

NOTAS SOBRE LA GÉNESIS DE LA CIENCIA PENAL EN ESPAÑA
PÉREZ MARCOS, REGINA M^a)

DPTO. HISTORIA DEL DERECHO –UNED-

SUMARIO:

1.Introducción.- 2.Algunas precisiones terminológicas.- 3.Punto de partida y contexto.- 4.La ciencia penal en los siglos XVI y XVII: 4a) Características. 4b) Los autores y las obras.- 5.Los contenidos.- 6.La ciencia penitenciaria.- 7.Síntesis final.

1. Introducción

Constituye un lugar común en la historiografía jurídica reciente vincular los orígenes de la ciencia penal en España a la etapa de la Ilustración y, concretamente, a la divulgación de la obra de Cesare Beccaria¹, fundamentando tal convicción en la profunda transformación que experimentó dicha ciencia en el siglo XVIII a través de la discusión, la controversia y el análisis a que fue sometida. Pero desde el punto de vista de la Historia del Derecho y de la Instituciones resulta difícil sostener que las raíces de tal transformación no se encuentran en etapas anteriores, en las obras de determinados juristas desde los albores de la Edad Moderna y, específicamente, ya en los siglos XVI y XVII, que contribuyeron con sus interpretaciones a configurar la ciencia penal. Tal afirmación, avalada por figuras tan relevantes como Galo Sánchez², Eduardo de Hinojosa³, Rafael Ureña⁴, y Francisco Tomás y Valiente⁵, justifica sobradamente una

¹ Q. SALDAÑA, ya en 1922, desmintió *el mito italianísimo del origen del Derecho penal* afirmando que ni Beccaria ni Italia crearon el Derecho penal: *No se adelantó Italia a otros países en su literatura penal ni en el estudio de los puntos singulares de esta ciencia como la abolición del tormento. Antes lo habían hecho Luis Vives, Mateu... etc.*, en su Prólogo a la obra *Contribución al estudio de la Escuela penal española* de J. MASAVEU, Madrid, 1922, pág. XV. En la misma línea se habían situado con anterioridad E. BULLÓN. *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid, 1900; y J. MONTES *Precursos de la Ciencia Penal en España y las causas y remedios del delito*, Madrid, 1911, pág. 7.

² SÁNCHEZ, G. “Algunas observaciones para la historiografía del Derecho penal”, en CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1926.

³ HINOJOSA Y NAVEROS, E. “Influencia que tuvieron en Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo”, en *Obras de Eduardo de Hinojosa*, Tomo I, Madrid, 1948, pp. 25-151. Específicamente, señala en las pp. 132-133:

“Durante el siglo XVI se consolida, en materia de Derecho penal, una evolución iniciada en los últimos tiempos de la Edad Media, no por obra de los soberanos, sino por el trabajo lento e incesante de la práctica y la jurisprudencia, influidas por las doctrinas jurídicas del Derecho romano. Sus principales promovedores fueron (...) los legistas. Observando los rasgos fundamentales de esta transformación, vemos que al carácter local y autónomo que ofrece el Derecho penal de los tiempos anteriores (...) sustituyen doctrinas y prácticas comunes en lo esencial, iniciándose de esta suerte lo que con exactitud ha podido calificarse de era del Derecho penal europeo. Durante ella, la doctrina reina como soberana absoluta contra la jurisprudencia práctica. Los jueces y tribunales no acuden en busca de reglas de conducta y de la instrucción necesaria para el buen desempeño de su oficio a los antiguos Fueros y Ordenanzas, sino a los escritos de los criminalistas (...).”

⁴ UREÑA SMENJAUD, R. “Origen de la Ciencia Jurídico-penal”, Discurso leído en el solemne acto de la apertura del curso académico de 1881 a 1882 en la Universidad literaria de Oviedo, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LXI, Madrid, 1882, pp. 33-74. Este autor rastrea las hondas raíces que en la Historia de la

reflexión sobre su contenido, y unas sucintas notas que consideramos oportunamente ubicadas en el ámbito de una publicación de carácter preferentemente docente. Por ello, sin pretender presentar una panorámica exhaustiva ni exponer en toda su amplitud las teorías jurídico-penales de una serie de juristas, a continuación se aborda la significación de algunos de ellos y de sus obras en el nacimiento de la ciencia penal, no inquisitorial, señalando sus rasgos característicos en la etapa precedente a la Ilustración.

2. Algunas precisiones terminológicas

La evolución de la ciencia penal constituye simplemente un episodio puntual del quehacer científico general, y de la evolución de la ciencia jurídica en particular, precisando que una *ciencia* existe desde el momento mismo en que, conocidos los hechos, la inteligencia humana se remonta a la investigación de sus causas y de lo que debe ser su evolución, y formula sus principios fundamentales, identificando el fundamento o fin de la ciencia penal con la determinación del delito y de la criminalidad, y con la proporción, cualidades, aplicación y ejecución de los castigos. Establecidos estos extremos, podemos apreciar que la diferencia que existe entre las diversas teorías penales en que a veces se expresa la ciencia penal no es sino la disparidad con que resuelven los autores esa primera cuestión que sirve de fundamento, de punto central, de unidad, de partida y de término. De tal manera, las sucesivas orientaciones de índole jurídica, filosófica, moral o sociológica de cada momento, no han dejado de enriquecer el acervo del que han partido los protagonistas, y cada una de las doctrinas ha dejado su impronta en el pensamiento jurídico penal y ha contribuido sucesivamente, bien sea a la concepción ideal del delito, al estudio natural del delincuente, y de la criminalidad, o a la elaboración de un catálogo de tópicos para la jurisprudencia, o a la concepción del Derecho como una estructura cultural global, o la concepción del mismo como un sistema conceptual.

Siguiendo una determinada guía metodológica procedente del Derecho penal que consideramos aplicable desde una perspectiva histórica⁶, conviene distinguir dentro de *lo penal*, en cada etapa, tres conceptos independientes pero muy relacionados. *El Derecho penal*, que es el orden normativo o conjunto de preceptos jurídico-políticos que establecen en un ordenamiento dado los delitos, las penas y demás consecuencias de la vulneración del sistema, constituyendo en sí mismo un sector de la ciencia en el que las acciones jurídicas adquieren una tensión máxima al manejarse en él conceptos vitales como el de libertad, responsabilidad, culpa, pena, etc... *La política criminal*, constituida por los criterios que desde una perspectiva política o ideológica orientan la elaboración y aplicación de un Derecho penal determinado. *La ciencia del Derecho penal* o dogmática, o forma científica del Derecho penal constituye una versión sintética del Derecho o categoría intelectual que consiste en el estudio sistemático y crítico de las instituciones que integran un Derecho penal determinado, y cuyo objeto se va delimitando a medida que crece el discurso de los profesionales modulado por la *Técnica jurídica*, o mecanismos de tratamiento de los problemas concretos, y la

Humanidad tienen los fundamentos de la ciencia penal, que se remontan a la civilización helénica..., aunque no penetraran hasta mucho tiempo después en los ordenamientos jurídicos, pág. 62.

