

INFLUENCIA DE LA LITERATURA JURÍDICA ESPAÑOLA EN EL DERECHO PENAL COMUN ALEMÁN

El Derecho Penal común alemán nació de la mezcla del derecho propio recibido por la tradición con el Derecho Romano de la Recepción, tal como éste se había desarrollado en las escuelas jurídicas del norte de Italia. En las exposiciones literarias contemporáneas de este Derecho Penal, figuran como autores citados en primera línea los legistas y canonistas italianos, desde BARTOLO y BALDO hasta FARINACIUS y JULIUS CLARUS, pasando por el PANORMITANUS y FOLLER. Pero se encuentran junto a éstos, además de franceses, no pocos españoles. La importancia que éstos tuvieron para el Derecho Penal alemán ha sido notada en la investigación histórica de los principios de algunas de las instituciones jurídico-penales, pero no ha encontrado nunca una estimación de conjunto. Esto es lo que vamos a intentar aquí.

Para tener un punto firme en nuestra investigación nos basaremos en la *Practica criminalis* de BENEDICT CARPZOV (1635). Esto no es una simplificación oportunista. Naturalmente no sólo él ha estimado a los juristas españoles. Numerosos juristas alemanes, desde el siglo XVI, se habían apropiado del pensamiento de aquéllos y esta influencia no terminó con CARPZOV. Pero la obra de éste que debía exponer las «ex iure civili romano, imperiali, saxonico... decisiones absolutas, responsis scabinorum lipsiensium approbatas et usu ac observantia Fori Saxonici confirmatas», se apoyaba en las obras y decisiones de sus antecesores. CARPZOV dió con ella su forma definitiva al Derecho Penal común alemán al que las etapas posteriores,

hasta su sustitución por el Derecho Penal de la *Aufklärung* en el siglo XVIII, poco añadieron, nada sustancial; tan sólo cuestiones de detalle. En él también se encuentra recopilado el pensamiento de los juristas alemanes del siglo XVI. Lo que de éste no fuere recogido en la *Práctica* no tuvo ningún efecto duradero. La influencia de la literatura jurídica española en CARPZOV pasó en muchos casos a éste por medio de los precursores germánicos. A continuación damos un resumen de los escritores españoles citados por CARPZOV y de sus obras, ordenadas según la frecuencia con que aparecen en la *Practica*. El número de citas aparece entre paréntesis.

1. ANTONIUS GÓMEZ (378) de Talavera de la Reina. Profesor en Salamanca: *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii, libri III*. Salamanca, 1552 (con anotaciones de Suárez, 1579, cf. infra 10) (348). *In leges Tauri Commentarius*. Salamanca, 1555 (30).

2. PETRUS PLAZA DE MOROZA (Plachus) (192) de Briviesca (Burgos). Profesor en Salamanca desde 1557.

Epitome Delictorum causarumque criminalium, ex iure Pontificio, Regio et Caesareo. Salamanca, 1558. (Como nos indican las anotaciones marginales de Carpzov q. 2 n. 38, éste empleó la edición de Venecia, 1573.)

3. DIDACUS DE COVARRUBIAS ET LEYVA (186), nacido 1512 (Toledo), † 1577. Obispo de Segovia.

De sus numerosas obras, recopiladas en distinto orden en sus *Opera omnia*, son especialmente importantes: *Epitome quarti libri Decretalium. De sponsalibus et matrimoniis*, 1545 (30). *Relectio c. quamvis de pactis in sexto*, 1553 (14). *In regulam peccatum. De regulis iuris in sexto*, 1553 (12). *Relectio Clementinae. Si furiosus de homicidiis*, 1554 (48). *Variarum resolutionum libri IV*, 1552 (66).

4. LUDOVICUS A PEGUER (69), catalán, Juez de Barcelona.

Decisiones (también Questiones) criminales... in sacro regio criminali concilio Cathaloniae... decisae. Barcelona, 1585, 2 vol. 1611.

5. FERDINANDUS VÁZQUEZ MENCHACA (26), de Valladolid, nac. hacia 1556.

Illustrium Controversiarum libri tres, 1564 (Edit, repetidamente, entre otras ocasiones en Frankfur a M. 1572, 1599).

6. LUDOVICUS GOMEZIUS (12), de Valencia, Profesor desde 1522 en Padua, 1534 en la Rota Romana, † 1553.

Ad titulum Institutionum de actionibus, sive sylva actionum civilium et criminalium. Padua, 1523.

7. ARNALDUS ALBERTINUS (9), de Mallorca, † 1545, *Inquisitor haeretici pravitatis* en Valencia y Sicilia, en 1534 Obispo de Patti (Sicilia). *De agnoscendis assertionibus catholicis et haereticis* tr. Palermo, 1553.

8. FRANCISCO CALDAS PEREIRA Y CASTRO (9), portugués, educado en

Santiago de Compostela, discípulo de Em. Costa, en Salamanca, Profesor en Coimbra.

Comm. anal. ad leg.: Si curatorem habens Cod. De in integrum restitutione minorum. Lisboa, 1583.

9. FORTUNUS GARCÍA DE ERCILLA (9). vasco, «summus iudicis» (= Regente) de Navarra.

Ad titulum de Iustitia et Iure Commentarius, Bclonia, 1517 (8). *De fine ultimo Iuris Canonici et Civilis* (1).

10. EMMANUEL SUÁREZ DE RIBEIRA (9). portugués (Béja), discípulo de Arius Pinelus, en Coimbra; de Antón Gómez, en Salamanca, maestro allí de Derecho Canónico, más tarde en Lyon y Padua.

