

UN EDICTO DE FELIPE V

(SU CONTENIDO JURIDICO-PENAL)

por Juan GOMEZ CALERO

Capitán Auditor

I. EL EDICTO Y SU ÉPOCA

Literalmente transcrito, incluso en su ortografía, el Edicto que es objeto de estas líneas —llegado a mis manos por un capricho del azar— es del siguiente tenor:

“Hallandose el Rey con seguros avisos, que la Peste introducida en Argèl por la Embarcacion Francesa, que a dicha Plaza arribò, procedente de Alexandria, no solo continúa, pero que tambien se experimentan cada dia mayores los efectos de su contagio: y habiendose assimismo sabido, que en Esmirna, y en muchas Islas del Archipiélago se padece el mismo mal: Ha mandado su Magestad que subsistiendo las providencias hasta aqui tomadas por la Junta de Sanidad, y comunicadas generalmente a las Justicias de los Puertos de estos Reynos, para el resguardo de la publica salud, se examinen, y reconozcan en ella los Vandos ultimamente publicados en el Reyno de Napoles, y las recientes noticias participadas por los Consules de su Magestad, que residen en los Puertos de Italia, a fin de formarse un nuevo Edicto, que comprehenda a todos los casos, que en la presente situacion puedan ocurrir. Y visto, y examinado por la expresada Junta, y consultando à su Magestad, lo que ha creldo conveniente, se ha servido resolver se expida el presente Edicto, por el cual, renovando su Magestad las providencias hasta aqui tomadas, ordena, y manda se observen las siguientes, baxo la pena irremissible de la vida, y otras establecidas en el antecedente.

I. Primeramente, que no se admitan en ninguno de los Puertos de estos Reynos Embarcaciones algunas grandes, ò pequeñas, procedentes de Argèl, Esmirna, de Alexandria, y de las Islas del Archipiélago, en las que se haya introducido el contagio; antes bien

inmediatamente se hagan salir, obligándolas con la fuerza en caso de renitencia: y porque alguna de dichas Embarcaciones podrá acercarse à las Playas, Ensenadas, Caletas, y demás Surgideros de nuestras Costas, los Capitanes Generales, Comandantes, Gobernadores, y demás Cabos de los Puertos Marítimos deberán zelar esta importancia en sus respectivas jurisdicciones, à efecto de prohibir el que entren, ni se arrimen a la tierra Embarcaciones mayores ni menores, ya sean de Naturales, o Estrangeros: como assimismo el que echen, y desembarquen gente, frutos, mercaderías, ni otros generos con ningún pretexto, haciendolos retirar la Mar afuera, disparando sobre ellos, en caso necesario, y si los encontraren en tierra, los cercarán en el parage donde los hallaren, contentiendolos sin frizarse con ellos, ni tocar en los generos, ò mercaderías que huvieren desembarcado, dando cuenta luego al Comandante de la Plaza inmediata, à fin de que por este se dè à la Junta establecida en la Capital de aquella inmediacion, con información del suceso, y sus circunstancias, esperando su resolución, sin innovar esta providencia, hasta que se le comuniqué por la misma la conveniente.

II. Se previene, que no se admitan libremente à la platica las Embarcaciones mayores, o menores, que procedan, ò ayan tocado en la Isla de Tabarca, Gibraltar, y Puerto Mahon, sin que primero haga la quarentena que se juzgare conveniente, en inteligencia de que no resulte de sus Patentes, y Fè de Sanidad, y demás diligencias de visita, segun está mandado, rezelo de venir apestadas, en cuyo caso deberán incluirse en la providencia antecedente, mandandolos inmediatamente salir, y usando de las prevenciones arriba mencionadas.

III. Siendo contingente, que nuestros Armadores, y los de las Provincias amigas en el presente tiempo de la Guerra con los Ingleses visiten, ò sean visitados en la Mar de otras Embarcaciones que hayan podido tener comercio, ò platica con algunas que vengán, ò hayan tocado en Paises infestados: para mayor resguardo deberán estos igualmente someterse à la quarentena que pareciere imponerles, en conformidad de lo que constasse de las diligencias de Visita, y declaraciones de los Capitanes, ò Patrones de dichas Embarcaciones: y si alguno de ellos arribasse a nuestros Puertos con generos apressados procedentes de los Puertos de Levante: en este caso se deberá proceder con el mayor cuydado, examinando las circunstancias, y encontrandose alguna fundada, y grave presumpcion, de que dichos generos pueden ser de las referidas Plazas en que hay Peste, se mandaràn salir con toda la carga, sin admitirlos à la platica, ni a la quarentena: y siempre que se reconozca poderse admitir à esta, se dè cuenta à la Junta de la Capital inmediata, con remission de las diligencias practicadas, y no se les dè platica antes de recibirse la resolucion que la Junta tomare sobre ello.

