sup>14</sup> señala que los debates constitutivos en las Cortes carecieron de

<sup>10</sup> García Valdés, Carlos, “La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas contemporáneas”, *AHDE*, núm. 82, 2012, p. 38. Señala el autor que la pugna ideológica desatada en la España decimonónica sufrirá una traslación al ámbito legislativo, motivando la redacción de diferentes cuerpos normativos, en su mayoría de corta duración, circunstancia que refleja la interconexión entre las diferentes políticas del ámbito penal.

<sup>11</sup> *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, I, p. 17.

<sup>12</sup> Sainz Cantero, José Antonio, “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núms. 1-2, 1965, pp. 511 y 512.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 512. Bentham llegaría a recibir correspondencia de países tan dispares como Rusia, Suiza o Alemania, donde se le consultará respecto de la elaboración de diferentes cuerpos normativos nacionales. En el caso ibérico, el autor inglés ya había participado de la redacción de los respectivos textos constitucionales español y luso, para luego intervenir también en la elaboración del primer Código Penal español en 1822.

<sup>14</sup> Oneca, José Antón, “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 18, 1965, p. 271.

JUAN PÉREZ CARRANI

altura al resultar escaso el conocimiento del ámbito criminal entre los diputados. Fueron destacados ponentes Calatrava, Martínez de la Rosa, el conde de Toreno, Flórez Estrada o Argüelles, entre otros.<sup>15</sup>

Tornando a la influencia europea, son destacables, juntamente con Bentham, otros tres autores relevantes: Filangieri, quien defiende una pena que busque la intimidación a través del carácter cruento de la misma mediante la publicidad de la ejecución; Feuerbach, ya citado, ve la pena como necesariamente poderosa, hasta el punto de hacer reconsiderar al futuro delincente sus intenciones por las contrapartidas que de éstas se pudieran derivar (se busca la coacción psicológica del reo en potencia); Romagnosi entiende el derecho penal como la defensa natural a la constante amenaza que supone la criminalidad sobre los individuos de una sociedad, de ahí que la pena deba provocar temor en el delincuente; finalmente, la figura destacada de Bentham, quien entiende la perdurabilidad de la pena a través de su utilidad para el bien común. Tales corrientes se conjugan ofreciendo una respuesta nítida: la pena busca, mediante su dureza, prevenir el delito.<sup>16</sup>

Sabemos que en época de Carlos III hubo un intento reformista al ordenar el monarca al Consejo Supremo la introducción de una ingente obra legislativa que, sin embargo, se paralizó con la muerte del rey. Por contra, este acto fallido supondrá una primera oportunidad para experimentar un contacto con las corrientes penales europeas del momento.<sup>17</sup> En cambio, la idea de fuerte influencia europea en la redacción del Código Penal de 1822 tiene detractores, entre los que destaca Cuello Contreras,<sup>18</sup> quien tras haber analizado las citadas discusiones en cortes, además de un informe consultivo de la Universidad de Sevilla respecto del nuevo código, opina que si bien los aportes foráneos son innegables, no son a su juicio determinantes, y encontró en el nuevo cuerpo legal una creación netamente española. En este sentido, las influencias patrias estarían representadas por la ciencia penal histórica española —conformada por las Partidas y la Novísima Recopilación—,

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>16</sup> Sainz Cantero, José Antonio, *op. cit.*, pp. 513 y 514.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>18</sup> Cuello Contreras, Joaquín, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 30, 1977, pp. 90 y 91.

que habría mantenido una pugna con el entonces movimiento filosófico de la Ilustración.

En suma, como novedades en el ámbito penal surgirá cierto humanitarismo en el tratamiento legal del delincuente. Además, se incidirá en la prevención, si bien, en opinión de Cuello Contreras, en forma excesiva, pues con el objetivo de imposibilitar los delitos, las penas de supuestos cuya relevancia penal no está al nivel del castigo ahora impuesto será un hecho que atente contra el principio básico de proporcionalidad en la punición del delito.<sup>19</sup>

Del Código Penal de 1822 se ha dicho que escenificó la “arena” en que lucharon las ideas del Antiguo Régimen y del reformismo ilustrado,<sup>20</sup> lo que habría vuelto caótica su redacción, impregnándose ésta de casuismo y careciendo de sistemática.<sup>21</sup> Nos han llegado críticas del periodo sobre aspectos muy concretos, como los contenidos en el informe consultivo emitido por la Universidad de Granada: el doctor Luque denunció graves omisiones en un Código que carecería de, entre otras penas, las referidas al incestuoso o al suicida.<sup>22</sup>

Se ha llegado a dudar de la efectiva puesta en vigor del Código señalando diferentes dificultades sobrevenidas en su aplicación;<sup>23</sup> sin embargo, el texto fue promulgado el 9 de julio de 1822, y con posterioridad se aplicó, aunque de forma muy breve, apenas unos meses en la Península Ibérica. A pesar de ello, el cuerpo normativo será referente para otros futuros códigos penales, caso de lo ocurrido en los Estados nacientes de El Salvador (1826) o Bolivia (1831).<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Oneca, José Antón, *op. cit.*, p. 263.