Annotationes a las Resoluciones de Gómez, 1569 (4) (una cita doble).

Thesaurus receptarum sententiarum (sive Communes Opiniones), 1568. muy reeditada (6) (una cita doble).

11. JUAN BAUTISTA DE VILLALOBOS (6), de Toledo, ciudadano de Santiago de Compostela.

Opiniones in Iure communes in Ordinem Alphabeticum digestae, 1561.

12. JUAN GARCÍA DE SAAVEDRA (4), gallego (de Tuy), discípulo en Salamanca de Em. Costa y Ario Pinelo. Miembro de la Curia Real de Madrid «fisci patronus» en Valladolid, † en 1590 apr.

De expensis et meliorationibus, 1578.

13. JOANNES BERNADUS DIAS DE LUGO, de Sevilla (3), estudiante en Salamanca, † 1556.

Practica criminalis canonica (2).

Fallentiae Regularum Iuris (1).

14. ARIUS PINELUS (Pinhel) (3), portugués. 1535-1601, discípulo de Antón Gómez y Navarro, en Salamanca, Profesor en Coimbra y en Salamanca, donde sucedió a Em. Costa, Maestro de Em. Suárez.

Ad Leg. II C de rescindenda venditione Comm. 1570 (2).

De bonis maternis Comm. 1573 (1).

15. PETRUS BARBOSA (2), portugués, Profesor en Coimbra en el s. XVI: *Comm. ad interpretationem Tituli digestorum Solutio matrimonio quemadmodum dos petatur*, Madrid, 1595.

16. ALFONSO DE CASTRO (2), nac. en 1495, en Zamora, † 1558, en Bruselas. Teólogo franciscano, Consejero de Carlos V.

De potestate legis poenalis libri duo, Salamanca, 1550.

17. STEPHANUS A. COSTA (2), portugués (?). Profesor de Derecho Canónico en Pavia, alrededor de 1500.

De ludo.

18. ANTÓN GOVEANUS (2), portugués, nac. en Beja, estudiante en Burdeos, Profesor en Toulouse alr. 1539, más tarde en Turín, hasta 1595.

Variarum iuris lectionum libri duo, Colonia, 1575.

19. JUAN GUTIÉRREZ DE PLASENCIA (2), Profesor de Derecho Canónico.

Libri duo Canoniarum Quaestionum, escrito en 1597 (1).

Tractatus de tutelis, Frankfurt, 1606 (1).

20. JUAN LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS (2), nac. Salamanca 1484, Decr Doctor Consejero de los Reyes Fernando V e Isabel de Castilla.

Repetitio Rubricae cap. per vestras de Donationibus inter virum et uxorem, Lyon, 1517.

21. FRANCISCO SARMIENTO DE MENDOZA (2), de Burgos, Profesor de Derecho Canónico en Salamanca, prelado de Asturias en 1574; en 1580, de Jaén.

Selectarum Interpretationum libri VIII, 1571.

22. ANTONIUS AUGUSTINUS (1), 1517-1586, de Zaragoza, discípulo de Alciat. *Libri IV Emendationum et Opinionum Iuris Civilis*, 1544

23. EMMANUEL DE COSTA (1), portugués, discípulo de Navarra en Salamanca, Profesor en Coimbra y en Salamanca.

Ad cap. Si pater, de Testamentis libri IV. Decretalium, 1569.

24. ANTONIUS DE GAMMA (1), portugués. Mediados del s. XVI.

Decisiones Supremi Lusitaniae Senatus, 1578.

25. MARTÍN DE AREES Y ANDOSILLA (1), Canónigo y Arcediano de Pamplona.

De superstitionibus contra malificia seu sortilegia, 1517.

26. NAVARRO-MARTÍN DE AZPILCUETA (1). 1493-1586. Clérigo secular, discípulo de Vitoria.

Enchiridion sive Manuale Confessariorum et poenitentium.

27. ANTONIO DE PADILLA Y MENESES (1), de Talavera, Profesor de Derecho en Salamanca, 1555.

In L. I n. 9. C. de jur. et facti ignorantia.

28. DIEGO DE SALAMANCA (1), Nac. en Córdoba, Profesor de Salamanca, 1540.

Institutiones Catholicae, 1552.

29. DOMINGO DE SOTO (1), 1494-1560. Dominicano.

De justitia et iure, 1556.

30. CARLOS DE TAPIA (1), hijo de Egidio de T., salmantino. Vivió en España de 1612-1623; † 1644, a los setenta y ocho años, en Nápoles.

Ad l. fin. ff. de Constitutione Principum.

31. GREGORIO DE VALENCIA (1), jesuita salmantino, 1555-1603.

Comm. Theologicorum et Disputationum in summam D. Thomae Aquinatis IV, 1591.

32. GASPAR VALLASCO (1), portugués, Regius Senator en Lisboa.

In L. imperio. ff. de iurisdictione omnium iudicum.