IV. Desde ahora en adelante, y hasta nueva orden, las Diputaciones de Sanidad haràn las visitas à todas las Embarcaciones que viniéren à comerciar a nuestros Puertos: ya sea de la parte de Le-

vante, ò de otra qualquiera, con la asistencia de Escrivano, Medico, y Cirujano, como se acostumbraba por lo respectivo à las personas de los equipajes, y passageros, tomandoles sus declaraciones juradas à los Capitanes, ò Patrones, conforme à las Reales Ordenes, que estàn expedidas à este fin, pidlendoles las patentes de salud, que deben traer, las listas, ò rollos de la gente de sus equipages, los libros diurnales, las polizas, ò conocimiento de sus cargas y los testimonios de sus fabricas; y estando corrientes, y sin sospecha alguna, se les admitirà à platica, y comercio, y de no, se observará lo prevenido en los Capítulos precedentes.

V. Para la mas clara inteligencia de este Capitulo se advierte, que la visita se ha de practicar passando el Barco de la Sanidad a los Navios, o Embarcaciones que llegaren a nuestros Puertos, y que su Cabo, sin entrar en ellos, ni persona alguna de los que forman la visita, les pida las Patentes, y Papeletas de Sanidad de los Puertos en que huvieren estado, ù hecho escala, las que recibirá con todas las precaciones que fueren convenientes para el mejor resguardo, y assi recogidas, las passará à los Diputados de la Sanidad, que assistieren aquel día al parage, que en cada Puerto se destinase a este fin, y examinadas por estos, se dará cuenta al Governador, y Junta, y no siendo de las comprehendidas en la prohibicion, se reconocerán los Oficiales, y gente que traxesse de equipaje por el Cabo, Escrivano, y Medico que passará, y acercandose a la Embarcación, o Navio, sin entrar en ellos, harán que el Capitan, o Patron ponga toda la gente à la borda, aperciéndole con pena de la vida, si ocultasse alguno, ò algunos, como tambien las partes donde huviesen entrado, ò tocado, y assi puestos, los irán contando, y reconociendo los semblantes, para ver si de ellos hay algun enfermo: y hecho, verán si es la misma gente que consta de las Patentes, tomandoles sus declaraciones juradas, de si han tocado en algún puerto; o parage donde hubiesse el contagio, ò que tenga comunicacion con èl, o Puerto donde tenga abierto comercio sin estos resguardos, como son Puerto Mahon, y Gibraltar, y faltando un hombre, que diga el Oficial està enfermo, o muerto, no se les admita al comercio, ni se les permita saltar ninguno en tierra, hasta passada la quarentena, que tuviesse la Junta por conveniente que haga; y passado aquel termino, se hará segunda visita para reconocer si la gente es la misma, y si la falta de aquel hombre enfermo, ò muerto fué ocasionada del contagio, ù de otra enfermedad, no incluyendose en esta visita mas que el Cabo del Barco, Escrivano, y Medico; y hecha en estos términos, se dará cuenta de todo al Governador, y Junta con testimonio del Escribano, para que dê la orden, que el Navio, ò Embarcacion entre en el Puerto, y se le admita a su comercio: con prevencion, que à los Navios o Embarcaciones procedentes de Levante, y que hubiessen tocado en la Isla de Tabarca, Puerto Mahon, ò Gibraltar, por la comunicacion que estas Plazas tienen con Argèl, y otras partes infestas, se deberá despues de executadas las

expressadas diligencias, poner todas sus ropas en quarentena en el parage que el Governador, y Junta destinassen, y passada, se admitirán, practicandose las diligencias acostumbradas.