<sup>21</sup> García Valdés, Carlos, *op. cit.*, p. 39.

<sup>22</sup> *Sesión del Claustro universitario del 16 de agosto de 1822*. Sainz Cantero resta valor a las críticas, pues considera que no provenían de especialistas en la materia, al no existir por entonces cátedras de derecho penal (Sainz Cantero, José Antonio, *op. cit.*, p. 519).

<sup>23</sup> Son de esta opinión Luis Silvela (Silvela, Luis, “Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles; expositor de sus estancias en España”, *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 7, 1908, p. 41) y José María Alonso y Alonso (Alonso y Alonso, José María, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *REP*, núm. 11, 1946, pp. 10-12).

<sup>24</sup> Casado Ruiz, José Ramón, “La aplicación del Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 30, 1979, p. 344.

JUAN PÉREZ CARRANI

### 3. La traición en el Código Penal de 1822 y en el derecho romano

El nuevo Código presenta en su título II, “De los delitos contra la seguridad exterior del Estado”, un capítulo I, que versa sobre “Los que comprometen la existencia política de la nación, o exponen el Estado a los ataques de una potencia extranjera”, y en igual sentido, el libro XLVIII del Digesto, en su capítulo IV, relativo a la *maiestas*; esto es, la traición, encabeza que se comete tal delito contra el pueblo romano o su seguridad (*Maiestatis autem crimen illud est, quod aduersus populum Romanum, uel aduersus securitatem eius committitur*).<sup>25</sup> Pese a no exponer textualmente el Código la palabra “traición” en su título, éste sí aparece referido explícitamente en el articulado. Resta decir que el siguiente Código Penal, el de 1848,<sup>26</sup> reproducirá el articulado presente en 1822 en lo referido a la traición, si bien ahora bajo el título expreso de “traición”.

Pasamos a analizar los diferentes artículos del Código de 1822 fundamentando su contenido en las fuentes normativas y doctrinales romanísticas.

#### A. Pasar al bando enemigo

##### Artículo 250<sup>27</sup>

Cualquier español que en tiempo de guerra o de hostilidades con otra u otras naciones tomare las armas para servir en el ejército o armada de los enemigos, ayudarles y hacer la guerra a su patria, es traidor y sufrirá como tal la pena de muerte.

La colaboración, ya sea activamente por medio de la propia lucha armada o mediante otros soportes, con el bando de los enemigos de España califica al ciudadano español que la practica como traidor, y convierte su conducta en punible a través de su ejecución.

---

<sup>25</sup> Dig., 49.4.1.1.

<sup>26</sup> Tornamos a encontrar un título II, “De los delitos contra la seguridad exterior del Estado”, portando ahora el capítulo I el explícito título “Delitos de traición” (artículos 139-144).

<sup>27</sup> Iniciamos esta revista no en el primer artículo del capítulo I, el 249, sino en el segundo, el 250, pues hemos convenido que éste permite introducirnos con mayor claridad en el tema a tratar.

Conviene enfatizar la situación de beligerancia como momento propicio para la comisión de este grave delito, hecho que nos sitúa obligatoriamente en un ámbito militar, puesto que si bien todo español con capacidad de obrar estará capacitado para, a través de sus acciones, perpetrar el delito de traición, en estado de guerra será el militar quien represente un riesgo potencialmente mayor en tal sentido en razón de sus singulares capacidades respecto de un civil. Pero dicha realidad había sido observada con anterioridad por el derecho romano, que prescribió: *proditores, transfugae plerumque capite puniuntur, et exactorati torquentur; nam pro hoste, non pro milite habentur*.<sup>28</sup> Además de fijar la pena capital para traidores y desertores, el texto de Tarrunteno Paterno ofrece una interesante mención adicional al emplear la expresión *et exactoritati torquentur*, mencionando el jurista que los soldados serán atormentados luego de ser ¿degradados, licenciados?

Modestino señala al respecto que los militares no sufrirán como castigo ni las minas ni el tormento (*nam in metallum, aut in opus metalli non dabuntur; nec torquentur*),<sup>29</sup> situación aplicable generalmente con excepciones, pues el propio Tarrunteno refiere que sobre el militar fugado que se cobija entre los enemigos para luego volver sí es aplicable el tormento, aunque los militares no sufran estas penas (*quamuis milites nihil eorum patientur*).<sup>30</sup>

En tal estado de cosas, la palabra *exactoritati* habríamos de relacionarla, más que con una destitución forzosa o licenciamiento ignominioso,<sup>31</sup> con la propia *capitis deminutio maxima*, la mayor degradación que puede sufrir un romano, implicando la pérdida de libertad y ciudadanía a partes iguales. Esta medida encuentra su lógica en una *lex Porcia* del 300 a. C. aproximadamente, por medio de la cual los ciudadanos romanos habían quedado exentos del tormento,<sup>32</sup> y siendo los

<sup>28</sup> Dig., 49.16.7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 49.16.3.1.