En esta exposición hemos tomado el concepto de España no en el sentido jurídico político actual, sino que abarcamos la Península Ibérica en su sentido geográfico tradicional y por ello incluimos en ella a los juristas portugueses. Seguimos así el ejemplo de NICOLÁS ANTONIO en su *Biblioteca Hispana Nova*, Madrid, 1783. Esto queda justificado por las estre-

chas relaciones que existieron especialmente entre Salamanca y Coimbra. Por lo demás, los juristas portugueses destacan menos, aún siendo numerosos. Muchos de los autores citados es dudoso que puedan ser, en justicia, considerados españoles. La hegemonía hispánica del siglo XVI fué causa de que muchos que lo eran por nacimiento, como LUIS GÓMEZ, ejercieran su influencia fuera de su patria. CARLOS DE TAPIA nació en Italia de madre italiana y pasó la mayor parte de su vida en Nápoles. ANTONIO nos dice de GOVEANUS que hablaba francés sin acento¹. Pero estos casos límites no cambian esencialmente el cuadro. En la selección nos hemos atendido a lo que dice ANTONIO. Cuando se quiere estimar el número de escritores y de sus citas debidamente, debe saberse que CARPZOV en su Práctica cita unos 630. De ellos 80 son los más frecuentes, esto es, citados más de cincuenta veces. Considerada de esta manera la participación española es aproximadamente 1/20.

Es natural que la consideración cuantitativa nos dé tan sólo una impresión aproximada de la importancia de esta influencia. La decisiva no es el número de citas, sino el efecto que han tenido sobre la formación del derecho penal alemán. Con ello descartamos las aducidas por CARPZOV en las opiniones jurídicas que él rechaza. Estas se encuentran, ante todo, al tratar de la herejía, cuya extensión en el derecho español (in crimine haereseos ex sola voluntate quem condemnari posse) y su pena (pena de muerte), no era admitida por la práctica alemana. Los tratados españoles «*de haereticis*» son numerosos. Muchos de ellos fueron recogidos en la colección formada por ZILLETUS de los *Tractatus illustrium iuris consultorum* 1584, en el tomo XI, 2. De ellos CARPZOV cita tan sólo algunos y el que aparece más frecuentemente es ARNALDUS ALBERTINUS.

Tampoco se puede tomar como influencia real cuando los autores son citados para atestiguar la práctica de su país o la «*communis opinio*». Las necesidades de la jurisprudencia habían llevado a la formación de repertorios, ordenados alfabéticamente, en los que, tras cada palabra, aparecen cortas «de-

1. Ob. cit. T. I, pág. 123.

fnitiones» con indicación de la fuente. Su autor es VILLALOBOS en sus «*Opiniones in iure communes*». Mucho más importante, tanto por su alcance como por su contenido, es el *The-saurus receptorum sententiarum* de SUÁREZ. Pero FICHARD, que había publicado una colección en cuatro tomos de una obra de este tipo en la que anota la de VILLALOBOS², dice justamente: «totam hanc tractationem non inventionis esse, sed solum modo diligentiae, iudicii et laboris».

Con esto la ciencia del derecho español no aparece aun con su perfil propio. Después de la Recepción que se realiza en los siglos XIII al XVI³, ésta es tan sólo una parte de la ciencia jurídica italiana, maestra de los estudiosos del derecho españoles. Muchos de los juristas citados en nuestra enumeración habían realizado sus estudios en el colegio español de Bolonia y permanecieron en Universidades italianas. Pero ya en los fines del siglo XV y comienzos del XVI se invierte la relación, se despierta la conciencia española en el campo del derecho.

En una edición de Lyon de la obra de JO. LÓPEZ, *Rep. c per Vestras de donationibus inter Virum et Uxorem de 1517* se encuentra la siguiente *Commendatio operis cuiusdam amici*:

Hesperiam nostram non temnat jam itala tellus
 Nostra quod assidua muta sit: ipsa loquar.
 Nam si conjugii hic describit dona Joannes
 Italicis nullis cedat ut ipse viris.
 Disserit hic pacto de danda et dote tuenda.
 Ut merito nobis invideant latii.

En el siglo XVI la ciencia jurídica española experimentó un súbito crecimiento participando del esplendor cultural del Siglo de Oro. Sus fundamentos fueron las Universidades y a la cabeza de ellas Salamanca. Hombres como DIEGO DE COVARRUVIAS, ANTONIO GÓMEZ y FERNANDO VELÁZQUEZ, entre otros, le dieron validez universal. Incluso externamente queda esto demostrado por la difusión de sus escritos al norte de los Pirineos. Todavía hoy la biblioteca de la Universidad de Bonn

2. Segunda edición. Frankfurt, 1571.

3. Cf. HINOJOSA, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germ. Abt.* Tomo 37. pág. 288, y *Melanges Fiting*, 1908. T. II, pág. 391.

dispone de seis ediciones diferentes de las *Opera omnia* de DIEGO DE COVARRUVIAS (tomo en folio de 1200-1500 páginas) (Frankfurt 1578, 1592, 1599, 1608, Amberes 1614-15, Ginebra 1679) y estas no son todas las aparecidas. FEIERABEND, preparador de las tres ediciones citadas en primer lugar, decía en 1583 que la primera edición ordenada en 1578 por FICHARD se agotó en poco tiempo.

También los contemporáneos lo advirtieron así. VULTEJUS hace preceder a una edición hecha por él en 1599, en Marburgo, del *Commentarius in quaedam imperatorum rescripta* de ANTONIO DE PADILLA, una epístola en la que escribe entre otras cosas: «Haec autem dico, ut ostendam quanti ad studium intersit magistris uti et artis et docendi peritis. Istiusmodi multos dedit nobis Germania nostra, Italia, Gallia, Hispania: quae plures dederit non facile dixerim; certe Hispania paucissimos. Neque enim haec tam scripturit, quam illae. Unde est, ut si hispanorum Jurisconsultorum commentarii quos de iure fecerunt, ad caeteros comparentur, illi vix ad numerum aliquem ascendant. Verum non ex numero, sed ex pondere rerum haec aestimanda sunt. Habent vero nationes illae singulae suas laudes, ut, quae praestet incertum sit. Excellunt Galli in theoreticis, in pragmaticis Itali, in utriusque Germani, quorum in illis conjunctio est felicissima, quam Galli etiam et Itali admirantur et suspiciunt. Hispani a Italos in docendo et tradendo iura aliquanto quam ad alios accedunt propius. Habent vero hoc prae caeteris singulare, quod omnes acumine et gravitate excellant, nec quisquam ipsorum est, qui de jure scripsit, qui non scripserit elaborate et accurate, quod elaboratum et accuratum scribendi genus in caeteris nationibus desideratur frequentius. Quae res facit, ut Hispanis commentatoribus palma deferenda videatur, tametsi non sit de nihilo, quo a caeteris nationibus superentur».