VI. Pudiendo ocurrir, que alguna de las Embarcaciones sospechosas de Peste, y de las que comprehende la prohibicion de poderse admitir, necesite del socorro de viveres, ò de agua, en este caso hará la Junta de Sanidad advertir inmediatamente al Consul de la Nacion cuya fuere la Embarcacion, disponga su remesa, con tal que esta se execute con la intervencion, y à vista del Barco de Sanidad, precaviendo de que la gente de dicha Embarcacion se tripule, ò mezcle con la del Barco, ò Lancha que conduxere los viveres: y si el Consul se negasse à embiarle, se sacará testimonio del requerimiento, y su respuesta, y se remitirá à la Junta de Sanidad de esta Corte. Executada esta diligencia, se hará saber al Capitan, ò Patron de dicha Embarcacion, que salga luego del Puerto, y que no toque ninguna de nuestras Costas, so pena de ser quemada con su tripulación, y generos: à cuyo fin se despacharán, sin perder instante, los avisos convenientes, con las señas de la Embarcacion, para no admitirla, ò quemarla, si se echasse à tierra en qualquiera de nuestras Costas.

VII. Para la observancia de lo referido se destinaràn en cada Reyno los Puertos en que solamente se deban admitir las dichas Embarcaciones, que seràn los mismos en que commodamente se puedan practicar las diligencias de visita en la forma expressada, sin que por ningun acontecimiento se admitan, y dè platica en otro alguno, à excepción de los que se señalaren por las Juntas de Sanidad de cada Reyno: y cuydaràn los Comandantes Generales de que se hagan saber en sus respectivas jurisdicciones al tiempo de la publicacion de este Edicto, para que llegue à noticia de todos, remitiendo à la Junta de Sanidad de esta Corte testimonio de haverse executado, con expresión de los Puertos, que se huvieren destinado para dicho fin.

VIII. Y ultimamente se advierte, que assi como su Magestad manda el mas exacto cumplimiento de lo contenido en este Edicto baxo las penas impuestas, igualmente ordena, que las precauciones prevenidas se executen procurando evitar agravios, ò perjuicios escusables, ò voluntarios al Comercio, que tanto importa fomentar, y conservar, encargando à todas las Juntas de Sanidad tengan particular cuidado para no consentirlos: y que las diligencias mandadas en los casos mencionados, se executen con la mayor brevedad, evitando quanto sea posible los dispendios que se siguen à las Embarcaciones en la demora de su despacho, porque verificada la detencion por culpa, ò negligencia de los que las componen, no solo seràn responsables à los daños, y perjuicios que resultaren à los Interesados, sino à otras arbitrarias penas, que se les deberàn imponer. Madrid 15. de Octubre de 1740... El Cardenal de Molina:"

En el orden político la situación, en la fecha de publicación del Edicto —15 octubre 1740—, era bastante inquieta. Reinaba a la sazón Felipe V, primero de los Borbones. Nombrado sucesor al trono de España, a la muerte de Carlos II, en 1.º de noviembre de 1700, Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, entró en territorio español a principios de 1701 y el 24 de abril del mismo año llegó triunfalmente a Madrid.

Agitado y belicoso desde sus comienzos, el reinado de Felipe V se prolongó hasta el 9 de julio de 1746. Registró en sus anales un breve paréntesis, desde el 10 de enero de 1724 —fecha en que el Monarca abdicó a favor de su hijo Luis— hasta el 31 de agosto del mismo año, en que, por muerte de aquél, ocupó nuevamente el trono.

En la fecha concreta de la promulgación del Edicto, España se hallaba en guerra contra los ingleses. Estalló ésta en 1739, a pesar de las intenciones pacifistas del Ministro Walpole. Fueron su causa remota cuestiones relacionadas con el comercio de Indias. Y su móvil inmediato, la actitud del Parlamento británico que admitió a su barra al contrabandista Jenkins y creyó sus tendenciosos relatos.

No obstante su proverbial superioridad marítima, esta guerra, perjudicial para ambos bandos contendientes, lo fué más para Inglaterra. A su final, el comodoro Amson sólo había abordado un galeón español. El coloso británico, en cambio, había perdido cuatrocientos siete bajeles apresados por nuestros buques en corso.

Sólo cinco días después de la aparición del Edicto —en 20 de octubre de 1740— muere en Viena el Emperador Carlos VI. De los disturbios sucesorios quiere aprovecharse Felipe V cuando aún no habían terminado las hostilidades con Inglaterra.