⁵ Véase TOMÁS Y VALIENTE, F. "Introducción" de su traducción a la obra de C. Beccaria *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969, pág. 17.

⁶ BUENO ARÚS, F. "La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica", *Lección inaugural del Curso Académico 2003-2004 de la Universidad Pontificia de Comillas* (pronunciada el 1 de Octubre de 2003), Madrid, 2003, pp. 8-9.

Doctrina jurídica, conformada por quienes escriben tratados científicos basados en los principios generales de las normas.

En el campo de la *Ciencia del Derecho penal* es donde ahora nos centramos, tanto en su versión expositiva como crítica de un ordenamiento penal determinado, en este caso el correspondiente a la Edad Moderna y, dentro de ella a los siglos XVI y XVII, siempre circunscrito al ámbito de la jurisdicción ordinaria⁷, teniendo en cuenta que los tratadistas no se limitaron de ordinario a ordenar sistemáticamente el contenido de los preceptos penales, sino que solieron incluir además determinados principios de política criminal que, a su vez, sirvieron para orientar el Derecho penal que comentan, según su particular perspectiva ideológica.

3. Punto de partida y contexto

A la hora de analizar las influencias que convergen en el proceso de formación del Derecho penal como sistema en sus momentos incipientes, conviene recordar que ya en las Partidas el Derecho es concebido como una función de Estado y que sería a partir de ese momento en que esta concepción se reflejó en el campo del Derecho penal, cuando los publicistas comenzaron a ocuparse de él, atribuyendo a la autoridad pública, no sólo la jurisdicción y la ejecución de las penas, sino el interés exclusivo en el castigo del reo, por entender que la finalidad de aquella ya no era la venganza, sino el orden para cuya guarda había sido constituida la autoridad⁸.

Sobre esta disposición de ideas y planteamientos operó en el Derecho penal la profunda y duradera influencia de la Iglesia que mediante la consideración del delito como pecado, venía a determinar que las penas impuestas debían llevar anejas la idea penitencia, arrepentimiento y reinserción, antes que la de venganza. Tal influencia no se limitaría a mitigar el rigor de ciertas prácticas de punición, sino que a largo plazo sentaría las bases del Derecho penal moderno, con sus ideas acerca del delito y de la pena, y la regulación de una y otra.

Al lado de esta se constata la influencia en el Derecho penal del Derecho romano, que actuó en la Baja Edad Media a través de los estudios del Derecho de Justiniano como factor más importante mediante la labor de los glosadores que, reducido en un principio al comentario del Derecho criminal contenido en el *Corpus Iuris*, se centró entonces especialmente en torno a la introducción y abuso de la pena de muerte, ajena al sistema penitenciario de la Iglesia⁹. Asimismo el Derecho civil local y el de la práctica, que llegó a crear costumbre general, contribuyeron a la formación, en el campo penal, de un derecho común característico de la Baja Edad Media, cuyas máximas habían de renovar los escritores de la época siguiente.

Por otra parte, en el Derecho penal del Renacimiento predominó su naturaleza de instrumento de poder sobre la de mecanismo de justicia, ya vislumbrada desde la atribución del *ius puniendi* al monarca absoluto, específicamente asentada desde que

⁷ Uno de los problemas del Derecho penal, a la hora de su depuración en ciencia penal fue la multiplicidad de jurisdicciones. Véase sobre este aspecto LÓPEZ-REY y ARROJO, M. *La jurisdicción común penal castellana en el siglo XVI (un intento de reconstrucción histórica)*, Santiago de Chile, 1943.

⁸ LÓPEZ-AMO MARÍN, A. "El Derecho penal español en la Baja Edad Media", *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 26 (Madrid 1956), pp. 337-367, específicamente pág. 354.

⁹ *Id. Ibid.* pp. 340-343.

Bodino vinculara la potestad penal a la soberanía, entendiendo que la ésta era un poder sin límites para la creación del Estado Moderno. De hecho, *el concepto de soberanía* alcanzó en España, desde finales del siglo XVI, una formulación completa a través del interés que suscitó en buen número de teólogos y juristas como Matín Azpilicueta, Vitoria, Alfonso de Castro, Covarrubias, Molina, Suárez, y Mariana¹⁰.

Por el mismo tiempo, ya desde el siglo XV, se había iniciado un proceso de europeización de la ciencia del Derecho que salió de Italia e invadió la Europa no italiana. Así, en Francia, Alemania, Holanda, y también en España, se logró una producción jurídica autóctona impulsada gracias a difusión de los textos posibilitada por la imprenta. Asimismo, promovieron el fenómeno de la europeización jurídica, las estructuras políticas del momento viéndose, en el caso de español, relanzado todo el Derecho de la Monarquía Hispánica durante los reinados de Carlos V y Felipe II, y por la confrontación de las potencias francesa e hispana, a propósito de la hegemonía sobre el suelo italiano¹¹.

La ciencia del Derecho español careció de perfil propio hasta finales del siglo XV, después de la recepción jurídica realizada entre los siglos XIII al XVI. Hasta entonces había sido tan solo una parte de la ciencia jurídica italiana, maestra de los estudiosos del Derecho español debido a que muchos juristas españoles habían realizado sus estudios en el colegio español de Bolonia, o en otras Universidades italianas. Pero ya a finales del siglo XV y comienzos del XVI se puede decir que despertó en España la conciencia en el campo del Derecho, y la ciencia jurídica española experimentó un súbito crecimiento participando del esplendor cultural del siglo de Oro, siendo sus fundamentos las Universidades, y a la cabeza ellas la de Salamanca, en torno a la cual se fraguaron las aportaciones de Diego de Covarrubias, Antonio Gómez y Fernando Velázquez, entre otros, que la dieron validez universal, pues con frecuencia sus obras alcanzaron difusión al norte de los Pirineos¹².

En definitiva, la ciencia penal no aparecería en España hasta el siglo XVI debido, en primer lugar, a que hasta entonces nadie puso en discusión los puntos fundamentales de una ciencia dedicada a algo tan obvio y demostrable como es la existencia de delitos y de penas. En segundo lugar, a que siendo el Derecho penal la forma sintética del Derecho, y el Derecho civil su forma analítica, que responde a una reflexión previa, había de contar aquél con una doctrina completamente desarrollada de éste, lo que no se dio hasta entonces. Además, dada su complejidad, la ciencia del Derecho penal requiere también para su formulación el concurso del Derecho público, y de otras ciencias (moral, médica, etc.). Cuando se originó, esta discusión cobró cuerpo en las obras de teólogos, filósofos y juristas, que se prestaron auxilio mutuo a la hora de dar forma a la ciencia penal, surgida del gran tronco de la ciencia jurídica y, a su vez, estrechamente emparentada con el estudio de la Teología, de la Filosofía y de la moral.

