

de la misma y de sus sucesores, en los Registros hasta 1548. Queda, pues, abierto un amplio campo de trabajo si nuestra asignatura ha de cumplir su finalidad de mostrar cómo nuestro derecho ha llegado a ser como es.

R. GIBERT

**RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria:** *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media.*

**MORALES PAYÁN, Miguel Ángel:** *La configuración legislativa en el derecho histórico español.*

Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997, 507 y 384 pp.

No sólo su aparición editorial, bajo la Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma madrileña, sino su origen académico asocian estas dos monografías, aunque presentan algunas disparidades en cuanto a la orientación y el método, siempre sobre la base de una adscripción a las fuentes histórico-jurídicas, entendidas del modo más amplio, es decir, fundamentalmente historia de textos en la línea marcada por el *Curso* de don Galo, pero, eso sí, concretada en el análisis de las figuras jurídicas. Fruto de la dirección del catedrático granadino, en Granada, don Ramón Fernández Espinar, en el favorable ambiente de un departamento, reconocidos ambos por los doctorandos, y en conexión con la esfera más amplia que responde al carácter central de Madrid. Honrado por mi antigua Facultad, en los últimos cursos, con el encargo de colaborar en las tareas de su doctorado, y precisamente con la indicación de observar las «nuevas aportaciones a la historia del derecho», parece obligado ultimar esa dedicación con una ojeada a estas dos recientes producciones. En la relativa a la violación, el primer carácter que sorprende al lector es la extensión y profundidad del tema en el derecho romano, casi un tercio del libro, superada la tradicional limitación a recoger simplemente las fragmentarias derivaciones de las fuentes hispanorromanas. Aquí es la plenitud de las fuentes históricas, literarias, filosóficas de la antigüedad clásica, griega y romana (Plutarco, Tito Livio, Suetonio, Plinio el Viejo, Platón, Séneca, Galeno), cristianas (Tertuliano, san Clemente de Alejandría, san Jerónimo, san Agustín), examinadas al efecto de presentar un cuadro general de la sexualidad en las diferentes épocas de la monarquía, la república, el principado y el bajo imperio. Las anécdotas históricas tan significativas de Rea Silvia y Lucrecia, y otras que relatan las crónicas, dan paso a un intento de conceptualización jurídica, en la que se consigna la ausencia razonable de categorías jurídicas modernas, y en cambio es apreciable la atención dedicada a aspectos procesales, especialmente el sistema de la *lex Julia* de vis publica. Los autores del *Digesto*, las constituciones imperiales son analizadas en torno al manual de Mommsen y nueva literatura. Ciertas repeticiones son inevitables al haber separado etapas históricas, pero esto mismo señala una continuidad. Tanto en la exposición como en las conclusiones de esta larga época es visible una posición ideológica de la autora y un indudable tono vindicativo que hace de este libro, además de una positiva exposición del pasado, un documento del momento.

Más breve, por la menor densidad de las fuentes, es el capítulo dedicado al reino godo. Aquí son los autores cristianos los que se adelantan en primer término: en la línea de san Pablo, el papa Gregorio el Grande, los santos Leandro e Isidoro. Pero, naturalmente, dada la adquisición de ser el Código de Eurico un monumento del

derecho romano vulgar y la legislación regia una prolongación de la imperial, no podía esperarse un cambio sustancial. Añádese la inclusión del Breviario de Alarico, para reforzar la impresión de permanencia que producen estas páginas, en las que se reiteran los conceptos previos acerca de la acción, que están muy claros en las fuentes.