En cuanto al Reino de Nápoles, que en el Edicto se nombra, había pasado a manos de Austria, con la firma del tratado de Utrecht, el 11 de abril de 1713. Y si bien fué reconquistado en 1734 por el Conde de Montemar para el príncipe Carlos —luego Carlos III—, volviendo a ser patrimonio de la Casa de Borbón en virtud del Tratado de Viena de 1735; sin embargo, en 1736, al adherirse España a aquel tratado, se aceptó la condición de que jamás las coronas de Nápoles y Madrid habrían de ser ceñidas por una misma persona.

Este fué el marco político en que tuvo lugar la promulgación del Edicto.

El Cardenal de Molina, que lo suscribe, no es otro que Gaspar de Molina y Oviedo, nacido en Mérida (Badajoz). Fraile agustino y jurista eminente, fué Gobernador del Supremo Consejo de Castilla, Comisario General de Cruzada, Teólogo del Concilio Lateranense y Cardenal de la Iglesia Romana. Murió en Madrid entre 1743 y 1745.

En el orden jurídico, el año 1740 todavía pertenece a la última fase del período que en la historia del Derecho penal se ha dado en llamar "de la venganza pública". Tal momento se caracteriza por la tendencia del legislador a mantener, a toda costa, el orden público y la paz social, empleando como medios para lograr tales fines la imposición de penas realmente inhumanas y su ejecución en circunstancias de crueldad extrema. Es la época en que la pena de muerte, frecuentísima, iba acompañada de formas de agravación espeluznantes, y las penas corporales consistían en las más dolorosas mutilaciones.

Aún no habían hecho su aparición los primeros intentos serios de humanización de las penas. Ni BECCARIA había publicado su libro *Dei delitti e delle pene* (Liorna, 1764), ni HOWARD (1726-1790) había dado a luz el suyo *State of Prisons*, traducido al francés en 1788; ni SONNEFELS y HOMMEL habían difundido sus ideas humanizadoras por Austria y Alemania, respectivamente.

En España estaba vigente la Nueva Recopilación, que, promulgada en 1567, no hizo más que recoger, por lo que concierne al orden penal, las disposiciones contenidas fundamentalmente en las leyes de Partidas, el Ordenamiento de Alcalá (1348) y el Ordenamiento de Montalvo (1483).

Las tan citadas palabras de PACHECO, descriptivas de la situación jurídico-penal en el siglo XIX, son perfectamente aplicables con mayor razón —al igual que las de GARCÍA GOYENA que luego se transcriben— al siglo XVIII. En su obra *El Código Penal Concordado y Comentado*, PACHECO nos dice: "Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Cortes de 1812 y por el Rey Fernando, en 1817. La confiscación también se ha abolido por los mismos. Los azotes, la marca, la mutila-

ción, estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas; si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del Reino cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid."

GARCÍA GOYENA, en su *Código Criminal Español...*, encuentra la razón de ser de la arbitrariedad judicial en la dificultad que para los Tribunales reviste la imposición, por su excesiva gravedad, de las penas establecidas: "Siendo imposible ejecutarlas —nos dice— e imposible también dejar impunes los delitos a cuya represión van encaminadas, no pudieron los tribunales salir de este conflicto sino recurriendo a penas extraordinarias, y la administración de justicia vino de este modo a ser arbitraria en su mayor parte."

En materia de Derecho militar la legalidad vigente, en la fecha de publicación del Edicto, estaba constituida por las Ordenanzas llamadas "Segundas de Flandes", dictadas por Felipe V en 18 de diciembre de 1701, a las que siguieron —tras las efímeras de 10 de abril de 1702, 28 de septiembre de 1704 y 30 de diciembre de 1706— las de 12 de julio de 1728, reproducidas casi íntegramente por Carlos III en 22 de octubre de 1768. Aquéllas —inspiradas en la Ordenanza francesa de 1665— atribuyen competencia al "Consejo de Guerra de Oficiales", que crean, para "llamar en justicia a todos los soldados de Infantería, Caballería y Dragones, a los Sargentos de Infantería y a los Brigadieres de Caballería y Dragones por los crímenes y delitos militares". En frase de las Ordenanzas francesas, en que tienen su origen, este Consejo de Guerra fué introducido "para mantener la disciplina interior de los Cuerpos de Ejército".

