

que incluye dentro del tercer grupo, haciendo un detallado examen de su problemática.

El libro viene acompañado de un abundante y seleccionado material bibliográfico, cuidadosamente clasificado por materias, con referencias también a la bibliografía extranjera.

En definitiva, un buen libro, de especial valor para el práctico, y cuyo contenido no desmerece su magnífica impresión y presentación.

Francisco MUÑOZ CONDE

Profesor Adjunto de Derecho penal
en la Universidad de Sevilla

TOMAS Y VALIENTE, Francisco: «El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII». Editorial Teenos, Madrid, 1969; 570 páginas.

Decía el sabio profesor D. Laureano Díaz Canseco (aunque con otras palabras mejor dichas), que así como el geólogo aprende en el corte de un terreno su formación, el jurista estudiando la formación de las instituciones a través de la historia, llega a comprender su composición actual. Esto es particularmente cierto respecto a nuestro Código penal, nacido en 1848, cuyos principios procedían de la Ilustración, como en general, todo el Derecho penal contemporáneo. Mas para comprender lo que significa éste y aquélla es indispensable contemplar el cuadro del antiguo régimen, pues sólo así conoceremos la importancia de la reacción operada, los elementos conservados y aquellos atávicos que a veces nos sorprenden con su salto hacia atrás. Pero el interés del jurista por la historia no le autoriza a redactarla por sí mismo; si acaso, puede aventurarse como aficionado en lo contemporáneo, cuyas fuentes están a la mano del no especialista; pero más allá, únicamente pueden penetrar quienes manejen los medios técnicos necesarios para estudiar las fuentes.

Sobre temas penalistas de lo que se ha llamado el antiguo régimen, han sido publicadas en España algunas monografías. Eran, desde luego, muy incompletas y faltaba la presentación del conjunto. Estas deficiencias son remediadas por TOMÁS Y VALIENTE con sus extensas investigaciones, con su poderosa intuición para relacionar los hechos investigados y averiguar a través de los síntomas los caracteres de la época.

En la introducción justifica el tratado conjunto de los tres siglos por ser idéntica la legislación y los conceptos fundamentales. Nos declara también las limitaciones: se detiene en 1808 no obstante los períodos absolutistas posteriores a esa fecha; se concreta al derecho castellano; y, sin perjuicio de ocasionales alusiones, deja a un lado el Santo Oficio. Es mucho el contenido del libro en proporción a su volumen para exigir más. Por otra parte, el autor nos compensa al decir emprendidos ya estudios sobre el Derecho valenciano.

En el capítulo sobre «La Ley penal real», hace el elogio de los Reyes

Católicos, que legislaron mucho y coherentemente; se enfrentaron, mediante campaña semijudicial, semimilitar, con nobles sospechosos de cobijar melhehores; enviaron visitadores para vigilar el comportamiento de los corregidores, y se esforzaron para lograr la general obediencia a todo oficial de la Justicia real. E incluso, los muy católicos Reyes «expulsaron de Castilla a clérigos enemigos del poder y de la Justicia real» (pág. 30). El último aspecto de la política penal de este reinado es el relativo a la Hermandad nueva de 1496, creada a petición de las Cortes de Madrigal, para evitar delitos que se cometen en yermos y despoblados. Institución que, a la vez de su eficacia policial y jurisdiccional, tenía una vertiente militar; por lo que después de la conquista de Granada su decadencia fue inmediata. La represión que siguió a la guerra de las Comunidades y los decenios de relativa prosperidad económica a mediados del siglo, creó un justificado temor al poder real, y, por ello, en las Relaciones topográficas de Felipe II se observa escasa delincuencia (pág. 43); pero la situación de mayor delincuencia, más abusos en los encargados de combatirla y menos respeto a la legislación real se acentuó claramente hacia 1530 y, desde entonces, hasta la segunda mitad del siglo XVIII todo fue de mal en peor. El período coincide con la «trágica crisis de la economía castellana». La venganza privada y su forma de manifestación en el duelo es extensamente relatada (págs. 40 y sigs.). Y se termina el capítulo sobre la Ley penal real con el estudio sobre el perdón del ofendido, ya tratado por T. Y VALIENTE en un artículo publicado en el «Anuario de Historia del Derecho», que fue reseñado en esta revista (1967, fasc. III).

El capítulo sobre la Jurisprudencia penal y sus supuestos ideológicos es, a mi modo de ver, el más meritorio por la extensión de conocimientos en la literatura jurídica nacional y extranjera, señalando las influencias de ésta en aquélla. Carácter fundamental de la época es en España el teologismo, o sea, el tenso clima religioso y el control del mismo por los teólogos. La influencia de éstos fue más allá del ambiente jurisdiccional de la Inquisición; todo el pensamiento filosófico jurídico español de los siglos XVI y XVII parte de unos supuestos teológicos que le dan coherencia y unidad. Era doctrina general entre nuestros teólogos y filósofos la afirmación de la obligatoriedad en conciencia de la ley penal justa, doctrina con que los teólogos prestaban un señalado servicio al poder real (pág. 87). Uno de los elementos integrantes de la noción de delito durante los siglos XVI, XVII y parte del XVIII es la idea de pecado, y los juristas no fueron ajenos a la doctrina de los moralistas. Pero éstos no hicieron Jurisprudencia propiamente dicha. A TOMÁS Y VALIENTE le parece exagerado y carente de sentido histórico la calificación frecuentemente otorgada a Alfonso de Castro de fundador de la ciencia del Derecho penal (pág. 91). Tal presencia de los teólogos en lugar preferente quiebra en el siglo XVIII con la Ilustración.

Pasando concretamente a la Ciencia jurídico-penal propiamente dicha se acusa en la Jurisprudencia castellana, la mayor influencia del *mos italicus* o bartolismo, caracterizado por la llamada Jurisprudencia consiliar, elaborada del problema real, concreto e inmediato (método que permite la comparación con la moderna Jurisprudencia de intereses o como ciencia de problemas y saber elaborado inductivamente (al modo de Viehweg). Por el contrario,

las más destacadas figuras del *mos gallicus* se caracterizan por la meditada sistematización interna de la materia estudiada. En Tiberio Deciano culmina la jurisprudencia penal del humanismo; pero el humanismo entre los juristas castellanos del siglo xvi fue escaso. Hubo sólo dos juristas humanistas españoles: Antonio Agustín y Diego Covarrubias. El último, hombre de foro y de gobierno, se ocupó con cierta frecuencia de la esfera penal; pero nunca con una visión general ni preocupación sistematizadora (página 123).

El período de mayor florecimiento de la Jurisprudencia en Castilla (más concretamente localizado en Salamanca), se produce entre 1550 y 1570, aproximadamente. En 1552 publica Antonio Gómez «acaso el mayor penalista castellano durante varios siglos», sus *Variarum resolutionum juris civilis, communis et regie libri III*; el último de los cuales está dedicado por entero a la materia penal. «A mi modo de ver —dice T. Y VALENTE— el libro III de las *Variae resolutionum* es la obra más completa de la literatura castellana de lo que podríamos llamar *mos italicum* español. Se convirtió en una autoridad por nadie superada y sólo igualada por Gregorio López y Covarrubias probablemente». En 1554 escribió Covarrubias su Comentario a la Constitución *Si furiosus* de Clemente V, quizás su más importante estudio penal. «Una vez más, y en esta ocasión de modo muy directo, se pone de manifiesto la personalidad de este jurista castellano a media distancia entre el estilo italiano y del humanismo jurídico. Cronológicamente después de los autores castellanos comentados (y otros de que prescindimos en razón a la brevedad), aparecieron en Italia dos notables penalistas, también fieles a la técnica del *mos italicus*: Claro y Farinacio, citados por los autores castellanos, corriendo pareja la fama de ambos. Ahora bien, ¿qué valor o fuerza para obligar tenía la doctrina de los autores? Los doctores del *mos italicus* estudiaban el *jus commune romanorum*. Pero estas leyes romanas no tenían vigencia en Castilla; el orden de prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá no las mencionaba. Sin embargo, desde la creación de las Universidades en el siglo xiii quedó abierta una puerta por la que penetró el Derecho romano canónico. La abusiva alegación en juicio obligó a Juan II y a los Reyes Católicos a limitar tales alegaciones, pero con poco éxito. Contra esta situación se reaccionó en el siglo xvii y, quizá, ya desde finales del xvi. Desde principios del xvii todos los libros prácticos en materia procesal se escriben en castellano y reducen las citas de los autores. Dentro de esta línea, es de gran interés la *Política de Corregidores* de Castillo de Bovadilla, corregidor que fue durante más de veinte años. En la realidad jurídica castellana se daban tres planos: el del Derecho común, seguido cada vez con menos vitalidad por los juristas letrados; el de la práctica judicial, abandonado en muchos lugares a la práctica local; y el del Derecho real. Desde los años centrales del siglo xviii, los juristas teóricos y prácticos castellanos radicalizan esta posición. Sentimos no poder ser más explícitos, pero sirva este apretado e incompleto resumen de recomendación a los lectores para recomendar la lectura de un capítulo esclarecedor de lo que antes aparecía a nuestros ojos como una situación embrollada.

El capítulo tercero, dedicado a «El proceso penal», nos da un cuadro

desconsolador sobre el estado de la Administración de Justicia en aquella época. El capítulo es extenso y debelador de tópicos optimistas. Concluye el capítulo con las siguientes notas, que aquí publicamos, claro está, en forma resumida. He aquí los defectos: falta de imparcialidad del juez, no sólo por ser instructor y juzgador él mismo, sino por su participación en el reparto de las penas pecuniarias; orientación de las pruebas en pos de la condenación, no hay presunción de inocencia sino más bien de culpabilidad del sospechoso; inferioridad procesal del reo, pues la confesión es prueba decisiva, pero no la protesta de inocencia del reo antes confeso en la tortura; reducción de las garantías probatorias para ciertos delitos graves; excesivo arbitrio de los jueces, quienes podían aplicar las llamadas penas arbitrarias; falta de justificación en las sentencias; libertad de aplicación e interpretación del Derecho real, la cual se traducía en aplicar las doctrinas de los autores o de la práctica local; confusa estructuración de la Justicia penal entorpeciendo mutuamente las diversas Jurisdicciones.

En el capítulo relativo al delito, se nos muestra la falta de teoría general, la indeterminación de los tipos, la confusión entre lo penal y lo gubernativo por falta de división de poderes, ejerciendo los Corregidores las funciones de juez ordinario y de autoridad administrativa.

La identificación entre pecado y delito se observaba, claro está, en el Santo Oficio, pero también en la jurisdicción ordinaria, donde se acostumbraba a identificar delito grave y pecado mortal. A este respecto, es curiosa la pragmática de Felipe II, llamada del pan; donde el rey declaraba «nuestra intención y voluntad de que esta ley obligue en conciencia» (página 222). Delito y pecado —dice TOMÁS Y VALIENTE— eran realidades más que paralelas, convergentes (pág. 331). El pecado delito que más horrorizaba, era la sodomía castigada con la muerte en el fuego por ser transgresión terrible del orden natural impuesto por Dios. Como contraste, en el homicidio no se daba siempre la concordancia entre la ley moral y la jurídica, y lo mismo puede decirse del hurto, pues los delitos contra la moral sexual eran los únicos llamados pecados porque en ellos predominaba la ofensa a Dios. Por el contrario, en el siglo XVIII hay una menor sensibilidad al aspecto moral de los delitos y se cuenta en primer término el daño común y la vindicta pública.

De gran importancia criminológica es el apartado tercero del capítulo sobre el delito, apartado consagrado a las formas más frecuentes. El autor cree conveniente subrayar el fenómeno «poco aireado por los historiadores, más atentos a contar las glorias del imperio y las literarias del siglo de oro». «Entre gloria y gloria han quedado en la penumbra las miserias, crímenes y violencias que nos han transmitido los cronistas del barroco». Estos testimonios y el examen por el autor de multitud de procesos, le permiten anotar que «el homicidio fue delito corrientísimo... y que la delincuencia contra la propiedad corriera paralela o concurrentemente». Siempre es difícil combatir la delincuencia cuando no se distinguen las causas sociales y económicas que la producen. Por otra parte, desde la decadencia de la Santa Hermandad nueva, la Corona careció de instrumento eficaz para reprimir el bandidaje rural (pág. 249). Numerosas son las citas recogidas sobre robos y cuadrillas de ladrones que infestaban Madrid y también sobre

el bandolerismo. Pero el bandolerismo amparado por la aristocracia rural había sido combatido por los Reyes Católicos, y el campo castellano no volvió a sufrir esta plaga durante el siglo xvi. No así en Cataluña, a juzgar por una pragmática de Carlos I. Más adelante, otra famosa de Felipe IV con penas durísimas muestra la generalización de la plaga en sus Reinos. En tiempos posteriores en el siglo xviii, parece que las intenciones reales para el establecimiento de las nuevas poblaciones de Sierra Morena fueron proteger la carretera general de Andalucía.

En cuanto al sujeto del delito, se encontraron en España (como en otros países), atribuciones de responsabilidad en procesos contra animales. Generalmente respondían los hombres por hechos propios (aunque también se señalan ejemplos de responsabilidad colectiva). En algún caso se dan lo que los italianos llaman infracciones de sospecha; en los tiempos a que el libro se refiere tenemos ejemplo tan notable como el de hacer responsable de homicidio al dueño de una casa si en ella se encontraba la víctima de un homicidio y el dueño no podía probar quién había sido el autor.

Las Partidas distinguieron las formas y límites de la culpabilidad empleando para designar lo hoy llamado dolo con los términos «de grado», «maliciosamente», «a sabiendas», como también los de «imprudencia» y «por ocasión», para aludir —según parece— a lo hoy designado como culpa y caso fortuito. Adoptados luego por nuestro Código de 1848 (que evitaba el término hoy usual de dolo y sólo en ocasiones utilizó los de intención y culpa), ha dado pretexto al ingenio de nuestros dogmáticos para ver especies de culpabilidad en lo que sólo era imprecisión técnica y abundancia de vocabulario.

La condición vil o hidalga del delincuente era elemento esencial para aplicar o no la tortura, influyendo también en la aplicación y ejecución de las penas; salvo en casos excepcionales como la conocida pragmática de Felipe V para los hurtos en Madrid; que debió contribuir a los movimientos emigratorios de la delincuencia.

Bajo el epígrafe «Principio de graduación de la responsabilidad y de la pena por la valoración de calidades personales, modos de ejecución o accidentes concurrentes a la misma», trata de varias materias como ya hace suponer tan dilatado epígrafe. Entresacamos la legítima defensa, referida al homicidio hasta el punto de llamar al realizado en legítima defensa homicidio justo. También se admitió la legítima defensa para protegerse contra el ladrón nocturno. En cuanto al diurno, se debe —según Gregorio López— intentar la captura pidiendo ayuda a voces, pero si nadie acude y el ladrón va armado, es lícito matarlo. Es curioso el salto atrás dado por nuestro Código penal vigente, pues mientras el del 48 y el del 70 admitían la legítima defensa de la persona o bienes sin distinción en las circunstancias, el actual impone restricciones análogas a las del antiguo régimen. De las agarvantes importa anotar que la reincidencia era enfocada siempre en relación con el mismo delito, y la pena impuesta a quien delinquiera por tercera vez en el mismo delito era incomparablemente más grave que la asignada al delito. Para conseguir la identificación se acudía a la marca.

La alevosía (de origen germánico, y subsistente en los Fueros), también aparece en los procesos examinados por TOMÁS Y VALIENTE.

No son abundantes tampoco ni interesantes los conceptos abstractos de la pena. El fin correccional aparece desde Alfonso de Castro hasta Larizábal y Jovellanos, si bien era —al decir acertado del autor cuyo libro comentamos—, «un piadoso deseo o un proyecto a largo plazo». Menguadas realizaciones fueron la Galera de mujeres en el siglo XVII y los Hospicios del XVIII. Las penas significaron escarmiento y ejemplo. «Gobernar atemorizando» podía ser empresa o emblema de la monarquía absoluta; «pero el miedo no es freno suficiente —añade T. y V.— cuando las causas sociales no se corregían» (pág. 357). Glosemos que la razón principal quizás del rigor fuera la impunidad de la mayor parte de los delitos —en mayor proporción todavía que ahora— por la insuficiencia de la organización policiaca y judicial; de donde la ejemplaridad no conseguida por la frecuencia de los castigos, se buscaba mediante el espectáculo de la crueldad. La utilidad obró como elemento moderador: así, al sustituir las penas corporales por la de galeras o de obras públicas. Y también se puede mencionar como fin utilitario obtener dinero para la Hacienda real.

Muy curiosa es la campaña sostenida por la Sala de Alcaldes contra las penas acostumbradas en el estupro, que se resumen así: el estuprador podía casarse, o dotar o ser preso, a su elección. La Sala afirma que deben evitarse las seducciones de las jóvenes astutas que atraen a los incautos jóvenes. Y el criterio de la Sala fue abriéndose paso aunque no llegara a obtener un triunfo completo.