Llegamos a nuestro propio territorio, el de los fueros municipales, que, por cierto, no acusan ese pretendido teocentrismo que parece dominar en la Edad Media, sino una seca objetividad. Justificada, por razón de delimitar el tema, la exclusión de los elementos judío y musulmán, una breve incursión de tipo sociológico por las costumbres de la Edad Media, tomada en su conjunto en torno a un texto ascético del papa Inocencio III, precede al examen fundamentalmente del Fuero de Cuenca, su difusión y sus variantes. Naturalmente, los fueros de la Extremadura leonesa constituyen un solo texto; no es que coincidan, son el mismo, con ligeras variantes de traducción o cuantía. Insístese en las causas de superioridad social. Hay una ceremonia de las quejas y clamores que debe exteriorizar la mujer forzada, que da una nota pintoresca pero muy real, cuyas modificaciones garantizan su autenticidad. Todo lector de fueros la recordará. Pues bien, el periódico informa (*Abc*, de Madrid, 1 de febrero de 1998) que una sentencia del Tribunal Supremo de Italia ha declarado que «las lágrimas de una mujer violada pueden ser un elemento definitivo para condenar a su agresor: el llanto y el temblor de manos producidos por la mujer al narrar el episodio deben ser valoradas como garantía de sinceridad de la víctima». El Fuero Real, las Leyes Nuevas y las Partidas, con la regulación especial del Espéculo para las acciones ejecutadas en el palacio regio, son examinadas en los distintos supuestos, con una elaboración conceptual del bien jurídico protegido, que en esencia es el mismo a través de los tiempos y leves oscilaciones de sensibilidad, tipificación y restauración del orden jurídico alterado. Las fuentes literarias (Berceo, el *Romancero*, *La Celestina* y otras) y algunas investigaciones recientes acerca de delincuencia y costumbres a fines del siglo XVI en el Registro General del Sello y archivos notariales proporcionan un material empírico que la autora ha integrado en el orden normativo con un claro predominio de la técnica penalista más reciente, de la cual debe prescindir el historiador, aunque sea difícil. De otro modo se hace mucha historia del No. Lo que suele interesar a los penalistas es su propia doctrina y de ahí que dediquen tanta atención a lo que los fueros no conocen. Lo nuestro es descubrir lo peculiar de cada monumento y lo que obedece a una tradición, que, naturalmente, es la romana, más o menos desvirtuada por atavismos. Claramente discernible la acertada y copiosa selección de textos y la elaboración del relato histórico, no ocultaré mi preferencia por la primera, así como la incomodidad para el lector de encontrarlos relegados a las notas a «pie de página», teniendo en cuenta que se ha impuesto el insostenible modo de circular por la izquierda inglés, de colocarlos al final de los capítulos, donde tantas veces se encuentra una simple y no urgente referencia bibliográfica a la página, y en otras, por fortuna, el texto decisivo, permanente, indiscutible, diciendo lo que quiere decir y no lo que le hace decir el intérprete, por respetable que éste sea. Claro está que lo publicado, suficiente para el trámite a que se destinaba, deja abierta la investigación hacia una necesaria ampliación hasta llegar al derecho actual y en los restantes territorios que no sería ya tan extensa, puesto que el aparato ideológico y conceptual está ya montado.

De este momento, el Código Penal de la democracia (1994), arranca la tesis de

Miguel Ángel Morales Payán, y su inmediata referencia al Código de 1848 y 1822 hace concebir la esperanza de que se hubiera intentado, tras las seguras huellas de Álvaro d'Ors, en su investigación de la servidumbre de acueducto, investigar la figura desde la desembocadura ascendiendo hasta las fuentes originarias; él llegó hasta Platón. De la presente tesis sí tengo algún conocimiento, por haberme solicitado el director una lectura atenta de una primera extensísima redacción, con la indicación de que debía aprovecharla para objetar todo aquello que en el posible acto de la lectura tuviera que decir y que naturalmente era difícil prever. Una especie de acción de jactancia. Lo cierto es que dicha redacción, por épocas históricas, fue tachada por mí casi en su integridad destinada a exponer la historia de las fuentes y la historia universal del derecho penal. Respeto y comprendo la opinión de mi doctor y colega acerca de que el doctorando adquiera la visión general antes de concretarse a una figura, evitando así lo que Ortega llamó barbarie del especialismo. Para mostrar esta posición di mi modesta lección sobre blasfemia, en homenaje a nuestro Ávila Martel, sin necesidad de rehacer la historia de la religión y de los delitos religiosos, con las pertinentes consideraciones sobre la oscuridad del Medievo, la liberación luterana, respecto a otra tesis cuyo destino final ignoro. Pero aquella lectura, que es de lo que se trata, y oficio de la cátedra no quedó sin enseñanza para mí, pues aparte de un repaso a lo ya conocido, el doctorando, en efecto, había abordado la figura concreta: el delito de lesiones y tocado las dificultades derivadas, por una parte, por la vecindad del homicidio, pues hay lesiones que ocasionan la muerte y frustraciones de homicidio que quedan en lesiones, y por otra el derecho romano, acerca de la cual mi ignorancia ya irremediable no me ha impedido el convencimiento de que la llamada HDE o bien antiguo derecho español depende directamente del DR, más que de la ciencia histórica y de la política, hacia las cuales la han orientado los grandes fundadores y los renovadores de nuestra disciplina. Intentar conocer el derecho romano vulgar sin el derecho clásico es lo mismo que sumergirse en el latín vulgar sin partir simplemente del latino. Impresionado por la reciente lectura de una versión española del Código de Hammurabí, que datado en mil setecientos años a. J. es lo más parecido a un fuero municipal castellano o leonés, no creo haberle objetado la atención prestada a ese monumento que pone en cuestión la idea dominante, cuanto más errónea, según la cual el derecho es una emanación de cada sociedad y de sus convicciones. Lo que hay de común es el cuerpo humano y la elemental distinción entre sacar un ojo, abrir la cabeza, romper un hueso o castrar al enemigo. Tirar de la barba siempre será una injuria, tanto si se le infiere al Cid como a don Ramón Menéndez Pidal. Un primer capítulo ahora, que el alumno llama larga marcha, inicia un *cosnpectus locorum*, comenzando por la ley de las XII Tablas, donde el moderno encuentra «cierto rigor técnico». Como era de esperar, se ha confiado a nuestros colegas romanistas; asimismo, las etapas clásica y postclásica. Igualmente en derecho gótico, la mano de Ors le ha conducido desde Eurico hasta Egica, y aquí ha tenido el acierto de leer asimismo los cánones del reino y los penitenciales. Y llegamos al derecho altomedieval, terreno preferente de la Escuela. El doble tratamiento de la injuria y de los daños físicos, con la dificultad de deslindarlos, revela acaso una mayor continuidad romana, como ya fue observado en este *Anuario* en 1946, a propósito de uno de los más relevantes productos de la Escuela, cuyo autor, aunque nutrido por Hinojosa y su tesis germánicas, reaccionó inteligentemente acerca de la nueva posición del elemento, o sea, el fundamento romano, derivado del giro de la ro-