<sup>30</sup> *Ibidem*, 49.16.3.10: *Is quis ad hostem confugit et rediit, torquebitur, ad bestiasque uel infurcam damnabitur, quamuis milites nihil eorum patientur*.

<sup>31</sup> Para el licenciamiento son habituales expresiones como *sed ignominia mittatur* (Dig., 49.16.6.7); *ignominia missus* (Dig., 49.16.4.6); *ignominia missio* (Dig., 49.16.3.1).

<sup>32</sup> Cic., *Rab. perd.*, 4.12: *Porcia lex uirgas ab omnium ciuium Romanorum corpore amouit, hic misericors flagella rettulit*.

JUAN PÉREZ CARRANI

militares romanos igualmente ciudadanos, dicha *lex* obligaría a que los soldados condenados a fenecer en tormento fueran privados previamente de su ciudadanía romana.

Roma empleó la supresión del derecho de ciudadanía sobre el militar traidor, y el Código Penal de 1822 hará lo propio con el ciudadano que abandone la defensa nacional en estado de guerra:

#### Artículo 249

Todo español que hallándose la patria invadida o amenazada por enemigos externos la abandonare sin licencia del Gobierno, y huyere cobardemente a buscar su propia seguridad en otro país, será declarado indigno del nombre de español y perderá todos los empleos, sueldos y honores que tuviere en el reino. El que rehusare defender la patria con las armas cuando sea llamado por la ley, será castigado con arreglo al título de los que rehúsen al Estado los servicios que le deben.

Actualmente, nuestra carta magna recoge en su artículo 11.2 que “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”, siendo únicamente posible la expatriación a iniciativa del nacional interesado y ello como derecho.<sup>33</sup>

### B. *Inducir al enemigo a la guerra*

#### Artículo 251

El español que por medio de emisarios o de correspondencia, o por cualquier otra inteligencia, intriga o maquinación con alguna o algunas potencias extranjeras, o con sus ministros o agentes, procurare excitarlos, inducirlos o empeñarlos a emprender la guerra, o cometer hostilidades contra España o sus aliados, es también traidor y sufrirá la pena de muerte. Sin embargo, si la excitación no hubiere llegado a surtir efecto alguno al tiempo del juicio, ni hubiere entonces peligro inmediato de que lo surta, será castigado el reo con la pena de infamia y la de deportación.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Los españoles que no lo sean de origen sí podrán perder la nacionalidad si incurren en lo dispuesto en el artículo 25 del Código Civil.

<sup>34</sup> Correspondiente con el artículo 140 del Código Penal de 1848.

Entendemos aquí como punible la promoción entre los pueblos extranjeros de una actitud hostil contra España, si bien en un escenario de confabulación entre el español traidor y las entidades foráneas. Sin embargo, el texto incluye otro aspecto igualmente destacable al fijar la previsión de la punición sobre los españoles que promuevan hostilidades sobre aliados de España, y en este sentido hallamos un ejemplo significativo en el periodo romano, en torno al siglo I a. C.: en el contexto de la guerra contra el rey Yugurta y su reino númida, las tropas de Aulo Postumio Albino habían deshonrado las armas de Roma al verse forzadas por el enemigo a firmar una paz humillante (todo el ejército fue obligado a pasar *sub iugum*), y aun después, tras entrar el contingente derrotado en la más absoluta indisciplina y desorden, recoge Salustio no sin espanto cómo los soldados acabarían robando a pueblos vecinos de Numidia aliados de Roma (*praedator ex sociis*).<sup>35</sup> Éste y otros problemas llevarán al Senado a decretar el envío urgente del cónsul Metelo a África para instaurar el orden y poner fin a la guerra, pero también se derivará de los hechos la constitución de un tribunal especial, la *quaestio Mamilia*, para procesar a los traidores en la campaña africana.