¹⁰ Sobre este aspecto véase BULLÓN Y FERNÁNDEZ, E. *El concepto de soberanía en la Escuela jurídica española del siglo XVI*, Madrid, 1936.

¹¹ Cfr.: SCHAFFSTEIN, F. *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957, pp. 16-19.

¹² VON WEBER, "Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán", *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º: XXIII (Madrid 1953), pp. 717-731. En este importante trabajo, realizado a partir del análisis de la exposición literaria del Derecho penal alemán del Renacimiento de B. CARPZOV *Practica criminalis* de 1635, el autor señaló la influencia tanto cuantitativa como cualitativa de una serie de escritores españoles (castellanos, catalanes, aragoneses, valencianos y mallorquines) fuertemente inspirados el canónico, en la formación del Derecho penal alemán, guiado en sus orígenes por el movimiento religioso de la Reforma.

El primer rasgo que caracteriza a la ciencia jurídica española de los siglos XVI y XVII es la liberación del criterio de autoridad que la había determinado desde la labor de los glosadores, como condición previa para adquirir la independencia. Así, el deseo de originalidad característico del Renacimiento y el Humanismo es abiertamente buscado por determinados juristas españoles. Esta liberación de la autoridad que representa la tradición hubiera podido producir confusión y disputa en el caso de no haber llegado a construir una nueva concepción del Derecho, que abrió paso a la nueva concepción, admitiendo, junto a la *autoritas externa*, una *autoritas interna* a favor de la ciencia jurídica en general, que quedará siempre vencedora en caso de oposición. El origen y el contenido de la razón que puede sobreponerse a la tradición se expresó con toda claridad en España en el campo de la ciencia penal¹³.

4. La ciencia penal en los siglos XVI y XVII:

4a) Características

La ciencia del Derecho penal presentó en sus orígenes, al igual que la ciencia jurídica, como su primera característica un *carácter ancilar*, pues dependió de orientaciones científicas dirigidas hacia otros ámbitos del conocimiento, principalmente la Filosofía y la Teología, a las que se hubo de adaptar. En la Edad Moderna la Teología y los teólogos manejaban un saber especializado de la máxima importancia tanto para los individuos como para el Estado, un de cuyos fines era la conservación y protección de la fe católica. Por ello la alianza de los reyes, los teólogos, y la jerarquía eclesiástica fue estrecha y el saber teológico no sólo se ocupó de escrutar los misterios de la divinidad, sino también de traducir en postulados prácticos las verdades especulativas, sintetizando el conocimiento de las cosas divinas y humanas como era la ciencia de lo justo y de lo injusto, y de ahí la trascendencia de sus escritos en materia penal y en la fijación de normas públicas y políticas según las cuales habían de regirse la ordenación social y el poder temporal¹⁴. Puede, por tanto, hablarse en la formación del derecho penal secular, de un *teologismo* que, más allá del ámbito jurisdiccional de la Inquisición, le dio coherencia y unidad articulándose a través del método de la escolástica tardía (que escalonaba la ley como eterna, natural, o positiva) en torno a dos grupos de problemas: la teoría del fundamento de la ley penal y su obligatoriedad, que dio forma al *ius puniendi* real, y la teoría y los fines de la pena¹⁵.

En relación con el primer grupo se alinearon, aunque con notables variables, las aportaciones de Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias, Vitoria, Soto, Molina, Suárez y Fox Morcillo, quienes con sus doctrinas sobre la ley penal -todas radicalmente negadoras de la venganza privada de origen germánico- contribuyeron a consolidar la idea de que el derecho a castigar pertenecía en exclusiva al rey y a su administración de justicia. En relación al segundo grupo de problemas, es decir, con la técnica jurídica, el interés de la teología moral se centró en la elaboración como categorías abstractas de los conceptos de culpa, delito, expiación, libre albedrío etc., hasta entonces sólo trabajados por los juristas a nivel casuístico.

¹³ *Id. Ibid.*, pp. 723-724.

¹⁴ HINOJOSA Y NAVEROS, E. *Art. Cit.*, pág. 78

¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI- XVII- XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 85-88.

En su conjunto, las aportaciones de los teólogos españoles desde comienzos de la Edad Moderna guardaron estrecha sintonía con la jurisprudencia formando un puzzle ideológico, variopinto y, a veces, contradictorio que constituyó el suelo intelectual del pensamiento penalista. Su función se orientó primordialmente a favorecer la concepción del Derecho penal como función del Estado, situándose así en la misma línea que los juristas contemporáneos formados en las directrices del *ius commune* a la hora de justificar la exclusividad del derecho del rey a castigar, perseguir o indultar a los delincuentes. La influencia de los teólogos españoles en el derecho penal consistió más que en introducir o acreditar instituciones nuevas, en consolidar las que procedían del derecho romano-canónico, aclimatadas hasta entonces a nuestro suelo merced a la acción más directa y eficaz de los jurisconsultos italianos en la Baja Edad Media¹⁶.

Junto a la influencia que la Teología ejerció sobre la ciencia penal en sus orígenes, hay que reseñar la menor influencia que ejerció sobre ella la Filosofía. Y tal diferencia, en parte, fue debida a que el humanismo no penetró en España de manera profunda siendo muy pocos los filósofos se dedicaron a tratar específicamente materias relacionadas con el Derecho público y con el Derecho penal, excepto los que fueron filósofos-teólogos, en los que también predominó la base del neoescolasticismo.

Por tanto, entre los españoles que elaboraron Derecho penal en los siglos XVI y XVII se encuentran un número significativo de canonistas, cuyo objetivo fue escribir un Derecho penal secular, que emplearan para la exposición de sus doctrinas lo mismo el *Corpus Iuris Canonici* que las *Pandectas*; por algunos filósofos; y por los legistas o jurisconsultos propiamente dichos que, por lo común, fueron personas profundamente religiosas, cuyo pensamiento jurídico venía frecuentemente determinado por la *Biblia* y por la literatura teológica de los *Santos Padres* y que, en general, siguieron el mismo método que los expositores del Derecho civil, aún sin llegar a su nivel, transitando por un reducido espacio que les permitían recorrer las leyes penales.

La característica común de este colectivo de autores, bien teólogos, bien filósofos, o bien juristas es que llegaron al Derecho penal bajo las determinantes de la escolástica tardía, y del Derecho romano, inscribiéndose la gran mayoría en las coordenadas de ambos. Los jurisconsultos siguieron en general esa tendencia y fueron precursores del positivismo jurídico mediante los tratados, glosas, y comentarios con que compusieron en sus obras. Todos se inscriben en la *iuspublicística*, aunque constituyen un grupo variopinto, no homogéneo ni unidireccional, en el que predominan las obras de autores castellanos, aunque no estén ausentes las de juristas de otros territorios. Algunos tuvieron una trascendencia importante en la formación de la ciencia penal europea, bien por la influencia directa de sus obras, o bien a través de la formación de juristas desde las cátedras que ocuparon. Pese a la diversa procedencia científica y pese a la heterogeneidad del conjunto, se prestaron ayuda mutua desde que a finales del XV se dieron los requisitos previos necesarios para superar la oposición entre el Derecho penal canónico y el secular.