manística impulsado por Ernts Levy, Collinet y captado por Paulo Merêa. Que el homicidio preterintencional no haya sido captado por la técnica jurídica de la época merece la comprensión del doctor. Aquí sí ha tratado de los fueros navarro-aragoneses, riojanos y alcanzado a los *Usatjes* de Barcelona, donde naturalmente el fondo romano es más visible. Otra cosa es la recepción, con el Fuero Real y las Partidas. Lástima que no se haya dado cuenta del verdadero sentido de la rectificación de Gonzalo Díez a la relación entre Fuero de Soria, y que consiste simplemente en que los de Soria recibieron el Fuero Real, y no que los redactores de éste se inspiraran en el Fuero de Soria (p. 85, nota 158). Aunque una tesis sobre una figura jurídica no debe revisar toda la historia de las fuentes, sí puede tener en cuenta su estado actual, en muchos casos omitido. Difícil colocar bajo esa rúbrica el Ordenamiento de Alcalá, a menos que con la recepción se incluya la resistencia a la misma. Y llegamos a la mayor riqueza de la tesis, la más abandonada: los autores de derecho penal. Quizá debió partir de la *Glosa* de Gregorio López, sobrepasando el límite medieval de las Partidas, antes de proceder a la selección de autores: el grande Diego de Covarrubias (1512-1577), Antonio de la Peña, singular, su obra redactada entre 1548 y 1575; Antonio Gómez (1552); la *Práctica*, póstuma, de Juan Gutiérrez (1535-1618); la de Pedro Plaza (1573), menos conocido, importante porque se extiende al derecho pontificio, regio e imperial; la de Suárez de Paz, eclesiástica y secular (1583); de la Suma asimismo canónica, civil y real de Pradilla Barnuevo, de 1621, de infeliz recordación para mi cátedra; practicó en la RGLJ, hacia 1945, menos frecuentada por los iushistoriadores; una reseña el penalista Juan del Rosal; la de Matheu y Sanz, aunque valenciano, su *tratado de re criminali* (1676), reeditado en 1738, mi *HGDE*, *sub voce*, procede de su etapa en el Consejo de Castilla Entre todos, y sería fácil señalar omisiones, destaca para mí, por ser la primera noticia, Julio Claro, sus *Cinco libros de Práctica criminal*, publicados en Venecia (1583) y reeditado allí con ampliaciones en 1640, constituyen un monumento central. Por la bibliografía pertinente aprendemos que era lombardo. La absurda distinción para el derecho entre edades históricas me había impedido conocer a este Julio Claro, que lógicamente venía tras Felipe Decio (*Elementos*, p. 89). Estos autores tienen formación romanista, canónica y real. La *Práctica*, de Elizondo (1769-1779), la de Alvarez Posadilla (1794). Con Marcos Gutiérrez, y su *Práctica criminal* (3.ª ed., 1824), en nota 163, p. 87, entramos en el siglo XIX. Hubiera sido conveniente ponerlo en contacto con el *Febrero*, que reeditó y refutó en 1801, y de tanta influencia hasta mediado el siglo. Los sucesivos códigos se han beneficiado de la investigación de un grande historiador del Derecho penal, Antón de Oneca, él mismo ya instalado en esa historia y en la general del Derecho. Y de nuevo son los autores: Seijas Lozano (1860-1868, mi *CJE*, p. 68), ya vindicado como autor principal del Código de 1848 del que se nos proporcionan preciosos textos de su intervención parlamentaria (pp. 97-98, nota 220). Un desconocido diputado Claros, junto con Luzuriaga en aquella discusión (p. 56 y nota 223, pp. 99-100), y un Fernández Baeza (nota 227, pp. 100-101), enriquecen la nómina de juristas que una HD concebida como historia de los mismos y de sus obras y actuaciones deberá consignar. Importante sería conocer los dictámenes de las Audiencias, a los que se refiere el autor, en pp. 58-59, notas 234-236. Igualmente los proyectos merecen atención, pues lo que importa es la calidad jurídica, más que la siempre dudosa vigencia (p. 590, notas 237-240). Sólo ante el Código de la Democracia se ha detenido el investigador, cumpliendo el objetivo de mostrar cómo nuestro derecho