### C. Informar o aportar auxilio al enemigo

#### Artículo 252

Es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte, cualquier español que por alguno de los medios expresados en el artículo precedente comunicare a los enemigos de España o de sus aliados, con el objeto de que hagan la guerra a una u otros, o se aperciban para ella, o la continúen más ventajosamente, algún plan, instrucción o cualesquiera avisos o noticias acerca de la situación política, económica o militar de la nación o de sus aliados, o suministrare, procurare o facilitare a dichos enemigos recursos, auxilios, socorros, planos de fortificaciones, puertos o arsenales, o cualesquiera otros medios para los fines

<sup>35</sup> Sall., lug., 44: *Sed ubi in Africam uenit, exercitus ei traditos a Sp. Albino proconsule iners inbellis, neque periculi laboris patiens, lingua quam manu promptior, praedator ex sociis et ipse praeda hostium, sine imperio et modestia habitus*. En este sentido, dice Paulo (Dig., 16.16.1) que el militar que turbe la paz ha de ser condenado a muerte: *miles turbator pacis capite punitur*.

JUAN PÉREZ CARRANI

expresados. No se comprende en este artículo la correspondencia que tuviere un español con los súbditos de una potencia enemiga sin ninguno de los designios criminales que expresan el mismo artículo y el que le precede; pero, sin embargo, si el resultado de esta correspondencia fuere el de suministrar a los enemigos algunas noticias perjudiciales a España o a sus aliados, sufrirá el que la tuviere una prisión de dos a ocho años con privación de sus empleos, sueldos y honores.

Asistimos nuevamente a la preocupación por parte de España, no sólo de procurar su propia defensa como nación, sino también la de sus aliados, actitud que redunde indirectamente en los propios intereses nacionales. Además, conocemos que la correspondencia con el enemigo califica al español que la practica como traidor cuando implica el intercambio de información sensible susceptible de lesionar la seguridad del país, y en este caso, el cuerpo normativo hispano no hace sino recepcionar un supuesto ya punible por el derecho romano:

Dig. 48.4.1.1

*Quique hostibus populi Romani nuncium literasque miserit, signumque dedit feceritque dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur aduersus Republicam.*

Basta apenas sustituir el término *Republicam* por “España” para comprobar que lo dispuesto en el Digesto a través del célebre jurista Ulpiano y en el Código Penal de 1822 es esencialmente lo mismo. Pero el artículo 252 se refiere también al auxilio material, además de documental, a la fuerza enemiga, situación ya contemplada en Roma:

Dig. 48.4.4

*Cuiusque opera dolo malo hostes populi Romani commeatu, armis, telis, equis, pecunia, aliaque qua re adiuti erunt.*

Encontramos en las fuentes romanas un ejemplo de acusación por traición en sede judicial a través de la referida colaboración y auxilio al enemigo, en este caso ocultándolo para protegerlo luego de haber realizado secretamente oscuros negocios con él; nos situamos en el 70 a. C.



Nos ponemos en contexto: Cayo Licinio Verres había sido del 73 al 70 a. C. propretor de la isla siciliana, periodo en el que cometió múltiples tropelías y abusos sobre los provincianos, hasta el punto de que éstos terminarían acudiendo a Roma a acusar públicamente a Verres por su mala gestión provincial. Finalmente, se creará una *quaestio de repetundis*<sup>36</sup> para procesar a Verres, y Cicerón llevará la acusación de los sicilianos.

Es durante uno de los célebres discursos pronunciados por el orador durante la causa cuando en torno al cargo por *repetundis*, “el Arpinate” acusa igualmente al reo de traición por, entre otros asuntos, llegar a secretos pactos con los piratas, enemigos acérrimos no sólo de Roma, sino también de los provincianos sicilianos y de todos los pobladores de las costas central y oriental del Mediterráneo en general.

Cicerón afirma que el expropretor habría puesto en libertad a un grupo de piratas,<sup>37</sup> a lo cual responderá el acusado reconociendo los hechos, e incluso admitiendo igualmente haberlos acogido en su propia casa en la provincia.<sup>38</sup>

El delito de traición es especialmente grave y concita en torno al traidor una animadversión pública generalizada, una situación reflejada en el presente proceso, donde las palabras de Verres, a modo de confesión, estaban generando un clima de hostilidad creciente hacia su persona entre el público presente en la causa.<sup>39</sup> Y parece que el móvil del delito había sido el lucro económico,<sup>40</sup> pues siendo propretor en la isla el ahora acusado había mandado construir y mantener una flota para luchar precisamente contra la piratería, siendo ésta costeadada en gran medida por la carga impositiva que pesaba sobre los sicilianos.<sup>41</sup> De esta forma, Verres fingió hostilidades con los piratas y así fomentó el miedo en la isla asegurando la recaudación.

<sup>36</sup> Tribunal público permanente encargado de juzgar casos de corrupción entre los cargos públicos.