El conocimiento de los delitos comunes incumbía al Juzgado de Guerra, que, integrado por el Capitán General y su Auditor, constituyó la denominada "Jurisdicción Ordinaria Militar" hasta 1875.

También estaba vigente en la fecha del Edicto una disposición de Felipe V de 20 de enero de 1717, en cuya virtud el Consejo Supremo de Guerra —hoy Consejo Supremo de Justicia Militar— habría de estar constituido solamente por elemento letrado, de forma que el conocimiento de los asuntos militares de índole guber-

nativa correspondía al Ministerio de la Guerra. Tal legalidad no fué derogada hasta el 4 de noviembre de 1773, por Real Cédula de Carlos III.

Por lo que respecta a la Marina, es interesante anotar que, por Real Cédula de 31 de junio de 1737, Felipe V había creado el Almirantazgo, en el que radicaba un Tribunal de Apelación —transformado en Junta de Apelación en 1740— que entendía de los recursos contra los fallos de los Departamentos de Marina.

En 15 de noviembre de 1737 Felipe V dictó unas Ordenanzas que, por estar dedicadas a su hijo Felipe, nombrado Almirante en marzo de aquel año, fueron denominadas “Del Infante Almirante”. Pero hasta las Ordenanzas de la Armada de 1748 no se dispuso que, en el orden penal, quedasen sujetos a su fuero todos los que prestasen servicio en ella.

Tal era, en materia jurídico-penal, la legalidad establecida en la fecha en que vió la luz el Edicto de Felipe V, de 15 de octubre de 1740, que es objeto de estas líneas.

II. SU ESTRUCTURA JURÍDICO-PENAL

a) IDEA GENERAL.—Ya en su preámbulo ofrece el Edicto notas de evidente interés. Despréndese del mismo que utiliza como fuente informativa los Bandos anteriormente dictados en el Reino de Nápoles, cuyo examen impone a la Junta de Sanidad de la Corte. Esto se lleva a cabo, en efecto —“visto y examinado por la expresada Junta”—, previamente a la promulgación del Edicto. Teniendo en cuenta la situación del Reino de Nápoles, arriba descrita, en el momento de éste dictarse, sus precedentes y fuentes de inspiración han de ser por fuerza conceptuados como legislación de un país extranjero. De acuerdo con ello, el preámbulo se refiere a los “Cónsules de Su Majestad que residen en los Puertos de Italia”. Los datos y noticias suministrados por éstos, en relación con las cuestiones de hecho sobre que versa el Edicto, fueron también tenidos en cuenta por la Junta de Sanidad en el proceso de formación de esta disposición coactiva, proceso que culminó “consultando a Su Majestad lo que ha creído conveniente” y sirviéndose “resolver se expida el presente edicto”.

Pretende éste constituir una norma genérica y amplia “que

comprenda todos los casos que en la presente situación puedan ocurrir". Mas tal intención no es óbice para que deje subsistentes "las providencias hasta aquí tomadas por la Junta de Sanidad y comunicadas generalmente a las Justicias de los Puertos". Insistiendo en que la expresión de su ámbito amplio no implica cláusula derogatoria, reitera líneas más abajo que se ordena y manda la observación del Edicto, pero "renovando Su Majestad las providencias hasta aquí tomadas".

b) **COMPETENCIA.**—Atrae la atención del intérprete el extraño carácter que en determinados aspectos reviste este Edicto, montado sobre dos vertientes: híbrido de administrativo y penal.

La materia que constituye su objeto —policía de las naves y de los puertos— ostenta más bien naturaleza administrativa, abstracción hecha de las sanciones que establece. Sólo el Decreto de unificación de fueros, más de un siglo después, incluye expresamente, entre los delitos de que debe entender la jurisdicción militar, "las infracciones de las Reglas de Policía de las naves, puertos, playas y zonas marítimas...".

Pero el Edicto de 1740 a ninguna de las Autoridades y Organismos del Ejército y la Armada existentes en la fecha de su publicación atribuye el conocimiento de las infracciones que señala. A lo largo de sus apartados I, III, V y VI, explícitamente se determina la competencia de las Juntas de Sanidad para resolver en definitiva.