¿En qué consiste, pues, la característica de la ciencia jurídica española? La liberación del criterio de autoridad, que había determinado a la ciencia jurídica desde los glosadores fué la condición previa para adquirir la independencia. El deseo de originalidad es algo que aparece con el Renacimiento y el Humanismo y de este espíritu participa también España.

LÓPEZ DE PALACIOS RUBIO aún desconfiaba de esta nueva tendencia. En su prefacio a la *Re. de donationibus inter virum et uxorem*, editado bastante tiempo después, dice: «nam quamvis periculosum sit, nova inventa palam mundo loqui (quemadmodum fecimus, cum Salmanticae repeteremus) multo tamen periculosius est, illa eadem liberis commissa, in lucem et publicum edere».

Pero esta reserva es pronto superada. GÓMEZ repite una y otra vez: «in quo articulo magistraliter et resolute dico» y la independencia y la originalidad de sus opiniones se muestra con expresiones tales como «sed certa illa sententia et conclusio aperte est falsa et sic eam reprobó et teneo contrarium»⁴ o «ego tamen in hoc articulo pono novissimam et singularem concordiam»⁵. Ciertamente este deseo de originalidad llega a hacer que esta sea buscada de propósito, como sucede en el caso de PLAZA. El asegura, en los títulos de sus capítulos que aclarará preceptos jurídicos «cum novo detecto intellecto» o «aliter quam hactenus a doctoribus fuerit», aunque, pese a ello, no haga descubrimiento demasiado importante. Esta liberación de la autoridad de la Tradición ha de producir confusión y disputa, si no se llega a construir una nueva concepción del derecho.

El paso para esta nueva concepción es dado. CORN. BREDERODE, preparador de la edición de Frankfurt, 1592, de la *Opera omnia* de DIEGO DE COVARRUVIAS, alaba al autor en el preámbulo de la misma: «non enim auctoritatem emplastró solo, quod multis, sed imperitis tantum nimis frequens est: Quaestionibus controversis medetur, sed ratione, quae anima legis ets, opinionis suas primum firmat, inde illas, ne apud quemquam in dubium venirent, auctoritatum pondere (quae alias sola, libertati iudicii vim tyrannicam faciunt) confirmat». A la «auctoritas externa» de los textos, que COVARRUVIAS no desprecia en absoluto, se añade la «auctoritas interna», la «ratio», que queda vencedora en caso de oposición.

¿Cuál es el origen y el contenido de esta «ratio» que puede sobreponerse a la Tradición?

4. Var. res. III, c. 3, n. 17.

5. *Ob. cit.* c. 13, n. 4.

Entre los españoles, que habían elaborado el Derecho penal, se encuentran numerosos canonistas. Pero su objetivo no era escribir un derecho penal canónico. Antes bien, ellos emplean para la exposición de sus sentencias lo mismo el *Corpus Iuris Canonici* que las *Pandectas*. La *Biblia* y los *Padres de la Iglesia* brillarán como autoridades al lado de CICERÓN y otros escritores, con lo que COVARRUVIAS, GÓMEZ y PLAZA demuestran una maravillosa cultura humanística. Por otra parte los «Legistas» son personas todas profundamente religiosas, sobre cuyo pensamiento jurídico la *Biblia* y la literatura teológica ejercen una influencia que no es frecuente observar entre los autores italianos. Esta actitud la vemos en GÓMEZ en las palabras finales de su *Comentario a las Leyes de Toro*:

«Finaliter et postremo, pro vera, propria, fructuosa et perpetua dignitate ineffabilis coelistis gloriae obtinendae, quae cunctis rebus est praefenda, humiliter summam et omnipotentem Deum et dominum nostrum supplico et lachrymis exoro, ut maximos et continuos labores, quos in militia literali, et aliis rebus spiritualibus et saecularibus propter hunc finem sustinui, respicere dignetur: licet tanto praemio non sunt condigni, sua tamen misericordia, et meritis passionis suae et intercessione beatissimae Virginis Mariae et suae Angelicae annunciationis et aliorum advocatorum meorum eam mihi concedere dignetur. Amén».