4b) Los autores y las obras

Sintetizando lo hasta aquí expuesto podemos afirmar que la ciencia penal no inquisitorial española nació en los siglos XVI y XVII vinculada, como otras parcelas del

¹⁶ *Id. Ibid.*, pp. 87-93.

Derecho, a la importante y floreciente nebulosa teológica, y a la filosófica, siendo sus principales exponentes las obras de una serie de autores¹⁷, de difícil clasificación¹⁸ que constituyó un numeroso, variopinto y complejo colectivo cuya ordenación puede ajustarse al siguiente esquema:

Los teólogos: Alfonso de Castro; Domingo de Soto; Orozco; Martín de Azpilicueta; Vázquez de Menchaca; Padre Juan de Mariana.

Los filósofos: Francisco Suárez; Juan Luis Vives; Fox Morcillo.

Juristas que escribieron obras de doctrina penal: Julio Claro; Covarrubias; Luis de Molina; García de Saavedra; Antonio Gómez Salcedo.

Juristas de la práctica: Francisco de la Pradilla Barnuevo; Juan de la Peña; Plaza y Moraza; Matheu y Sanz.

Los moralistas y médicos que cultivaron la antropología jurídica, etc.: Jerónimo Merola; Gerónimo Cortés; Miguel Lafuente.

Los penalistas del Derecho penal catalán: Xammar, Antonio Oliba, Luis de Peguera, Ripoll, Miguel Ferrer y Calderó, Vilosa, Cancer.

Alfonso de Castro (Zamora 1495 - Salamanca 1558). Monje franciscano, estudiante en Alcalá y profesor de Teología en Salamanca. Intervino en el Concilio de Trento como predicador real que era desde 1553 por designación de Felipe II. Dentro del Derecho penal se fijó principalmente en el delito de herejía *De justa haereticorum punitione* (Salamanca, 1547). Desarrolló las ideas jurídicas de Santo Tomás de Aquino en su obra maestra *De potestate legis poenalis* (Salamanca, 1550) que para algunos constituye la primera exposición sistemática del Derecho penal, siendo considerado por esto precursor de Beccaria¹⁹. En ella resuelve la antinomia entre expiación y corrección y

¹⁷ No se ha pretendido exponer una referencia completa de todos los autores que se relacionan en el esquema, lo que excedería los límites del presente trabajo, ni tampoco dar de los seleccionados sino unas someras y sintetizadas reseñas de ellos y de sus obras representativas en el campo de la ciencia penal de los siglos XVI y XVII. Los datos que aquí se presentan proceden de las siguientes obras, a las que me remito para una eventual información más completa: VON LISZT, F. *Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 18ª edición alemana y Adicionado con la *Historia del Derecho penal en España* por Q. SALDAÑA, Tomo primero, Madrid, 1999 (cuarta edición), pp. 335 y ss.); SANZ LÓPEZ, M. "Juristas españoles de la Edad de Oro", en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año II (Febrero 1946) nº II, pp. 51-59; (Julio de 1946), nº 15, pp. 40-47; Año V (Enero 1949), nº 46, pp. 25-37); MASAVEU, J. *Contribución al estudio de la Escuela penal española*, Madrid, 1922; GUTIERREZ FERNANDEZ, B. *Examen histórico del derecho penal*, Madrid, 1886; COTS GRAU, J. *Los Juristas Clásicos Españoles*, Madrid, 1948; MONTES, J. *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, 1911. HINOJOSA y NAVEROS, E. *Ops. Cit. Supra*; TOMÁS y VALIENTE, F. *Ops. Cit.*, pp. 120-151.

¹⁸ De las que en todos los casos se cita la primera edición.

¹⁹ La figura de A. de Castro ha sido, probablemente, sobredimensionada por la historiografía contemporánea, gracias a la obra de A. Cánovas del Castillo *Bosquejo histórico de la Casa de Austria* en la que le consideró *fundador de la ciencia del Derecho penal y príncipe de los penalistas*, y a la atención que en general se le prestó después de manera generalizada (Hinojosa, Valdés Rubio, Eloy Bullón, Jerónimo Montes, A. Ballesteros, M. Solana, Franz Von Liszt (*Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 18ª edición alemana y Adicionado con la *Historia del Derecho penal en España* por Quintiliano Saldaña, entre otros). Pero la significación de su figura también cuenta con un sector crítico dentro de este contexto. Ya A. MOSTAZA en "La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas", en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1950, pp. 189-241, señaló A. de Castro practicó un merepenalismo formalista y no profundo, cuya intención no iba más allá de reforzar el absolutismo. Este

pone un fundamento filosófico al arbitrio judicial como base de la sentencia indeterminada. Sus ideas generales circulan en torno al valor de la pena en orden a su función de defensa social, en aras al bien común de la sociedad.

Domingo de Soto (Segovia 1496 - Salamanca 1560). Teólogo y autor de *De iustitia et iure* (Salamanca, 1556). Estudió en la Universidad de Alcalá de Henares y en París. En 1525 profesó en el convento de los Dominicos de Burgos, siendo más tarde catedrático de Prima en la Universidad de Salamanca. Se le ha llamado “el verbo de Vitoria”, pues en él coinciden la escolástica y el Renacimiento. Fue confesor de Carlos V en 1548 y, al igual que A. de Castro, representante de España en Trento. Analizó la noción de ley a la que radica en el entendimiento siendo por ello al mismo tiempo dirección y mandato. En el campo de la ciencia penal trabaja sobre el premio y la pena acerca de los que sostiene son *los dos astros que gobiernan el universo*. Mantuvo, como Suárez, el principio de excusación de responsabilidad criminal por ignorancia de las leyes, y afirmó que en ocasiones podía ser necesario imponer la pena de muerte, aunque solo el poder público tenía poder para ello.

Alfonso de Orozco. Teólogo (Oropesa 1500 - Madrid 1591). Estudió en la Universidad de Salamanca Teología y Leyes. Profesó en 1552 en la Orden de San Agustín y fue predicador de Carlos V y de Felipe II, y confesor de Ana de Austria. Su aportación a la ciencia penal se concreta en su obra *Regalis institutio orthodoxis omnibus, potissime Regibus et Principibus perutilis* (Alcalá 1565) en la que se alinea con la teoría de la eliminación del delincuente, abundando en el ya viejo tópico de que al miembro podrido hay que segregarle para que no corrompa a los sanos.

