

kantiana. Por eso fue, como afirma el editor, no sólo el legislador, sino también el educador de su época y de su pueblo.

Se cierra esta introducción con un capítulo dedicado a la personalidad del destinatario de la lección de Zeiller, el archiduque Antón Víctor, y con un breve capítulo, que se ocupa con los fines y principios que regulan la presente edición.

La importancia de esta edición radica en su contribución al conocimiento del pensamiento jurídico alemán, aumentada por la personalidad de su presunto autor y por la época en que debió ser redactado el texto, base de esta publicación, que ocupa desde la página cuarenta y uno a la noventa.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI — XVII — XVIII)* Madrid Editorial Tecnos, 1969. 479 páginas

En realidad, la obra se contrae al derecho castellano, y va más allá del Derecho penal, porque comprende un capítulo (págs. 153 ss.) dedicado al Derecho procesal, y una serie de constantes referencias criminológicas. El autor deja, además, deliberadamente fuera todo lo relativo a la Inquisición y, por la tácita, al Derecho penal militar. A pesar de éstas y otras limitaciones, no vacilo en considerarla como la aportación más considerable a la historia del derecho punitivo español en la Edad Moderna, que hasta ahora no ha logrado la atención que se merece como antecedente de nuestros códigos del siglo XIX. Dejo a salvo, como es natural, los estudios del P. Montes, las *Adiciones de Saldaña* a la traducción del *Tratado de Derecho penal* de Von Liszt, la obra de López-Rey y las múltiples monografías del P. Pereda, del que no se cita más que el *Covarrubias*¹.

El período considerado tiene sus raíces en el Derecho bajomedieval y concluye con la Ilustración, antesala del Derecho penal mo-

1 De la abundante producción historiográfica del P. PEREDA destaco algunos títulos: *Alrededor de la legítima defensa. ¿es lícito pretender la muerte del agresor?* en *Rev. der. esp. y americano* 1964, oct-dic, 1 ss.; *La fuga en caso de ataque* en *ib.* 1966, 1 ss.; *Problemas alrededor de la legítima defensa*, en *Anuario Der. penal*, 1967, 435 ss.; *La legítima defensa del honor*, en *Estudios de Deusto* vol. XVI núm. 33 (1958), 9 ss.; *Famosus latro* en *IDP*, 1962, 5 ss.; *¿Puede el juez con recta conciencia condenar a muerte a un inocente?*, en *Estudios de Deusto* vol. XII, núm. 24 (1964), 381 ss. Particularmente su *Versari in re illicita* Madrid, 1948. Una enumeración de otros trabajos en *Homenaje al P. Julián Pereda S. J., en su 75 aniversario* Bilbao, 1965. En todos ellos maneja a teólogos y juristas pertenecientes a los siglos en cuestión, mostrando en muchos casos las raíces de problemas y soluciones actuales.

dero. Las Partidas y las Prágmáticas reales forman el cuerpo legal con el que se sale de la Edad Media y se entra en la etapa codificadora. La evolución discurre desde el teologismo, consiguiente al "tenso clima religioso de la época" (págs. 85 ss.), hacia la difusión en un grupo de pensadores del último tercio del siglo XVIII del iusnaturalismo racionalista (pág. 104). La "lucha creciente contra el Derecho romano y en defensa del real" (pág. 145) concluye con el rechazo de las viejas tradiciones jurídicas y la aparición de nuevos supuestos filosóficos. Pero, como justamente señala el autor, "reformas penales y reformas políticas eran inseparables" por lo que mientras se mantuvo el absolutismo monárquico se "sostuvo la continuidad del sistema penal vigente, superando las diferencias ideológicas de cada siglo" (pág. 112). Por eso hubo que esperar al siglo XIX para presenciar la sustitución del sistema jurídico penal de la Monarquía absoluta por el del Estado liberal burgués" (pág. 409). Esta opinión, en líneas generales exacta, ha de entenderse, sin embargo, con ciertas moderaciones. Aunque Tomás y Valiente reputa "muy certero" (pág. 18) el duro juicio de Pacheco, según el cual (*El Código penal concordado y comentado*, I, 1848, XLVIII) "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 XIX, lo cierto es que, como se demuestra por la estadística de la Sala de Alcaldes relativa a 1802, aportada por el propio autor (pág. 367), la situación había variado mucho, hasta el extremo que de 1.939 presos juzgados por la Sala en dicho año, ninguno fue condenado a la pena de muerte en contraste con la prodigalidad con que se aplicaba en otros tiempos. Hay una notoria dulcificación de las penas, fruto de un arbitrio judicial cada vez más ilustrado. Y lo mismo puede decirse de la tortura, cuyo desuso es indudable a finales del siglo XVIII, según el mismo Tomás y Valiente (*La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de la Laguna*, 1964, 31).