ha llegado a ser lo que es. Un segundo capítulo de la tesis aborda la tipificación del delito, donde nos sorprende en primer término el Código de Hammurabí, bienvenido. Le echábamos de menos. Igualmente aceptable es la tradición judaica, y de nuevo la tradición germánica; las leyes góticas, «y más concretamente el Fuero Juzgo», los fueros municipales, las fuentes territoriales castellanas, Navarra y Jaca. De aquí, un salto a los códigos del siglo XIX. La razón explicativa es que todas estas fuentes responden a un «sistema descriptivo», mientras que una nueva serie se forma con las fuentes que responden al «sistema conceptualista», y dentro del mismo, el derecho romano clásico, y las Partidas, que proceden, si no de aquél, del justiniano, aunque con rasgos propios del derecho consuetudinario, y las llamadas Costumbres de Tortosa, igualmente romanistas. «Sistema mixto» sería el de los *Usatjes* de Barcelona, los Fueros de Valencia y los aragoneses, donde podemos suponer se ha filtrado la distinción romana de la injuria. El tercer capítulo trata de la penalidad, que se mueve entre el objetivismo y el subjetivismo: vuelta de nuevo a Hammurabí, aquí seguido del Ordenamiento de Alcalá; pero la ley gótica ha apreciado la intencionalidad. De nuevo, el derecho romano, seguido por las Partidas, y los fueros de Sepúlveda, Soria y Alcalá, Madrid, Salamanca, Ledesma, y de nuevo la tierra sólida del Código de 1822 y 1848, y la singularidad de la pena de muerte para la castración involuntaria para la víctima, no siempre inocente. En resumen una esforzada lucha con los textos, de los que la única objeción puede ser la usual relegación a las notas a pie de página, de nuevo moleestamente al final de los tres capítulos, que terminan en un epílogo, dedicado esta vez a la Constitución de 1978 y al Código de la Democracia, en lugar de las usuales conclusiones. De su devoción por los textos, bajo el título de «apéndice legislativo» es revelador que haya reproducido los textos de Hammurabí (edición por Federico Lara Peinado, Madrid, 1986), Biblia, Tabla VIII, Código de Justiniano y sus Novelas, Liber Iudiciorum, Fueros municipales breves y extensos de León y Castilla, Aragón, la Rioja y Navarra; textos territoriales; Lo Codi, Fuero Real y Partidas, Fueros de Valencia y Navarra, Nueva Recopilación de Castilla, y códigos penales hasta el actual. Buena parte de los textos ya habían sido reproducidos en nota, pero la compilación proporciona un material de indudable utilidad para más profundas investigaciones. Tablas de penas y de lesiones típicas, de armas o instrumentos utilizados; de sujetos activos y pasivos en las diversas clases de fuentes, revelan la extrema complejidad de la materia y la necesidad de esforzarse hacia una visión de síntesis, a la que sin duda llegará el autor más adelante.