Martín de Azpilicueta (Pamplona 1493 – Roma 1586). Teólogo, filósofo, y jurisconsulto que se formó en las universidades de Alcalá y Toulouse, obteniendo más tarde la cátedra de Prima de la Universidad de Salamanca en la que destacó por su fidelidad a las tesis de Vitoria. Conocido como “el Doctor Navarro”, fue considerado en su tiempo el primer canonista español del siglo XVI y también un insigne monetarista, llegando a ser rector de la Universidad de Coimbra. Fundamentó directamente en la Filosofía las doctrinas penales en su principal obra *De Finibus humanorum actuum* (Lugduni en 1573). Vivió en la Corte española, siendo confesor de Felipe II y defensor del Obispo Carranza en su proceso frente al Santo Oficio.

Padre Mariana (Talavera de la Reina 1536 – Toledo 1623). En su obra *De rege et regis institutione* (Toledo en 1599) subrayó los conceptos de la doctrina tomista sobre el derecho de resistencia que tienen los súbditos ante la autoridad ilegal e injusta del rey tirano, que puede llegar en algunos casos extremos a legitimar el tiranicidio. Fue, no obstante, un ferviente partidario de la monarquía, pero mitigada por la intervención directa del pueblo en la gobernación del Estado y en la elaboración de las leyes .

Francisco Suárez. Filósofo (Hinojosa 126) (Granada 1548 – 1617 Lisboa) que en temas de Derecho penal debate sobre el indulto y dice que es facultad del rey, afirmando también que el juez no puede limitar a su arbitrio la pena señalada por la ley, ni tampoco agravar las penas más allá del límite máximo marcado por la ley, salvo que el delito haya sido ejecutado en ciertas gravísimas circunstancias.

material y otros sirvieron a F. TOMAS Y VALIENTE para matizar que A. de Castro debe ser estudiado como filósofo y no como jurista, fuera de los problemas concernientes al ámbito de la Teología, *Ops. Cit.*, pp. 90-92.

Francisco de Vitoria, que en su *Relectio de potestate civili* (1528) aunque admite la potestad absoluta a la potestad del rey, cierra el paso a la arbitrariedad y al despotismo, al establecer que las leyes, cuyo fin principal es la sociabilidad del hombre, obligan también al legislador.

Juan Luis Vives (Valencia 1492 - Brujas 1540). Fue uno de los escasos humanistas del elenco de escritores. Su formación fue primordialmente filosófica, aunque dio cursos de Jurisprudencia y de Humanidades en la Universidad de Oxford. Combatió ardientemente el tormento. En su obra *De subventione pauperum* da consejos tan avanzados como que los magistrados deben trabajar en hacer buenos a los ciudadanos antes que en castigarlos, pues mejor es adelantarse y cortar de raíz el mal. Asimismo refiere los males que tare consigo la mendicidad.

Fox Morcillo (Sevilla 1523 – murió ahogado en 1560 en la travesía de Lovaina a España). Insigne filósofo que escribió *De regni regisque institutione* (Auterpie, 1556), obra con que penetra en España la doctrina de la defensa social de Santo Tomás. Fue un ardiente defensor de la exclusividad del derecho de imponer penas a favor del poder público. Recalcó la idea de que el soberano debe subordinarlo todo al bien del Estado, por entender que ejerce el poder en concepto de administrador. Al igual que Mariana, se alinea en favor de la deposición del monarca cuando carezca de las dotes necesarias para desempeñar su cargo, de la misma manera que las leyes civiles inhabilitan al particular demente para el gobierno de su familia y patrimonio.

Julio Claro (Nacido en Italia en fecha indeterminada - Zaragoza, 1575). Estuvo al servicio de Felipe II que lo nombró Consejero de Estado. En el campo del Derecho penal su autoridad no fue eclipsada hasta la aparición de su compatriota *Farinacio*. Dio la norma a seguir e hizo opinión en todo lo relativo a los delitos contra las personas y bienes. Escribió *Receptarum sententiarum opus*, más conocida como *Práctica civil y criminal* (1666) obra, con el estilo casuístico propio de la época que peca de difuso, en cuyo libro V estudia las cuestiones penales con una honda influencia del Derecho romano. Comienza tratando los maleficios y sus clases. Asimismo trata de los delitos (dividiéndolos en los que merecen la última pena y los que merecen mutilación etc.) y las penas (que clasifica en capitales y no capitales, corporales y no corporales). Fue el primer escritor que formuló científicamente la teoría del indulto, fijando su concepto y límites, no bien determinados hasta entonces, considerándolo atribución exclusiva del rey, aunque pueda delegarlo en otros señores jurisdiccionales. Partiendo de la base de que el pensamiento no es susceptible de represión penal, aborda la cuestión de si es, o no es, penalizable el conato de delito cuando no llega a cometerse, entrando con ello de lleno en la cuestión de la intención y el resultado. Sin separarse ni un ápice del derecho romano, al que toma por modelo. Habla de los maleficios y sus tipos (leves, graves, atroces y atrocísimos), con carácter previo a tratar la materia de los delitos, sus causas y circunstancias. Y, sin llegar a dar una definición de la pena, distingue sus especies en corporales y no corporales, capitales y no capitales. Expone toda una doctrina de la penalidad, y fija las conclusiones a que debe llegar un juez antes de emitir su fallo. Consigna el principio de que nadie debe ser castigado por delito de otro.

Diego de Covarrubias. (Toledo 1512 – Madrid, 1577). Estudió en Salamanca Derecho canónico y civil, siendo discípulo de Martín de Azpilicueta y coetáneo de A. de Castro, fue uno de los grandes juristas de la práctica, considerado como el Bártolo español. Desempeñó importantes cargos en la Administración y en la jurisprudencia en los

reinados de Carlos V y Felipe II, llegando a ser miembro y presidente del Consejo de Castilla y representante de las tesis españolas en el Concilio de Trento. Su contribución a la doctrina penal, altamente significativa ha sido objeto de importantes estudios²⁰ y está recogida en las *Opera omnia* (1545) donde sin, abordar ninguna exposición de conjunto, recopila varios trabajos de interés en el orden penal. Rechaza la licitud de las penas corporales y de la pena de muerte sobre los parientes del condenado, pero su reputación como criminalista descansa sobre su tesis de la equiparación entre tentativa y consumación del delito entre las cuales entiende que únicamente existe diferencia en cuanto al resultado de la acción penalizable.

Luis de Molina. Teólogo jesuita (Cuenca 1535 - Madrid 1601) y autor de *De iustitia et iure* (1592), en quien la doctrina continúa siguiendo las huellas de Vitoria y de Castro. Diserta ampliamente sobre la licitud y la necesidad de la pena de muerte, sosteniendo que si se debe aplicar en causas graves. Como Soto resuelve que el poder público en la imposición de penas ha de atender al bien del delincuente y al bien del Estado en virtud de la teoría reiterada por los teólogos de que al miembro podrido hay que separarle del resto del organismo para que no se corrompa todo. Fue profesor de la Universidad de Évora y trató ampliamente la doctrina de la irresponsabilidad cuando incurren determinadas circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, como la locura, la edad, etc.

Alonso de Acevedo (nacido en Plasencia en 1550), que en su célebre disertación contra la tortura *Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento* (editada por vez 1ª en Madrid, en 1770, en latín).

Antonio Gómez (Talavera de la Reina). Famoso civilista formado en Salamanca, donde llegó a ser profesor y criminalista práctico. Autor de *Variarum resolutionum Iuris civilis* (Salamanca, 1552) cuyo libro III está dedicado a *De delictis* y consiste en una serie de resoluciones de contenido jurídico-penal en las que no se pronuncia sobre el fin y el fundamento de la pena, pero habla del homicidio, distingue dolo de culpa, y pondera determinadas circunstancias como modificativas de la capacidad de obrar, como la edad, o la embriaguez, que pueden resultar eximentes o atenuantes a la hora de graduar la pena. Influyó considerablemente en los jurisconsultos de su tiempo, tanto fuera como dentro de España, sobre todo en la ciencia penal alemana. Asimismo fue comentador de las Leyes de Toro, y coetáneo de A. de Castro. Se le llamó en su tiempo el príncipe de los jurisconsultos²¹.

Lorenzo Matheu y Sanz (Valencia 1618 – Madrid, 1680). Su formación transcurrió en las universidades de Salamanca y Valencia. Desempeñó cargos importantes en la magistratura como juez de la Audiencia de Valencia, Regente del Consejo de Aragón, y Presidente de la sala de Alcaldes de Casa y Corte. Al mismo tiempo se movió en el orden jurídico-práctico Su posición acerca de la tortura la desarrolla en la obra *De Regime Regni Valentiae, sive selectarum interpretationum ad principales foros eiusdem, Tractatus* (Valencia 1654 y 1656). En ella aborda el examen de los juicios en materia penal, analizando también aspectos procesales. Defiende la postura de que el

²⁰ Entre los destacan los trabajos de SCHAFFSTEIN, F. *La ciencia penal...* Cit, *Supra*, pp. 156-166; y PEREA, J. *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959.

²¹ Dada la trascendencia de este autor para la ciencia penal, ha merecido una atención preferente en las obras de los estudiosos. Cfr. SCHAFFSTEIN, F. *Ops. Cit.*, pp. 157 y nota 4; y TOMÁS y VALIENTE, F. *Ops. Cit.*, pp. 124-128.

tormento como modo de conseguir la confesión es ineficaz, y por ello solo debe ser aplicado al reo en determinados supuestos²².

Juan de la Pradilla Barnuevo. Doctor en leyes formado en la Universidad de Salamanca. Como abogado, que se movía en el terreno jurídico-práctico escribió *Suma de todas las leyes penales canónicas, civiles y destos Reynos de mucha utilidad, y provecho, no solo para los naturales de ellos, pero para todos en general..* (Sevilla 1613) obra precursora de lo que más tarde constituiría un Código penal.

Pedro Plaza y Moraza (nacido en Briviesca). Estudiante y profesor de la Universidad de Salamanca Jurista y práctico del Derecho penal. En su obra *Epítomes delicti* se ocupa especialmente de la teoría de la voluntad que fija la atención en el autor del hecho punible. Trata asimismo del *furiosus* y del *ebrius* e indica que estas circunstancias deberían incluirse en todas las legislaciones como atenuantes, al menos respecto a determinados tipos de delitos, cuando haya confesión espontánea del reo y si el crimen hubiera podido permanecer oculto.

Otros prácticos del Derecho penal de no menor interés para la ciencia penal fueron *Juan Gutierrez* del que se publicó una obra póstuma *Praxis Criminalis civilis et canonica, in librum octavum novae Recopilationis Regiae; sive Practicarum quaestionum criminalium tractatio nova*, (Salamanca 1624); *Juan Vela*, autor de *Modus seu ordo procedendi in causis criminalibus* (Salamanca 1603); *Diego de la Cantera*, autor de *Quaestionum criminalium practicarum volumen* (Salamanca 1589); *Antonio de la Peña* con su *Orden de los juicios y penas criminales* (Salamanca en 1601)²³; o el juez barcelonés *Luis Peguera*, autor de *Questiones criminales in sacro regio criminali concilio Cathaloniae* editada en Barcelona en 1585.

5. Los contenidos

En las obras reseñadas, aunque de una manera desigual y en ocasiones dispersa, los penalistas de los siglos XVI y XVII aciertan a formular hallazgos en sus contenidos determinados hallazgos que hoy siguen preocupando a los penalistas por constituir los ejes principales del Derecho penal. Así, reflexionaron en torno a la controversia del Derecho a castigar; a la obligatoriedad de los estatutos penales, o lo que es lo mismo, sobre la cuestión de si la ley meramente civil, ya separada de la ley moral, obliga por sí sola. El concepto del *merepenalismo* fue desarrollado principalmente, de manera sistemática en Suárez (*De legibus ac Deo legislatore*, Cap. IV, Libro V) que se pregunta si se dan o pueden darse leyes penales que obliguen no en conciencia, sino solo a pura intervención de culpa, reconociendo no sólo la existencia, sino también la conveniencia de tales leyes en el ordenamiento civil²⁴. Esta cuestión de deslinde

²² Existe un trabajo notable, dedicado exclusivamente al análisis de este autor, al que nos remitimos para la ampliación de este punto: TOMÁS y VALIENTE, F. "Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu y Sanz (1618-1680)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° LXI, (Madrid, 1971), pp. 349-485.

²³ Hemos visto un ejemplar de esta obra en BNE, Mss. inédito 6379 y constituye un típico Repertorio ordenado alfabéticamente surgido como necesidad de la jurisprudencia, en el que tras cada palabra suele aparecer una definición corta. No dan este tipo de obras el perfil propio de la ciencia del derecho, pues sólo recogen materiales que incluyen la *communis opinio*.

²⁴ Sobre este aspecto véase MOSTAZA, A. "La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas", en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1950, pp. 189-241.

jurisdiccional preocupa a numerosos autores del grupo de los teólogos como A. de Castro quien, en realidad no admite ninguna ley que solo obligue bajo pena.

Construyeron una teoría jurídica del delito y del delincuente y analizaron diversos aspectos o tipos de delincuentes, surgiendo de este punto concreto la doctrina penalista propiamente dicha, por ser una cuestión que emplea a fondo a todos estos escritores. El delito como entidad abstracta y metafísica; la graduación de la responsabilidad y las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, contempladas bien como atenuantes, o incluso como eximentes... etc. También fue estudiado el delincuente bajo el aspecto biológico... etc.

Los fines de la pena y todos los temas que derivan de ella como la corrección del delincuente, la intimidación, o la eliminación (teoría del miembro podrido, de los teólogos). Sobre la pena de muerte en general, pero con una tendencia clara a su limitación pues se opina que puede ser aplicada por delitos graves pero ha de ser proporcionada. No obstante aquí hay una cierta actitud de hipocresía pues se da una clara tendencia a negar la pena de muerte pero al mismo tiempo a dar sentencias cada vez más frecuentes de penas a galeras, que sin ser muerte, es como si lo fuera. Hay también una clara reacción contra ella (Vives). Se comienza a evaluar la pena en función a su consideración de defensa social asignándole un carácter expiativo.

Por lo que se refiere a los delitos concretos, destaca el interés que suscita entre los autores de obras relacionadas con el Derecho penal el delito de herejía, siendo muy numerosos los tratados penales españoles *de haereticas*, y también los de delitos derivados de la herejía, como son la magia y la nigromancia.

Asimismo se ocuparon de lo que se consideraron los principales vicios del sistema penal y procesal como la tortura judicial o tormento, encaminado a lograr la confesión que fue en general evaluado como falible, ineficaz e injusto (Matheu y Sanz). También se enucleó toda una polémica acerca del indulto y del arbitrio judicial (Juan Ginés de Sepúlveda *De facto et libero arbitrio*, Libro II).

6. La ciencia penitenciaria

La ciencia penitenciaria surge en el siglo XVI, como parte del derecho penal, gracias a la aportación de las obras de Bernardino Sandoval, maestro-escuela de la catedral primada de Toledo y autor del *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*, editado por primera vez en 1564²⁵; y Tomás Cerdán de Tallada que, con *La Visita de la cárcel y de los presos* editada por vez primera en Valencia, en 1574²⁶ entonó, dentro del panorama español, una de las escasas y aislada voces de tratadistas que abordaron la ciencia penitenciaria en sus orígenes²⁷. Otras obras, que pese a su inferior calado contribuyeron al desarrollo de esta rama del derecho penal en sus momentos incipientes, fueron la de Cristóbal de Chaves, procurador de la Audiencia de

²⁵ Editada en Toledo, en la imprenta de Miguel Ferrer. Existe una segunda edición realizada en Barcelona en 1883.

²⁶ En la imprenta de Pedro Huete. Unos años más tarde, en 1604, la *Visita* alcanzó nueva edición, en la misma Valencia, en la imprenta de J. Garraiz.

²⁷ LISZT, Franz (von) *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña, Tomo I, Madrid 1999 (cuarta ed.) Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Vol. XI, pág. 349; TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español* (2ª ed.) Tecnos, Madrid, 1980, p. 321.

Sevilla, autor de la *Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato*²⁸; Pedro de León, jesuita que atendió espiritualmente a los presos de la misma cárcel sevillana durante 38 años y redactó un *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*²⁹; Cristóbal Pérez de Herrera, humanista, político y poeta que ejerció como médico de la cárcel Real de Madrid y de la de Valladolid, autor de *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos* editada en 1598³⁰.

La mayoría de estas obras nacen de la preocupación por el hombre, el culto al trabajo, al espíritu productivo y al utilitarismo suscitados por el ideario erasmista vertido principalmente en la obra precursora de Juan Luis Vives (1494-1540) *De subventionem pauperum sive de humanis nec essitatibus*³¹ y reflejado en el interés especial que por la asistencia de los pobres y los indigentes, en conexión con la sensibilidad caritativa. Los pensadores y las obras que se alinean dentro de esta corriente en España forman un grupo aparte que, pese a su difícil calificación como conjunto homogéneo permite, en cualquier caso, identificar en el siglo XVI una doctrina formulada en todos sus extremos acerca de la vida en las principales cárceles, en la que se apuntan ya las dos concepciones históricas tradicionales de la institución carcelaria. O bien la consideración predominante de que la cárcel es un reducto en el que recogía a los detenidos a la espera de juicio, o bien su consideración marginal como instrumento punitivo³². En ningún caso se contempla la cárcel como hoy en día, como un lugar en el que el delincuente cumple su condena y en que se procura su reinserción en la sociedad, una vez cumplida³³. El enfoque que se daba en la Edad Moderna al problema carcelario se sustentaba sobre la consideración de lugar donde el preso había de permanecer a la espera de juicio, y donde podía conseguirse todo por dinero, por que el oro abría puertas, quitaba grillos y proporcionaba comodidades.

²⁸ Que vio la luz por primera vez en esa misma ciudad y cuya intención no va más allá de dar contenido a una descripción circunstanciada del régimen penitenciario español de su época. La fecha de aparición de esta obra no pudo ser anterior a 1585, tal y como segura GALLARDO, B. *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos formado con los apuntamientos de don Bartolomé José Gallardo, coordinados y aumentados por don M.R. Zarco del Valle y don J. Sancho Rayón*, 4 Tomos, Madrid, 1968-69 (edición facsímil de la de 1866), Ed. Gredos. En el Tomo I, pp. 1342-1370 se recoge y edita por segunda vez la *Relación...* de Chaves.

²⁹ El *Compendio* del padre Pedro de León debió terminarse de escribir hacia 1616. De esta obra se conocen 4 ejemplares, dos completos: los de Granada (es copia del original hecha en 1619) y Salamanca, y dos incompletos: el de Sevilla y el de Alcalá de Henares. Sobre el *Compendio...* existen varios estudios de interés: PETIT CARO, C. ... "La cárcel de Sevilla", en *Archivo Hispalense* Segunda época, N° 12, Vol. IV (Sevilla, 1945), pp. 37-85; HERRERA DE PUGA, P. *Sociedad y delincuencia en el siglo de Oro*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1974; HERRERA DE PUGA, P. (Edición, Introducción y Notas) *Pedro de León, S.I. Grandeza y miseria en Andalucía, testimonio de una encrucijada histórica (1578-1616)* –Prólogo de A. Domínguez Ortiz- Granada, 1991.

³⁰ La obra de Pérez de Herrera *Amparo de pobres...* ... cuenta con una segunda edición facsímil realizada en 1975 por CAVILLAC, M. (*Amparo de Pobres* Colección Clásicos Castellanos) añadiendo al texto original Introducción y Notas, que es la que aquí se ha consultado. En ella se trata genéricamente de los pobres y la pobreza, incluye un capítulo específico sobre el tema de los presos pobres: "Del amparo de los pobres vergonzantes, de las cárceles, cautivos y huérfanos" en el que el autor manifiesta conocer la importancia de la obra de Bernardino Sandoval y de Cerdán de Tallada en relación a escribir sobre la materia de los encarcelados pobres y *tratar de su cuidado, remedio y orden.* , pág. 75-78.

³¹ Editada en Brujas en 1526 y cuya influencia se hizo sentir muy pronto en determinados pensadores españoles.

³² Siendo una excepción a este principio la prisión por deudas, que implicaban con frecuencia que el deudor quedaba a merced del acreedor, pudiendo éste retenerlo, dándose más adelante paso a un sistema público de reclusión de los deudores como castigo específico a modo de medida coactiva para gozar al deudor a pagar.