Frente al jacobinismo que persiste en atribuir a Alfonso de Castro la paternidad de la ciencia del Derecho penal, se plantea el autor el tema de si puede afirmarse "que los teólogos hicieron ciencia jurídico penal" para resolverse por la negativa (pág. 89). Hacen filosofía del Derecho penal; no examinan, salvo citas aisladas, el Derecho penal positivo. Por otra parte, "no cabe duda que fueron los juristas italianos de la Baja Edad Media quienes crearon las primeras bases doctrinales del Derecho penal moderno" (pág. 115). Esta puesta a punto, que comparto enteramente, viene corroborada por el hecho de que "la influencia de los teólogos en sus contemporáneos juristas, y en concreto la de Castro, fue escasa" (pág. 92). Llama la atención el corto número de grandes penalistas que podemos ofrecer a lo largo de los tres

siglos. Sobresalen los nombres de Covarrubias y Antonio Gómez, del que menciona sólo diecinueve ediciones, cuando el P. Landecho (*La teoría jurídica del delito en Antonio Gómez, en Homenaje al P. Pereda*, 1965, 232 s.) cita hasta treinta y ocho antes del siglo XIX, de ellas siete en Salamanca. Desde luego ninguno de la talla de Julio Claro, injustamente criticado, a mi entender, como "farragoso" e "ilegible" (pág. 133), lo mismo que Farinaccio, del que se dice tenía un estilo "insufrible" (pág. 134). Sin duda, la ausencia de cátedras consagradas al Derecho criminal² explica el nivel decreciente de los escritores castellanos que concluyen escribiendo *Prácticas criminales* de "sistemática rudimentaria", como la de Vizcaíno Pérez, que en 1797 sigue aún el orden alfabético en la exposición de los delitos (tomo I, libro II).

Tomás y Valiente distribuye la materia en seis capítulos, que agrupa en dos partes, una para la "ley penal", su aplicación y la "jurisprudencia", nombre que usa para lo que hoy se conoce por doctrina científica; otra para "las figuras jurídico penales básicas: el delito, el delincuente, la pena".

A propósito de la "ley penal", sin entrar en disquisiciones sobre si esta expresión es o no equiparable a lo que actualmente se entiende por ley, centra su investigación en las pretensiones de los monarcas de lograr el monopolio del *ius puniendi*, como instrumento político de imposición de su autoridad absoluta (págs. 23 ss.), y en las fuertes resistencias que encontraron para que ese sistema fuera admitido por la sociedad. Es, en definitiva, la historia de la transformación del Derecho penal en un derecho estatal. La oposición se manifiesta en el mantenimiento de la vigencia social de la *venganza privada* (págs. 40 ss.) cuya más elevada expresión es el duelo (págs. 48 ss.), hasta que un "cambio en la mentalidad social" hace posible que disminuyan a fines del siglo XVIII venganzas y desafíos; y en el *perdón de la parte ofendida* (págs. 80 ss.), para el que fue ley básica "siempre y casi únicamente una de las Partidas (P. VII,1,22)", aunque sometida a una "interpretación doctrinal y judicial restrictiva" (pág. 83). Fenómeno que se acusa en toda Europa, como documenta von Hentlin. *La pena*, I, 139 (trad. española).