Con ello se daban los requisitos previos para superar la oposición entre el derecho penal canónico y el secular. Ya FORTUNIUS GARCÍA había dado en su *Tractatus de fine ultimo iuris canonici et civilis*, esta respuesta: «Finis iuris canonici et civilis ídem est» (n. 8) y establece su relación: «Ius canonicum et civile se habent inter se ut corpus et anima (n. 19). En caso de diferencias decide la «lex naturae»: «Canones legibus in utroque foro praeferuntur, quando in ratione naturali fundantur» (n. 112). En esta dirección encontramos a COVARRUVIAS, que hace uso de ella para solucionar importantes divergencias. Así nos dice, al tratar del deber de ayuda al que está en estado de necesidad, mucho más amplio en el Derecho canónico: «Ego vero probare conatus sum, nullam in hoc constitui posse

differentiam inter jus canonicum et civile»⁶. En la legítima defensa de los bienes, que afirma, apoyándose en el Derecho civil, saca la siguiente conclusión: «imo ídem erit iure canonico: cum absque expressa autoritate non sit constituenda differentia inter ius canonicum et civile... Nam si non licet pro defensione rerum aliquem occidere in divino iudicio eadem ratione non licebit in exteriori humano. Nec. n. occisio iniusta ex Dei et naturae instituto, potest licere aut licita esse in iudicio exteriori, vel lege humana»⁷. Por el contrario, se opone a la admisibilidad de la *furti actio pro re minima*: «Haec tamen opinio etiam si frequentissimo omnium calculo recepta sit: mihi non placet, nec placuit inquam. Ius enim ars est boni et aequi (Dig., 1, 1, 1) et tamen nulla aequitas dictacionem hanc, quae insaniam irrogat, dari pro uno quadrante aut aereo nummo nec pro uno ovo nec pro alia minima re. Deinde quid obsecro in causa est, quod Iuris consulti dari actionem de dolo pro re minima omnino negant (Dig., 4,3, 9,3) et eorum interpretes pro uno, ut aiunt, ovo concedunt actionem furti? Ego sane nullam video iustam esse discriminis causam.» GÓMEZ tampoco procede de otra manera. En el prefacio del tomo 3 de sus *Variae resolutiones*, que trata de los delitos, subraya: «in quo... iuris utriusque decisiones, quae varie diffuseque circa crimina agitari solent, in unum coegimus ac temperavimus...»⁸. Una y otra vez nos trae, juntamente, preceptos de los derechos canónico y civil, y coordina las obligaciones morales y jurídicas.

Se opera la fusión del derecho penal canónico y civil, como lo muestra el título del *Epitome Delictorum*, de PLAZA, «utriusque iuris doctor clarissimus», «in Canonica et Civili Philosophia absolutissimus»⁹. Podemos leer en él: «Punitur etiam homicida lege Evangelica atque Divina, humana, regiae, secundum quas morte puniendus est.» El orden de fuentes nos muestra esta misma prelación.

Juntamente con el «ius divinum», apoyado en la autoridad

6. In regulam Peccatum, De regulis iur. in sexto, 2 p. § 4, n. 3.

7. *Ob. cit.*, 3 p. § un. n. 6.

8. Var. res. l. I, c. 3, n. 12.

9. Cf. la edición de Venecia de su *Epitome*, 1573.

de la Biblia, el «ius naturae», apoyado en la «aequitas», aumenta también su importancia en la formación del derecho. Este es difícilmente distinguible de él ¹⁰. Llama la atención que muchos juristas y moralistas españoles que pueden ser considerados precursores de HUGO GROCIO ¹¹, no son citados por CARPZOV, ni VITORIA, ni SUÁREZ, ni GABRIEL VÁZQUEZ. También FERNANDO VÁZQUEZ nos decepciona, por el contenido de sus citas: siete, entre 23 de ellas, atestiguan el lugar común de que el Juez puede, «ex iusta causa», no sólo disminuir las penas, sino también agravarlas. Otras muchas atestiguan otra «communis opinio». VÁZQUEZ tuvo poca importancia para CARPZOV; aun citado frecuentemente, lo es de segunda mano y sin precisión: tan sólo hay una cita literal de VÁZQUEZ, la del informe sobre un mudo, fallecido en Valladolid en 1557. Sólo en DIEGO DE COVARRUVIAS se establece conexión personal. Pero en realidad el influjo del Derecho natural es grande. Muchos de los restantes juristas españoles están fuertemente influenciados por la concepción iusnaturalista. GÓMEZ disiente valientemente de la concepción dominante en la doctrina italiana, de que el que ha sido atormentado sin resultado debe ser absuelto de la instancia, declarando ha lugar su absolución incondicional. Tras citar algunos pasajes de las fuentes, concluye: «quinto facit ratio fundamentalis et concludens, quia si talis causa remaneret indecisa, reus accusatus vel inquisitus remaneret in maximo damno et periculo, cum esset aperta via inimicis et sibi odiosis, ut possent quotidie super illo delicto inquietare et molestare... ¹². También en él es decisiva la «auctoritas interna» de la Justicia. GARCÍA DE SAAVEDRA, en su mundialmente famosa *de expensis et meliorationibus*, que tiene escaso contacto con el derecho penal, fundamenta ampliamente la ejecución de la

10. COVARRUVIAS habla frecuentemente de «ius divinum vel naturale». Tan sólo VÁZQUEZ añade a la frase: «Omne ius naturale est ius divinum», esta otra «licet ex diverso non omne ius divinum sit naturale». Cf. Contr. c. 29, n. 14.

11. Cf. HINOJOSA: *Los precursores españoles de Grocio*, en el ANUARIO, tomo VI, págs. 220 y ss. Más modernamente, WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, con su bibliografía.

12. Var. res., l. 3, c. 3, n. 28.

prueba en la «aequitas». Es juntamente en este pasaje donde es citado por CARPZOV¹³ en forma literal, sobre el deber de la autoridad de soportar los gastos del procedimiento penal: «Quod, cum fiscales poenas Domini capiant, necesse habeant et sumtum facere pro exercenda iurisdictione.»