El capítulo I impone a los Capitanes Generales, Comandantes, Gobernadores y demás Cabos de los Puertos Marítimos "celar esta importancia en sus respectivas jurisdicciones". Mas su función es puramente gubernativa: "... prohibir el que entren ni se arriemen a la tierra embarcaciones mayores ni menores"... , "como asimismo el que echen ni desembarquen gentes, frutas...", "haciéndoles retirar la mar afuera, disparando sobre ellas en caso necesario". El empleo de tales facultades no tenía diverso alcance, ya que, en todo caso, cualquiera que fuese la autoridad que de tal usara debía dar "cuenta al Comandante de la Plaza inmediata, a fin de que por éste se dé a la Junta establecida en la Capital de aquella inmediación, con información del suceso y sus circunstancias, esperando su resolución". Bien se ve que es a la Junta de Sanidad de la Capital inmediata a quien corresponde resolver sobre esta cuestión concreta.

El punto III vuelve a poner de relieve la competencia gubernativa de las Juntas de Sanidad y el carácter decisivo de su resolución en este orden. Refiriéndose a las naves que —por infundir sólo sospecha de infección— puedan ser admitidas a plática y cuarentena, establece el Edicto que “se dé cuenta a la Junta de la Capital inmediata, con remisión de las diligencias practicadas, y no se les dé plática antes de recibirse la resolución que la Junta tomare sobre ello”.

Vuelve el epígrafe V a reiterar la idea cuando, al establecer las condiciones en que debe realizarse la visita del barco de la Sanidad “a los navíos o embarcaciones que llegasen a nuestros puertos”, ordena que se dé cuenta de tal visita al Gobernador y Junta.

Finalmente, el número VI —insistiendo en la competencia de las Juntas de Sanidad por lo que respecta al aspecto administrativo del Edicto en cuestión— atribuye a la de la Corte la facultad de resolver el supuesto de que un Cónsul extranjero se niegue a suministrar víveres o agua a una embarcación de su país. En tal caso, para ilustración de esta Junta Central en orden a su resolución, deberá remitírsele testimonio del requerimiento formulado al Cónsul y de la respuesta de éste.

Evidentemente —si se pasa por alto la diversa penalidad establecida por el Edicto— la índole puramente administrativa de las cuestiones relacionadas con la sanidad portuaria y marítima parece efectivamente imponer la competencia de organismos gubernativos, los cuales son las Juntas de Sanidad. Mas tales Juntas no pueden ser competentes para imponer penas. Y a tal respecto no debe olvidarse que el Edicto establece sanciones —ciertamente muy graves— que ostentan la expresa denominación de penas y revisten su indiscutible carácter. Este hecho, sobre ser enteramente incompatible con el orden administrativo, convierte el Edicto en disposición de naturaleza penal, cuya aplicación, consecuentemente, debería corresponder, *ratione materiae*, a una jurisdicción de este tipo, ordinaria o especial, no obstante no haber formulado el Edicto —en este concreto aspecto penal— expresa atribución de competencia.

Por lo que respecta a las penas, de esta cuestión se trata en el epígrafe que sigue.

c) LAS PENAS.—Llama, efectivamente, la atención el hecho de que una disposición normativa, concerniente —por la materia que

regula— más bien al orden administrativo que a la esfera penal, no sólo establezca sanciones que constituyen jurídicamente verdaderas penas, sino que éstas revisten gravedad suma y son, en algún supuesto, arbitrarias. La abierta incompatibilidad de las penas con el orden administrativo es reconocida con unanimidad absoluta. Incluso existen autores —PETROCELLI, MAGGIORE— que desproveen a la pena de todo matiz preventivo, precisamente por conceptualizar éste de naturaleza administrativa y ajeno al Derecho penal.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la fecha —15 octubre 1740— en que vió la luz el Edicto y los caracteres del Derecho penal entonces vigente, expuestos más arriba, tales circunstancias pueden hallar cierta explicación, no ciertamente en un riguroso sentido formalista, pero sí al menos en cuanto a la motivación de su concurrencia.

Ya en su preámbulo, el Edicto prescribe la observación de las providencias que contiene “bajo la pena irremisible de la vida”. Así pues, la pena de muerte se establece, con carácter general, para el supuesto de incumplimiento de cualquiera de las disposiciones contenidas en el Edicto. Y, para mayor severidad, se la declara “irremisible”.