Sobre el *proceso penal* (págs. 153 ss.) se halla establecido en Castilla, ya en el siglo XV, el procedimiento inquisitivo. Se iniciaba por pesquisa, denuncia o acusación (pág. 157). Con la única excepción del adulterio, el juez podía proceder de oficio en toda clase de delitos (pág. 160). La participación de los jueces en las penas pecuniarias propiciaba injustas condenas (pág. 163), a las que contribuían en no

2. Nótese que, por ejemplo, en Padua se crea la primera cátedra de Derecho criminal en 1540, y que en Viena esto ocurre en 1753, mientras que en España no tenemos cátedras independientes hasta fines del siglo XIX.

escasa medida los "soplones", "malsines" o delatores (pág. 169) y el sistema de pruebas, legales y tasadas (pág. 171), encaminadas a conseguir la confesión del acusado (pág. 172) para lo que se acudía al tormento. La prueba testifical venía afectada por "la gran abundancia de testigos falsos" y el que, como todavía hoy se practica, "en muchos procesos los testigos eran interrogados no por el juez, como era preceptivo, sino por los escribanos" (págs. 178 ss.). Las sentencias carecían de fundamentos de hecho y de derecho por lo que "la jurisprudencia de los Tribunales castellanos carecía de valor científico y no podía servir de guía ni de apoyo a los jueces inferiores." "No es exageración decir que caer en las redes de la justicia era una auténtica desgracia, que comportaba gravísimas consecuencias difícilmente evitables se fuese o no culpable" (pág. 182). Otro de los obstáculos al ejercicio de una recta justicia penal lo constituía "la complejísima red de jurisdicciones especiales" (págs. 187 ss.), el soborno (páginas 193 ss.) y la atonía de la Hermandad nueva, llamada la Santa Hermandad, creada en 1476 (págs. 32 ss.) que quedó sin un fondo económico fijo desde 1498 (pág. 37) con lo que se resintió la actuación policial y la energía en la persecución de toda clase de delitos. De ahí que "en cerrado círculo vicioso, la ineficacia conducía a un aumento de la severidad represiva y ésta, al ser excesiva, a aquella" (pág. 46).

La parte concerniente a la teoría del delito se encuentra afectada por el hecho de que los conceptos se hallan diseminados "a lo largo del análisis de los delitos en particular, y de modo principal en el del homicidio" (pág. 208). El autor se resiste a utilizar una noción formal: acción penada por la ley (pág. 210) y se crea el problema de distinguir dentro de los actos castigados con penas, aquellos que eran delitos y los que no lo eran. Cree encontrar un argumento para la distinción entre *mala in se* y *mala quia prohibita* en la terminología de algunos autores, que llaman "casos", contravenciones o delitos contra la policía o buen gobierno, a las infracciones de caza, pesca, forestales o de las leyes suntuarias, y "delitos criminales", que fueron siempre, hasta las primeras décadas del siglo XVIII, tenidos por actos moralmente malos (pág. 215). Esta distinción enlaza, a su vez, con la existente entre las *leges mere poenales* y *leges poenales mixtae* (págs. 216 ss.), siendo estas últimas las que obligaban en conciencia y, sin duda alguna, son las que constituyen "la ley penal propiamente dicha. . La acción contraria a tal ley será el verdadero delito" (pág. 219). Basado en esta concepción, aparece con toda claridad la identificación de pecado y delito, aunque no todo pecado sea delito, pues no lo son los actos internos que no trascienden en un comportamiento exterior (págs. 219 ss.). Se trata "de dos nociones sutilmente manejadas en mutuo apoyo" (pág. 221): cuanto mayor sea la gravedad del pecado, más grave es el delito. Con Lardizabal, que se queja de que haya ju-

ristas que 'quieren que en la graduación del delito se tenga por regla la gravedad del pecado', se da el primer paso para la secularización en España del Derecho penal (pág. 235). Un examen de los elementos esenciales que integran la noción del delito pone de manifiesto: el moral o religioso (pecado), el social (daño común) y el de la ofensa personal. "Todos ellos en equilibrio inestable a lo largo de estos tres siglos" (pág. 243). Los tipos delictivos están contruidos casuísticamente (págs. 205 ss.), Las leyes, la doctrina y la práctica distinguen entre el dolo (voluntariedad, malicia), la culpa y el caso fortuito ("por ocasión") como se hacía ya en las Partidas (págs. 305 y ss.). Covarrubias restringe el *versari in re illicita* con su *voluntas indirecta* si bien el autor ve aquí, como efectivamente ocurría, una extensión del dolo (pág. 309), con inclusión del homicidio preterintencional (!) en el voluntario. El autor recoge las causas de exención y modificación de la responsabilidad criminal en el capítulo destinado al delincuente (págs. 331 ss.). Comienza por la legítima defensa (página 334 s.) y continúa con las causas de inimputabilidad: enfermedad mental (págs. 336 ss.) e influencia de la edad sobre la responsabilidad criminal (págs. 339 ss.), para continuar con la reincidencia (págs. 343 ss.), y otras circunstancias agravantes (pág. 350) y las atenuantes (pág. 351 s.). Muy digna de destacarse la claridad con la que trata el no fácil problema de la distinción entre traición y alevosía, completando el trabajo de García González, AHDE., 1962, 323 ss., basado en fuentes medievales.