El derecho penal canónico equipara «delictum» y «peccatum». Este último significa una voluntad perversa. La influencia del pensamiento jurídico canónico en el derecho penal secular, decía ponerse de manifiesto en el desplazamiento del derecho penal objetivo por el derecho penal subjetivo. En efecto, COVARRUVIAS, GÓMEZ y PLAZA atienden más al aspecto volitivo del delito. No ven en él tan sólo un elemento esencial del mismo. También la doctrina del contenido de esta voluntad y de su responsabilidad es cultivada por ellos y recibe un desarrollo que había de ser importante en el futuro. COVARRUVIAS enseña: «Constitutissimum (est) delictum aut peccatum committi non posse absque voluntate, malitia cuiusque actus pravi a voluntate procedit, quae praecipua est in omni peccato: cum prima causa peccati sit in voluntate, quae imperat omnes actus humanos: peccatum autem nihil aliud est, quam actus humanus malus», y concluye: «igitur voluntas distinguit delictum a non delicto, et peccatum a non peccato discernit»¹⁴. Además del derecho canónico (Decr. l. 5, t. 39, c. 54) se apoya en las declaraciones de Paulo y Ulpiano respecto al «furtum» y la «iniuria», además de Dig. 47, 2, 39 y 47, 10, 33, especialmente en Dig. 47, 2, 54, donde PAULUS dice: «nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit». Pero su formulación va mucho más allá de estos pasajes referentes a unos cuantos delitos dolosos. GÓMEZ, por su parte, escribe así sobre la esencia del delito: «in delictis regulariter tria considerantur: Animus, factum et delictum; animus, ut quis intendat delinquere. Factum ut sequatur delictum: Delictum, ut per legem sit punibile»¹⁵. También en él el «animus» es lo principal. CARPZOV, para quien era familiar la importancia de la «voluntas»

13. Qu. 138, n. 42.

14. Rel. clem. si furiosus, de homic., p. 2, initium n. 2.

15. Var. res., t. 3, c. 3, n. 30.

en el delito, cita como testigos a COVARRUBIAS y GÓMEZ, literalmente en la q. I. n. 18¹⁶.

Esta acentuación de la «voluntas» experimenta una modificación por la doctrina del dolo indirecto. Sus raíces se encuentran no ya en SANTO TOMÁS DE AQUINO, sino en ARISTÓTELES, y no es fundamentada por COVARRUBIAS. Sin embargo, éste tuvo en su desarrollo un importante papel¹⁷. Es el primero que habla de la «voluntas indirecta» y termina y perfecciona la tesis de sus predecesores construyendo un elaborado sistema de la imputabilidad¹⁸. La doctrina del dolo indirecto está representada igualmente por GÓMEZ¹⁹. En ambos escritores se apoya principalmente CARPZOV al tratar de este punto²⁰, que introdujo en el derecho penal alemán y que estuvo en vigor en él hasta principios del siglo XIX. Incluso se encuentran hoy en día restos de ella en el § 140 de la Ley Penal austríaca.

La teoría de la «voluntas» hace que nuestra atención se fije en el autor del hecho punible. Especialmente PLAZA se ocupa muy repetidamente del problema de la justicia de una ley que apenaza con penas acciones inculpables²¹. Trata a este respecto, entre otros casos, del «furiosus» (c. 29), del «ebrius» (c. 30) y, conjuntamente con los «delicta puerorum», en c. 32, número 17 y sig.²², del mudo y del sordo. Se esfuerza siempre

16. Cf., además, q. 37, n. 49; q. 75, n. 76; q. 85, n. 89.

17. Se encuentra en Rel. Clem. si furiosus de homic., p. 2, initium n. 2.

18. Cf. junto a los más antiguos trabajos de LOFFLER y ENGELMANN, espec. SCHAFESTEIN, *Die allgemeinen vom Verbrechen*, 1930, págs. 110 y ss. G. BOLDT, *J. S. Fr. v. Böhmcr u die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft* pág. 195. La importancia de COVARRUBIAS para la doctrina de la premeditación es estimada por EB. SCHMIDT en su *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2. Aufl. 1951, §§ 133 y 161.

19. Var. res., l. 3, c. 3, n. 17 y ss.

20. Q. I, n. 28 y ss.

21. Cl. *Épitome*, c. 29. «de poenis, qui adversus innocentes a iure statuuntur».

22. Dice: «Cui quaestioni et illa affinis est: Quaenam ratio sit habenda in his innocentibus puniendis, juxta ipsius justitiae aequilibrium, in quo celebris est et ad modum perplexa quaestio: An mutus et surdus criminis rei facti ex delicto teneantur puniri que possint ordinaria delicti poena?»

en mantener, auxiliado por la equidad, el principio «ninguna pena sin culpa». También subraya, al tratar de la doctrina del pecado la importancia de la «voluntas». «Peccatum non potest esse nisi voluntarium... Ex quo constat non inconcinna declaratio ad iura dictantia maleficia, delicta voluntate distingui in hunc equidem sensum, ut voluntarium constituat delictum: involuntarium autem ob eo excuset et liberet.» Y así termina su invocación al lector: «ecce qui sapis, qui probus es, qui iuris veritatem amas, quomodo intelligenda sunt iura id dictantia»²³.

Especialmente interesante es su doctrina de la «ebrietas». Al tratar de la «irregularitas» canónica, la elabora tan finamente, que nos recuerda la moderna problemática de la embriaguez. En un homicidio realizado en estado de embriaguez distingue tres actos: el beber, la embriaguez y el homicidio; de los cuales la voluntad nos lleva directamente al primero, indirectamente al segundo, mientras que no se extiende al tercero. De ello saca la siguiente consecuencia: «Ebrium non puniri propter culpam criminis ab eo commissi, sed propter ipsius ebrietatis causam, in qua culpam habuit»²⁴.