En el capítulo V aparece idéntica pena, esta vez aplicable a un caso concreto. Refiriéndose a la visita que dispone efectuar a toda embarcación que llegase a nuestros puertos, ordena “que el Capitán o Patrón ponga toda la gente a la borda, apercibiéndole con pena de la vida si ocultase alguno”.

Sin embargo, no es la pena de muerte —con ser la “última pena”— la más grave que el Edicto señala. Su capítulo VI da una muestra de severidad draconiana, sólo explicable por la gravedad extrema de la situación que se trata de prevenir y afrontar, al establecer que toda embarcación sospechosa o que no pueda ser admitida a plática o cuarentena, deberá ser obligada a salir del puerto y a no tocar ninguna de nuestras costas, “so pena de ser quemada con su tripulación y géneros”. Y no es una mera amenaza. El Edicto manda despachar a este fin, “sin perder instante, los avisos convenientes con las señas de la embarcación para no admitirla o quemarla si se echase a tierra en cualquiera de nuestras costas”.

La aplicación de estas gravísimas penas —reflejo del Derecho

penal de la época— se reitera en el apartado VIII, último del Edicto, que encarece el más exacto cumplimiento del contenido del mismo “bajo las penas impuestas”.

Y no podía faltar en esta disposición de 1740 el expreso tributo al dogma de la arbitrariedad judicial, de cuya vigencia y fortuna en dicha época se ha hecho mención. El último párrafo del Edicto —tras un ordenamiento que seguidamente será objeto de comentario aparte— establece la responsabilidad de los componentes de las Juntas de Sanidad y su sometimiento “a otras arbitrarias penas que se les deberán imponer”.

d) RESPONSABILIDAD POR CULPA O NEGLIGENCIA.—Aparte las penas arbitrarias con que conmina, establece aquí el Edicto la responsabilidad de los miembros de las Juntas de Sanidad por los daños y perjuicios que resultaren a los interesados como consecuencia de la detención de un navío por culpa o negligencia de aquéllos.

Materia es esta que marca la zona de fricción más ardua de salvar entre el Derecho civil y el Derecho penal, pues la extraordinaria identidad de caracteres entre la acción civil dimanante de delito o falta de daños por imprudencia y la proveniente de culpa extracontractual o aquiliana, da lugar a una coincidencia de ámbitos determinante de supuestos de colisión de leyes y jurisdicciones difícilmente soslayables. Aún en la época actual, publicados los Códigos civil y penal y delimitadas sus respectivas esferas de acción, los supuestos previstos en el artículo 1.902 de aquél y en los artículos 565, párrafos primero y segundo, y 600 de éste, son realmente equivalentes. El mismo Tribunal Supremo, en sentencias de 23 de noviembre de 1935 y 2 de febrero de 1940, se ha limitado a decir que “son especies jurídicas distintas”, sin explicar dónde estriba la pretendida distinción. En sentencias de 29 de diciembre de 1926, 13 de julio de 1931, 12 de abril de 1932, 13 de mayo de 1940 y 18 de enero de 1949, ha concretado simplemente que la intervención de “imprudencia” excluye la aplicación del artículo 1.902 del Código civil. La misma idea inspira las sentencias de 10 de enero y 6 de febrero de 1958. Pero es notorio que la diferencia existente entre el concepto de “imprudencia” y los de “culpa” o “negligencia” es muy difícil de perfilar.

Como origen de responsabilidad civil extracontractual, los conceptos de “culpa”, “negligencia” o “imprudencia” son muy anti-

guos, ya que se remontan a la Ley Aquilia del Derecho romano, de donde —a través de la recepción— han pasado a nuestro Código civil.

Asimismo el concepto de “culpa”, “imprudencia” o “negligencia”, en cuanto opuesto al de “dolo”, ha sido conocido por el Derecho penal desde remota época. Dentro de la legislación española figura en el *Liber judiciorum* —iniciado por Chindasvinto (641-652) y continuado por Recesvinto (649-672)—, cuyo libro VI, título IV, leyes 3.ª y 7.ª, distingue la “intención” de la “culpa”. Análogamente, el Fuero Real (1255) diferencia el delito cometido “a sabiendas” del ocasionado “no por razón de mal facer, mas jugando”. En la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, la partida VII, título VIII, ley 1.ª, distingue el homicidio voluntario del causado por imprudencia.