<sup>37</sup> Cic., Verr., 1.12: *...meditetur de ducibus hostium quos accepta pecunia liberabit.*

<sup>38</sup> *Idem*: *...condessum esse duces praedonum a se securi non esse percussos... se priuatum hominem praedominum duces uiuos atque incolumis domi sine posteaquam Roman redierit.*

<sup>39</sup> *Idem*: *...clamore populi Romani infesto atque inimico excitatum.*

<sup>40</sup> *Idem*: *rem naualem primum ita dico esse administratam, non uti prouincia defendetur, sed uti classis nomine pecunia quaereretur.*

<sup>41</sup> *Ibidem*, 5.42: *at uero contra uellum praedomino classem habuit ornatam diligentiaque in eo singularem, itaque ab isto praedare defense prouincia est.*

JUAN PÉREZ CARRANI

Por todo ello, Cicerón incide ante los jueces en la comisión de, entre otros delitos, el de traición por parte del reo (*uno genere omnino inesse culpas istius maximus auaritia, maiestatis, dementiae, libidinis, crudelitatis*).<sup>42</sup>

#### D. Facilitar la entrada enemiga

##### Artículo 253

También es traidor y sufrirá la pena de muerte el español que de hecho o de consejo facilitare o procurare facilitar a los enemigos la entrada de sus tropas en territorio de España o de sus aliados, o promoviere o hiciere por promover en igual forma los progresos de las armas enemigas contra las españolas o aliados de mar o tierra, o entregare o procurare de hecho o de consejo que se entregue a los enemigos alguna ciudad, pueblo, plaza de armas, castillo, fortaleza o puesto fortificado, arsenal, almacén, parque, puerto, escuadra, buque o fábrica de municiones perteneciente a la nación o a sus aliados.

La colaboración en la entrada enemiga a territorio español se incluye dentro de la traición, situación análoga a lo dispuesto por el derecho romano, y así lo confirma Hermogeniano, quien se refiere a la ocupación de terreno provincial y también ciudades:

##### Dig. 48.4.10

*Maiestatis crimine accusari potest cuius ope consilio dolo malo prouincia uel ciuitas hostibus prodita est.*

Del mismo modo, el artículo 253 menciona el apoyo para la ocupación de diferentes plazas e instalaciones militares, y al respecto advertía ya Marciano de la máxima responsabilidad que habría de caer sobre quienes entregaran plazas militares e, incluso, sobre quienes las abandonaran:

##### Dig. 48.4.3

*Lex autem lulia maiestatis praecipit cum qui maiestatem publicam laeserit tenerit qualis es tille, qui in bellis cesserit aut arcem deseruerit aut castra concesserit.*

---

<sup>42</sup> *Idem.*

## E. Deserción o su promoción y paso al bando enemigo

### Artículo 254

Iguales penas sufrirán los españoles que en tiempo de guerra desertaren, o se pasaren al enemigo, o hicieren que otros se deserten o les ayudaren para ello a sabiendas.

El capítulo XVI del libro XLIX del Digesto dedica la mayor parte de su articulado a punir la deserción de los militares, y si bien en tiempo de paz tiende a ser más benévolo, en estado de guerra es penado sin excepción con la muerte. En concreto, los romanos tipificaron la deserción en combate como un delito de traición, de tal modo que Marciano equipara con la calificación de traidor tanto a quien hubiera huido de la batalla como a quien hubiera abandonado una fortaleza, una opinión secundada por Ulpiano:

#### Dig. 48.4.3

*...qualis es tille, qui in bellis cesserit, aut arcem deseruerit.*

#### Dig. 48.4.2

*...aut qui exercitum deseruit.*

En cuanto al paso al bando enemigo, delito ya tratado en el artículo 250, el propio Ulpiano recuerda su naturaleza delictiva dentro de la traición y más específicamente habla de cómo los individuos privados, es decir, personas civiles no militares, pueden incurrir igualmente en este ilícito, hecho que es explicable en un estado de guerra cuando se produce la forzosa militarización de toda la población masculina en edad de combatir:

#### Dig. 48.4.2

*...uel priuatus ad hostes perfugit.*

El artículo 255<sup>43</sup> se refiere a los extranjeros al servicio de España, que pueden ser acusados igualmente por traición si incurren en lo dispuesto

---

<sup>43</sup> Las disposiciones de los seis artículos precedentes comprenden en igual forma a los extranjeros que se hallaran al servicio de España, aunque no hubieran obtenido carta de naturaleza. El extranjero de cualquiera otra clase, que hallándose en España domiciliado

JUAN PÉREZ CARRANI

en los artículos hasta ahora expuestos. Por su parte, el artículo 256<sup>44</sup> se ocupa de los espías que trabajen para el enemigo, sean o no españoles, y también de quienes los cobijen, pues a todos ellos se les atribuye la traición. Por su parte, el artículo 257<sup>45</sup> prevé tratar como traidores a los españoles que, en virtud de su cargo público, colaboren en la manera que fuere con el enemigo.