La pena ocupa el último de los capítulos de este sugestivo libro. Recoge varias nociones, de las Partidas, de Alfonso de Castro, Lardizabal y Posadilla (pág. 353). Las consideraciones sobre los fines de la pena muestran la ascendencia antigua de nuestro correccionalismo, aunque estos pensamientos estuvieron muy alejados de la realidad. "Gobernar atemorizando" pudiera haber sido a juicio del autor una "empresa" o "emblema" de la monarquía (pág. 356). La proporcionalidad entre el delito y la pena, defendida por los teóricos, no preocupa en la legislación (pág. 359). En las últimas décadas del XVIII "el afán de lograr una política penal justa y acertada invadió a todos los altos funcionarios de la Monarquía" (pág. 365). La publicidad en la ejecución, siempre que la permitiera la índole de la pena se estimaba requisito indispensable para conseguir los efectos intimidativos buscados (págs. 368 ss.). A mediados del siglo XVIII "los jueces rechazan por antiguas y medievales muchas penas establecidas por leyes formalmente vigentes". Aparece así un factor más de arbitrio judicial, al lado de los muchos casos en que la pena quedaba indeterminada en la propia ley (pág. 378). Las clases de penas son estudiadas someramente (págs. 381 ss.). Echo de menos la referencia al desmembramiento por cuatro caballos, que se menciona para un caso de traición

(25 julio 1635) en la *Selección de los Relatos diversos de cartas de jesuitas* debida a José María de Cossío (Colec. Austral, 2.^a ed. 1954, página 41). Es interesante notar que la práctica vigente en orden a la transmisión de las penas pecuniarias impuestas cuando el reo moría después de dictada la sentencia condenatoria se ha conservado en nuestra legislación hasta el Código de 1932. El indulto real y otras instituciones afines, como la clemencia judicial (págs. 397 ss.), ofrecen el contrapunto a la desmedida severidad. Aparte de la frecuencia de indultos generales, se otorgaban en la práctica indultos particulares aunque no concurrieran especiales causas que abonasen su concesión (pág. 403).

Deliberadamente he dejado para el final el apartado que consagra a las formas más frecuentes de la delincuencia (págs. 243 ss.), porque en realidad se trata de un bosquejo de historia de la criminología en el que se advierte la frecuencia de los homicidios (págs. 246 ss.), que corre paralela a la de los delitos contra la propiedad (páginas 248 ss) inútilmente perseguidos por una legislación progresivamente endurecida. El bandolerismo es objeto de consideración separada (páginas 259 ss.). No existió en Castilla durante el XVI (pág. 262) ni durante los primeros veinte o treinta años del XVII. Se presenta hacia el año 1635 y crece desde entonces (pág. 264), con una segunda explosión en Andalucía hacia 1780 (pág. 167), llegando a constituir un grave problema.

La obra de Tomás y Valiente, hecha con rigor y honestidad científica, basada en una ingente cantidad de materiales en gran parte inéditos, resume excelentemente un gran cúmulo de cuestiones que están demandando un tratamiento monográfico. Su mérito sobresaliente estriba, sobre todo, en haber tenido que suplir no sólo la falta de aportaciones bibliográficas, sino la ausencia de colecciones de causas célebres, que, como la famosa de Gayot de Pitaval, *Causes celebres et interessantes avec les jugemens qui les ont décidées*, París, 1734 y siguientes, proporcionan para otros países un material copioso y fácil de consultar sobre la práctica en la administración de justicia penal durante el imperio de la monarquía absoluta. Los penalistas no podemos por menos de manifestarle nuestra gratitud por haber asumido la tarea de profundizar en la historia del Derecho penal español, única vía por la que podremos llegar a explicarnos tantas peculiaridades como presenta hoy frente al resto del Derecho europeo.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA