

Estratto da

“Panta rei”

Studi dedicati a Manlio Bellomo

a cura di

Orazio Condorelli

Tomo III

Il Cigno Edizioni
Roma 2004

El “ius commune” en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo

1. *Derecho penal antiguo versus derecho penal codificado: un tópico historiográfico*

La historia del Derecho penal, uno de los campos más descuidados hasta hace bien poco por la historiografía española – tanto por historiadores como por juristas –, ha experimentado un notable avance en los últimos años, traducido en la publicación de diversos estudios que auguran sin duda alguna una nueva etapa para este – hasta ayer – postergado ámbito historiográfico.

El actual resurgimiento del interés por la tradición penal no es un fenómeno aislado del entorno español, sino que se ha dejado notar también – y no poco – en muchos otros países europeos como Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, por consignar algunos ejemplos de los que tengo mejor noticia. No sabría dar buena cuenta de los motivos de esta nueva tendencia historiográfica en Europa, pero es un hecho evidente e indiscutible, por poco que uno siga mínimamente la historiografía penal de los últimos tres lustros en todos estos países.

Es posible que, actualmente, este interés experimente un nuevo impulso a la vista de las diversas reivindicaciones encaminadas a la unificación del Derecho penal europeo. Como es sabido, el Derecho penal, tradicionalmente excluido del fenómeno de integración que se vive en Europa, comienza a ser objeto de un fuerte intento de unificación a través de un proyecto de "mini código penal europeo" denominado *Corpus Iuris* que se circunscribe a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Pero esto no es todo. En los últimos meses, algunos Gobiernos europeos llegaron incluso a plantearse la conveniencia de promulgar un Código penal europeo que, yendo más allá de los aspectos meramente financieros, se ocupara también de la regula-

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Edición crítica de las Partidas III-V de Alfonso X El Sabio” (BJU2001-487), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación) y dirigido por el Prof. Dr. Antonio Pérez Martín, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones, y Director del Instituto de Derecho Común Europeo (Universidad de Murcia).

ción y castigo de determinadas conductas delictivas como el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de seres humanos o los abusos a menores¹.

Consignar de entrada – y sin ambages – el resurgimiento de la historiografía penal en los últimos años presupone reconocer su descuido a lo largo de varias décadas. Las causas de tal descuido son variadas. A nuestro juicio, la escasa atención prestada a la historia del Derecho español se debe a diversos motivos, algunos bien conocidos, otros menos claros o evidentes. Por una parte, resulta bien sabida la evolución experimentada por la historiografía jurídica española por cuanto respecta a los ámbitos temáticos en los que ha centrado su atención, esto es, la inicial preferencia por los estudios sobre las fuentes e instituciones político-administrativas frente a las privadas, penales y procesales, y entre éstas, la prioridad de las privadas frente a las penales y procesales.

Existen, por otra parte, otros factores que han propiciado el descuido del que venimos hablando, y sobre los que ya nos hemos ocupado en diversas ocasiones². No es necesario, pues, insistir de nuevo en ellos. Tan sólo diremos, resumiendo algunas ideas ya apuntadas, que la escasa atención prestada a nuestra tradición tiene que ver, entre otros factores, con la errónea interpretación que identifica el Derecho penal del Antiguo Régimen con su legislación más cruel y anacrónica, así como con la tópica visión de la Codificación como completa ruptura con la tradición penal del Antiguo Régimen, desafortunadas –por reduccionistas– interpretaciones que hundan sus raíces en algunos prejuicios y carencias metodológicas con las que la historiografía penal española – y parte de la europea – ha afrontado el estudio de la tradición penal.

Un estudio de lo que en realidad fue el Derecho penal de los siglos modernos requiere necesariamente el manejo y análisis de las fuentes doctrinales, es decir, de las aportaciones en materia criminal de nuestros juristas (civilistas y canonistas) del *ius commune*. La reconstrucción de la tradición penal en base a la ciencia del *ius commune* no sólo revela a las claras el desacierto

¹ En este sentido – y a título de ejemplo –, a finales de noviembre de 2002 el Gobierno español propuso en la Convención encargada de diseñar la reforma de la Unión Europea la elaboración de un Código Penal europeo que tipifique y, en consecuencia, se castiguen y se persigan por igual determinados delitos de una cierta gravedad, como el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de seres humanos o los abusos a menores. El documento sobre la creación de un espacio común de libertad y seguridad en la Unión Europea, presentado por la Ministra de Asuntos Exteriores española, en un principio fue aceptado en casi su totalidad por la presidencia de la Convención.

² A. Masferrer Domingo, 'La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistóricopenales de carácter metodológico', *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001) 439-471; al respecto véase también mi reciente estudio monográfico: *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*. Prólogo de J. Sainz Guerra (Universidad de Jaén, 2003).

de reducir el Derecho penal del Antiguo Régimen a la vigencia oficial de su legislación, sino que también sale al paso de la infundada interpretación de ruptura entre el Derecho y la ciencia penal del Antiguo Régimen y el codificado.

Las consecuencias de la línea historiográfica que ha incurrido en el reduccionismo de identificar el Derecho penal del Antiguo Régimen con su legislación más cruel y anacrónica permanecen presentes todavía en nuestros días. No obstante, téngase en cuenta que este enfoque historiográfico en buena medida se origina en el propio pensamiento ilustrado, en pleno Siglo de las Luces, pues sin duda nadie más que éste estaba interesado en presentar, del Derecho penal antiguo, la parte más oscura y cruel.

Vistas así las cosas, ¿qué interés puede despertar el estudio de una tradición penal rancia y barbárica, que más tarde nada tuvo que ver con el Derecho penal codificado, signo y emblema de la modernidad heredada del pensamiento ilustrado? Admito que quizás estoy exagerando un poco, pero no mucho.

Resulta indiscutible la existencia de una ruptura en determinados aspectos entre el Derecho penal del Antiguo Régimen y el codificado. Pero tal ruptura no es omnicompreensiva. De no ser así – tal como se ha dado a entender por una parte de la historiografía –, ciertamente carecería de sentido –al menos, según el parecer de algunos – interesarse por la tradición penal antigua, al tiempo que se colocan los orígenes del Derecho y ciencia penales a partir de Beccaria, cayendo entonces en uno de los lugares comunes más extendidos y erróneos de la historiografía penal.

Es forzoso reconocer la crisis en la que se encontraba la ciencia y doctrina penales del Antiguo Régimen, así como la existencia de cierta legislación penal excesivamente cruel en los albores del periodo codificador. En este contexto, las críticas y reivindicaciones del pensamiento ilustrado, ansioso de una reforma del Derecho penal más humanizador y secularizado, no tardaron en surgir efecto en el campo político, merced a una serie de reformas políticas que marcaron una ruptura con el sistema penal y procesal del Antiguo Régimen. Prueba de ello es la reforma llevada a cabo por las Cortes de Cádiz, positivizada finalmente en los artículos 303, 304 y 305 de la Constitución gaditana, merced a los cuales se abolió la tortura, la confiscación de bienes y el efecto trascendente de las penas.

En este sentido, pues, resulta indiscutible la ruptura producida por tales reformas político-penales llevadas a cabo con anterioridad al proceso codificador en relación a la tradición penal del Antiguo Régimen. Pero la Codificación llevada a cabo con posterioridad a tales reformas, ¿supuso también una ruptura o tan sólo una reforma? ¿Recogió el proceso codificador ciertos elementos de la tradición? ¿Cuáles y de qué manera? ¿Puede hablarse en determinados aspectos de un cierto continuismo del Derecho penal codificado con respecto a la tradición penal del Antiguo Régimen? ¿Hasta qué punto el conocido “mito de Beccaria” trajo consigo en la doctrina penal el “mito de Codificación”?

La conexión entre Derecho penal y poder político reviste un interés particular para el estudio y comprensión de la reforma penal llevada a cabo preci-

samente en el marco de una coyuntura política de cambio y revolución. Algunos de los principales trazos característicos tanto del Derecho penal del Antiguo Régimen como del periodo codificador encuentran su explicación y razón de ser en el distinto contexto político en el que ambos sistemas jurídico-penales se insertan.

Si esto es así, el que algunos principios básicos de la ciencia penal del Antiguo Régimen fueran sustituidos por otros de cuño liberal, dando así origen a una moderna ciencia penal, no nos permite emitir un juicio general despectivo de la tradición anterior, no sólo desde una perspectiva meramente valorativa, sino también en cuanto a la posible permanencia de elementos que probablemente provienen de la Ciencia europea del Derecho común, y que, en ocasiones tan sólo con otra orientación y método, se introdujeron en la Codificación, permaneciendo algunos de ellos todavía actualmente en vigor. En teoría – y de entrada –, a nadie se le ocurre negar la confluencia de elementos tradicionales y reformistas en el proceso codificador. En la práctica, la historiografía apenas ha logrado ofrecer del movimiento codificador una visión distinta a la sostenida por los propios reformistas de los siglos XVIII y XIX, según la cual la Codificación suponía una completa ruptura con Derecho penal antiguo.

No se trata de adoptar una postura nostálgica y de conmisericordia por lo antiguo, sino de no conformarse con una visión excesivamente reduccionista de la empresa codificadora. La realidad fue un tanto más compleja³. En cualquier caso, queda mucho por hacer. En esta línea u orientación metodológica casi podría decirse que está casi todo por hacer, habida cuenta de que los presupuestos sobre los que en ocasiones se ha partido han impedido el planteamiento de estas cuestiones, al tiempo que determinados estudios, carentes del rigor metodológico deseable, han venido a confirmar y ratificar esta tópica idea de total ruptura entre el Derecho penal anterior y posterior al movimiento codificador.

³ Véase Masferrer Domingo, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado en la nota 2; a mi juicio, en este punto es preciso distinguir dos niveles o etapas bien diferenciadas: 1) el de la estrecha relación existente entre pensamiento ilustrado, revolución liberal y reforma de los principios político-penales; y 2) el de la reforma propiamente penal. El primer nivel se refiere a los postulados político-penales fundamentales del pensamiento ilustrado, cuya realización efectiva se hizo posible por razones de carácter político, pues de no haber prosperado el movimiento político reformista, probablemente tales principios político-penales tampoco hubieran llegado a buen puerto. Ciertamente, aquí sí resultaría congruente hablar de ruptura entre el orden antiguo y el nuevo, fiel reflejo de dos sistemas políticos completamente distintos, por no decir incluso – por lo menos, en ciertos aspectos – antagónicos. El segundo, de contenido o naturaleza estrictamente científica, concierne a la reforma propiamente penal, es decir, la reflejada tanto por la doctrina como por el contenido de los mismos Códigos. Y en ese otro nivel apenas puede hablarse de ruptura, pues en algunos aspectos no hay más que una reforma, y en otros incluso puede hallarse un cierto continuismo con la tradición de la Ciencia del Derecho común.

Cuando se abusa excesivamente de las expresiones “ruptura” y “reforma completa” para describir el tránsito del Derecho penal del Antiguo Régimen al codificado, ¿no será que a falta de estudios rigurosos sobre la evolución histórica de las instituciones penales – desde su origen hasta el periodo codificador –, se cae inevitablemente en el tópico y lugar común por todos conocido? Con razón señaló Lalinde hace ya unos años que en la historiografía española carecemos de estudios serios que analicen la historia de los conceptos jurídico-penales hasta la Codificación⁴. Cada vez estoy más convencido de que éste es el único camino para salir de esa pobre y tópica visión de nuestra Codificación penal. Por otra parte, algunos trabajos, al estudiar determinadas instituciones hasta este periodo, ya ofrecen una imagen más real y concreta de esta interesante cuestión, según tendremos ocasión de ver.

Probablemente el manejo de tales estudios nos proporcionaría una visión que deslindara del proceso codificador entre los aspectos más innovadores y reformistas, y los provenientes de la tradición anterior. Bien podría ser éste el punto de partida para una posterior línea de investigación, que de llevarse a término, podría resultar enormemente fructífera, pues, al ofrecernos una visión distinta, exigiría una revisión de esta cuestión. No es extraño, pues, que la historiografía penal francesa de los últimos años, poniendo en tela de juicio los “postulados intocables” de la Codificación penal decimonónica, se hayan atrevido a estudiar, discutir y, en su caso, reinterpretar lo que hasta ahora parecía indiscutible.

En efecto, estudiosos franceses de la talla científica de Martinage, Rousseaux, Dupont-Bouchat, Schnapper, Carbasse, Cartuyvels, Delmas Saint-Hilaire, Lascoumes y Poncela, por citar algunos, se han adentrado sin tapujos en el análisis de la Codificación penal desde la tríada “ruptura-reformismo-continuidad”⁵.

⁴ J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona 1983) 671.

⁵ Sobre esta cuestión, véase A. Masferrer Domingo, ‘Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo’, *AHDE* 73 (2003) 407-424; en efecto, el discurso ruptura-reformismo-continuidad llevado a cabo por la doctrina francesa no sólo se ha llevado a cabo para intentar valorar en su justa medida lo que supuso el Derecho penal de la Codificación frente al existente en el Antiguo Régimen, sino que también se ha empleado para ponderar la relación entre el Código de 1791 y el de 1810; sobre esta cuestión, véanse los trabajos de R. Martinage, ‘Les innovations des constituants en matière de répression’, *Une autre justice. Contributions à l’histoire de la justice sous la Révolution française*, dir. Robert Badinter (Fayard 1989) 105-126; del mismo autor, ‘Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791’, *La révolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou scandale? Actes du colloque d’Orléans (11-13 septembre 1986)* I (Orléans 1988) 15-29; y finalmente, *Punir le crime. La répression judiciaire depuis le code pénal* (Villeneuve-d’Ascq 1989); X. Rousseaux / M.-S. Dupont-Bouchat, ‘Révolutions et justice pénale. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)’, *Revolutions et justice en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780-1830)* (L’Harmattan 1999) 9-15; B. Schnapper, ‘Les Systèmes répressifs français de 1789 a 1815’, *Revolutions et justice en Europe. Modèles français et traditions*

Aunque en menor medida, también la historiografía penal alemana de finales de los noventa ha empezado a ocuparse de esta cuestión⁶.

Ciertamente, quizás no cabe calificar de “feliz coincidencia” el resurgimiento del interés por la tradición penal con el replanteamiento o reinterpretación del fenómeno codificador, merced al cual, atendiendo tanto a los aspectos de ruptura entre uno y otro sistema, como al legado del Derecho y ciencia penal del Antiguo Régimen recogido por la Codificación, se resalten también los elementos de continuismo y de mero reformismo.

Si al actual contexto de resurgimiento del interés por la materia penal se le añade la voluntad política de una posible unificación del Derecho penal europeo, no parece desmesurado ni exagerado augurar una nueva y prometedora etapa para este campo historiográfico.

Así como buena parte de la doctrina iusprivatística europea sostiene la conveniencia del elemento histórico y comparado para llevar a buen puerto el

nationales (1780-1830) (L'Harmattan 1999) 17-35; del mismo autor, *Voies nouvelles en histoire du droit. La Justice, la famille, la répression pénale (XVIème- Xxème siècles)* (Paris 1991); J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal* (Paris 1990) [y su versión más ampliada y actualizada: *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (Paris 2000)]; del mismo autor, ‘Le droit pénal dans la Déclaration des droits’, *Droits: Revue française de théorie juridique* VIII (1988) 123-134; y finalmente, ‘État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810’, *All'ombra dell'Aquila Imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802-1814). Atti del convegno, Torino 15-18 ottobre 1990* I (Roma 1994) 313-333; M. Villey, ‘Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique’, *Archives de philosophie du droit* 28 (1983) 181-205; Y. Cartuyvels, ‘Le droit penal entre consolidation etatique et codification absolutiste au XVIIIe siècle’, *Le penal dans tous ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)* (Bruxelles 1997) 252-278; del mismo autor, *D'où vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle* (Bruxelles - Montréal - Ottawa 1996); J.P. Delmas Saint-Hilaire, ‘1789: un nouveau droit pénal est né...’, *Liber Amicorum. Etudes offertes à Pierre Jaubert* (Bordeaux 1992) 161-177; P. Lascoumes - P. Poncela, ‘Classer et punir autrement: les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante’, *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, dir. Robert Badinter (Fayard 1989) 73-104; P. Lascoumes, ‘Révolution ou réforme juridique? Les codes pénaux français de 1791 a 1810’, *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)* (L'Harmattan 1999) 61-69; entre otros.

⁶ K. Härter, ‘Kontinuität und Reform der Strafjustiz zwischen Reichsverfassung und Rheinbund’, *Reich oder Nation? Mitteleuropa 1780-1815*, herausgegeben von Heinz Duchhardt und Andreas Kunz (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, Abteilung Universalgeschichte, Beiheft 46, Mainz 1998) 219-278; R. Ludi, *Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik 1750-1850* (Frühneuzeit-Forschungen 5, Tübingen, Bibliotheca academica, 1999) (una reseña de este estudio puede verse en el trabajo de Härter, ‘Von der “Entstehung des öffentlichen Strafrechts” zur “Fabrikation des Verbrechens”’, citado en la nota 11).

proceso de armonización del Derecho privado europeo⁷, también la unificación del Derecho penal en este mismo marco supranacional exige recorrer de algún modo – salvando las distancias – ese mismo camino. Es necesario, pues, abrirse al marco supranacional de lo europeo, siguiendo – por lo menos, en parte – la senda ya recorrida por la doctrina iusprivatística.

Los obstáculos que amenazan la pretensión de hacer realidad una Codificación – parcial o completa – del Derecho penal europeo no son pocos ni de subestimable enjundia. De entrada podría esgrimirse un argumento análogo al sostenido por Savigny en el contexto de la Codificación del Derecho privado alemán: la empresa codificadora exige una madurez de la ciencia jurídica que hunde sus raíces en el estudio de la misma historicidad del Derecho, del análisis del Derecho como un producto histórico y, en consecuencia, sólo ahondando en las raíces históricas del Derecho y ciencia penal europeas se logrará llevar a buen puerto este ideal codificador. El pensamiento ilustrado logró introducir la idea de que el Derecho penal nada tenía que ver con el privado, pues a diferencia de éste, aquél no tiene historia. Esta tesis, que al tomar carta de naturaleza en la ciencia jurídica moderna mantiene todavía hoy su fulgor en ciertos sectores de la doctrina penal, no se ajusta a la realidad. Sencillamente, es falsa.

El actual resurgimiento de la historiografía penal en distintos países europeos ha logrado, ciertamente, ofrecernos un cuadro que contiene una mínima panorámica de las diversas tradiciones penales europeas. Pero qué duda cabe de que no todos los estudios sobre la historia del Derecho penal contribuyen de igual manera al conocimiento de la tradición y ciencia penal europeas, no tanto por la temática estudiada como por la metodología empleada.

En este sentido, historiar las instituciones penales de los distintos territorios europeos desde la perspectiva del *ius commune* constituye una exigencia conforme al marco europeo de la ciencia jurídica del Antiguo Régimen, al tiempo que contribuye enormemente a la reconstrucción de una existente ciencia penal europea anterior al movimiento codificador, por desgracia escasamente conocida.

La doctrina penal sí ha procurado ahondar en el estudio del Derecho penal europeo desde una perspectiva comparada. Algunas líneas de investigación seguidas en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Friburgo, Alemania) son un buen ejemplo de ello⁸. A la doctrina iushistórica le corresponde acometer la tarea de historiar la tradición y ciencia penal europeas desde la perspectiva del *ius commune*. Desde hace un tiempo vengo sosteniendo la conveniencia de estudiar las instituciones penales de los

⁷ Véase, al respecto, el estudio de R. Schulze, 'De la aportación de la Historia del Derecho a una ciencia del Derecho privado europeo', AHDE 66 (1996) 1003-1013.

⁸ Véase <http://www.iuscrim.mpg.de>

distintos territorios europeos en el marco del *ius commune*⁹, y así procuro hacerlo en mi labor investigadora¹⁰.

Resulta lógico que en este contexto historiográfico favorable al estudio de las instituciones penales en Europa, surjan trabajos que se ocupen precisamente de la misma historiografía, haciendo balance de lo que se ha hecho y de lo que todavía queda por hacer, del camino recorrido y del trecho aún por recorrer. En esta línea, el estudioso Karl Härter acaba de publicar un interesantísimo estudio en el que, trazando las principales líneas de investigación sobre criminalidad y administración de justicia penal en la Europa de la Alta Edad Moderna, recoge estudios de la historiografía penal de diversos países europeos (Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido), al tiempo que resalta ámbitos temáticos escasamente atendidos hasta el momento¹¹.

El surgimiento de trabajos sobre historiografía penal europea como el que acabamos de citar refleja la conveniencia no sólo de una mayor apertura metodológica hacia lo supranacional en base al estudio de la ciencia del *ius commune*, sino de una mayor participación de estudiosos de diverso origen en la discusión científica de cuestiones y problemas que atañen, no sólo al pasado de un reino o Estado singular y concreto, sino también a la tradición jurídica europea. El origen del Derecho penal público constituye probablemente uno de los ejemplos más claros¹². En cualquier caso, se entre o no en estos foros europeos de discusión científica, resulta innegable que cualquier estudio histórico que reconstruya una institución penal teniendo en cuenta la ciencia del *ius commune* contribuye en buena medida al enriquecimiento de la historiografía penal tanto nacional como europea.

Así las cosas –y en honor a la trayectoria científica del profesor Manlio Bellomo –, me parece oportuno escribir con motivo de su homenaje estas páginas para analizar sucintamente en qué medida la historiografía penal española ha prestado atención al *ius commune*. No se pretende, pues, llevar a cabo un estudio completo de la historiografía penal española, temática que, además de exceder los límites propios de un trabajo como el presente, ya ha sido abordada en varias ocasiones¹³.

⁹ Véase mi posicionamiento metodológico en Masferrer Domingo, ‘La dimensión ejemplarizante del Derecho penal’ cit., 443-445.

¹⁰ A. Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco de ius commune*. (Dykinson, Madrid 2001).

¹¹ K. Härter, ‘Von der “Entstehung des öffentlichen Strafrechts” zur “Fabrikation des Verbrechens”’. Neuere Forschungen zur Entwicklung von Kriminalität und Strafjustiz im frühneuzeitlichen Europa’, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* 1 (2002) 159-196.

¹² Härter, ‘Von der “Entstehung des öffentlichen Strafrechts”’ cit., 164-174; Masferrer Domingo, ‘La dimensión ejemplarizante del Derecho penal’ cit., 444-445.

¹³ Sobre la historiografía penal española, veáanse J. Baró Pazos, ‘Historiografía sobre la Codificación del Derecho penal en el siglo XIX’, *Doce Estudios de Historiografía Contemporánea* (Santander 1991) 11-40; C. Alvarez Alonso, ‘Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el s. XIX’, *Hispania. Entre*

2. *Una apuesta metodológica: historiar el derecho penal en el marco de la ciencia jurídica europea del “ius commune”*

La escasa atención prestada al *ius commune* y a la perspectiva europea de la tradición penal española constituye, a nuestro modo de ver, la principal carencia y causa de otras deficiencias metodológicas de nuestra historiografía penal.

Si es cierto que “nunca mejor que hoy los ambiciosos objetivos que persigue concretamente la ciencia jurídica imponen (...) la conquista de un mayor respiro cultural y fundamentos especulativos más sólidos”¹⁴, también hay que reconocer la necesidad de un correcto encuadramiento de las instituciones penales en el contexto de la tradición jurídica europea, sin el cual el instituto objeto de estudio carece de la perspectiva cultural en la que nació y se desarrolló.

No se trata de una cuestión decorativa o estética, sino de encuadrar correctamente una institución o categoría penal en el marco cultural e histórico que le corresponde. Si no, cabría pensar que la mayoría de las categorías penales son genuinamente catalanas o hispánicas, cuando en realidad entroncan con la tradición jurídica europea. Esta cuestión que ya fue tratada hace unos cuantos años por García-Gallo¹⁵, y posteriormente por otros estudiosos – especialmente por Pérez Martín¹⁶ –, adquiere una importancia capital. ¿Cómo es posible tratar un instituto penal procedente del *ius*

derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989) (Milano 1990), 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*) 969-984; otros dos estudios que sin ser estrictamente historiográficos, en cierta medida pueden ser citados como tales son los de: E. Gacto Fernández, ‘Aproximación a la Historia del derecho penal español’, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989)* (Milano 1990), 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*) 501-530; A. Otero Varela, ‘Historia del Derecho criminal en Compostela’, *Dereito* 8 (nº 1) (1999) 141-186; Masferrer Domingo, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado en la nota 2; del mismo autor: ‘La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a su alcance temático’, *Rudimentos Legales* 5 (2003)

¹⁴ P. Grossi, ‘Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo’, *AHDE* 67 (1997) 63.

¹⁵ A. García-Gallo, ‘Cuestiones de Historiografía jurídica, I. La justificación de la Historia del Derecho; II. La Historia del Derecho Europeo’, *AHDE* 44 (1974) 741-764.

¹⁶ Citamos, entre otros, los siguientes trabajos de A. Pérez Martín sobre esta materia: ‘Europa: realidad y aspiración históricas’, Discurso leído en el solemne acto académico con motivo de la fiesta de Santo Tomás de Aquino. Universidad de Murcia, 1987; *España y Europa, un pasado jurídico común*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Marzo 1995). (Murcia 1986); ‘El estudio de la Recepción del Derecho común en España’, *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado* (Bellaterra 1985); cabe destacar, por otra parte, la creación del *Instituto de Derecho Común* en 1984 por el mismo Pérez Martín, centro desde el que se edita la *Revista de Historia del Derecho Europeo*, ‘Glossae’.

commune sin tener en cuenta la elaboración doctrinal llevada a cabo por los juristas del derecho común, y sin tener en cuenta la historiografía moderna existente sobre la misma institución en otro país del entorno europeo? Por mucho análisis exhaustivo que se haga de las fuentes normativas y documentales del entorno territorial particular de que se trate, el resultado final es difícilmente satisfactorio si no se presta atención alguna al “primer sustrato jurídico común de toda Europa”¹⁷. Y esta reflexión metodológica, muy conocida ya por la doctrina, no sólo resulta válida al historiar el Derecho privado, el Procesal civil y el Administrativo – según el parecer de Arvizu¹⁸ –, sino también el penal. Pues bien, en este aspecto, y sin ánimo de minusvalorar el camino ya recorrido – según tendremos ocasión de ver –, la historiografía penal tiene mucho por avanzar.

El correcto empleo de la perspectiva europea al analizar instituciones jurídicas que nacieron y se desarrollaron en este entorno cultural supranacional permite, además, distinguir con mayor claridad los rasgos comunes pertenecientes a la cultura jurídica europea de los aspectos propios y singulares – cuando los haya – pertenecientes al entorno “nacional”¹⁹. Y es que la evolución que experimenta el Derecho penal en el entorno europeo – al igual que el Derecho privado, el público o el procesal –, presenta no casualmente muchos rasgos comunes que responden no sólo a la presencia de un *ius commune* de alcance europeo, sino también a otros comunes paralelismos culturales de orden histórico, político, filosófico-teológico, económico y social, sin los cuales, el derecho común tampoco hubiera logrado introducirse efectivamente en los distintos *iura propria*.

Por otra parte, creo que la historiografía penal española debería introducirse en el estudio de ciertos aspectos de alcance “supranacional” ciertamente controvertidos en la actual historiografía europea, y que a todos atañe²⁰. No

¹⁷ F. De Arvizu, ‘Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo’, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 7 (1995) 166.

¹⁸ De Arvizu, ‘Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo’ 164.

¹⁹ Una muestra concreta de los satisfactorios resultados que produce el empleo de esta perspectiva europea puede verse en el trabajo de J. Lalinde Abadía, ‘Perspectiva europea de la Monarquía Hispana’, *AHDE* 58 (1988) 205-276.

²⁰ Así, por ejemplo, los orígenes del Derecho penal público en Europa ha sido objeto de un interesante proyecto de investigación llevado en Alemania desde 1993. Sugerentes artículos como el de Hermann Nehlsen, ‘Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen’; publicado en *Gerichtslaube-Vorträge. Freiburger Festkollquium zum fünfundsiebzigsten Geburstag von Hans Thieme* (Sigmaringen 1983) 3-16, propiciaron una discusión de alcance europeo en torno a esta cuestión hasta el punto de emprender un proyecto de investigación. Los trabajos y comunicaciones presentados en los congresos organizados con este motivo, y que han tenido lugar a lo largo de estos años, son publicados en una colección que surgió precisamente con esa finalidad: *Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen* (Böhlau Verlag). El primer volumen fue editado recientemente por D. Willoweit, *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems* (Köln-Weimar-Wien 1999).

nos extrañe luego comprobar que nuestra historiografía penal apenas resulte conocida – y citada – por los estudiosos de la tradición criminal de otros países europeos²¹, pues en parte se debe precisamente a la escasa o nula contribución y presencia de la historiografía penal española en la discusión y análisis de problemas o planteamientos jurídico-penales de alcance europeo.

Es preciso, pues, historiar las instituciones penales en el marco de la tradición jurídica europea, es decir, en el contexto de la ciencia del *ius commune*. *Sensu contrario*, cabría afirmar que el descuido de este aspecto metodológico constituye en términos generales una de las mayores lagunas y deficiencias del estudio de la tradición penal española.

Es cierto que la tradición penal es mucho más que la mera suma y acumulación de aportaciones doctrinales llevadas a cabo por los juristas del *ius commune*, y más, si cabe, teniendo en cuenta los casos en los que tanto el decisivo papel del poder político como el arbitrio judicial llevan la práctica penal por derroteros bien distintos a los marcados por la ciencia jurídica, según refleja de vez en cuando la propia documentación judicial.

Pero no es menos cierto que el estudio de la tradición penal en el marco del *ius commune* permite encuadrar correctamente las instituciones penales en el contexto cultural en el que nacieron y se desarrollaron, al tiempo que impide – o por los menos, dificulta – caer en buena parte de las conocidas carencias metodológicas de nuestra historiografía²².

En efecto, es indudable que el estudio de la tradición penal en el marco del *ius commune* obliga a prestar atención necesariamente al influjo de las corrientes ideológicas y filosóficas, refleja nítidamente la distinción y carácter complementario entre fuentes normativas y doctrinales, y sorteja el peligro de caer en planteamientos o enfoques excesivamente localistas. Además, el estudio de las aportaciones de la doctrina jurídico-penal del *ius commune* contribuye en buena medida a superar los posicionamientos extremistas respecto al empleo del método dogmático, al tiempo que se erige en *conditio sine qua non* para comprender lo que realmente supuso la Codificación frente el Derecho y ciencia penal antiguas, superando la visión tópica y simplista de completa ruptura, como si de la nada pudiera salir algo. Finalmente, aunque para el conocimiento del concreto alcance del arbitrio judicial como eje central o elemento flexibilizador se precise la consulta de sentencias judiciales²³, también

²¹ Una buena muestra de ello se refleja en el elenco bibliográfico por países recogido al final de la obra *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, que acabamos de citar; o en el interesante volumen editado por A. Blauert y G. Schwerhoff, *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne* (Konstanz 2000).

²² Sobre tales carencias metodológicas, véase Masferrer Domingo, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado en la nota 2; Masferrer Domingo, 'La dimensión ejemplarizante del Derecho penal' cit., 442-453.

²³ Al respecto véase el estudio de Pedro A Ortego Gil: 'El Fiscal de S.M. pide se supla a mayores penas. Defensa de la justicia y arbitrio judicial', *Initium* 5 (2000) 239-354.

resulta necesario estudiar con profundidad las aportaciones doctrinales al respecto²⁴, habida cuenta que, al no conformarse los juristas con planteamientos meramente teóricos, sino que – como es bien sabido – mostraban un gran interés por los problemas prácticos, el arbitrio judicial se erigió en uno de los temas más recurrentes de la doctrina criminal del *ius commune*.

No sería justo – por no ajustarse a la realidad – afirmar que la historiografía penal española haya vivido a espaldas de este principio metodológico, ni señalar la total ausencia de obras histórico-penales que hayan encuadrado la institución objeto de estudio en su marco correspondiente: el de la ciencia del *ius commune*. Una parte de la historiografía sí ha acometido esta tarea, y con notable éxito. También aquí cabe reconocer que se ha hecho y avanzado en esta línea, pero todavía queda mucho trecho por recorrer. Qué y cómo se ha hecho, y qué más podría hacerse, son las cuestiones que trataremos a continuación.

²⁴ La historiografía francesa es la que ha prestado mayor atención hasta el momento a la cuestión del arbitrio judicial, según atestiguan las obras de B. Schnapper, 'Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)', R.H.D. 41 (1973) 237-277 et 42 (1974) 81-112; (reedit. Paris 1974); B. Durand, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle* (Montpellier 1993); M. Lesne-Ferret, 'Arbitraire des peines et droit coutumier dans le midi de la France: le cas de Montpellier', *Studi di Storia del diritto* I (Milano 1996) 27-45; no obstante, hasta el momento, el trabajo más completo de esta institución en el Derecho común es el del italiano M. Meccarelli, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune* (Milano 1998) entre nosotros, véase el estudio de F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)* (Madrid 1969) (2ª edición, 1992) 374-380; P. A. Ortego Gil, 'La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la edad Moderna', *La Historia de la Filosofía Jurídica Española*, F. Puy Muñoz y S. Rus Rufino, eds. (Santiago 1998) 77-108; del mismo autor: 'Algunas consideraciones sobre la pena de azotes durante los siglos XVI-XVIII', *Hispania*, LXII/3, núm. 212 (2002) 849-906; del mismo autor: 'El arbitrio judicial en la Real Audiencia de Galicia', citado en la nota anterior; sobre la importancia del arbitrio judicial para la correcta reconstrucción de nuestro Derecho penal también ha advertido recientemente Masferrer Domingo, 'La dimensión ejemplarizante del Derecho penal' cit., 450-453; y M. T. Tatjer Prat, 'El dret criminal en els Costums de Miravet', *Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet (1319/1320-1999/2000)*. (Gandesa 2002) 197-198, recogiendo las tesis al respecto de Meccarelli; pensamos con Sánchez-Arcilla que la escasa documentación judicial que manejó Tomás y Valiente en su *Derecho penal de la Monarquía absoluta* no le permitió superar el prejuicio de identificar el arbitrio judicial con la arbitrariedad, llegando a unas conclusiones que no terminan de reflejar el papel que, en la práctica, ejerció el *arbitrium iudicis* en la monarquía absoluta castellana [véase J.M. Sánchez-Arcilla Bernal, 'La Administración de Justicia inferior en la Ciudad de Méjico a finales de la época colonial. I. La punición de la embriaguez en los libros de reos (1794-1798)', *Cuadernos de Historia del Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 7 (2000) 309-453, en particular, las conclusiones de las 450-451].

2.1 Historia del “*ius commune*” en la historiografía penal española

A diferencia de lo acontecido en otros países europeos – especialmente en Italia y Alemania – ²⁵, la historiografía penal española, a pesar de haber prestado cierta atención hasta los años sesenta a las aportaciones de índole jurídico-doctrinal²⁶, carecía de estudios en esta línea cuyo impacto marcará

²⁵ Tanto en Francia [L. Chevailler, ‘Droit Roman et droit pénal dans la doctrine du XVI^e siècle’, *Studi in memoria di Paolo Koschaker* II (Milano 1954) 97-129] como en Alemania [F. Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov* (Berlín 1930; reed. Aalen 1986); del mismo autor: *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus* (Göttingen, 1954) traducido por JM^a Rodríguez Devesa tres años más tarde: *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo* (Madrid Instituto de Estudios Políticos, 1957)] e Italia [C. Calisse, ‘Principii di diritto Penale nei giuristi del Rinascimento (sec. XIII-XIV)’, *Studi di Storia e Diritto in onore di Arrigo Solmi* I (Milano 1941) 3-18; del mismo autor: *Svolgimento storico del diritto Penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII* (Milano 1906); P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel Diritto Comune* (Milano 1953); C. Ghisalbetti, ‘Sulla teoria dei delitti di lesa maestà nel diritto commune’, *Archivio Giuridico, Filippo Serafino* 149, (1955) 100-177; G. Masi, ‘Il suicidio nel diritto commune. La figura del fatto nell doctrina, nella legislazione e nella prassi’, *Il diritto ecclesiástico* 65, (1954) 69-149; C. Pecorella, ‘Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e agravante del reato dalla glosa alla così deta reforma del diritto penale’, *Studi parmensi* VII (1957) 301-374; V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano 1962); del mismo autor: ‘Dialettica e giurisprudenza. Studio sui tratatti di dialettica legale del sec. XVI’, A.S.D., I (1955) 293-401].

²⁶ Entre las obras que, con anterioridad a los años sesenta, sí procuraron atender la doctrina jurídico-penal con mayor o menor acierto – y en no pocas ocasiones mezclándola también con argumentaciones teológicas –, cabe destacar: J. Corts Grau, *Los juristas clásicos españoles* (Madrid 1948); B. Díez, ‘El homicidio y su teleología en los clásicos agustinianos españoles del siglo XVI’, ADPCP (1953) 54 ss.; E. de Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos anteriores a nuestro siglo* (Madrid 1890) (Obras de E. de Hinojosa, Madrid, 1948-1974, I., 25-151); J. M^a. López Riocerezo, ‘Doctrina de Fray Pedro de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal’, ADPCP II (1949) fasc. II, 242-262; del mismo autor: ‘San Agustín precursor de la ciencia criminal moderna’, ADPCP 8 (1955) 39-72; J. Masaveu, *Contribución al estudio de la Escuela penal española* (Madrid 1922); J. Montes, *Los principios del derecho penal según los escritores españoles del siglo XVI* (Madrid 1903); del mismo autor: *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito* (Madrid 1907); del mismo autor: *Precursores de la ciencia penal en España* (Madrid 1911); A. Mostaza, ‘La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas’, *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela* (1950) 189-241; J. Pereda, *El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI* (Madrid 1927); del mismo autor: *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana* (Madrid 1948); del mismo autor: *Covarrubias, penalista* (Barcelona 1959) (por citar algunas de este autor); M. Rodríguez Molinero, ‘Teoría de Fray Alfonso de Castro en torno a la ley penal’, LF (1958) 351-375; del mismo autor: *Origen español de la ciencia*

efectivamente el inicio de una nueva etapa en la que emergiese – entre los estudiosos – la estima por la ciencia del *ius commune*.

Hasta los años sesenta, pues, la historiografía penal española concedió – salvo honrosas excepciones²⁷ – escaso valor al estudio del *ius commune*, fiel reflejo de la escasa atención que le prestaba la historiografía jurídica en general.

A partir de los años sesenta, es decir, una década antes del surgimiento del interés por la tradición del *ius commune* por parte de la doctrina iushistórica, aparecieron algunos estudios histórico-penales elaborados no sobre la base exclusiva de fuentes normativas (y documentales), sino también de las aportaciones doctrinales de juristas del *ius commune*. He ahí, pues, el principio de un cambio que ya no vería marcha atrás²⁸, y que tuvo como principal protagonista a un estudioso que dedicaría buena parte de su tarea investigadora a la tradición criminal española: Francisco Tomás y Valiente, quien, ocu-

del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal (Madrid 1959); Dr.von Weber, ‘Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán’, *AHDE* 23 (1953) 717-735.

²⁷ Véanse las obras de J. Montes, citadas en la nota 26; M. López-Rey Arrojo, ‘Las causas de justificación en el Derecho penal castellano del siglo XVI’, *Revista de Derecho Público* 3 (1934) 322-335 y 360-372; del mismo autor: ‘Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña’, *Revistas de Ciencias Jurídicas y Sociales* 66 (1934) 655-802 [reeditado un año más tarde como estudio monográfico: *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña* (Madrid 1935)]; varios autores se centraron en el estudio de las leyes meramente penales en San Agustín, Alfonso de Castro u otros: véanse las de López Riocerezo, citadas en la nota 26; Á. Morta Figuls, ‘Suárez y las leyes meramente penales’, *Revista Española de Derecho Canónico* 2 (1950) 503-599; A. Mostaza, ‘La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas’, *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela* (1950) 189-241; y las de Rodríguez Molinero, citadas en la nota 26; a finales de los años cincuenta apareció publicado en versión española el estudio – ya clásico – de F Schaffstein, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo* (Trad. de Rodríguez Devesa) (Madrid 1957).

²⁸ C. M^a de Landecho, ‘La teoría jurídica del delito en Antonio Gómez’, *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda en su 75º aniversario* (Bilbao 1965); M.M^a. Zorrilla Ruíz, ‘Ideas penales de Julio Claro de Alejandría’, *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda en su 75º aniversario* (Bilbao 1965) 757-774; G. Rodríguez Mourullo, ‘La distinción hurto-robo en el Derecho histórico Español’, *AHDE* 32 (1962) 25-111; incluso con anterioridad a la década de los sesenta, destacar la obra de algunos autores que muestran la conveniencia de prestar atención a las aportaciones en materia penal de algunos juristas del *ius commune*; véanse, en esta línea, los estudios de J. Pereda, *El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI* (Madrid 1927); *El “versari in re illicita” en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana* (Madrid 1948); ‘El uxoricidio’, *ADPCP* 4 (1951) 518-545; ‘La legítima defensa en caso de ataque a los bienes’, *Estudios de Deusto* I (1953) 143-177; ‘El Iter criminis en Covarrubias’, *Estudios de Deusto* 5, n. 9, (enero-junio 1957); *Covarrubias, penalista* (Barcelona 1959) (una síntesis puede verse en *ADPCP* 10, 1957, 485-517); ‘Famosus latro’, *ADPCP* 16 (1962) 5-22; ‘El hurto famélico o necesario’, *ADPCP* 17 (1964) 5-28.

pándose a principios de los sesenta de diversas instituciones penales, ya mostró un interés particular por la literatura jurídica castellana²⁹.

Fue en 1969 cuando publicó su estudio histórico-penal más ambicioso y de mayor alcance y divulgación científicas. Nos referimos a su conocido *Derecho penal de la Monarquía absoluta*³⁰, que marcó un antes y un después, no tanto por cuanto se refiere al ámbito temporal de estudio, sino respecto al método empleado al proponerse una reconstrucción histórica de la denominada “parte general” del Derecho penal moderno: la dogmática retrospectiva. Esta metodología, pobremente utilizada hasta el momento por la historiografía penal española, pero ya magistralmente ensayada en Italia y Alemania³¹, acometía el estudio del Derecho penal histórico sin perder de vista los ordenamientos penales modernos, y ubicando las instituciones en el marco de la ciencia jurídica del *ius commune*, de suerte que la jurisprudencia doctrinal se erigía en fuente clave para historiar el Derecho penal.

El mismo Tomás y Valiente reconoció en su prólogo que le resultaron de gran interés “los trabajos de Morel, Calisse y Piano Mortari, el libro de Schaffstein, o los estudios monográficos de Chevalier, Pecorella, Gravin, Ghisalberty y otros”³², de quienes sin duda alguna tomó esta nueva manera de estudiar la tradición penal. De todos estos autores, resulta sorprendente que siendo Schaffstein el que probablemente había ensayado más y mejor este método, Tomás y Valiente desconociera por completo su principal obra, pues en el mencionado prólogo habla “(d)el libro de Schaffstein”³³, y a lo largo de su estudio tan sólo cita una obra suya, que no es la más relevante ni, en consecuencia, tampoco la más citada en la historiografía penal alemana y europea en general³⁴. Y este descuido resulta sorprendente por tres motivos: por tratarse del principal estudio histórico-penal de Schaffstein; por ser muy conocido y citado por la historiografía penal alemana e italiana que Tomás y Valiente manejó; y porque el enfoque y tratamiento de la doctrina jurídica *del*

²⁹ F. Tomás y Valiente, ‘La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés’, AHDE 30 (1960) 249-489; ‘El perdón de la parte ofendida en el Derecho Penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)’, AHDE 31 (1961) 55-114; ‘La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España’, *Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho Aula I* (1963-1964) 23-59.

³⁰ F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)* (Madrid 1969; 2ª edición, 1992).

³¹ Véanse algunos estudios citados en la nota 25.

³² Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* cit., 18.

³³ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* cit., 18.

³⁴ Tomás y Valiente tan sólo dice conocer el siguiente estudio de F. Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus* (Göttingen 1954), aunque cita y maneja la versión española traducida tres años más tarde por J.M^a Rodríguez Devesa: *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo*. (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957); y sorprendentemente desconoce la principal obra de este autor: *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpvov* (Berlin 1930; reed. Aalen, 1986).

ius commune del *Derecho penal de la Monarquía absoluta* más bien invita a pensar que su autor debió de tener a la vista *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen* de Schaffstein. Así dejamos consignado este comentario bibliográfico, que recogemos no en demérito de Tomás y Valiente, sino como mero dato algo sorprendente y curioso.

La publicación del *Derecho penal de la Monarquía absoluta* tuvo una buena acogida en la historiografía penal, tanto entre historiadores como entre juristas, si bien tan sólo entre éstos cuajó la conveniencia y necesidad de historiar la tradición penal en base a las fuentes no sólo normativas y documentales sino también doctrinales. Era el principio de una nueva etapa, cuyos frutos no tardarían en llegar. En efecto, a principios de los años setenta surgen algunos trabajos que persiguen la evolución histórica de instituciones penales merced al manejo y estudio de las fuentes tanto normativas como – aunque en menor medida – doctrinales. Los trabajos de Alejandro García³⁵ y Rodríguez Flores³⁶ son un buen ejemplo de ello.

Buena parte de la historiografía jurídico-penal de los años ochenta siguió esta misma línea, tal como reflejan los estudios de Alonso Romero³⁷, García Marín³⁸ y Sánchez-Arcilla³⁹. A finales de esta década, en 1989, surge – y entre

³⁵ J.A. Alejandro García. *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación* (Sevilla 1970); ‘Estudio histórico del delito de falsedad documental’, *AHDE* 42 (1972) 117-187; ‘El delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español’, *Historia. Instituciones. Documentos* 3 (1976) 11-139.

³⁶ M^a.I. Rodríguez Flores, *El Perdón Real en Castilla (siglos XIII-XVIII)* (Salamanca 1971).

³⁷ M^a.P. Alonso Romero, *El proceso penal en Castilla (s. XIII-XVIII)* (Salamanca 1982), en donde se presta atención al proceso romano-canónico y su desarrollo doctrinal por los juristas castellanos más importantes; de la misma autora: ‘Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)’, *AHDE* 55 (1985) 9-94, en el que la autora maneja a juristas como Alfaro, Matheu y Sanz, Gregorio López, Castillo de Bovadilla, Villadiego, Álvarez Guerrero, Carleval, González de Torneo, Hevia Bolaños..., a pesar de no pretender – según dice Alonso – llevar a cabo un estudio dogmático y permenorizado (p. 10); otro reciente y riguroso estudio histórico del proceso penal elaborado en base a la doctrina del *ius commune* es el de J.A. Obarrio, *Estudios de tradición romanística. El proceso en el Derecho Foral valenciano* (Valencia 2002) (véanse pp. 223-324, sobre el proceso penal).

³⁸ J. M. García Marín, *El aborto criminal en la legislación y en la doctrina (pasado y presente de una polémica)* (Madrid 1980); ‘La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVII’, *AHDE* 57 (1987) 759-770.

³⁹ J. Sánchez-Arcilla Bernal, ‘Notas para el estudio del homicidio en el derecho histórico español’, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 72 (1986) 513-571; ‘Notas para el estudio del aborto en el Derecho histórico español’, *Icade* 8 (1986) 13-39; ‘Notas para el estudio del parricidio en el derecho histórico español’, *Orlandis* 70: *estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués* (Barcelona 1988) 381-398 [trabajos reeditados en sus – con Emma Montanos – *Estudios de Historia del Derecho criminal* (Madrid 1991)].

juristas ajenos a nuestra disciplina histórico-jurídica – el interés por las raíces romano-canónicas del Derecho penal moderno⁴⁰.

Desde los años noventa hasta la actualidad han proliferado los estudios histórico-penales basados en el manejo y análisis de las fuentes doctrinales, proceder que bien podría decirse que ha tomado ya carta de naturaleza en la metodología de la historiografía penal actual. Una rápida ojeada a los trabajos de Alonso Romero⁴¹, Iglesias Río⁴², Masferrer Domingo⁴³, Montanos Ferrín⁴⁴, Morales Payán⁴⁵, Ortego Gil⁴⁶, Pino Abad⁴⁷ y Torres Aguilar⁴⁸, entre otros⁴⁹, resulta suficiente para constatar esta afirmación.

2.2 *El valor del “ius commune” y su doctrina jurídica en la historiografía penal actual*

⁴⁰ J. Cuello Contreras, ‘La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad’, *Homenaje al Prof. Antonio Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* (San Sebastián 1989) 483-497; J. Goti Ordeñana, ‘Deuda de la ciencia penal y la criminología al Derecho canónico medieval’, *Homenaje al Prof. Antonio Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* (San Sebastián 1989) 211-229.

⁴¹ M^a P. Alonso Romero. *La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)* (Salamanca 2002).

⁴² M. Á. Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa* (Burgos 1999).

⁴³ Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español* cit.; del mismo autor, ‘La dimensión ejemplarizante del Derecho penal’ cit., 439-471.

⁴⁴ E. Montanos Ferrín, ‘An de die vel de nocte’, *Rivista Internazionale di Diritto Commune* 9 (1998) 49-80 (la frase textual citada aparece recogida en la p. 80); de la misma autora: ‘¿Por qué suena la campana?’, *Rivista Internazionale di Diritto Commune* 10 (1999) 37-52.

⁴⁵ M. Á. Morales Payán, *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho histórico español* (Madrid 1997).

⁴⁶ P. Ortego Gil, ‘Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII)’, *Cuadernos de Historia del Derecho 3* (Universidad Complutense de Madrid 1996) 11-41; ‘La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la edad Moderna’, ya citado.

⁴⁷ M. Pino Abad, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español* (Córdoba 1999).

⁴⁸ M. Torres Aguilar, *El parricidio. Del pasado al presente de un delito* (Madrid 1991).

⁴⁹ M^a.J. Collantes De Terán, ‘El delito de adulterio en el derecho general de Castilla’, *AHDE* 66 (1996), 201-228; A. Estrada Rius, ‘L’ordenament jurídic-criminal en els Costums d’Orta’, *Actes de les Jornades d’Estudi. Ajuntament d’Horta de Sant Joan* (1996) 283-304; P. Marzal Rodríguez, ‘Cuestiones sobre el delito de estelionato en el Derecho histórico español’, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz II* (Valencia 1995) 283-297; Obarrio, *El proceso en el Derecho Foral valenciano*, ya citado en la nota 37; M. Rodríguez Gil, *Vice uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del derecho común* (Madrid 1998); J. Sainz Guerra, ‘La usura en la obra de Lorenzo Matheu i Sanz’, estudio recogido en este mismo *Homenaje a Manlio Bellomo*; entre otros.

Con todo lo que llevamos dicho queda fuera de toda duda la importancia que el *ius commune* y su doctrina jurídica han adquirido a lo largo de los últimos años entre quienes nos ocupamos del estudio histórico del Derecho penal. Ahora bien, no todos los estudiosos manejan las fuentes doctrinales de la misma manera y con idéntica finalidad, al igual que no todos los estudios histórico-penales permiten – e incluso, aconsejan – dar el mismo protagonismo tanto al marco jurídico europeo del *ius commune*, como a las concretas aportaciones de nuestros antiguos juristas.

Qué duda cabe que no es lo mismo acometer el estudio de una institución o figura penal típica y genuinamente castellana o aragonesa, que el de otra que, aun teniendo vigencia en el *ius proprium* de un territorio o reino, al formar parte de la tradición romano-canónica, a partir del siglo XIII se incorporaría en esa concreta tradición penal merced a la recepción del *ius commune*.

En este sentido, el ámbito espacio-temporal de estudio condiciona – y en ocasiones, determina por completo – el empleo de las fuentes doctrinales. En efecto, resulta indiscutible la mayor relevancia del *ius commune* y la doctrina jurídica en el estudio de la tradición penal castellana, catalana, mallorquina y valenciana que en el de la navarra, aragonesa o vascongada. Al igual que, de no recurrir a la doctrina de los glosadores de la etapa bajomedieval, tan sólo los trabajos que se adentran en la Edad Moderna permiten manejar las fuentes doctrinales necesarias para encuadrar correctamente las instituciones penales en el marco de la ciencia jurídica europea del *ius commune*.

Por otra parte, también es cierto que en algunas parcelas de nuestra tradición penal las fuentes doctrinales han adquirido un valor particular, al menos por un sector de la doctrina. El ejemplo más claro es el relativo a la Inquisición española, terreno a cuyo cultivo se ha adscrito una buena nómina de reputados iushistoriadores en los últimos años⁵⁰. Entre los numerosos trabajos publicados sobre esta materia desde finales de los años ochenta hasta la actualidad, no pocos han sido elaborados en gran parte merced al manejo y estudio de la doctrina jurídica, según refleja la obra científica de Alejandro García⁵¹, Fernández Jiménez⁵², Gacto Fernández⁵³, García Marín⁵⁴, Maqueda Abreu⁵⁵, Pérez Martín⁵⁶ y Torres Aguilar⁵⁷, entre otros⁵⁸.

⁵⁰ La temática inquisitorial experimentó un considerable impulso entre iushistoriadores a finales de los años ochenta, al que contribuyó no poco un Congreso organizado y dirigido por cuatro historiadores del Derecho (José Antonio Escudero, Francisco Tomás y Valiente, Enrique Gacto Fernández y Feliciano Barrios), cuyas actas fueron publicadas en 1989 [J.A. Escudero, edit., *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid 1989)].

⁵¹ J. A. Alejandro García, *El veneno de Dios. La Inquisición de Sevilla ante el delito de solicitación en confesión* (Madrid 1994).

⁵² M. del C. Fernández Jiménez, *La sentencia inquisitorial* (Madrid 2000).

⁵³ E. Gacto Fernández, 'El delito de bigamia y la Inquisición española', *AHDE* 57 (1987) 465-492; 'Aproximación al Derecho penal de la Inquisición', *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid 1989) 175-193; 'Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición', *Estudios penales y criminológicos* 15 (Universidad de Santiago de Compostela, 1992) 7-78; 'La costumbre

El ya citado estudio sobre el *Derecho penal de la Monarquía absoluta* propició una mayor apertura hacia el *ius commune* y la doctrina jurídica, pero tampoco vaya a pensarse que, de no haber sido jamás publicada, la historiografía penal se hubiera desarrollado al margen de las fuentes doctrinales. Así, por ejemplo, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, escrita por Alejandro con anterioridad a la publicación del estudio de Tomás y Valiente, recoge la aportación doctrinal de varios juristas, tanto castellanos como catalanes, así como también la de algún italiano⁵⁹.

Se podría decir que a finales de los años sesenta y principios de los setenta la historiografía penal española estaba firmemente decidida a salir de la etapa medieval y sus fuentes, entrando así en la época moderna, para lo cual resultaba imprescindible el manejo y estudio de la doctrina jurídica. Pero tén-gase en cuenta que la obra de Tomás y Valiente fue mucho más allá. Su aportación historiográfica no se redujo tanto – aunque también – al ámbito cronológico del que se ocupó – excluyendo el medievo – y al protagonismo que concedió a la doctrina jurídica, sino – y sobre todo – al marco supranacional en el que encuadró el desarrollo y evolución de las instituciones penales castellanas. Si la primera aportación ya empezaba a tener carta de naturaleza entre – por lo menos – un sector de la historiografía, el radical encuadramiento del Derecho penal de un territorio o reino en el marco de la ciencia jurídica europea del *ius commune*, resultaba ciertamente mucho más novedoso.

De ahí que convenga distinguir *grosso modo* dos formas bien diferenciadas de emplear el *ius commune* al historiar las instituciones penales: la que, a fin de completar las numerosas lagunas de las fuentes legales, se limita a recoger la opinión de los principales juristas del territorio objeto de estudio,

en el derecho de la Inquisición’, *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional. Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda (Barcelona, 27-28 de maig de 1994)* (Barcelona 1995) 215-262; ‘Consideraciones sobre el secreto del proceso inquisitorial’, *AHDE* 67 (1997), vol. II, 1631-1654.

⁵⁴ J. M. García Marín, ‘Proceso inquisitorial-proceso regio. Las garantías del procesado’, *Revista de la Inquisición* 7 (1998) 137-149 (también en *Revista de Derecho Público* II, 112, julio-septiembre, 1998); ‘Magia e inquisición: Derecho penal y proceso inquisitorial en el siglo XVII’, *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid 1989) 205-275.

⁵⁵ C. Maqueda Abreu, *El auto de fe* (Madrid 1992).

⁵⁶ A Pérez Martín, ‘La doctrina jurídica y el proceso inquisitorial’, *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid 1989) 279-322.

⁵⁷ M. Torres Aguilar, ‘El delito de bigamia: estudio general y especial perspectiva en el Tribunal de la Inquisición de Sevilla en el siglo XVIII’, *El Centinela de la Fe* (Sevilla 1997) 173-232.

⁵⁸ También yo basé el análisis de la pena de infamia irrogada por la jurisdicción inquisitorial en el manejo y estudio de las fuentes doctrinales (Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español* cit., 347-365); véase también el trabajo de V. Pinto, ‘Sobre el delito de herejía (siglos XIII-XVI)’, *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid 1989) 195-204.

⁵⁹ Alejandro García, *La quiebra en el Derecho histórico español*, ya citado.

obteniendo así un cuadro más completo del régimen jurídico de la institución penal estudiada; o la de quien no se adentra en las fuentes normativas y doctrinales del territorio objeto de estudio sin un mínimo análisis previo de las fuentes normativas de los *corpora iura* (*Corpus iuris civilis* y *corpus iuris canonici*) relacionadas con la institución tratada, así como de las principales aportaciones al respecto llevadas a cabo por los glosadores y comentaristas más relevantes, para luego sí entrar desde una perspectiva supranacional en las fuentes del *ius proprium*.

Tomás y Valiente optó por la segunda. Nuestra historiografía, sin embargo, ha optado en líneas generales por la primera. En efecto, una lectura atenta de los estudios histórico-penales publicados en los últimos años revela a las claras el principal objetivo que se persigue al emplear la literatura jurídica: “llenar los intersticios de una normativa técnicamente imperfecta”⁶⁰, imperfección técnica que impide una descripción mínimamente completa del régimen jurídico de cualquier institución penal.

Es, pues, la misma imposibilidad de llevar a cabo una reconstrucción histórica, mínimamente satisfactoria, de una institución penal en base a las fuentes normativas y documentales la que ha impulsado el manejo y estudio de la doctrina jurídica, si bien es cierto que, más raramente, también se ha acometido en España la tarea de encuadrar correctamente las instituciones de nuestra tradición penal en el marco supranacional de la ciencia jurídica europea del *ius commune*, a pesar de haber sido exitosamente ensayado por Tomás y Valiente en su *Derecho penal de la Monarquía absoluta*.

Ciertamente, sería preferible – en la medida de lo posible – estudiar las instituciones penales en el marco de la tradición jurídica europea⁶¹, no limitándose al análisis de las principales aportaciones de los juristas del entorno territorial en el que se circunscribe el estudio de que se trate. No obstante, el estudioso no siempre tiene a su disposición los instrumentos necesarios para llevar a cabo esta tarea, habida cuenta de que no resulta fácil disponer de las principales obras de los comentaristas italianos, algunos de ellos acertadamente esbozados por Tomás y Valiente⁶². Pero como “lo mejor es enemigo de lo bueno”, resulta comprensible que, salvo raras excepciones, la historiografía penal española haya optado por la opción menos ambiciosa.

Ahora bien – y dentro de esta opción menos pretenciosa –, no sería justo enjuiciar del mismo modo ni calificar de igual manera todos los estudios histórico-penales elaborados en base a las fuentes doctrinales, pues resulta innegable la diversidad de resultados obtenidos, en función de la extensión, rigor y profundización de la misma doctrina jurídica. En este sentido, no es comparable el estudio doctrinal llevado a cabo por García Marín y Torres Aguilar al

⁶⁰ J.M. García Marín, ‘La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio’, AHDE 50 (1980) 414.

⁶¹ Masferrer Domingo, ‘La dimensión ejemplarizante del Derecho penal’ cit., 443-445.

⁶² Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* cit., 112 ss.

historiar el aborto⁶³ y el parricidio⁶⁴ respectivamente, que los de Sánchez-Arcilla sobre estos mismos delitos⁶⁵, si bien es cierto que en este caso éste tan sólo pudo esbozar en pocas páginas lo que aquéllos pudieron desarrollar en una obra monográfica.

La literatura jurídica tiene mucho que aportar al conocimiento de nuestro Derecho penal antiguo⁶⁶. Y no siempre cumple una función de mero complemento a la información suministrada por las fuentes normativas, sino también de contraste, hasta el punto de llegar incluso a la contradicción o paradoja, habida cuenta de que, no pocas veces, la legislación penal prefería mantenerse al margen de los principios y postulados imperantes en la doctrina jurídica del momento⁶⁷, si bien luego, en la práctica judicial, no resultaba infrecuente que los jueces prestaran mayor atención a los posicionamientos doctrinales que a la destemplada legislación penal⁶⁸, especialmente cuando ésta provenía de monarcas absolutos.

Con independencia de que se atienda más o menos al ámbito supranacional en el que se movía la ciencia jurídica del *ius commune* con anterioridad al periodo codificador, la historiografía penal española ha constatado la conveniencia de no extraer demasiadas conclusiones sobre nuestra tradición penal sin un análisis previo de las fuentes doctrinales, no sea que éstas desmientan la hipótesis que el estudioso parecía haber demostrado después de un manejo minucioso y atento de las fuentes normativas.

A nuestro juicio, Montanos incurrió en este error en su primer estudio sobre la inexistencia de las circunstancias agravantes en nuestra tradición penal⁶⁹. Después de manejar y estudiar numerosas fuentes normativas que, a su

⁶³ García Marín, *El aborto criminal en la legislación y en la doctrina*, ya citado.

⁶⁴ Torres Aguilar, *El parricidio*, ya citado.

⁶⁵ Sánchez-Arcilla Bernal, 'Notas para el estudio del aborto en el Derecho histórico español', 13-39; 'Notas para el estudio del parricidio en el derecho histórico español', 381-398 (ambos en sus – con E. Montanos – *Estudios de Historia del Derecho criminal*, ya citado, 156-196).

⁶⁶ Sobre este punto, véase el trabajo de Ortego Gil, 'La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la edad Moderna', ya citado.

⁶⁷ Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el Derecho Público* cit., 176; Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta* cit., 359; Ortego Gil, 'La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la edad Moderna', 77 ss., del que también se desprende esta misma conclusión; también en Francia se ha detectado este aspecto en su tradición penal, según se desprende del trabajo de C. Gauvard, 'De la difficulté d'appliquer les principes théoriques du droit pénal en France à la fin du Moyen Age', *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems* (Köln-Weimar-Wien 1999) 91-113; Masferrer Domingo, 'La dimensión ejemplarizante del Derecho penal' 447.

⁶⁸ Ortego Gil, 'La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la edad Moderna', 77-108, en el que se recoge esta idea.

⁶⁹ E. Montanos Ferrín, 'La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico', RFDUCM 74 (1988-89) 399-441 [trabajo reeditado en sus – y con JM^a Sánchez-Arcilla – *Estudios de Historia del Derecho criminal* (Madrid 1991) 77-130].

entender, venían a demostrar la inexistencia de tales circunstancias, al adentrarse en la doctrina jurídica y encontrarse con juristas que incluso emplean y mencionan el término “agravantes”, señaló que tales autores (Antonio Gómez y Matheu i Sanz) “hacen caso omiso de la tradición jurídica y desvirtúan el concepto de los diferentes delitos”⁷⁰, cuando en realidad – como muy bien sabe ella –, tanto la legislación como la doctrina forman parte de la tradición jurídica, no sea que caigamos en el reduccionismo de pensar que la legislación agota nuestra tradición jurídico-criminal.

Fue en una segunda aproximación a esta cuestión, y en base a un riguroso y meritorio estudio de numerosos manuscritos de diversos juristas del siglo XIII, cuando Montanos se percató de que, muy tempranamente, la doctrina del *ius commune* entiende las circunstancias del delito, no como un elemento intrínseco a la propia configuración del tipo o conducta delictiva, sino que, desde fuera, viene a modular tanto el grado de culpabilidad del delincuente como la gravedad de la pena impuesta por el juez, haciendo uso de su *arbitrium*⁷¹. Si la doctrina jurídica manejó tan pronto esta noción de “circunstancias del delito”, es probable que determinadas fuentes normativas ya las recogieran en este mismo sentido, hipótesis cuya confirmación exigiría un nuevo estudio. En cualquier caso, y al margen de la diversa interpretación que al respecto pueda hacerse del análisis de algunas fuentes normativas, resulta claro que la doctrina jurídica más bien atestigua la existencia de tales circunstancias, de acuerdo con la tesis tradicional de nuestra doctrina⁷².

⁷⁰ Montanos Ferrín, ‘La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico’, *Estudios de Historia del Derecho criminal*, 127.

⁷¹ E. Montanos Ferrín, ‘An de die vel de nocte’, *Rivista Internazionale di Diritto Commune* 9 (1998) 49-80; de la misma autora: ‘¿Por qué suena la campana?’, *Rivista Internazionale di Diritto Commune* 10 (1999) 37-52.

⁷² Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta* cit., 331 ss.; E. Gacto Fernández, ‘Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición’, *Estudios penales y criminológicos* 15 (1992); del mismo autor: ‘Los principios penales de las Partidas’, *Rudimentos legales* 3 (2002) 21-42; R. Serra Ruíz, ‘Finalidad de la pena en la legislación de Partidas’, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* 21 (1962-63) 216; S. Minguijón, *Historia del Derecho español. Derecho penal* (Zaragoza 1926) 65-66; compartimos en este punto el parecer de Ortego Gil, ‘La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la Edad Moderna’, 87 ss.; Masferrer Domingo, ‘La dimensión ejemplarizante del Derecho penal’ cit., 448; del mismo autor: *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado; la historiografía penal de otros países europeos también consigna la existencia de tales circunstancias, a saber, S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.* (Città del Vaticano 1935); P. Landau, ‘Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien’, *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, herausg. von H. Scholler (Baden-Baden 1996) 36; ver a este respecto el interesante trabajo de M. Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève* (Genève 1995).

En esta línea, si los glosadores del siglo XIII ya supieron desgajar tales circunstancias de la propia conducta delictiva, resulta razonable pensar que los comentaristas, tanto los del *mos italicus* como los del *mos gallicus*, siguieron avanzando por estos mismos derroteros. Esta cuestión también merecería, sin embargo, ser objeto de ulteriores estudios⁷³.

Pero volvamos a nuestro hilo conductor. Habiendo tomado ya carta de naturaleza el carácter relevante de la doctrina jurídica para el correcto estudio y reconstrucción histórica de nuestro Derecho penal, no cabe conformarse con el camino recorrido – que no es poco – hasta el momento. Pienso que todavía resulta actual la afirmación de Lalinde –ya citada al principio de este estudio⁷⁴ –, en la que se lamentaba de que la historiografía española careciera de estudios serios que analicen la historia de los conceptos jurídico-penales hasta la Codificación. Aparte de que éste sea probablemente el único camino para superar la pobre y tópica visión que de nuestra Codificación penal se ha formado parte de la doctrina, resulta muy conveniente no sólo perseguir la institución estudiada hasta el periodo codificador, sino también acometer su estudio partiendo de la existencia de un profundo pensamiento jurídico-penal más amplio que, sorteando el peligro del positivismo exacerbado, permita presentar un cuadro de nuestra tradición penal mucho más cercano a la realidad de lo efectivamente acontecido.

Pero para mostrar la existencia de un profundo pensamiento jurídico-penal más amplio, no siempre resulta suficiente atender a las aportaciones doctrinales de los juristas del entorno geográfico en el que se circunscribe el estudio. Se precisa encuadrar la institución penal en el marco de las principales fuentes normativas y doctrinales de una verdadera ciencia jurídica que rige y marca la pauta del Derecho penal – no sólo del privado – de numerosos territorios europeos: el *ius commune*. De ahí la conveniencia – y, en ocasiones, necesidad – de prestar un mínimo de atención a la doctrina jurídica de algunos de los principales glosadores – también los decretistas, si procede – y comentaristas del *ius commune* europeo (Irnerio, Azo, Accursio, Rolando, Paucapalea, Gandino, Bártolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Deciano, Claro, Farinacio o Alciato por poner algunos ejemplos).

Con un propósito metodológico semejante, acometí en su día el estudio de la pena de infamia en el Derecho histórico español, que desde un principio

⁷³ De entrada, hay que partir de la idea de que los juristas del *mos italicus* (la mayoría, en nuestra tradición jurídica), a pesar de su apegamiento al método escolástico basado en el caso, siguieron deslindando las circunstancias del acto criminal del propio delito. Ahora bien – y en esta misma línea –, cabe pensar que otros juristas hispánicos, que sí adoptaron en su *modus faciendi* las formas propias de la corriente del *mos gallicus* (Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, etc.), probablemente avanzaron mucho más en esta línea, esto es, en la consideración de tales circunstancias fuera del propio delito, llegando quizás a una concepción considerablemente cercana a la recogida más tarde por la Codificación (Masferrer Domingo, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado).

⁷⁴ Véase la nota 4.

pretendía ser, como reza el mismo subtítulo de la obra, una contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del *ius commune*⁷⁵. Por este motivo, antes de entrar propiamente en el Derecho de los diversos territorios hispánicos, dediqué un centenar de páginas al estudio de las principales fuentes jurídicas de la recepción, esto es, tanto de las fuentes normativas de los *corpora iuris*⁷⁶, como de las aportaciones doctrinales de algunos de los principales glosadores (tanto civilistas como canonistas) y comentaristas del *ius commune*⁷⁷.

En esta misma línea, en 1999 un joven penalista ya había publicado un interesante estudio sobre la legítima defensa⁷⁸, institución que ya había sido atendida por la doctrina⁷⁹. Según ya pusimos de manifiesto en su momento⁸⁰, el mérito de Iglesias radicó no sólo en adentrarse sin temor alguno en la evolución histórica de la legítima defensa, desde sus orígenes hasta la Codificación, sino también de llevarlo a cabo desde una perspectiva europea, deteniéndose en las principales aportaciones de la doctrina de *ius commune*, manejando numerosas obras doctrinales de juristas tanto del entorno español como del europeo, y sin eludir el análisis de un volumen considerable de fuentes normativas, tanto españolas como de otros países europeos. La bibliografía empleada resulta, por otra parte, abundantísima (española, alemana, francesa, inglesa e italiana). También la doctrina penalista puede contribuir – y no poco –, pues, a la reconstrucción histórica de nuestro Derecho penal vigente⁸¹.

⁷⁵ Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español* cit.; sobre este estudio, véanse las recensiones de J. Sarrión Gualda [*Revista d'Història del Dret català* I (2001) 296-298 y *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001) 836-837]; A. Pérez Martín [*Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001) 758-759]; J. Hallebeek [*Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 70 (2002) 356-360].

⁷⁶ Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español* 37-86.

⁷⁷ Masferrer Domingo, *La pena de infamia en el Derecho histórico español* 87-126.

⁷⁸ M.Á. Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa* (Universidad de Burgos 1999).

⁷⁹ Merced, en gran parte, a los trabajos de García Marín ('La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio' y 'La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVII', ambos ya citados); al de J. C. García De Vicente, *Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la teología tardomedieval* (Bern-Berlin-Bruxelles-Frankfurt am Main-New York-Wien: Lang, 1999) [véase mi recensión de esta obra publicada en *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 28 (2001) 414-418]; así como al antiguo estudio de Pereda ('La legítima defensa en caso de ataque a los bienes', ya citado).

⁸⁰ Véase mi recensión de esta obra en *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001) 746-750.

⁸¹ Otro ejemplo de estudio riguroso elaborado en este caso por una joven penalista, es el de L. Martínez Garay, 'Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana', *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 8 (2001) 34-126, si bien en este caso la autora maneja y estudia las fuentes doctrinales a partir del siglo XVII, se adentra en la etapa anterior merced a una acertada lectura y análisis de la propia historiografía alemana.

Estudios como éste muestran que la tónica –y categórica– premisa de que sólo a partir del periodo codificador el Derecho penal goza de una ciencia penal moderna digna de estudio, es un triste reduccionismo, carente de fundamento alguno⁸².

En efecto, el estudio de la tradición penal no sólo proporciona conocimientos provechosos para el erudito ansioso por satisfacer su curiosidad histórica, o para el estudioso afanado en el conocimiento de nuestra tradición penal, sino que también resulta decisivo para comprender cabalmente el sentido y régimen jurídico de las instituciones que, recogidas por el movimiento codificador, permanecen vigentes hoy en día en España y en el entorno europeo. Pero para ello, se precisa una mayor atención a la ciencia del *ius commune* desarrollada en el marco europeo.

De ahí mi propuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo, tal como reza el subtítulo de este trabajo redactado en homenaje al profesor Manlio Bellomo, también como pequeña muestra de agradecimiento por el fecundo legado de su brillante trayectoria científica como iushistoriador italiano, pero con vocación marcadamente europea.

⁸² Sobre este punto, véase Masferrer Domingo, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado en la nota 2.