También GÓMEZ se ocupa detalladamente de éstos y otros grupos de autores; por ejemplo, de los dormidos, los viejos y los pródigos. Ambos son citados frecuentemente por CARPZOV en q. 145-147.

La importancia decisiva de la «voluntas» debía también ejercer influencia en la doctrina de la tentativa. Tentativa y consumación son equiparables en cuanto a la voluntad y diferenciables tan sólo en cuanto al resultado. COVARRUVIAS trata extensamente de ella. Nos enseña, entre otras cosas, que en los delitos graves tentativa y consumación deben ser igualmente penados. Esta opinión, sin embargo, no llega a imponerse a CARPZOV, aunque éste la respete. Los escabinos de Leipzig siguieron más bien la doctrina de la tentativa de JULIUS CLARUS,

23. *Epitome*, c. 10, n. 10.

24. *Epitome*, c. 30, n. 2.

25. *Var. res.*, l. 3, c. 1, n. 55 y ss.

que rechazaba la de COVARRUVIAS ²⁶ y prescribía siempre penas más suaves para ésta ²⁷.

Por el contrario, la opinión de COVARRUVIAS se impone en el problema del estado de necesidad, considerado por los escabinos de Leipzig, aun sobre la del mismo CARPZOV, cuya opinión disidente no pudo prevalecer. Se trata de un caso, fallado en 1639, por tanto, después de haberse publicado la *Práctica*, de «canibalismus, provocado por la extrema miseria producida por la guerra de los Treinta Años y del que nos informa detalladamente CARPZOV en su «*Responsa iuris electoralis*», l. 6, t. 9, resp. 94. Había una antigua doctrina, según la cual el hurto en estado de necesidad no era punible, pero no la «fornicatio», pues se debían sufrir todos los males antes que consentir un pecado. Esta concepción, que refleja la de los primitivos mártires cristianos, aparece insuficientemente justificada en COVARRUVIAS ²⁸. La interpretación literal de algunos pasajes de las fuentes, sin ninguna relación con la cuestión, es rechazada por él, por ser evidentemente falsa ²⁹. Tampoco le satisface el argumento de DECIUS de que no era lícito librarse de un peligro de muerte por la «fornicatio». Este se fundaba en que Dios, al establecer el precepto «non moechaberis» no permitía ninguna excepción, como en el caso del hurto. Esto no es suficiente para probarnos que no se puede hacer excepción en caso de extrema necesidad. COVARRUVIAS se pregunta ante todo cuál es la «ratio» de esta diferencia y encuentra que en el caso de peligro de muerte por hambre, todas las cosas vuelven, como en los tiempos primitivos, a ser comunes; por lo que el hurto pierde su malicia. Pero no sucede lo mismo con otros delitos. La fornicación es un mal en sí misma: «cum Rei publicae et rationi naturali magis conveniat, et consonum fit quenquam mori, quam quod eum ex foemina commercium carnale habeat, quae propria uxor non sit». Según COVARRUVIAS el estado de necesidad justifica igualmente el hurto; en cambio, al no tratarse de delitos con-

26. *Sententiae*, l. 5, § fin q. 92.

27. Cf. CARPZOV, esp. q. 17, n. 11 y ss. y passim.

28. *Relect. c. Peccatum de reg, iur*, p. 2, § 1, n. 3 y ss.

29. Se trata sobre todo del PANORMITANUM y JOH. ANDREAS, con citas *Dig.* 22, 1, 28.

tra bienes, no se toma en consideración aquel estado. CARPZOV quería castigar con simple destierro el caso del anciano que, tras treinta y dos años de matrimonio, había matado en estado de necesidad a su cónyuge en una súbita decisión, para alimentarse con su carne, puesto que creía que su culpabilidad había sido atenuada por diferentes causas. Pero los jueces decidieron por mayoría la aplicación de la pena capital, fundándose esencialmente en la frase de COVARRUVIAS ³⁰: «quod extrema necessitas non tollat malitiam actus homicidii, cum adhuc utcumque urgeat fames innocens alter est qui occiditur».

Diferente es el caso de la legítima defensa. Esta justifica la muerte del agresor, COVARRUVIAS permite, apoyado por el Cardenal CAYETANO la legítima defensa de los bienes si el atacante no se da a la fuga ³¹. Con esto se oponía a la opinión de muchos canonistas que permitían la legítima defensa tan sólo para salvar la vida. En ellos se basa CARPZOV, siendo atacado por OBRECHT y VOLTZ ³².

Es grande la importancia de los juristas españoles para el derecho penal alemán en el campo de la doctrina de la «voluntas», pero la influencia de aquéllos no se limita a este punto. Podemos rastrearla en otros muchos lugares. No siendo posible dar aquí una enumeración completa, destacaremos tan sólo unos cuantos de los más importantes.

CARPZOV cita frecuentemente a los españoles al tratar de las cuestiones sobre graduación de la pena. Se apoya en GÓMEZ para pedir una penalidad más suave en el caso del anciano delincuente ³³. También acoge la petición de éste de que los sicarios deben ser más duramente castigados, ya que no obran impulsados por una pasión, sino tan sólo por la codicia ³⁴.

También en la doctrina de la complicidad sigue repetidamente CARPZOV las opiniones de los españoles. En particular, la denuncia de los delitos y el deber de oponerse a ellos son am-

30. Lugar cit., n. 7.

31. Lugar cit., n. 7, COVARRUVIAS trata de nuevo detalladamente la cuestión en *Rel. Clem. si furiosus de homicidiis*, 3 p., § un, n. 6.