En la época de la Ilustración invadió a todos los altos funcionarios de la Monarquía el afán por la moderación de las penas. Meléndez Valdés aconsejaba al juez que mirase a los delincuentes con respeto y humanidad, «que castigue llorando y como a pesar suyo». Finalmente, se señala la confusión de poderes en la cúspide siendo los reyes capaces de utilizar a los jueces como instrumentos políticos. Y el desmesurado arbitrio judicial: había leyes que dejaban la pena indeterminada, siendo el juez quien a su arbitrio la había de imponer en cada caso. Un pasaje del antiguo corregidor Castillo de Bobadilla reconoce explícitamente cómo el exceso del arbitrio judicial iba en contra del monopolio real para la creación del Derecho.

En la reflexión final del catedrático de Salamanca, muestra su fina sensibilidad al decirnos como impresión dominante que se desprende del libro: «demasiada violencia. Y quién desata esta violencia: ¿el criminal, la sociedad, el legislador? El problema es viejo y nuevo, pasado y actual».

Dada la insuficiencia de las leyes y el arbitrio judicial desmedido, sólo se puede tener imagen verdadera de la Justicia penal en aquellos tiempos mediante el estudio de los documentos. Por ello, en los Apéndices se nos dan algunos de los muchos, sin duda, consultados.

La obra reseñada ha iluminado una zona, antes oscura, en la historia del Derecho penal español. Si por ser la época antecedente a la de las luces en que se engendraron la mayor parte de los principios del Derecho penal actual (en el cual se dan, además, supervivencias y retrocesos), debe ser leída y meditada por los penalistas. También los militantes en la historia general han de aprender en ella. Estos no deben olvidar que la crimina-

lidad y la legislación represiva son características de un régimen, de una época. Y termino agradeciendo al catedrático TOMÁS Y VALIENTE los buenos ratos proporcionados por la lectura de una obra que tanto nos enseña, y en la cual brillan facultades de escritor ameno, raras veces compaginadas con las de eruditos investigadores.

JOSÉ ANTÓN ONECA

ZAMPETTI, Pier Luigi: «*Il finalismo nel Diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico*». Giuffrè, Milano, 1969; 147 págs.

El amplio elenco de recientes publicaciones que, de una u otra forma, abordan con sentido crítico la doctrina del finalismo en el ámbito del Derecho penal —cuyo más puro representante tal vez sea su introductor HANS WELZEL—, en que se inordinan las conocidas aportaciones de Armin KAUFMANN (1), SUÁREZ MONTES (2), STRATENWERTH (3), CEREZO (4), MAIHOFFER (5), EMGISCH (6), ROXIN (7), HARDWIG (8) y LAMPE (9), entre las más relevantes, se ve enriquecido con el presente estudio monográfico debido al actualmente Profesor ordinario de la Universidad de Trieste, quien ahora nos presenta una de sus obras más acabadas (10), sobre el tema quizá de mayor relieve en la dogmática jurídico-penal actual.

El planteamiento de la cuestión del finalismo —en orden a una concepción personalista del ordenamiento jurídico— y la toma de posición adopta-

(1) KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.

Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959.

(2) SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963.

(3) STRATENWERTH, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957.

Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Schw. ZSt., 1963, págs. 233 y sigs.

(4) CEREZO MIR, José, Versión castellana y Notas a *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964.

(5) MAIHOFFER, Werner, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit. Die sog. vier Masstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre*, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 70, 1958. *Der soziale Handlungsbegriff*, Fest. für Eberhard SCHMIDT, Göttingen, 1961, págs. 156 y sigs.

(6) ENGISCH, Karl, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht*, Fest. für Eb. SCHMIDT, Göttingen, 1961, págs. 90 y sigs.

(7) ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en la *ZStW.* 74, 1962, págs. 515 y sigs.

(8) HARDWIG, Werner, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikte*, *ZStW.* 76, 1964. *Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, *ZStW.* 78, 1966.

(9) LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967.

(10) Entre las últimas publicaciones de ZAMPETTI se encuentran *Il problema della conoscenza giuridica*, Milano, 1953; *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, 1956; *Il problema della giustizia nel protestantismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1962; *Dello Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, 1965.