## F. *Provocar al enemigo*

### Artículo 258

El que sin conocimiento, influjo ni autorización del Gobierno cometiere hostilidades contra los súbditos de alguna potencia extranjera aliada o neutral y expusiere al Estado por esta causa a sufrir una declaración de guerra, o a que se hagan represalias contra españoles, será condenado a dar satisfacción pública, y a una reclusión o prisión de dos a seis años, y pagará una multa igual a la cuarta parte del valor de los daños que hubiere causado; todo sin perjuicio de cualquiera otra pena que merezca por la violencia cometida. Si por efecto de dichas hostilidades resultare inmediatamente, o hubiere resultado al tiempo del juicio una declaración de guerra, será castigado el reo con la pena de deportación.<sup>46</sup>

---

transeúnte en tiempo de guerra, cometiere alguno de los delitos expresados como casos de traición en los artículos 251, 252 y 253, o promoviera o auxiliara la desertión de súbditos de España al enemigo, será tratado y castigado como espía.

<sup>44</sup> Los que sirvieren de espías a los enemigos de España o de sus aliados sufrirán la pena de muerte, y si los reos fueren españoles, o estuvieren al servicio de España, aunque sin carta de naturaleza, serán además considerados como traidores. Iguales penas sufrirán respectivamente los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente a los espías del enemigo, sabiendo que lo son.

<sup>45</sup> Cualquier funcionario público que, estando encargado por razón de su oficio del depósito de planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales, entregare a sabiendas alguno a los agentes de una potencia extranjera, aunque sea neutral o aliada, o les descubriera el secreto de alguna negociación o expedición de que se hallare instruido oficialmente por su ministerio, será declarado infame, y condenado a la deportación. Cualquier otra persona no encargada por razón de su oficio de dichos planos o diseños, o de los secretos se expresados, que por soborno, seducción, fraude o violencia lograre sustraer o descubrir alguno de ellos, e incurriera en el propio delito, será también infame, y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas.

<sup>46</sup> El artículo 148 del Código Penal de 1848 adopta lo dispuesto en el artículo 258 del Código de 1822, e igualmente lo hace en el capítulo II, referido a “Delitos que comprometen la paz o independencia del Estado”.

El Código español de 1822 no explicita en el citado artículo 258 la comisión de un delito de traición, si bien los fundamentos en que se asienta el precepto español son netamente romanísticos. Recordando lo dispuesto por las XII Tablas, Marciano habla de la punición capital para quien atentara contra el enemigo —entiéndase de forma unilateral— (*lex duodecim tabularum iubet eum qui hostem concitauerit capite puniri*),<sup>47</sup> si bien señalaremos que el texto español se refiere a la provocación sobre naciones aliadas o neutrales, mientras que el derecho romano señala al enemigo, queremos poner el acento en el carácter punible que adquiere el inicio de hostilidades en forma unilateral con pueblos extranjeros sin autorización de los representantes del Estado. Por otra parte, en otra referencia normativa de época imperial se señala que sobre el romano que inicie hostilidades —sin llegar a mayor especificación— sin autorización del príncipe, caerá la acusación de traidor:

Dig. 48.4.3

*Eadem lege tenetur et qui iniussu Principis bellum gesserit.*

Con todo, no hemos expuesto hasta el momento una condena explícita a las hostilidades sobre pueblos amigos por parte del derecho romano. Por ello, daremos a continuación cuenta, no de ulteriores referencias legales, sino de dos específicos procesos judiciales al respecto.

El primero nos hace volver a la causa sobre Verres, y dentro de un discurso en el que se incluyen acusaciones por traición, Cicerón señala un incidente especialmente grave. Nos referimos a un robo que a punto estuvo de acabar con el buen nombre del pueblo romano,<sup>48</sup> y, peor aún, traicionar así el carácter hospitalario con unos aliados y ganarse su enemistad con Roma. Los hechos sucedieron del siguiente modo: llegados a Roma los hijos y herederos del rey Antíoco de Siria, tras una estancia de dos años en la capital del Lacio, deciden tornar a Oriente, lo cual harán por mar. En esos momentos, Verres es propretor en Sicilia y se convertirá en anfitrión de tan distinguidos jóvenes, al decidir éstos hacer escala en la isla dentro de su largo periplo de retorno.<sup>49</sup> Sin embargo, al percatarse del portentoso ajuar que portan los príncipes, el romano de-

<sup>47</sup> Dig., 48.4.3, en referencia a tab. 9.5.

<sup>48</sup> Cic., *Verr.*, 4.60: *...existimatio atque auctoritas nominis populi Romani imminuta.*

<sup>49</sup> *Ibidem*, 4.61 y 4.62.