³³ En efecto, como señala HERAS SANTOS, J.L. la cárcel como pena reina, sólo tiene sentido en un sistema jurídico liberal basado en el reconocimiento de los derechos individuales, y no en un sistema jurídico basado en el privilegio, como era el del Antiguo Régimen, en el que cada persona recibía un tratamiento jurídico diferente *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pág. 265.

Del breve elenco de obras reseñadas destaca de manera singular la *Visita...* de Tomás Cerdán de Tallada³⁴, que constituye algo más que una descripción del estado de la cárcel de la Audiencia valenciana, que conocía bien por su trabajo como magistrado. En ella aborda una interpretación del derecho penitenciario, de la ley, y de los instrumentos jurídicos que la conformaban conjugando varios tipos de derecho e introduciendo en todo ello una gran complejidad. Sin limitarse a la descripción de la vida de la cárcel valenciana, Cerdán realiza un tratado en el que fija, recoge y sistematiza la materia de los presos y de la cárcel, desasistida hasta entonces y sometida a una peligrosa variedad, incluso por parte del propio Rey³⁵. Su análisis va más allá de un impulso de beneficencia y apunta hacia la centralización de una rama del derecho fundamental para el absolutismo monárquico, partiendo de la base de la patente contradicción que suponía que un sistema penal como el del siglo XVI, concebido como un gran aparato represor, careciera de un correlativo sistema carcelario sistematizado, invariable y regulado de modo acorde con la eficacia y el orden. Tal vez por que abarcaba un más amplio espectro, la obra jurídica de Cerdán de Tallada tuvo una gran difusión y adquirió fama en su tiempo, que le valió la benevolencia de la realeza, siendo honrado por Felipe II y Felipe III, que le protegieron abiertamente, lo que también le granjeó el rencor de algunos de sus colegas de la Audiencia de Valencia.

La significación de la *Visita* de Cerdán ha sido perfilada en la historiografía como una de las descripciones del régimen penitenciario español más completa del siglo XVI, y probablemente la primera que ha llegado hasta nosotros gracias a la experiencia y al conocimiento adquiridos de primera mano por su autor, como práctico del derecho³⁶, fruto de la experiencia de visitar cárceles durante 12 años, de asesorar a reclusos, de inspeccionar servicios y de observar necesidades y deficiencias. En ella se exponen las líneas maestras del sistema carcelario “civil”, no inquisitorial, y del desarrollo de la convivencia que bajo él se desenvolvía, en la Edad Moderna³⁷.

7. Síntesis final

Si admitimos que la ciencia del Derecho penal en la actualidad responde a una larga evolución que incluye importantes disputas teóricas, metodológicas, a veces conocidas como luchas de escuelas o de ideologías³⁸, que son diferentes en cada etapa histórica porque se corresponden con las circunstancias sociales y culturales que las determinan,

³⁴ Así es considerado por la historiografía contemporánea, Véase PIKE, Ruht. *Penal servitude in Early Modern Spain*, The University of Wisconsin Press, 1983, p. 162, n.44.

³⁵ En 1572 Felipe II requirió información de las principales ciudades del reino acerca del número de presos condenados al servicio de galeras en sus cárceles, así como de los gitanos y vagabundos que andaban dentro del ámbito de sus jurisdicciones respectivas. Tal iniciativa, que sin duda respondía a la acuciante necesidad de proveer de galeotes a la Armada española en un momento crítico, redundó en la alteración de las costumbres penales tradicionales provocando que no se conmutasen las penas a galeras, o que se agilizase el despacho de las sentencias, o que no se admitiesen apelaciones etc., para hacer rápidamente efectivas las condenas y no por fallo judicial, sino por celo de los funcionarios en cumplir la voluntad real. Vid. FERNÁNDEZ VARGAS, V. En “Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 73. Un documento para la historia de la penalidad en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 38 (Madrid, 1968), pp. 629-634.

³⁶ Únicamente conoció Cerdán la obra de Bernardino Sandoval *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos...* *Cit. Supra.*, a pesar de no tener con él trato personal.

³⁷ Cfr.: PÉREZ MARCOS, R. M. “Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista del derecho penitenciario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 2005 (en prensa).

³⁸ Para el aspecto de la actual ciencia penal dentro y fuera de España, me remito a la síntesis de SERRANO GÓMEZ, A. *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Madrid, 1981, especialmente a las partes segunda y tercera de esta obra, pp. 29-142.

y que constituyen paradigmas distintos acerca de los cuales es arriesgado hacer comparaciones, es necesario admitir que en relación a la formación de la ciencia penal en España el periodo conformado por los siglos XVI y XVII constituye su etapa inicial.

La ciencia del Derecho penal como ciencia metodizada y completa tuvo en España una lenta formación debido que la discusión nació tardía y dependiente de los influjos de la dogmática jurídica.

Sin constituir un grupo homogéneo ni un cuerpo de doctrina orgánico, y habiendo penetrado poco en ellos el humanismo, los teólogos, filósofos y jurisconsultos proporcionaron a través de sus escritos, y sus obras conformaron este ámbito del pensamiento científico aportando los materiales fundamentales para la ciencia del derecho penal, desgajando el derecho penal dentro y fuera de España del gran tronco de la iuspublicística (mitigando la dureza manifiesta del absolutismo) para darle un espacio científico propio en que pudieron fusionar el Derecho penal canónico y civil, construyendo una ciencia jurídico-penal con fronteras propias.

La influencia de algunos de estos escritores fue trascendental en el derecho penal europeo como es el caso de Covarrubias, Antonio Gómez en relación con el Derecho penal alemán³⁹. Bajo el bloque de ideas jurídicas que exponen y desarrollan si cabe una línea de vertebración, de manera que se puede hablar de una Escuela jurídica española del Derecho penal en los siglos XVI y principios del XVII que en el conjunto de la ciencia penal constituyó algo más que un apéndice o precedente de la ciencia penal del siglo XVIII.

El principal mérito de esta Escuela jurídico-penal clásica española fue facilitar la transición mediante la transformación de los conocimientos de la rica literatura canónica y de la extraordinaria literatura teológica de la Edad Media decantándolas hacia el orden civil. Su papel fue, por tanto, insustituible, aunque en torno a ella se pueda, no obstante, esbozar una reserva, debido a que el derecho criminal de principios del siglo XVI apenas se había independizado todavía del canónico y del civil, y es cierto que esa separación se logró totalmente a través de una evolución secular que no concluyó hasta la segunda mitad del siglo XVIII.

³⁹ VON WEBER. "Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán", *Anuario de Historia del Derecho Español*, N°: XXIII (Madrid 1953), pp. 717-731. En este importante trabajo, realizado a partir del análisis de la exposición literaria del Derecho penal alemán del Renacimiento de B. CARPZOV *Practica criminalis* de 1635, el autor señaló la influencia tanto cuantitativa como cualitativa de una serie de escritores españoles (castellanos, catalanes, aragoneses, valencianos y mallorquines) fuertemente inspirados el canónico, en la formación del Derecho penal alemán, guiado en sus orígenes por el movimiento religioso de la Reforma.