De una tesis doctoral lo más importante no es su resultado objetivo, sino el doctor que emerge de la tarea y de su adecuada defensa ante un tribunal competente: me parece acertada la reforma que ha vedado a los directores del trabajo científico formar parte del tribunal que lo ha de juzgar. En cambio, ha sido desacertada la reforma que confía la lectura previa de las tesis a los Departamentos, omitiendo la antigua censura por la Facultad. Los doctores no lo son en derecho romano, penal o procesal, sino en Derecho por la Universidad. En Historia del Derecho debemos distinguir la historia general del derecho de la historia de sus diversas ramas o especialidades, como en el momento cumbre de su visión de nuestra asignatura distinguió don Galo. En el caso de tesis doctorales sobre cualquier rama especial, sea el penal, el civil o el financiero, parece inexcusable solicitar la participación de titulares de esta asignatura. Más aún, es necesaria la colaboración del romanista para formar un juicio de un trabajo que tan profundamente se adentra en una materia tan tra-

bajada, tan superior, tan diferente y tan necesitada de una verdadera especialización. Se ha visto claramente que sólo con una formación romanista es posible profundizar en el análisis de fuentes como las Partidas, el código de Valencia o el de Tortosa; no digamos, la literatura jurídica medieval y moderna que está nutrida de derecho romano. Claro está que el prestigio de todos los que han participado en la formación y publicación de estas dos tesis, y especialmente el de su elocuente prologuista, avalan su mérito. Yo estoy seguro de que la atenta lectura que ellos han realizado de ambos productos se han dado cuenta de innumerables pequeños fallos en la exposición, repeticiones, inexactitudes secundarias, que están patentes y no es ésta ocasión ni lugar de detallar, y sobre todo de que ambas han cumplido la finalidad de forjar el investigador más adiestrado en el banco único de la experiencia. Y los habrán advertido, especialmente al segundo autor de los aquí reseñados. Ocurre que los autores no siempre se aperciben de las observaciones, ni se comprueba más que excepcionalmente la verificación. Muy prudentemente, el antiguo régimen de tesis doctorales autorizaba, para efectos académicos, la publicación en resumen de estos en general trabajos primerizos. Hubiera bastado. Y en todo caso la Comunidad de Madrid deberá cuidar los aspectos editoriales de trabajos científicos y también el económico. No lo digo como catedrático en pensión sino como contribuyente

R. GIBERT

**SAITTA, Biagio:** *La «civilitas» di Teodorico. Rigore amministrativo, «tolleranza» religiosa de recupero dell'antico nell'Italia ostrogota*, L'Erma di Bretschneider (Studia Historica, 128), Roma, 1994, 206 pp.

Saitta, profesor de Historia Medieval en la Universidad de Catania, es un conocido estudioso de la Europa romano-barbárica, con conocidos libros sobre los Burgundios o la España visigoda. En éste, el autor muestra una vez más su dominio sobre las fuentes escritas y la problemática plural del período. De nuevo Saitta sorprende por una utilización masiva, casi exhaustiva, de la bibliografía existente; de forma que en sus copiosas y largas notas resulta muy difícil echar nada en falta.

La monografía está construida a partir de un hilo conductor. Éste no es otro que la afirmación del gobierno de Teodorico como profundamente empeñado en la restauración de la organización administrativa romana en sus dominios, en la búsqueda de la paz con sus vecinos, en especial con el poderoso Bizancio, y en la tolerancia entre las diversas comunidades religiosas, en especial entre la Iglesia católica y la arriana, que debiera constituir el fundamento de una continuada integración entre la minoría goda y la mayoría romana, en especial entre la elite senatorial y la nobleza guerrera ostrogoda existente en torno a la monarquía de los Amalos. Programa de actuación política que se sustentaba en una visión cultural del decurso histórico compartida por el soberano goda, y de la que habría sido el gran inspirador y propagandista su ministro el senador romano Casiodoro. Dicha concepción afirmaba la superioridad romana sobre la barbarie por la posesión de la antigua *civilitas*, que a través del cristianismo venía a transmitirse a su propio pueblo goda, cuya monarquía venía a tener así la misión fundamental de restaurarla en todo sus esplendor, defenderla e incluso extenderla en el resto del Occidente barbarizado. Sin duda que esta idea no constituye una novedad historiográfica en sí, insertándose así en una corrien-