JUAN PÉREZ CARRANI

cide incautarlo para inmediatamente expulsar a sus víctimas de la isla. Este suceso Cicerón lo valora como calamitoso,<sup>50</sup> al tiempo que advierte al tribunal respecto de la necesidad de poner fin de forma contundente a tales comportamientos ante el peligro de verse convertida Roma en enemiga de las potencias extranjeras al comprobar éstas que no se persiguen tamaños desaires.

El siguiente proceso nos lleva al 54 a. C. y tiene por protagonista a Aulo Gabinio, acusado a través de una *quaestio de maiestate*. En el 57 a. C., Gabinio había sido enviado a Siria como procónsul, ocupando la magistratura provincial hasta el 54 a. C. Es entre tanto cuando el general Pompeyo decide apoyar la instauración de Ptolomeo en el trono de Egipto, para lo cual necesita forzosamente la ayuda militar de Gabinio, muy cercano a la región de interés.<sup>51</sup> De este modo, el procónsul viajará con dos legiones al valle del Nilo, una acción que, en palabras de Díón Casio, atentó contra el Estado romano.<sup>52</sup> Sin embargo, la acusación de alta traición nacerá fruto de las acciones concretas: el abandono de la provincia asignada y, con mayor interés para nosotros, el inicio de hostilidades sobre una potencia extranjera, el reino egipcio, de forma unilateral sin la preceptiva autorización del Estado romano.<sup>53</sup> Y como prueba del carácter ilícito de las acciones de Gabinio, encontramos la clandestinidad con que se lleva a cabo toda la operación con la clara intención de que no arribe a Roma noticia alguna de cuanto sucediera en el reino africano,<sup>54</sup> objetivo no logrado, pues en el 55 a. C. en Italia ya eran de dominio público los hechos.<sup>55</sup> Sabemos que en el 55 a. C. se produce

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, 4.67: *Rex Amtiochos qui Romae ante oculos omnium Nostrum biennium fere comitiatu regio atque ornatu fuisset, is cum amicus et socios populi Romani esset, amicissimo patre, quo, maioribus antiquissimis et clarissimis maximo regno, praeceps provincia populi Romani exturbatus est.*

<sup>51</sup> Tanto a Pompeyo como a Gabinio les moverán intereses económicos en la empresa egipcia, pues el depuesto rey había prometido retribuir generosamente la contribución de ambos (Cass. Dio., 39.55.2).

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 39.56.4: *ἠπειχθη, καίπερ ἀπαγορεύοντος μὲν τοῦ νόμου μήτε ἐς τὴν ὑπερορίαν τοὺς ἄρχοντάς τινων ἀποδημεῖν μήτε πολέμους ἀφ' ἑαυτῶν ἀναρεῖσθαι, ἀπειρηκότος δὲ καὶ τοῦ δήμου τῆς τε Σιβύλλης μὴ καταχθῆναι τὸν ἄνδρα.*

<sup>54</sup> *Ibidem*, 39.59.1.

<sup>55</sup> Díón Casio (39.59.2) apunta a los provincianos sirios y a los funcionarios *publicani* afincados en la provincia como probables delatores de las acciones de Gabinio, debido a los perjuicios sufridos al dejar desprotegido el procónsul el territorio asignado.

un primer intento de procesamiento sobre Gabinio, que se verá frustrado al ocupar el consulado ese año Pompeyo y Craso. La oportunidad surge un año después, en el 54 a. C., cuando los dos nuevos cónsules, Lucio Domicio y Apio Claudio, se muestran favorables a encausar al procónsul.<sup>56</sup> El principal acusador será Lucio Léntulo,<sup>57</sup> hijo de Lucio Vecio, quien había sido acusado en el pasado por conspirar en el asesinato de Pompeyo.<sup>58</sup> Comprobamos cómo la pugna política promueve el inicio de esta causa, pero, en cambio, no hemos de olvidar los hechos objetivos y reflejados en el ordenamiento jurídico romano por los que se procesa al reo. En este contexto, los conflictos entre facciones suponen un agente dinamizador en la apertura de la causa, pues tal y como reconoce Cicerón a su amigo Ático, si Gabinio acabará siendo absuelto no será sino por la fuerte influencia de Pompeyo.<sup>59</sup>

Respecto de la independencia judicial en el periodo, dice Apiano que es el propio Pompeyo quien dota de escolta armada a los jueces para garantizar que sus deliberaciones no estén al alcance de presiones.<sup>60</sup> Sin embargo, a partir de lo acontecido en el proceso a Gabinio estamos en nuestro derecho de, cuanto menos, dudar del verdadero cometido de la escolta, si bien hemos de reconocer que el fallo del tribunal estuvo muy reñido, al votar treinta y dos miembros a favor de una condena y treinta y ocho en contra.<sup>61</sup>

#### 4. Bibliografía

ALONSO Y ALONSO, José María, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *REP*, núm. 11, 1946.

---

<sup>56</sup> Cass. Dio., 39.60.2.