El propio Edicto de que se trata, al referirse a los agravios o perjuicios causados al comercio, contrapone los “voluntarios” a los “excusables”. Y es líneas más abajo cuando sienta la responsabilidad de que se ha hecho mención por los “daños y perjuicios que resultaren a los interesados” con motivo del retraso de los navíos.

Ahora bien, esta responsabilidad de daños y perjuicios que el Edicto establece, ¿constituye una responsabilidad extracontractual o aquiliana, de índole netamente civil, o es una responsabilidad civil derivada —como la penal— de delito o falta de daños por culpa, imprudencia o negligencia? Evidentemente, si hemos de atenernos a la terminología hoy sentada por el Tribunal Supremo y damos a la misma valor retroactivo, al emplear expresamente el Edicto los conceptos de “culpa” o “negligencia”, y no el de “imprudencia”, forzoso es interpretar que la responsabilidad señalada en el mismo es extracontractual o aquiliana, es decir, puramente civil sin entronque penal alguno.

Sin embargo, el propio Edicto ofrece elementos suficientes para entender lo contrario, o sea, que la detención culposa o negligente de un navío por los componentes de las Juntas de Sanidad integra una figura delictiva y, consecuentemente, la responsabilidad de daños y perjuicios establecida en el Edicto no es otra que la civil dimanante —junto con la penal— de delitos o faltas no dolosos. Así se infiere del hecho de que el Edicto declare esta responsabilidad civil para los causantes de la demora, “a más de otras ar-

bitrarias penas que se les deberán imponer". Desde el momento en que la norma describe una conducta del hombre y la sanciona con una pena, se está ante una figura delictiva. No es obstáculo a ello la inconcreción de la pena dejada en este caso al arbitrio del juzgador. Basta la imposición de una pena —concreta o arbitraria— para que, concurriendo los demás elementos, surja la infracción penal. No pocos autores centran en la idea de la pena su concepto del delito. Así, PESSINA define el delito como "la acción humana que la ley prohíbe bajo la amenaza de un castigo"; GRISPIGNI, como "un hecho al que la ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica una pena"; HAFTER, como "conducta humana descrita en la ley para la que se establece una pena", y PRINS insiste en que lo que caracteriza la infracción como fenómeno jurídico es la sanción penal. La misma idea inspira a MANRESA cuando expresa en sus Comentarios que el artículo 1.902 del Código civil sólo comprende la acción u omisión "que, siendo ilícita, no reviste, sin embargo, los caracteres de un delito o falta, por no estar penada por la ley".

Así pues, si es el hecho de su punición el que convierte en figura delictiva una determinada conducta culpable, es obligado reconocer que la responsabilidad por daños y perjuicios que el Edicto señala no es una responsabilidad extracontractual. Es la responsabilidad civil que —juntamente con la penal— dimana de todo delito o falta, puesto que, hoy como ayer, tanto pueden cometerse por "dolo" como por "culpa" o "imprudencia". Esta responsabilidad no es otra que la que el vigente Código penal recoge en su art. 101 y el Código de Justicia Militar establece en su artículo 204. Uno y otro precepto la hacen comprensiva, no sólo de la restitución de la cosa, sino, análogamente al Edicto, de la reparación del daño y de la indemnización del perjuicio.

NOTA BIBLIOGRAFICA

En español:

- PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, 4.ª edición. Madrid, 1870, volumen I, Introducción, pág. 45.
- GARCÍA GOYENA: *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822*. Madrid, 1843, volumen I, pág. 10.

MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. Tomo XII. Madrid, 1951. página 643.

PESSINA: *Elementos de Derecho penal*, 3.ª edición española, Editorial Reus. Madrid, pág. 304.

En italiano:

PETROCELLI: *La funzione della pena*, en "Rivista di Diritto penitenziario". número de noviembre-diciembre 1936.

MAGGIORE: *Principii di Diritto Penale*, vol. I, 2.ª ed., Bologna, 1937. páginas 558 y ss.

GRISPIGNI: *Corso di Diritto Penale*, vol. I. Padua, 1932, pág. 175.

En alemán:

HAFTER: *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*. Berlín, 1926, pág. 63.

En francés:

PRINS: *Science penale et Droit positif*. Bruselas-París, 1899, págs. 79 y siguientes.