32. Cf., ante todo, q. 32, n. 30, con una detallada cita de COVARRUVIAS.

33. Q. 144, n. 42, tras *var. res.*, t. 3, c. 1, n. 68.

34. Q. 19, n. 9, tras *var. res.*, t. 3, c. 3, n. 10.

pliados por nuestro autor, debido a la influencia del derecho canónico, y aunque no impugna la regla de que el «consciens» sea responsable penalmente por el mero hecho de serlo; sin embargo, existen excepciones admitidas por CARPZOV³⁵. La punición de la tentativa de suicidio es apoyada, entre otros, por GÓMEZ y PLAZA³⁶.

Otro amplio grupo lo forman las normas del procedimiento penal. Las garantías contra el mal uso de la tortura son consideradas detenidamente por GÓMEZ. Se opone éste decididamente a los nuevos medios de tortura y pedía que la aplicación de ésta fuera limitada. En este punto es seguido por CARPZOV³⁷, que lo cita detalladamente, en especial al tratar del «moderamen torturae»³⁸. También al mantener que el demandado debe ser declarado libre, cuando ha resistido la tortura, es citado GÓMEZ con otros autores³⁹. Además, trata ejemplarmente de la responsabilidad del Juez en el caso de tortura ilegal⁴⁰. En otras cuestiones procesales también se apoya CARPZOV en los autores españoles, por ejemplo, en GÓMEZ, en el caso de la «intercessio puellae» y en aquél del efecto que tiene la sentencia absolutoria de uno de los inculpados de adulterio sobre el otro cómplice⁴¹. Se trata aquí, sobre todo, de principios procesales que tienen su origen en el derecho canónico.

Desde el primer momento nos llama la atención que el derecho penal español, tan fuertemente inspirado en el canónico, haya podido tener una grande influencia en CARPZOV. Tanto éste como los «*iuris saxonici periti*», en los que se apoyaba, eran protestantes. Lutero había arrojado al fuego el «*Corpus Iuris Canonici*». Se podía creer que el pensamiento jurídico de CARPZOV estaba libre del Derecho penal canónico. Pero justamente este enfoque religioso es la clave para comprender esta

35. Cf. q. 11, n. 49, según GÓMEZ; q. 32, 12, según COVARRUVIAS, GÓMEZ, VASQUEZ y PLAZA.

36. Q. 2, n. 38 y 44.

37. Q. 117, n. 38.

38. Q. 117, n. 71.

39. Q. 125, n. 10.

40. Q. 127, n. 6 y 42.

41. Cf. q. 88, n. 29; q. 149, n. 151 y ss.; q. 61, n. 27.

influencia. La Reforma como movimiento religioso, quería someter el orden social y con él el jurídico directamente a la voluntad de Dios, manifestada en la Biblia. Lutero quemó el «*Corpus Iuris Canonici*» porque creía que en muchas partes de su contenido no estaban de acuerdo con el «*ius divinum*», pero el Derecho Canónico, liberado de estos defectos, pudo seguir vigente. El Derecho civil, especialmente el romano, fué también sometido a la Biblia. Tan sólo seguía en vigor en cuanto no se oponía al «*ius divinum*».

Esta concepción jurídica se pone de manifiesto al imponer una nueva sistemática del Derecho penal basada en el Decálogo. La Biblia, como fuente del «*ius divinum*», es citada frecuentemente y con preferencia. Tuvo lugar la recepción del derecho mosaico en cuanto éste reconocía las leyes morales, y con ello se efectuó la conexión con el antiguo pensamiento jurídico-canónico.

Las nuevas ideas exigían una nueva reelaboración de toda la materia jurídica. Los juristas protestantes alemanes encontraron una importante ayuda en la literatura jurídica española, dado que en ésta se cumplía la condición de que el derecho se basara en la voluntad de Dios, manifestada en la Biblia. En el mismo COVARRUVIAS encontramos la idea de que los delitos se ordenan según su gravedad por el Decálogo ⁴² y por todas partes encontramos referencias a preceptos jurídicos de la Biblia y a las «*leges morales*» del Derecho mosaico para fundamentar e interpretar el Derecho penal vigente. En esta materia las diferencias confesionales no desaparecían, sino que eran tomadas en consideración. CARPZOV subraya aquellos puntos en los que el derecho eclesiástico protestante era diferente del católico, como, por ejemplo, al tratar de la herejía o del derecho de familia. De todas formas, cita la doctrina española, así, por ejemplo, a COVARRUVIAS en la q. 45 (blasphemia), y muy detalladamente emplea sus argumentos al ocuparse de si el trato carnal con una «*sponsa*» era adulterio (COVARRUVIAS lo impugna ⁴³). CARPZOV

42. Cf. *Rel. c. quamvis de pactis in sexto*, p. 1, § 7, n. 1.

43. *Epitome IV*, 1 Decret. *De sponsalibus et matrimoniis*, c. 1, n. 6. 8.

lo admite, aunque quiera dulcificar la pena) (q. 56). Pero en todos los pasajes donde no se da esta diferencia, las ideas jurídicocanónicas son aceptadas. En el siglo XVI, tanto en Alemania como en España, la cristianización del Derecho romano avanza un paso más, aceptando el derecho secular preceptos de la ética cristiana. El Derecho penal común alemán recibió un importante estímulo para ello de la doctrina española del siglo XVI.

Dr. VON WEBER