<sup>57</sup> Cic., *Att.*, 92.1.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 2.24.2. En aquel momento, Lucio Vecio acusaría falsamente a Gabinio de haber participado de la conspiración.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 92.1.

<sup>60</sup> App., *Civ.*, 2.24.

<sup>61</sup> Cic., *Att.*, 92.9: *...ac tamen XXXII condemnarunt XXXVIII absoluerunt*. Sería Pompeyo quien lograra que el resultado fuera favorable al reo a través del soborno de un puñado de jueces (Cass. Dio., 39.55.5-5).

JUAN PÉREZ CARRANI

- BAUMAN, Richard, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*, Johannesburgo, Witwatersrand University Press, 1970.
- BAUMAN, Richard, "The Duumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend", *AC*, núm. 39, 1969.
- BRIQUEL, Dominique, "Sur le mode d'exécution en cas de parricide et de perduellio", *MEFRA*, núm. 93, 1980.
- CANTARELLA, Eva, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. de Marie-Pierre Bouysson Cheval, Madrid, Akal, 1996.
- CASADO RUIZ, José Ramón, "La aplicación del Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 30, 1979.
- COSTA, Emilio, *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*, Bolonia, Analec-ta, 1921.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 30, 1977.
- DUMÉZIL, Georges, "Maiestas et gravitas: de quelques différences entre les romains et les austronésiens", *RPh*, núm. 26, 1952.
- FERRARY, Jean-Louis, "Les origines de la loi de majesté à Rome", *AIBL*, núm. 127, 1983.
- FRÉZOULS, Edmond, "De la maiestas populi romani à la majesté impé-riale", en JACKSON, R. A. (coord.), *European Monarchy: Its Evolution and Practice from Roman Antiquity to Modern Times*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, "La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas contemporáneas", *AHDE*, núm. 82, 2012.
- GAUDEMET, Jean, "Maiestas populi romani", *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Nápoles, 1964.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, "La potestad jurisdiccional penal del senado republicano", *SCDR*, núm. 28, 2015.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, "La represión penal en época arcaica", *E-legal History Review*, núm. 25, 2017.



- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *Teoría y práctica judicial en época republicana*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GROSSO, Giuseppe, "Provocatio per la perduellio. Provocatio, sacramento e ordalía", *BIDR*, núm. 63, 1960.
- GRUEN, Enric Stephen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 a. C.*, Harvard, Harvard University Press, 1968.
- GUARINO, Antonio, "La perduellio e la plebe", *Labeo*, núm. 21, 1975.
- KÜBLER, Bernardus, "Auspicio, imperio, ductu felicitate", *RIL*, núm. 71, 1938.
- KÜBLER, Bernardus, "Maiestas", *RE*, núm. 14, 1928.
- LATTE, Karl, "Todesstrafe", *RE*, núm. 7, 1940.
- LEAR, Floyd Seyward, *Treason in Roman and Germanic Law: Collected Papers*, Austin, University of Texas Press, 1965.
- LEVI, Mario Attilio, "Maiestas e crimen maiestatis", *PP*, núm. 24, 1969.
- MAGDELAIN, André, "Remarques sur la «perduellio»", *Historia*, núm. 22, 1973.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Bogotá, Temis, 1990.
- OGILVIE, Robert Maxwell, *A Commentary of Livi (Books I-V)*, Oxford, Oxford University Press, 1965.
- OLDFATHER, William Abbot, "Livy I.26 and the Supplicium de More Maiorum", *TAPA*, núm. 39, 1908.
- ONECA, José Antón, "Historia del Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 18, 1965.
- SAINZ CANTERO, José Antonio, "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", *ADPECP*, núms. 1-2, 1965.
- SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milán, Giuffrè, 1989.
- SANTALUCIA, Bernardo, "Osservazioni sui duumviri perduellionis e sul procedimento duumvirale", *EFR*, núm. 79, 1981.
- SANTALUCIA, Bernardo, "Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia", *Le délit religieux dans la cité*, Roma, núm. 48, 1981.
- SANTALUCIA, Bernardo, *Studi di diritto penale romano*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1994.
- SBRICCOLI, Mario, *Crimen laesae maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974.

JUAN PÉREZ CARRANI

SHERWIN-WHITE, A. N., “*The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, by Richard A. Bauman”, *Gnomon*, núm. 41, 1969.

SILVELA, Luis, “Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles; expositor de sus estancias en España”, *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 7, 1908.

SOLIDORO, Laura, *Profili storici del delitto político*, Nápoles, Jovene, 2002.

THOMAS, Yet, “L’institution de la majesté”, *RS*, núm. 4, 1991.

TYRRELL, William Blake, “The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius”, *ZS*, núm. 91, 1974.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Fráncfort, Vittorio Klostermann, 1955.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019